



HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

---

Hasan Kalyoncu University  
Law Review

*Yıl / Year: Ocak / January 2022 - Cilt / Volume: 12 - Sayı / Issue: 23*

**Derginin Sahibi / Owner of Review**

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına  
Hukuk Fakültesi Dekanı  
On behalf of Hasan Kalyoncu University, Dean of Law Faculty  
Prof. Dr. Enver BOZKURT

**Editör / Editor**

Dr. Öğr. Üyesi Ferhat USLU

**İletişim Adresi / Contact**

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi,  
Havalimanı Yolu  
27410 Şahinbey / GAZİANTEP  
E-posta: dergihuhuk@hku.edu.tr  
Tel: +90 (342) 211 80 80 - Faks: +90 (342) 211 80 81

**Sayfa ve Kapak Tasarımı / Graphic Design of Pages and Cover**

Emre KIZMAZ

**Yayıncı / Publisher**

Seçkin Yayıncılık A.Ş. (Sertifika No: 45644)  
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13 Çankaya / ANKARA  
Tel: 0312 435 30 30 - Faks: 0312 435 24 72

**Yayın Yeri | Yılı / Place and Date of Publication**

Ankara | Nisan 2021

**ISSN**

2147-3293

© HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ Dergisinin (HKÜHFD) her hakkı 5847 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na göre Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne aittir. Gerçek ve tüzel kişiler tarafından kısmen dahi olsa çoğaltılamaz, yayımlanamaz. Dergide yayımlanan yazılardan alıntı yapılması ancak kaynak gösterilmesi koşulu ile mümkündür. Yazılarda yer alan görüşler yazarların kişisel görüşleridir.

HKÜHFD, yılda iki sayı olarak yayımlanan hakemli, uluslararası, süreli ve basılı dergidir.

## EDİTÖR KURULU / EDITORIAL BOARD

Dr. Öğr. Üyesi Ferhat USLU | Dr. Öğr. Üyesi Kemal Haluk ERUYGUR  
Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN | Dr. Ö r. Üyesi Mehmet KODAKO LU  
Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY | Dr. Ö r. Üyesi Tamer BOZKURT  
Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Enver BOZKURT  
Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Mustafa Alper GÜMÜŞ  
Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS  
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## DANIŞMANLAR KURULU / ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN | Prof. Dr. Maya Turgut ÖZ  
Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi | İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK | Prof. Dr. Mehmet Çağlar MANAVGAT  
İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi | İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ | Prof. Dr. Murat ALIŞKAN  
Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Asuman TURANBOY | Prof. Dr. Mustafa Alper GÜMÜŞ  
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Aynur YONGALIK | Prof. Dr. Mustafa Tayfun AKGÜNER  
Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi | İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Aziz Can TUNCAY | Prof. Dr. Muzaffer ŞEKER  
Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi | İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Cem BAYGIN | Prof. Dr. Nuri Tankut CENTEL  
Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Cemil KAYA | Prof. Dr. Oruç Hami ŞENER  
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY | Prof. Dr. Osman Cökhan ANTALYA  
Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Cevdet YAVUZ | Prof. Dr. Pınar AKAN  
İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Enver BOZKURT | Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK  
Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Fatih Sultan Mehmet Vakfı Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Erdoğan BÜLBÜL | Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Esra EKMEKÇİ ÇALICIOĞLU | Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI  
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Etem Saba ÖZMEN | Prof. Dr. Sururi AKTAŞ  
Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Faruk ACAR | Prof. Dr. Şahin AKINCI  
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi | İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Fatma Nur CENTEL | Doç. Dr. Bahar Ceyda SÜRAL  
Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ | Doç. Dr. Murat TOPUZ  
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI | Doç. Dr. Seçkin NAZLI  
İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi | İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ | İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi



## HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

### YAYIN İLKELERİ

1. Dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlarını bağlar.
2. Makale yazarına ilişkin açıklama kısmında farklı bir ifade yoksa makalenin araştırma makalesi olduğu kabul edilir.
3. Makaleler e-posta yolu ile [dergihukuk@hku.edu.tr](mailto:dergihukuk@hku.edu.tr) adresine gönderilmelidir.
4. Yazılar, en az iki hakem denetiminden geçtikten ve “yayınlanabilir” değerlendirmesinden sonra yayımlanır.
5. Dergiye gönderilen yazıların daha önce başka yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.
6. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik denetim sistemine göre az iki hakem denetiminden geçirilir. Hakem raporlarında düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Hakemler tarafından önerilen düzeltmeler yazar tarafından yapıldıktan sonra, gerekli görülmesi halinde, tekrar hakem denetimine tâbi tutulabilir. Hakem raporlarından birisinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi durumunda, yayın kurulu makaleyi üçüncü bir hakeme gönderir.
7. Dergide çalışmaları yayımlanan yazarlar, yazılarına ilişkin işleme, çoğaltma, yayma, temsil ve umuma iletme ve yayın hakları olmak üzere tüm mali haklarını Hasana Kalyoncu Üniversitesi'ne devretmiş sayılır. Dergide yayımlanan yazılar için telif ücreti ödenmez.
8. Dergide yayınlanan yazılar kaynak gösterilmek şartı ile iktibas edilebilir.
9. Dergide, makaleler dışında; çeviri, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve notlara da yer verilebilir.
10. Süresi içerisinde hakem incelemesi tamamlanmayan çalışmalar, Yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında yayınlanabilir.
11. Yayınlanması için gönderilen yazıların akademik yazım kurallarına uyularak yazılmış olması gerekir.
12. Dergiye yayınlanmak üzere çalışmasını gönderen Yazar yukarıdaki yayım ilkelerini kabul etmiş sayılır.

## HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

### YAZIM İLKELERİ

1. Yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmalıdır.
  - Kâğıt boyutu: A4
  - Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm
  - Metin: Times New Roman, 12 punto, 1,5 satır aralığı, iki yana yaslı
2. Yazının Türkçe ve altında yabancı dilde başlığı, ortaya hizalı biçimde en üstte kalın, 14 punto, tüm harfleri büyük şekilde yer almalıdır. Yazarın unvanı, adı ve soyadı yabancı dilde konu başlığının altında ve sağ tarafa yaslı biçimde yer almalıdır. Yazarın varsa görev yaptığı kurum ve görevi, e-posta adresi ve orcid numarası ilk sayfada (yıldızlı) dipnot olarak belirtilmelidir.
3. Başlıklar;
  - Bölüm başlıkları, “I, II, III, ...” olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, tüm harfler büyük yazılmalıdır.
  - Alt başlıklar, “A, B, C...” olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.

Bundan sonraki başlıklar “1, 2, 3, ...” ve ardından gelenler “a, b, c...” “aa, bb, cc...”, “aaa, bbb, ccc...” olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.

(Örnek:

#### **I. İKİ YANA YASLI BİÇİMDE, KALIN, 12 PUNTO, TÜM HARFLER BÜYÜK**

##### **A. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük**

##### **1. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük**

##### **a. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük**

##### **aa. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük**

##### **aaa. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük**

4. Dergiye gönderilecek yazıların öz kısmı iki yüz elli (250) kelimeyi geçmemeli ve beş kelimedenden oluşan anahtar kelime içermeli, ayrıca başlık, öz ve anahtar kelimelerin İngilizcesi'ne yer verilmelidir.
5. Makalede ilk atıfta yararlanılan kaynağın tüm detayları belirtilmeli; makalenin devam eden kısımlarında ise dipnotlarda (Yazarın Soyadı, atıf yapılacak sayfa) gibi bir kısaltma ile atıf sürdürülmelidir. Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılması halinde kısaltmada eseri ayırt etmek amacıyla eserin kaynakçada belirtilen kısaltması kullanılarak (Yazarın Soyadı, kısaltma, atıf yapılacak sayfa) atıf yapılmalıdır. Aynı atıfta birden fazla kaynak olması halinde kaynaklar noktalı virgül ile ayrılmalıdır.

#### **Kitap**

**Birinci Atıf:** Yazarın Soyadı, Adı: Kitap Adı, Baskı Sayısı, Yayınevi, Yer Yıl, Sayfa.

Örnek: Bozkurt, Enver: Hukukun Temel Kavramları, 13. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara 2020, s. 155.

Çoklu yazar durumunda: Yazarın Soyadı, Adı / 2. Yazarın Soyadı, Adı: Kitap Adı, Baskı Sayısı, Yayınevi, Yer Yıl, Sayfa.

Örnek: Bozkurt, Enver / Köktaş, Arif: Avrupa Birliği Hukuku, 7. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara 2020, s. 175.

**İkinci Atıf:** Yazarın Soyadı, sayfa.

Örnek: Bozkurt/Köktaş, s. 175; Bozkurt, s. 155.

İkinci atıf usulü, diğer kaynaklar bakımından da geçerlidir.

Dört veya daha fazla yazarlı durumlarda: Birinci atıfta ve kaynakçada yukarıdaki usul ile tam künyeye yer verilecek, ikinci ve sonraki atıflarda ilk üç yazarın soyadları eğik çizgi ile birbirinden ayrılarak yazıldıktan sonra “ve diğerleri” denilmek suretiyle atıf yapılacaktır.

#### **Editörlü Kitap**

Editörün Soyadı, Adı (Editör): Kitap Adı, Baskı Sayısı, Yayınevi, Yer Yıl, Sayfa.

Örnek: Döner, Ayhan (Editör): Türk Anayasa Hukuku, 1. Baskı, Cilt Yayınevi, Erzincan 2020, s. 152.

#### **Kitap Bölümü**

Yazarın Soyadı, Adı: Makalenin Adı, (Editör: Soyadı, Adı: Baskı Sayısı, Yayınevi, Yer Yıl, Sayfa).

Örnek: Uslu, Ferhat: Kamu Denetçiliği Kurumu'nun Etkililiği Üzerine, (Er/Sadık Erol (Editör): Güncel Sosyal Bilimler Araştırmaları, 1. Baskı, Akademisyen Yayınevi, Ankara, Mart 2020, s. 90).

#### **Çeviri Kitap**

Yazarın Soyadı, Adı (Çeviren: Çevirenin Soyadı, Adı): Kitap Adı, Baskı Sayısı, Yayınevi, Yer Yıl, Sayfa.

Örnek: Hayek, Friedrich A. (Çeviren: Yayla, Atilla): Hukuk, Yasama ve Özgürlük, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 1996, s. 102.

Elektronik Kitaplarda aynı atıf usulü uygulanır. Ancak internet adresi belirtildikten sonra son erişim tarihi atfın sonunda parantez içinde belirtilir.

**Makale**

Yazarın Soyadı, Adı: Makale adı, Dergi adı, Yıl, Cilt, Sayı, İlk ve Son Sayfa Aralığı, Sayfa.

*Örnek:* Bozkurt, Enver: Uluslararası Hukuk Bakımından Münhasır Ekonomik Bölge Kavramının Ortaya Çıkışı, Uluslararası Hukuk ve Politika, Yıl: 2, Sayı: 5, 2006, ss. 50-74, s. 55.

Elektronik Makale için aynı atf usulü uygulanır. Ancak internet adresi belirtildikten sonra son erişim tarihi atfın sonunda parantez içinde belirtilir. Eğer makalede sayfa numarası yoksa, dipnotlardan yararlanılarak sayfa numarası verilir.

**Konferans Tebliği**

Yazarın Soyadı, Adı: Tebliğin Başlığı, Konferans ismi (Editör: Soyadı, Adı), Yer, Tarih, Sayfa Aralığı), Sayfa.

*Örnek:* Uslu, Ferhat: 21 Ocak 2017 Tarihli Anayasa Değişikliği Bağlamında Cumhurbaşkanının “Seçimlerin Yenilenmesine Karar Verme Yetkisi” Üzerine, 3rd International Multidisciplinary Congress Eurasia (IMCOFE 2017) (Editör: .....), Universitat Autònoma de Barcelona, The Casa de Convalescència, Barcelona, Spain, 27.04.2017/30.04.2017, ss. 145-146, s. 145.

**Tez**

Yazarın Soyadı, Adı: Tez Başlığı, Türü, Üniversite ve Enstitü, Yer Yıl, Sayfa

*Örnek:* Bozkurt, Enver: Yabancılar Hukukunun Şekli Kaynakları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1988, s. 85.

# HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

## ETİK İLKELER VE YAYIN POLİTİKASI

Yayın etiğinde en iyi uygulamaları esas alan Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (HKÜHFD), Yayın Etiği Komitesi (*Committee on Publication Ethics - COPE*), Açık Erişim Dergileri Dizini (*Directory of Open Access Journals - DOAJ*) ve Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (*Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA*) tarafından belirlenen şeffaflık ve en iyi uygulamaları çerçevesinde, ancak bu ilkelerle sınırlı olmamak üzere, bilimsel ahlak kurallarına uygun yayım yapmayı hedefler.

Dergi editörünün, yazarların ve hakemlerin, görev ve sorumluluklarının bu çerçevede belirlendiği HKÜHFD'de süreçler COPE'nin ilişkili akış şemaları esas alınarak yönetilir. Ayrıca, özellikle İngilizce yayımlanan bilimsel makaleler için, Avrupa Bilim Editörleri Birliği (*European Association of Science Editors - EASE*) tarafından belirlenen ilkelere uyulması tavsiye edilir.

### Yazarlar

- Hukuk alanında ve özgün olması beklenen çalışmaların, atıf yapılan bölümleri hariç olmak üzere, herhangi bir bölümünün daha önce yayımlanmamış olması gerekir.
- Çalışmalarda, birden fazla yazar olması halinde, yazarların tümünün yazarlık ölçütlerine uyması ve her bir yazarın ilgili çalışmaya *kayda değer ölçüde* katkı sunmuş olması beklenir. Her bir yazar tüm çalışmadan sorumludur.
- Çalışmanın hazırlanmasına katkı sunmuş, ancak çalışmada yazar olarak belirtilmeyen kişilerin isimlerine de yer verilmesi gerekir.
- Çalışmada yararlanılan kaynakların tümüne, Yazım Kuralları'nda düzenlenen kurallara uygun ve doğru şekilde atıf yapılmalı ve kaynakçada yer verilmeli, çalışmada yararlanılmayan eserler Kaynakçada listelenmemelidir.
- Editörler Kurulu'nun gerekli gördüğü hallerde, çalışmalara ilişkin ham verilerin teslim edilmesi gerektiğinden, yazarlar, yayımlanan çalışmaya ilişkin verileri 5 yıl süreyle saklamakla yükümlüdür.

### Hakemler

- Makaleleri tarafsız ve nesnel esaslara göre değerlendirmesi beklenen hakemlerin, yalnızca uzmanlık alanlarına ilişkin çalışmalarda hakemlik yapması beklenir.
- Hakemlerin gizliliği esastır. Hakemlerin başka kişilerle ilgili çalışmalarını tartışması yasaktır. Ancak gerekli görülmesi halinde, editörün kararıyla, hakemin ilgili çalışmaya ilişkin yorumları, aynı çalışmanın diğer hakemleri ile paylaşılabilir.
- Görevi kabul eden hakemin çalışmaya ilişkin değerlendirmesini belirtilen süreler içinde editöre göndermesi, hakemlik görevini verilen süre içerisinde yerine getiremeyeceğine sonradan karar vermesi halinde, en kısa zamanda editörü bilgilendirmesi beklenir.
- Hakemler çıkar çatışması halinde hakemlik görevini reddetmeli, çıkar çatışmasının sonradan fark edilmesi halinde ise editörü bilgilendirmelidir.

### Editörlük

HKÜHFD editörlüğü COPE Dergi Editörleri için Etik Davranışlar ve En İyi Uygulamalar Kılavuzu ile COPE Dergi Editörleri için En İyi Uygulamalar Kılavuzu'nda yer alan ilkelerle bağlıdır. Bu çerçevede,

- HKÜHFD'ye gönderilen çalışmalar, yazarların cinsiyetinden, etnik kökeninden, dini inancından ve benzeri şekilde eşitlik ilkesine aykırı herhangi bir unsurdan bağımsız olarak değerlendirilir. Ancak, en yakın sayıdaki eserlerin çeşitliği, önemi, güncelliği vb. gibi sebeplerle ilgili çalışmanın bir sonraki sayıda yayımlanmasına karar verilebilir.



- Dergiye gönderilen çalışmanın, derginin amaç ve kapsamına, kurallarına uyumu, özgünlüğü ve önemi yönünden yayıma uygun görülmeyen çalışmaların hakeme gönderilmeden editörlük tarafından reddedilmesi mümkündür. Ancak bu durumda, ret kararının sebebi açık şekilde yazar ile paylaşılır.
- Editörlüğün, hakemleri bilgi ve uzmanlıklarına uygun çalışmalar için görevlendirmesi esastır. Atanan hakemle, değerlendirme sürecine ilişkin bilgi ve belgelerin paylaşılması editörün sorumluluğundadır.
- Derginin hakemleri için bir liste oluşturan editörlük, hakemlerin performansını da esas alarak bu listeyi güncellemekle yükümlüdür. Editörlüğün, görevini burada ve atf yapılan metinlerde açıklanan ilke ve esaslara uygun olarak yerine getirmeyen hakemleri, hakemlik listesinden çıkarması beklenir.
- Editörlük, çift taraflı hakemlik sisteminin gerekleri başta olmak üzere menfaat sahiplerinin, paylaşımı zorunlu olan bilgiler hariç olmak üzere, gizli bilgilerinin korunması için azami özeni gösterir.



HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ  
İÇİNDEKİLER

**MAKALELER / ARTICLES**

---

İslamiyet Öncesi Türklerde Hukuk

*Pre-Islam Law in Turks*

Öğr. Gör. **Ali ALTUNBAŞ** ..... 15

Denkleştirme Esasının Hüküm ve Sonuçları

*Provisions and Consequences of the Principle of Equalization*

Arş. Gör. **Deniz OTAY** ..... 33

1921 Anayasasından Günümüze Türkiye’de Cumhurbaşkanının  
Güvenlik Politikalarındaki Rolü

*The Role of the President in Security Policies in Turkey from the  
1921 Constitution to the Present*

**Kübra ÖZTÜRK**

Doç. Dr. **Fatih KIRIŞIK**

Arş. Gör. **Muhammet DURDU** ..... 57

**TERCÜME / TRANSLATION**

---

Amerika Birleşik Devletleri’nde Ceza Yargılamalarında  
Jüri Usulünün Kısa Bir Tarihçesi

*A Brief History of the Criminal Jury in the United States*

**Albert W. ALSCHULER**

**Andrew G. DEISS**

Tercüme: Arş. Gör. **Halil İbrahim DOĞAN** ..... 79



**MAKALELER**  
**ARTICLES**

---



# İslamiyet Öncesi Türklerde Hukuk<sup>(\*)</sup>

## Pre-Islam Law in Turks

Öğr. Gör. Ali ALTUNBAŞ<sup>(\*\*)</sup>

### Öz:

İslam öncesi Türk devletlerinde ceza hukuku özel intikam alanından çıkmış ve kamu intikamı, kamu hukuku alanına girmiştir. Yani cezayı belirtip uygulayacak olan suçtan zarar gören kimse değil devlettir. Suçlara karşı verilen cezalar katı, sert töre kurallarına tabidir. Devlet göçebe olduğu için sürekli hapisaneler kurulması istenmemiştir. Ancak bazen cezanın, suçluya değil de suçlunun yakınlarına uygulandığı görülmektedir. Bu da cezanın her alanda kişiselleşmemiş olduğunu bize gösterir. Türklerin Uygurlarla birlikte yerleşik hayata geçmesiyle Türk hukuku da önemli gelişmeler kaydetmiştir. Özel hukuk alanında mal edinme, satış sözleşmesi, kiralama, parayı faize verme, ortaklık kurmak, evlat edinme, vasiyetname düzenleme gibi birçok hukuki müessese bu devirde görülmektedir. Türk devletleri hükümdarları adalete büyük önem vermişlerdir. Kutadgu Bilig gibi eserlerde adaletin devletten önce geldiğini görmekteyiz. Adaleti gerçekleştirmek için adliye müesseseleri geliştirilmiş ve buralara yargan denilen yargıçlar görevlendirilmiştir. Kaynakları incelediğimizde uygulanan hukuki işlemlerde adaletin gerçekleşmesine son derece önem verilerek kişi hakları sonuna kadar korunmaya çalışılmıştır.

### Anahtar Kelimeler:

İslam Öncesi, Türk, Devlet, Hukuk, Adalet.

### Abstract:

In pre-Islamic Turkish states, criminal law got out of the realm of private revenge, and public revenge entered the domain of public law. In other words, it is the state, not the person who is harmed by the crime, that will specify and apply the penalty. Penalties for crimes are subject to strict customary rules. Since the state is nomadic, permanent prisons were not required to be established. However, it is sometimes seen that the punishment is applied to the relatives of the criminal, not the criminal. This shows us that the punishment is not personalized in all areas. With the settlement of the Turks with the Uyghurs, Turkish law has also made significant progress. In the field of private law, many legal institutions such as acquiring property, sales contract, leasing, giving money to interest, establishing partnership, adoption, and will are seen in this period. The rulers of the Turkish states attached great importance to justice. In works such as Kutadgu Bilig, we see that justice comes before the state. In order to implement the justice, judicial institutions were developed and judges, called judges, were assigned to these. When we examine the sources, we attach great importance to the realization of justice in the legal procedures applied, and the rights of the person are tried to be protected to the fullest.

### Keywords:

Pre-Islamic, Turkish, State, Law, Justice.

<sup>(\*)</sup> Makale Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin Editörlüğe Gönderildiği Tarih: 15.09.2021, Makalenin Kabul Tarihi: 31.03.2022.

<sup>(\*\*)</sup> Gaziantep Üniversitesi, Oğuzeli Meslek Yüksekokulu, Hukuk Bölümü,

E-posta: av.alialtunbas@hotmail.com,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0001-5217-5871>.

## GİRİŞ

Hukuk en genel anlamda insanların birbiriyle, insanların toplumla ve toplumların birbiriyle olan ilişkilerini ele alan kurallar bütünüdür. Tarih ilmi ise insanların hak ve hukukunu korumada, milletlerin geçmiş yaşayışlarını öğrenip geleceğine yol vermesinde, önemli bir rol oynayan bir ilimdir.

Bu nedenle tarih ve hukuk birbiriyle ilişkili birer bilim dallarıdır. Tarihi dolayısıyla tarih içerisinde yer alan hukuku öğrendikçe insanlar, yaşadığı çağın hukukunu düzenlemede daha az zorlanacaklardır. Ayrıca insanlar kendi tarihini araştırma gayesi duyarlarken hukukun tarihini de araştırmaları gerekir. Dünya tarihine her zaman damgasını vurmuş bir milletin mensubu olarak tarihimizi bilmek ve ondan ders çıkartarak geleceğimize yön vermek zorundayız.

Türk hukukunun tarihi gelişimini, İslamiyet'ten önceki dönem, İslamiyet'ten sonraki dönem ve Cumhuriyet dönemi olarak ayırabiliriz.

Bu çalışmada İslamiyet'ten önceki Türk Hukukunu ele alacağız. İslamiyet'ten önceki Türk hukuku hakkında kaynakların yetersiz düzeyde olması bu hukukun yeterli düzeyde bilinmesini engellemektedir. Ancak mevcut kaynaklar irdelendiğinde İslamiyet'ten önceki Türklerde sistemli bir hukukun olduğunu ve katı bir şekilde uygulandığını göstermektedir. Çünkü bu devirde devletin temelini adalette olduğunun, adaletin ise kanunlarca (töre) sağlanması gerektiği inancı hâkimdir.

İslam öncesi Türk Hukukunu incelerken özellikle, kaynakların daha geniş yer verdiği tarihleri bilinen, İslamiyet'ten önce Orta Asya'da kurulmuş büyük Türk devletleri olan Hun, Göktürk ve Uygur Devletleri ve bu devletlerin uyguladıkları hukuk sistemleri üzerinde durulacaktır.

Bu incelemedeki amaç, İslamiyet'ten önce Türk Hukuku ve Türklerin cezai ve hukuki uygulamaları hakkında örneklerle bilgi sahibi olmak, böylece günümüz hukuku ile kıyas yaparak Türk kültürünün bir parçası olan Hukukun Türklerdeki tarihine bir bakış yapmaktır.

## I. İSLAMİYET'TEN ÖNCE TÜRK HUKUKUNUN KAYNAKLARI VE TÜRKLERİN ANAYURDU

### A. İslamiyet'ten Önce Türk Hukukunun Kaynakları

İslamiyet'ten önceki Türk Hukukunu incelemek için yararlanmak gereken kaynakları başlıca şu gruplarda toplayabiliriz:



- 1) Çin Kaynakları,
- 2) Epigrafik ve Arkeolojik kaynaklar,
- 3) Etnografik kaynaklar,
- 4) Dil ve dil üzerine yapılan incelemeler.<sup>1</sup>

### 1. Çin Kaynakları

Eski Türklerin devlet teşkilatı, hukuk anlayışı ve müesseseleri hakkında bize bilgiler veren kaynakların başında Çin kaynakları gelmektedir. Bunun iki sebebi vardır. Birincisi Çinlilerin pek eski devirlerden beri tarihi olayları yazmış olmalarıdır. Çin’de devlet adamları önemli saydıkları bütün olayları bir deftere kaydederlerdi. Bu deftere bizde “Vekayiname” denir. Çinlilerde ise “Hangmu” adı verilir. İkincisi ise Çinlilerin tarih boyu en çok korktukları millet olan ve onların yüzünden Çin Seddi’ni yaptıkları Türklerle ilgili bilgi ve olayları tarihlerine ayrıntılı olarak kaydetmeleridir. Türklerle olan münasebetleri, onların hayatındaki önemli olaylar, harpler ve anlaşmalar olduğu gibi kayda geçirilmiştir. Bu durum da Çin kaynaklarının Türk Hukuk Tarihi açısından önemini artırmıştır.<sup>2</sup>

Ancak Çincenin öğrenilmesi en zor dillerden biri olması, Çin Kaynaklarının Türkler hakkında verdiği bilgilerin değerlendirilmesinin çok geç başlamasına sebebiyet vermiştir. Bu konuda batılı bilim adamlarının Çin kaynakları ile ilgili verdikleri bilgilerle eski Türk hukuku öğrenilmeye çalışılmaktadır.

### 2. Epigrafik ve Arkeolojik Kaynaklar

Eski zamanlarda kolay bozulmaz ve kaybolmaz maddeler üzerine yazılmış olan kitabeler ve yazılarla uğraşan ilim dalına epigrafi denir. Uygurlardan önceki epigrafik kaynaklar arasında en baş yeri Orhun yazıtları adı ile anılan anıtlar almaktadır. Orhun anıtlarında Türkler ilk olarak kendilerini anlatmak için “Türk” kelimesini kullanmışlardır. Bu anıtlar sadece Göktürkler için değil belki eski Türk Hukukunun bütünü için önemli bir kaynak olmuşlardır. Orhun anıtlarından başka Yenisey’de bulunan mezar taşları da vardır. Ancak bunlar hukuki ve tarihi açıdan önemi pek fazla olmayan anıtlardır.

---

<sup>1</sup> Üçok, Coşkun / Mumcu, Ahmet / Bozkurt, Gülnihal: Türk Hukuk Tarihi, 8. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 1996, s. 11.

<sup>2</sup> Cin, Halil / Akgündüz, Ahmet: Türk Hukuk Tarihi, C. I, Selçuk Üniversitesi Basımevi, Konya, 1989, s. 25-26.

Yapılan ilmi kazılar neticesinde elde edilen buluntular ile uğraşan ilme de arkeoloji denir. Türkistan'da ve özellikle Turfan civarında yapılan ilmi kazı ve araştırmalar sonucunda elde edilen hukuki belgeler Türk Hukuku açısından yararlanılan önemli kaynaklardır.

### 3. Etnografik Kaynaklar

Dünyada Türkler hakkında yazılmış olan Etnografik yapıtlar da çok önemli yapıtlar arasında yer almaktadır. İçinde Etnografik konular bulunan seyahatnameler, kitaplar, makaleler ve diğer eserler Türkler hakkında önemli bilgiler vermektedir. Örneğin İslamiyet'i uzun zamandan beri kabul etmiş olan Kırgızlar arasında bu dinin emrettiğinden çok daha geniş, 10. Göbeğe kadar çıkan bir ezogami (=dışarıdan evlenme) âdetinin var olduğunu görünce İslamiyet'ten önceki Türklerin, hiç olmazsa Kırgızların ezogamik olduklarını hiç çekinmeden söyleyebiliriz.<sup>3</sup>

### 4. Dil ve Dil Üzerine Yapılan İncelemeler

Türklerin eski medeniyet ve kültürlerini ve bu arada hukuklarını öğrenmek için müracaat edilecek en önemli kaynaklardan biri de Türk dilidir. Eski Türk Hukukunu aydınlatılabilmek için Türk milletinin söz hazinesinden de yararlanmak gerekir. Dil hazinesinde mevcut olan hukuki terimler ve ifadeler, o milletin söz konusu terim ve ifadelere sahip hukuki müesseselere sahip olduğunu gösterir. Örneğin Türk lehçelerinde aile hukuku ile ilgili uruk=soy, törkün=dar anlamda aile, katın=karı, abağa=amca ve togay=dayı kelimelerinin bulunuşu aile müessesesinin bütün ayrıntılarıyla bulunduğunu göstermektedir.<sup>4</sup>

### B. Türklerin Anayurdu

Kültür ve onun bir ögesi olan hukukun doğumunda coğrafi koşullar çok önemli bir rol üstlenmişlerdir. Bu nedenle Eski Türk Hukukunu incelerken bu hukukun ortaya çıktığı coğrafi alanı da bilmemiz gerekir.

"Türklerin tarihe doğduğu coğrafya, Tanrı Dağlarının batı ve kuzey yamaçlarından Aral gölüne doğru yayılan geniş Orta Asya sahasıdır. İlk yurt olarak anılan bu bölge, Aral gölü ile Altay ve Tanrı Dağları arasında kalan ve Balkaş gölünü de içine alan büyük üçgen olarak tarif edilir.

<sup>3</sup> Üçok ve Diğerleri, s. 13.

<sup>4</sup> Cin, age. s. 24 naklen, Kaşgarlı Mahmud, Divanü-Lügatit-Türk, Ankara, 1939-1944, c. I, s. 89.

Bölgenin açık denizlerle irtibatı yoktur. Deniz seviyesinden çok yüksekte bozkır ve ovalar hakimdir. Tanrı dağlarının yüksekliği güneyde 7300 metreyi bulur. Batıya doğru gelindikçe dağlar küçülür. Ceyhun ve Seyhun nehirleri Aral Gölüne dökülür. Kuzeyde İrtiş nehri ve kolları vardır. Yenisey ve Selenga Irmakları Baykal gölüne akar. Tarım nehri Karakurum dağlarından doğar. Bu geniş coğrafyada çeşitli iklimler görülebilmekle beraber genellikle serttir ve yağışları azdır.”<sup>5</sup>

Bu coğrafi özellikler Türkler için zorunlu olarak sadece göçebe kültürüne elverişli bir zemin hazırlamıştır. Türk kabileleri, bir bölgede belli bir süre kaldıktan sonra kuraklığın baş göstermesi, yaşam koşullarının bozulması, düşman istilâları ya da kuvvetli kabilelerin baskıları sonucunda başka bölgelere göç etmek zorunda kalıyorlardı. Çinlilere göre ise, Türkler otları ve suları takip ederek yaşamaktaydılar. Onlar, arabalar üzerinde yahut atlarla taşıdıkları çadırlarını hayvanları için elverişli yaylalara götürüyor, mevsimlere göre yer değiştiriyorlardı. Bu sebeple Çinliler eski Türklerle “Arabaları Yüksek Tekerlekli Kavimler” adını vermişlerdi. At yetiştiriciliği, onların bakımı, arabaya koşulmak için hazırlanmaları, tedavileri gibi konular Türkler için dinamik, baş döndürücü ve süratli bir yaşam tarzını ortaya çıkarmıştır. Öyle ki, göç ve akınların hep hızla yapılması gerekmiştir. Düşmanların da çok hızlı olduğu hesaplandığında, kazanmak için süratli ve disiplinli olmak Türkler için büyük önem kazanmıştır. Dış tehlikelere karşı daima tetikte bulunma zorunluluğu nöbetçilik ve gözcülüğü sadece askerliği değil, sivil hayatın da bir gereği haline getirmiştir.<sup>6</sup>

## II. İSLAMİYET ÖNCESİ TÜRKLERDE HUKUK

Milattan önce 220’den önce yaşamış Türk Devletleri hakkındaki bilgiler yeterli düzeyde değildir. O nedenle çalışmamızda tarihleri ve hukukları hakkında bilgi sahibi olduğumuz Hun Devleti (M.Ö. 220-M.S. 216), Göktürk Devleti (M.S. 552-745) ve Uygur Devletini (M.S. 745-940) esas alacağız. Ancak bu üç devleti ele almamız, bu devletlerin dışında ve M.Ö. 220’den önce Türklerin devlet ve hukukunun olmadığını göstermez. Sadece kesin bilgilerin bu devletlerde daha belirgin olması nedeniyle ele almaktayız.

---

<sup>5</sup> Kösoğlu, Nevzat: Türk Dünyası Tarihi ve Türk Medeniyeti Üzerine Düşünceler, Ötüken Yayınları, İstanbul 1997, s. 25-26.

<sup>6</sup> Pamir, Aybars: Orta-Asya Türk Hukukunda “Töre” Kavramı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 58, S. 2, Ankara, 2009, s. 361-362.

## A. Hun Devleti ve Hukuk Sistemi

Orta Asya'da vaktiyle yaşamış devletlerin en önemlisi ve en eskisi Çinlilerin Hiung-nu dedikleri Hunlardır. "Hunlar arasında birliği gerçekleştirerek ilk Hun devletini kuran T'ou-man (M.Ö. 220) olmuştur. Hunlar'ın merkezi, Orhun-Selenga Irmakları ile bu ırmakların hemen batısında, Türklerin kutlu ülke saydıkları Ötüken havalisindeydi. T'ou-man'dan sonra yerine geçen oğlu Mo-tun 35 sene hükümdarlık yaparak devletin sınırlarını kuzeyde Sibiry'a'dan, güneyde Himalayalar'a, doğuda Büyük Okyanus'tan batıda Hazar Denizi'ne kadar genişletmişti. Hun İmparatorları'nın unvanı "Shan-yü" veya "Tanhu"dur."<sup>7</sup>

Mete (Mo-tun)'nin sanı da her hun imparatorunki gibi "Şan-Yu" yahut "Tan-Hu"dur. Tan-hu'nun anlamı Hun dilinde "Gökten kudret alan" demektir. Törenlerde otururken kuzeye bakar, sol yanını, sağ yanından üstün sayardı. Hunlarda devlet düzenli bir hiyerarşiye bağlıdır.

"Shan-yü anlaşıldığı kadar elinin altında tebaaları bulunan bir hükümdar demek değildir. Fakat sayısı 24 olan diğer beyler arasında en önde gelen kişidir. Bu iktidar, boy aristokratları yani her biri 2 bin süvariden 10 bin süvariye kadar ulaşan silahlı güce sahip beyler tarafından sınırlandırılmıştır. Daha sonrakilerin seçiminde de tahta oturtma usulü uygulanmıştır. Bazıları ise, nadiren de olsa tahtan indirilmiştir. Mesela 102 yılında Shanyü'nün oğlu küçük olduğu için Hunlar yabgunun küçük amcasını tahta geçirmişlerdir. 85-60 yılları arasında ise prensler yeni yabgu seçimi için kurultay toplandıklarından benzeri olaylar olmuştur.

Mo-tun ile ilgili çok eski ve değerli bilgilerde, kurultay toplama geleneğinin, devlet idaresinin adeta temelini oluşturmuştur. Mo-tun, Çince belgelerimizin Çince ta-chnen dedikleri devlet büyüklerini toplamadan önce hiçbir şey yapmamaktadır. Gerçi son söz yine hakana aittir."<sup>8</sup>

"Çin kaynakları Hunların ceza kanunlarından da bahsetmiştir. Birisine kılıç çeken öldürülür. Kılıç çekmekten maksat her halde öldürmek olsa gerekir. Eşkriyalık yapanın ailesi devlet memurları tarafından rehine olarak tutulur. Ufak suçlar araba tekerleği altında ezilmekle, büyük suçlar ölümle cezalandırılır. "Araba tekerleği altında ezilmek" sözlerini kimi Sinologlar "yüzü damgalan-

<sup>7</sup> Nermin Akpınar, "Büyük Hun Devletinden Osmanlı Devletine Kadar Türk Devletlerinde Meclis", Yüksek Lisans Tezi, Mimar Sinan Güzel Sanatlar Üniversitesi SBE., İstanbul, 2009, s. 51.

<sup>8</sup> Akpınar, age. s. 52 naklen, Ögel, Bahaeddin: Büyük Hun İmparatorluğu Tarihi. Kültür Bak. Yayınları, Ankara 1981, s. 225.

mak” veya “sopayla dövülmek” diye anlatmaktadırlar ki, ağır suçlar ölümle cezalandırıldığına göre bu son iki çevirinin doğru olduğunu kabul etmek gerekir. Zaten ilk çağlarda hem damgalamak, hem sopa cezası çok kullanıldığı gibi, bu tür cezalar İslam hukukunda ve Osmanlı Kanunnamelerinde de sık sık görülmektedir. Hapis cezası yalnız 10 güne kadar verilir; böylece devletin sınırları içindeki hükümlülerin sayısı çok azdır. Devlet göçebe olduğu için sürekli hapisaneler kurulması istenmemiştir.”<sup>9</sup>

Hunlar devlet içinde emniyet ve inzibatı temin için ceza işlerine çok ehemmiyet verirlerdi. Suç işleyenleri cezalandırmak devletin hak ve inhisarı idi. Hunlarda iptidai kabilelerde görülen hususi intikam yerine suçluların devlet tarafından cezalandırılması usulü kaim idi. Hunlarda ceza devlet işi idi. Hususi intikam yasaklanmıştır. Adam öldürmenin cezası idamdı. Soygun, hırsızlık ve hayvan kaçırma kesin surette yasaktı. Ele geçirilen soyguncu ve suçüstü yakalanan hırsız öldürülür, malları müsadere edilir, aile efradının hürriyetleri kısıtlanırdı. Ciddi bir tehlike ile karşılaşmadıkça ok-yay kullanmak yasaktı... Zinanın cezası idamdı. Irza tecavüz en ağır suçlardan sayılırdı. Bu da bazen iki taraf arasında uzlaşmazsa idamı gerektirirdi. Ordudan kaçanlar ve vatana ihanet edenlerin cezası da ölümdü.<sup>10</sup>

Çin kaynakları Hunların özel hukuk uygulamaları ile ilgili bilgiler de vermektedir.<sup>11</sup>

“Anne ve babalarını öldürenler, çarptırıldıkları ceza ve işkence sonucu ölmese bile, işkenceden sonra pazarbaşları ve benzeri umumi yerlerde katledilirler” diyen eski Türklerde aile müessesesine ne derece önem verdikleri anlaşılmaktadır. Özel hukukun sadece aile hukuku ile ilgili değil, bütün dallarıyla alakalı hükümler bulunduğu muhakkaktır. Ancak, bu hususta Çin kaynaklarından elde edilen bilgiler daha çok aile hukuku ile ilgilidir.

Kaynakların belirttiği önemli bir özel hukuk müessesesi levirat kaidesidir. Ölen kardeşin karısıyla sağ kalan kardeşin evlenmesi veya baba öldüğünde dul kalan üvey anneyle evlenme zorunluluğuna “Levirat-Levirate-Leviratus” adı verilir.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Üçok ve diğerleri, s. 20.

<sup>10</sup> Tutar, Âdem: İslam Öncesi Türk Devlet Geleneğinde Adalet Anlayışı, Türkler Ansiklopedisi, C. 2, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara 2002, s. 870.

<sup>11</sup> Bu konuda bkz. Cin-Akgündüz, s. 35; Üçok ve diğerleri, s. 20.

<sup>12</sup> Bkz. Türkeli, Cevat: “Hunlarda İnsani Değerler ve Hukuk”, Türklerde İnsani Değerler ve İnsan Hakları, (Yay. Haz. Türk Kültürüne Hizmet Vakfı), İstanbul, 1992, s. 88-89.

"Levirate'in farklı sosyal, siyasi ve ekonomik boyutları olmasına rağmen, bu uygulamanın kökeninde, babasoylu ve babayerli toplumsal değerler çok önemli rol oynamıştır. Çünkü kadın evlenip kendi ailesinden ayrıldıktan sonra, kocasının aile veya kabilesine ait olarak kabul ediliyordu. Günümüzde Türkiye'sinin pek çok yöresinde bu uygulamaların benzer sebeplerden devam ettirildiği söylenebilir. Örneğin, bazı yörelerde evlenen bir kızın baba evinden çıkarken, arkasından sembolik olarak tahta kaşık kırılması veya evlenen kıza "bu evden gelinlikle çıkıyorsun kefenle dönebilirsin" denilmesi, yukarıda bahsedilen anlayışı yansıtmaktadır. Bu anlayış içinde, bir kadının kocası vefat etse bile hala kocasının ailesine ait görülmesi, *levirate* uygulamasına başvurulmasına neden olmaktadır."<sup>13</sup>

"Bu adetlerin iki sebebi vardır: 1) Kadın kocasının ruhuna da hizmet edeceğinden ölenin oğlu veya kardeşi ile de evlenir ise bu vazifesini gene yerine getirebilir. Hâlbuki yabancı bir erkek ile evlenirse yabancı iki erkeğe ve atalarına birden hizmet edemez. 2) Sağ kalan eşin eski soyuna dönerek bir miktar malı beraberinde götürmesi ve bir işgücünün eksilmesi böylece önlenmek istenmiştir. Ayrıca bu durum, Hunlar arasında çok kadınla evlenme (=polygynie-polügünü) nin de var olduğunu da bize gösterir. Tan-hu ölünce yakınları ve sevgili cariyelerinden bir çoğu bazen ölümden ona eşlik ederlerdi. Bundan da Tan-hu'nun asıl karlarından başka cariyelerinin de bulunduğunu anlarız. Ancak bu durumun yalnız Tan-hu'ya ve büyüklere mi özgü olduğu yoksa herkesin mi cariyeye alabileceği anlaşılamamaktadır.

Savaşta kafa kesen veya tutsak alan kimseye Tan-hu tarafından bir bardak şarap verilirse, elde etmiş olduğu tutsaklar o kişiye hediye edilmiş ve böylece onun kulu olurlar. Buradaki şarap her halde tutsak üzerindeki mülkiyet hakkının Tan-hu tarafından tanınmasının bir sembolüdür. Göçebelerde kulun iktisadi önemi çok olmamakla birlikte savaşanlar daha çok bir kurtuluş bedeli (fidye-i necat)'nden dolayı kul elde etmiş olsalar gerektir.

Savaş meydanlarından ve savaş sırasında bir ölüyü dışarıya çıkaran kimseye, ölünün malları verilir."<sup>14</sup>

Hunlar hakkında Çin kaynaklarının verdiği bilgiler sınırlı olduğundan pek fazla bilgi vermek mümkün olmamaktadır. Şimdi tarihte ilk kez kendilerine "Türk" adını vermiş olan ve Türkçe konuştukları kesin olarak bilinen Göktürkler ve Hukuklarından bahsedelim.

<sup>13</sup> Dalkesen, Nilgün: "İslam Öncesi Devirlerde Orta Asya'da Değişen Kadın Erkek İlişkilerinde Töre", Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 7(2):441-449 (2008), s. 447.

<sup>14</sup> Üçok ve diğerleri. s. 20-21.

## B. Göktürk Devleti ve Hukuk Sistemi

Orta Asya'daki Büyük Hun Devletinin yıkılışından sonra Altay dağlarında yaşayan Türkler, 552 tarihinde Uluğ Yabgu'nun oğulları Bumin (Tumen) Kağan ve İstemi Kağan'ın gayretleriyle Orhun suyu yakınlarında bir devlet kurdular. Bu devlete Göktürk devleti adı verilmiştir ve Çinliler tarafından Tu-Ki-Yu'lar diye anılmıştır.<sup>15</sup>

Göktürk devletinin hukuku hakkında Hun devletinden farklı olarak Çin kaynaklarının yanı sıra Bizans ve İslam kaynaklarından da yararlanılmaktadır. Ayrıca bu devlet hakkındaki milli kaynaklarımız arasında yer alan Orhun yazıtları bu alanda çok önemli kaynaklardır.

Orhun yazıtları 1889 yılında Orta Asya'da Orhun ırmağı yakınında bulunmuş, 1893 tarihinde Danimarkalı dil bilgini Thomsen tarafından ilk kez okunup çözümlenmiştir. Bu yazıtlar üç büyük ve bir takım küçük dikili taşlardan oluşmaktadır. Orhun yazıtlarının üç büyüğü; Kül-Tegin Yazıtı, Bilge Han Yazıtı ve Tonyukuk Yazıtıdır.

Tüm bu kaynakların verdiği bilgiler ışığında Göktürklerde uygulanan hukuk hakkında şunlar söylenebilir:

Göktürk devleti de tıpkı Hun Devleti gibi bir şef etrafında toplanmış olan kabileler birliğidir. Bu şefe "Kağan" denir. Kağan'ın ödevi kabileleri toplu ve bir arada tutmak, birbiriyle ve dışarıyla olan ilişkilerini düzenlemek, halka iş, devlete gelir sağlamaktır. Kağan bütün eski kültürlerde olduğu gibi gücünü, erkini (kut) gökten Tanrı'dan almaktadır.<sup>16</sup>

Eski Türklerin kôni dediği adliye müessesesinin Göktürklerde de geliştiğini görüyoruz. Siyasi suçlarla ilgili yargılamalara bakan ve hükümdarın başkanlığındaki yüksek devlet mahkemesi demek olan yargı müessesesinde, vezir Tonyukuk'un üyelik (ayguç'luk) yaptığını görüyoruz. Hakan adına örfi hukukun uygulamakla görevli yargan'lar da vardı. Örfi hukuka töre denmekteydi. Töre'nin üç kaynağı mevcuttu. Birincisi; halktı. Halkın örf ve adetlerinden çıkan hukuka "yusun" denirdi. İkincisi; kurultaydı. Yani beylerin kararlarıydı. Üçüncüsü ise, Kağan'dı.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Bu konuda bkz. Cin-Akgündüz, s. 36, Üçok ve diğerleri. s. 21.

<sup>16</sup> Bkz. Üçok ve diğerleri. s. 23 vd.

<sup>17</sup> Cin-Akgündüz, s. 42, 43 Törenin bu üç kaynağı hakkında bkz. Pamir, s. 363 vd.

“Ceza hukuku Hunlarda da olduğu gibi özel intikam alanından çıkmış ve kamu intikamı, kamu hukuku alanına girmiştir. Yani cezayı belirtip uygulayacak olan suçtan zarar gören kimse değil devlettir. Ancak bazen cezanın, suçlu ya değil de suçlunun yakınlarına uygulandığı görülmektedir. Bu da cezanın her alanda kişiselleşmemiş olduğunu bize gösterir. Ancak o zaman oğullar, kızlar, karılar aile başkanının doğrudan doğruya velayeti altında olduklarından onlara ceza uygulanması, aile başkanına uygulanmış gibi sayılmıştır.

Çin kaynaklarına göre isyan ve cana kastın cezası ölümdür. İnsan öldürme ve evli kadına tecavüz etmek de ölümlü cezalandırılır. Genç kızları baştan çıkarırlar, hem ceza görürler hem de o kızla evlenmek mecburiyetindedirler. Dövme ve yaralama suçlarının cezası yalnız hayvanla ödenen tazminattan ibarettir. Hırsızlıkta ise suçlunun çaldığı eşyanın sayı ve değerinde on katını ödemesi gerekir.

Bir kimsenin gözünü kör eden, kızını veya karısının mallarını o adama vermek mecburiyetindedir. İşte burada da cezanın kişiselleşmemiş olduğu görülmektedir.”<sup>18</sup>

“Eski Türklerin suçluları cezalandırma uygulamalarından örnekler veren İbn-i Fadlan’a göre; bir adam diğerini kasten öldürürse, suçuna karşılık kısas olarak onu da öldürürler. Hata ile öldürürse, öldüren için kayın ağacından bir sandık yaparlar. Katili bunun içine koyup, yanına üç somun, bir testi su bıraktıktan ve üzerini çiviledikten sonra, deve havudunun ağaçlarına benzer üç ağaç dikilerek suçluyu bunların arasına asarlar... Zamanla çürüyünceye ve rüzgârlar götürünceye kadar bu şekilde asılı kalır. Türk toplumunda kadınlar ve erkekler birbirinden kaçmazlar. Zina onlara göre en büyük suçlardandır. İçlerinden biri zina ederse, kim olursa olsun, dört kazık çakıp zina edenlerin el ve ayaklarını bunlara bağlarlar. Sonra onu boynundan uyluklarına kadar balta ile yararak iki parçaya ayırırlar. Kadına da aynı cezayı tatbik ederler. Toplumda tatbik edilen cezaların caydırıcı olması için kadın ve erkeği ikiye ayırdıktan sonra vücutlarının parçalarından her birini bir ağaca asarlar.”<sup>19</sup>

Çin kaynakları ve Orhun Kitabeleri, Göktürklerde özel hukukun uygulanması ile ilgili şu bilgileri vermektedir;<sup>20</sup> Şahsın hukuku bakımından Göktürklerde halk üç sınıfa ayrılmaktaydı. Beyler, hür Türkler, esirler (kullar) olmak üzere.

<sup>18</sup> Üçok ve diğerleri. s. 27.

<sup>19</sup> Tutar, s. 870 naklen, İbn Fadlan, İbn Fadlan Seyehatnamesi, (Haz. Ramazan Şeşen), İstanbul, 1995, s. 56.

<sup>20</sup> Bu konuda bkz. Cin-Akgündüz, s. 44, Üçok ve diğerleri. s. 27-28, ayrıca Sadri Maksudi Arsal, Eski Türklerin Hususi Hukuku, Türkler Ansiklopedisi, C. 3, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2002, s. 88-96.



Göktürklerde kulluk (kölelik) kurumunun büyük bir yer tuttuğu yolunda izlere rastlanmamıştır. Yani kullarda bulunmakla birlikte insanların çoğu özgürdü. Göktürklerde hem kadınların hem de çocukların ailede söz ve mülkiyet hakkı vardır. Genellikle dıştan evlenme (exogamie) esastır. Sulta yani zora değil, velayete dayanan baba hukuk geçerlidir. Evlenen oğullar, hisselerini alıp, yeni aile kurmak üzere evden çıkarlar, baba evi ise en küçük oğla (od- tegin) kalır. Hunlarda olduğu gibi Göktürklerde de oğullar, babaları ölünce üvey annelerini almaya mecburdurlar. Kardeş ölünce karısını (levirat) ve amca ölünce karısını almak, kardeş ve yeğenler için zorunludur.

Ulus her ne kadar göçebe ise de her Türk'ün bir parça toprağa sahip olduğu anlaşılmaktadır. Bu toprak kabilelerin kışı geçirdikleri kışlaklarda bulunmaktadır. İşte mirasta en küçük oğul bu toprağı alır, diğerleri de taşınabilir malları alırlar. Bunların içinden zeki ve cesur olanına atlar ve diğerlerine koyunlar düşer. Beylerde ise "kut" yani egemenlik kudreti, buna en layık olana verilir veya birkaç aday varsa aralarında bölüşülür, hatta kızlara bile bazen burada düşerge (hisse) ayrıldığı görülür. Göktürklerin yazılı akitler yaptıklarını ve bu akitlerde "On İki Hayvanlı Takvimi" kullandıklarını da biliyoruz. Ayrıca yazılan levhacıkların üzerine mızrak ucu ile yapılan bir işaretin imza yerine geçtiğini ve buna tamga dendiğini de görüyoruz.<sup>21</sup>

### C. Uygur Devleti ve Hukuk Sistemi

"Çin kaynakları Uygurları Hunların nesilleri olarak kabul ederler. Akra- ba kavimlerle birlikte Dokuz Oğuz- On Uygur diye isimlendirilirler. Uygurlar IV.-V. asırlarda Toba Devleti zamanında Töles adını aldılar. Çinlilere göre Uygurlar sayı bakımından pek kalabalık değillerdi. Fakat çok kabiliyetli ve cesur idiler. Yüksek tekerlekli arabaları vardı. Göçlerde ve harplerde bu arabalarına çok güveniyorlardı. İlk zamanlarda Töles boylarının müşterek bir reisleri yoktu. Göçebe oldukları için bir yerde devamlı oturmuyorlardı. Ata binmede ok atmada üzerlerine yoktu. Toprakları verimsiz olduğu için atları az, koyun ve sığırları çoktu. Selenga, Orhun ve Tola nehirlerinin kıyılarında oturan bu oymaklar, Göktürk devleti kurulunca, onların hâkimiyetini tanıdılar."<sup>22</sup>

Göktürk Devleti zamanında bu devlete uyruk olan Uygurlar, Bilge Han'ın ölümünden (734) sonra çıkan karışıklıktan yararlandılar. Basmiller ve Karluk-

<sup>21</sup> Cin-Akgündüz, s. 45, Üçok ve diğerleri. s. 28.

<sup>22</sup> Çandarlıoğlu, Gülçin: Uygur Devletleri Tarihi ve Kültürü, Türkler Ansiklopedisi, C. 2, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2002, s. 193-194.

larla birleşerek çok geçmeden (745) Göktürk Devletine son verdiler. Doğu Göktürk Devletinin merkezi olan ve Türklerce kutsal sayılan Ötüken'i aldılar. Uygurlar bundan sonra Karluklarla birleşerek Basmilleri yenmişler ve sonra da Karlukları yenerek bir zaman için rakipsiz kalmışlardı. Bunun üzerine merkez de Ötüken'e taşınmış ve Uygur hükümdarı "eltebir" adından başka Kağan unvanını almış ve bu unvanı başkalarına verecek erki kendisinde görmüştür.<sup>23</sup>

Uygur Prensiği, Göktürkler tarihe karıştıktan sonra, Büyük Türk Hakanlığının iktidarını 745- 845 yılları arasında yani yüzyıl boyunca ellerinde tutabilmişlerdir.<sup>24</sup>

Çin kaynakları Uygur Devleti'nin özellikle kamu hukuku için değerli bilgiler içerir. Bunların yanında "Kutadgu Bilig" adlı eser ile Doğu Türkistan ele geçirilmiş olan hukuksal belgeler Uygur Hukukunun incelenmesi bakımından büyük bir değer taşımaktadır.

Uygurlarda uygulanan hukukla ilgili şunları söyleyebiliriz:

Uygurlarda adaletin ayrı bir önemi vardır. "Adalet devletin temelidir" esasını ve hatta adaletin devletten önce geldiği mantığını görmekteyiz. Bu durumu Kutadgu Bilig'de açıkça görmekteyiz. "Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig adlı eserini dört iyi temel üzerine kurmuştur. Bunlardan biri adalet olup doğruluk üzerindedir. İkincisi devlet olup, saadet ve ikbal demektir. Üçüncüsü akıl olup, ululuk ifade eder. Dördüncüsü ise kanaat ve afiyettir. Bunların her birine ayrı adlar vermiş ve bundan böyle bunları bu adla zikretmiştir. Adaletle "Kün Toğdı" adını verir ve onu hükümdar yerine koyar. Devleti "Ay Toldı" ismi ile zikreder ve bunu onun veziri sayar. Akıla "Ögdülmiş" adını vermiş ve buna da vezirin oğlu demiş. Kanaate "Odgurmuş" adını verir ve buna da vezirin akrabası der."<sup>25</sup>

Uygurlarda hukukun uygulanmasında töre kurallarına sıkı bir bağlılık vardır. "Töre'ye göre suçların cezası oldukça şiddetliydi. Adam öldürmek, barış zamanında kılıç çekmek, hırsızlık, hayvan kaçırma, ırza tecavüz gibi suçların cezası idamdı. Suçun devlet takibine uğraması eski Türkler arasında kan davası güdülmesine mani oluyordu. Adli teşkilat iki kademeliydi. Biri hükümdarın başkanlığındaki siyasi suçlara bakan Yüksek Devlet Mahkemesi, diğeri hâkimlerin idaresindeki mahkemelerdi."<sup>26</sup>

<sup>23</sup> Üçok ve diğerleri, s. 28.

<sup>24</sup> Cin-Akgündüz, s. 45.

<sup>25</sup> Tutar, s. 869, naklen, Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig II, (Çev. R.R. Arat), Ankara, 1998, s. 7 vd.

<sup>26</sup> Çandarlıoğlu, s. 210.

Uygurların bıraktığı hukuksal belgeler Uygurların özel hukuku hakkında bize önemli bilgiler vermektedir. Uygurların uyguladıkları özel hukuku öğrenmek açısından bıraktıkları bazı belgelere göz atmak yerinde olacaktır:

### 1. Tutugluk, İnsan Rehni

Uygurlardan kalma hukuki vesikalar arasında hukuk tarihi bakımından dikkati çeken bir vesika, bir mukavele vardır.<sup>27</sup> Bu mukavelede Kedire adlı bir Türk, oğlu Bulmuş'u yirmi beş satır para mukabilinde Kambuklu adlı birisine "tutug" olarak veriyor ve oğlu üzerindeki babalıktan doğan velilik haklarını ona devrediyordu. Mukavelenin şartları şunlardır:

1. Tutukluk müddesi zarfında Bulmuş, Kambuktu'nun hâkimiyeti altında bulunacaktır.
2. Kambuktu, Bulmuş'un üst-başına bakmaya, elbise ve ayakkabılarını vermeye mecbur olmayacaktır.
3. Kambuktu Bulmuş'u kendi yanında çalıştırdığı takdirde tutuğa yiyeceğini, içeceğini temin edecektir.
4. Bulmuş (Kambuktu'nun müsadresiyle) başkası yanında çalıştığı zaman Kambuktu yiyeceği, içeceği temine de mecbur olmayacaktır.

### 2. Trampa (Takas) ile İlgili Bir Belge<sup>28</sup>

"Küskü (=Fare) yılında... bana... pamuklu gerektiği için Pulat'tan 100 parça Pamuklu aldım; bana Kalımdu'ya değgin olan... (satın almış olduğum) Tulat adlı kadın köleyi sattın. Bu kölenin satış bedeli olan 100 parça pamukluyu, ben Kalımdu, bu belgenin düzenlendiği günde tam olarak aldım. Ben Pulat, pamukluları hiç eksigi olamadan tam olarak teslim ettim. Bu köle üzerinde Pulat bin yıl ve on-bin gün egemen olsun. Onu beğenirse kendisi tutsun, beğenmezse onu başka kişiye satsın. Bu köle hakkında anlaşmazlık... Yanlış bilgi verilmişse, ben Kalımdu bundan sorumluyum. Pulat sorumlu değildir. Puka tanıktır. Kutluk Temir Tayak tanıktır. (onlara) inanıla. Bu mühürlü belgeyi ben Kalımdu İrgül, ben özüm Yazdım."

---

<sup>27</sup> Arsal, s. 89 naklen, Radloff, op. Cit. 86-88. Vesika no. 51.

<sup>28</sup> Üçok ve diğerleri, s. 32, naklen, Radloff, Altuigurische Sprachdenkmaeler aus Turfan, s. 55 vd.

### 3. Mısır Ödünç Alma ve Verme ile İlgili Bir Vesika<sup>29</sup>

“Pars yılı, altıncı ayın yirmiikinci günü, ihtiyacım olduğu için ben Yigad-miş, Şagan’dan faiz ile, Fabtsu-tu’nun ölçüğü ile iki sık miktarından mısır aldım. Yeni harman zamanı, uygun faiziyle birlikte doğru olarak iade edeceğimi kabul ederim. Şayet ödemededen önce ortadan kaybolursam, oğlum Kavsung tam olarak borcumu ödeyecektir. Şahit: Bayan, Şahit: Kumanu. Bu mühür ikimize aittir. Ber ve Babtçu-tu yazmışızdır.”

### 4. Yarıcılık Sözleşmesi ile İlgili Bir Belge<sup>30</sup>

“Tavuk yılının ikinci ayının on sekizinci günü, Bana, Elçi’ye ekim ekmek için toprak gerek olduğundan, Kayımtu’nun Yolturgan Kas’da bulunan yarım sık tarlasını hazır durumda tuttum. Bu tarlaya ekim için ne gibi tohum gerekirse her ikimiz eşit miktarda atacağız, ürünü de aramızda eşit olarak bölüşeceğiz. Bu yer dolayısıyla (başka) giderler olursa ikimiz birlikte ödeyeceğiz. Bu söz için tanık Teke Bakşı, tanık Çisim. Bu tamga ben Elçi’nindir. Ben Mısır-Sila söyleterek yazdım.”

### 5. Bir Vasiyetname Örneği<sup>31</sup>

“Küskü yılının sekizinci ayının onsekizinci gününde ben Tüşimi ağırca hastalandığımdan ve hastalığının gittikçe fenalaşacağını düşünerek ben karım Silang’a şu yazıyı bıraktım. Benim ölümünden sonra, başka bir kimse ile evlenmeden, evimi yönetip oğlum Altmış-Kaya’nın eğitimi ile uğraşsın. Oğullarım Kosang ile Esen-Kaya üvey annemiz bizimidir, alacağız diye işe karışmasınlar. Eğer alacağız diye, dava ederlerse bütün orduya(?) bir altın yastık, şehzadelere birer gümüş yastık, hiç hazineye bir at vermek yoluyla ağır cezaya çarptırılınsınlar ve sözleri geçmesin. Ben vasiyetnameyi Sutz’a, Ked-Kaya Tukung, Tükele ve Kimtsü başta olmak üzere, cemaat ile Tavrag-Yeke, İkici başta olmak üzere, halk ve yakınlarımdan Asana, onlar huzurunda verdim. Tanık İnge, Tanık Karatoyın. Bu tamga benimdir. Ben Kaysın sorup yazdım. Bu tamga ben Tavgaç-Keke’nindir. Bu tamga ben Asana’nındır. İmlası altında yazdım.”

Bu vesikalarda; eski Türklerde para karşılığı kişinin oğlunu rehine olarak vermesi, para karşılığında köle (kul) değişimi, ödünç mal karşılığı ödemenin faiziyle yapılması ve buna kefalet gösterilmesi, yarıcılık sistemi, vasiyetname düzenlenmesi gibi hukuki durumların olduğunu görmekteyiz.

<sup>29</sup> Cin-Akgündüz, s. 55, naklen, Yamada, Uighur Documents of Slaves and Adopted Sons, Osaka University Bd. 16, 1972, s. 73-80.

<sup>30</sup> Üçok ve diğerleri, s. 34, naklen, Radloff, age. belge no: 28.

<sup>31</sup> Üçok ve diğerleri, s. 34, naklen, Radloff, age. belge no: 78.

Burada örneklerini verdiğimiz vesikalar ve Uygurlardan kalma diğer tüm vesikalar ve belgeler incelendiğinde Uygurlarda uygulanan hukukun çok biçimci ve oldukça modern bir anlayışa dayanan bir hukuk sistemi olduğu görülmektedir.

Ancak bu belgeler yazıldıkları zamanda, Çin’de düzenlenmiş olan hukuksal belgelerle karşılaştırılırsa, Uygur hukuk sisteminde Çin hukukunun derin izleri olduğu saptanabilmektedir.<sup>32</sup>

## SONUÇ

İslamiyet’ten önceki Türk Hukukunun incelenmesinde en büyük zorluk şüphesiz ki kaynakların yeterli düzeyde olmamasıdır. Türklerin, Uygurlar zamanına kadar göçebe bir kültüre sahip olmaları ve yaptıklarını yazılı kaynaklarla dile getirmemeleri bunda en büyük etkindir. Ancak komşu devlet Çin kaynakları Türkler hakkında bir çok bilgiyi bizlere sunmaktadır. Bunun yanı sıra İslami kaynaklar, Epigrafik ve Arkeolojik kaynaklar (kitabeler ve vesikalar), Etnografik kaynaklar, hukuki örf ve adetler ve dil üzerine yapılan araştırmalar bizlere eski Türklerde uygulanan hukuk hakkında bilgiler vermektedir.

Bu kaynaklardan eski Türklerde uygulanan hukuk hakkında şunları söyleyebiliriz: Öncelikle özel hukuk açısından bütün eski Türklerde aileye çok büyük önem verilmiş olduğunu görmekteyiz. Örneğin kaynaklardan Levirat müessesesinin veya poligami (çok eşlilik) nin olduğunu görmekteyiz. Evlilik müessesesine önem verilmiş olup zina ve ırza tecavüz, çok ağır suçlar olarak kabul edilmişti. Ayrıca kulluk (kölelik) durumunun olduğunu görmekteyiz. Ancak eski Türklerdeki kulluk, Roma Hukukundakinden daha yumuşak, daha insani ve daha merhametli kurallara tabi idi.

Türk devletleri hükümdarları adalete büyük önem vermişlerdir. Kutadgu Bilig gibi eserlerde adaletin devletten önce geldiğini görmekteyiz. Adaleti gerçekleştirmek için adliye müesseseleri geliştirilmiş ve buralara yargan denilen yargıçlar görevlendirilmiştir. Ayrıca adaleti sağlamak amacıyla suçlar karşısında katı (sert) cezalar uygulamışlardır. Toplumun hoş karşılamadığı suçlar karşısında kanunlar sert ve tavizsiz cezalar getirmiştir. Adam öldürmek, barış zamanında kılıç çekmek, zinada bulunmak, hayvan kaçırmak, soygunculuk ve hırsızlık yapmak gibi fiiller kesinlikle yasaktı. Bu suçları işleyenler çoğunlukla idam edilir, malları devlet hazine kalırdı. Hafif suçlarda ise 10 günü aşmamak koşuluyla hapis cezası veya bedelin ödetilmesi yoluyla cezalar verilirdi.

---

<sup>32</sup> Üçok ve diğerleri, s. 38.

Ceza hukuku devletin yani hükümdarın görevleri arasındaydı. Devletin ceza vermesi, şahsi intikam, oç alma gibi durumların oluşmasını engelliyordu.

Eski Türklerde uygulanan hukukun, günümüz hukuk sistemlerinden önemli bir farkı cezaların şahsiliğı ilkesinin bulunmamasıdır. Suç işleyen kişilerin cezalandırılmasının yanı sıra ailesi de cezalandırılır, hürriyetlerinden kısıtlanırdı. Kişinin dışında ailesinin de cezalandırılmasının sebebi, aile başkanının oğulları, kızları, karıları aile başkanının doğrudan doğruya velayeti altında olduklarından onlara ceza uygulanması, aile başkanına uygulanmış gibi sayıldığı içindir.

Özellikle Uygurların yerleşik hayata geçmesiyle Türk hukuku da önemli gelişmeler kaydetmiştir. Özel hukuk alanında mal edinme, satış sözleşmesi, kiralama, parayı faize verme, ortaklık kurmak, evlat edinme, vasiyetname düzenleme gibi birçok hukuki müessese bu devirde görülmektedir. Kaynakları incelediğimizde uygulanan hukuki işlemlerde adaletin gerçekleşmesine son derece önem verilerek kişi hakları sonuna kadar korunmaya çalışılmıştır.

İslamiyet'ten önce Türk hukukuna baktığımızda kişi haklarının korunmasına önem verilerek kişilerin mağdur olmaması istenmiştir. Bu amaçla katı kurallar konulmuştur. Bu kurallar daha çok töreyle konulmuştu. İslamiyet'in doğuşundan sonra İslamiyet'in de kişilerin haklarına son derece önem vermesi (kul hakkı) bu dinin Türklere tarafından kolay kabul edilmesinde önemli rol oynamıştır. Çünkü yukarıda saydığımız tüm suçlar İslam hukukunda da son derece ağır müeyyideler getiriyordu.

İslamiyet'ten önceki Türklere uygulanan hukuku tam manasıyla öğrenmemiz için mevcut kaynakların yanında başka kaynakların da bulunması gerektir. Bu da ancak epigrafik ve arkeolojik çalışmalarla gün yüzüne çıkacak eserlerle olabilecektir. Zaman içerisinde bulunabilecek kaynaklar, bize eski hukukumuzu anlatacak ve dolayısıyla tarihimize biraz daha yaklaştıracak ve bizi aydınlatacaktır.

## KAYNAKÇA

- Akpınar, Nermin: Büyük Hun Devletinden Osmanlı Devletine Kadar Türk Devletlerinde Meclis. Yüksek Lisans Tezi, Mimar Sinan Güzel Sanatlar Üniversitesi SBE, İstanbul 2009, s. 51.
- Arsal, Sadri Maksudi: Eski Türklerin Hususi Hukuku, Türkler Ansiklopedisi, C. 3, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2002, s. 88-96.
- Cin, Halil / Akgündüz, Ahmet: Türk Hukuk Tarihi, C. I, Selçuk Üniversitesi Basımevi, Konya, 1989.
- Çandarlıoğlu, Gülçin: Uygur Devletleri Tarihi ve Kültürü, Türkler Ansiklopedisi, C. 2, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2002, s. 193-194.
- Dalkesen, Nilgün: "İslam Öncesi Devirlerde Orta Asya'da Değişen Kadın Erkek İlişkilerinde Töre", Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 7(2):441-449 (2008), s. 447.
- Fadlan İbn, İbn Fadlan Seyehatnamesi (haz. Ramazan Şeşen), İstanbul, 1995.
- Kaşgarlı Mahmud, Divanü-Lügatit-Türk, Ankara, 1939-1944, C. I, s. 89.
- Kösoğlu, Nevzat: Türk Dünyası Tarihi ve Türk Medeniyeti Üzerine Düşünceler, Ötügen Yayınları, İstanbul 1997.
- Ögel, Bahaeddin: Büyük Hun İmparatorluğu Tarihi. Kültür Bak. Yayınları, Ankara 1981.
- Pamir, Aybars: Orta-Asya Türk Hukukunda "Töre" Kavramı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 58, S. 2, Ankara, 2009, s. 361-362.
- Tutar, Âdem: İslam Öncesi Türk Devlet Geleneğinde Adalet Anlayışı, Türkler Ansiklopedisi, C. 2, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara 2002, s. 870.
- Türkeli, Cevat: "Hunlarda İnsani Değerler ve Hukuk", Türklerde İnsani Değerler ve İnsan Hakları, (Yay. Haz. Türk Kültürüne Hizmet Vakfı), İstanbul, 1992, s. 88-89.
- Üçok, Coşkun / Mumcu, Ahmet / Bozkurt, Gülnihal: Türk Hukuk Tarihi, 8. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 1996.
- Yamada, Uighur documents of slaves and adopted sons. Japan: Osaka University Bd. 16, 1972.
- Yusuf Has H. Kutadgu bilig II. Çev. Reşit Rahmeti Arat. Ankara 1998.





# Denkleştirme Esasının Hüküm ve Sonuçları<sup>(\*)</sup>

## Provisions and Consequences of the Principle of Equalization

Arş. Gör. **Deniz OTAY**<sup>(\*\*)</sup>

### Öz:

Bu çalışmada ilk olarak 4857 sayılı İş Kanunu'na esneklik bağlamında getirilen denkleştirme uygulamasının, çalışma süresinin haftanın iş günlerine bölünüp bölünmemesine göre ayırım yapılarak şartları belirlenmiştir. Daha sonra denkleştirme uygulamasının kapsamı çerçevesinde denkleştirme esasının uygulanamayacağı işler ve işçiler tasnif edilmiş, denkleştirmenin fazla çalışma ile olan ilişkisi ele alınarak denkleştirme döneminde iş sözleşmesinin feshi halinde fazla çalışmanın nasıl hesaplanması gerektiği konusundaki görüşlere yer verilmiştir. Tüm bunlar ışığında denkleştirmenin olumlu ve olumsuz yanları yorumlanarak genel itibariyle denkleştirme esasının hüküm ve sonuçları açıklanmıştır.

### Anahtar Kelimeler:

Denkleştirme, Yoğunlaştırılmış İş Haftası, İş Hukukunda Esneklik, Haftalık Ortalama Çalışma Süresi, 4857 Sayılı İş Kanunu 63. Madde.

### Abstract:

In this study, first of all, the conditions of the equalization application introduced in the Labor Law No. 4857 in the context of flexibility were determined according to whether the worker's working time can be divided into working days of the week or not. Then, within the scope of the equalization practice, the work and workers where the equalization principle cannot be applied were classified, and the relationship between the equalization and overwork was discussed, and opinions on how overwork should be calculated in case of termination of the employment contract in the equalization period were included. In the light of all these, the positive and negative aspects of the equalization are interpreted and the provisions and results of the equalization principle are explained in general.

### Keywords:

Equalization, Concentrated Work Week, Flexibility in Labor Law, Average Working Time Per Week, Article 63 of Labor Law No. 4857.

<sup>(\*)</sup> Makale Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin Editörlüğe Gönderildiği Tarih: 20.09.2021, Makalenin Kabul Tarihi: 31.12.2021.

<sup>(\*\*)</sup> Gaziantep Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı,  
E-posta: otaydeniz@gmail.com,  
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-3391-0188>.

## GİRİŞ

Sanayi devrimi ile birlikte işçiler cinsiyet, yaş gibi unsurlar dikkate alınmaksızın çok uzun sürelerle, sağlık ve güvenlikleri ile ilgili önlem alınmaksızın ağır çalışma şartları altında çalıştırılmaktaydılar. Bu olumsuz çalışma koşullarının, insan sağlığına ve onuruna yaraşır hale getirilmesi amacıyla işçinin korunması ilkesi esas alınarak kanunlaşma hareketleri başlamıştır. Bu amaçla getirilen ilk düzenlemeler, çalışma koşullarına emredici hükümlerle kesin kurallar koymaktaydı. Birçok endüstrileşmiş batı ülkesi, ulusal mevzuatta küreselleşme ve yeni teknolojik gelişmelerin sağladığı koşullara uyumlu olmak amacıyla yeni düzenlemelere gitmiş, hatta Uluslararası Çalışma Örgütü ve Avrupa Birliği'nde olduğu gibi uluslararası kurallar da bu gelişmelere ayak uydurmuştur. Ülkemizin de iş hukuku alanında yetmiş yıla yakın birikimi, uygulamada karşılaşılan sorunları, Avrupa Birliği ve Uluslararası Çalışma Örgütü'nün düzenlemelerine uyum sağlama ihtiyacını ve esnekleşme gereksinimini doğurmaktaydı. Nitekim ülkemizde 1971 yılından itibaren uygulanmakta olan 1475 sayılı İş Kanunu'nun çalışma hayatına yönelik içerdiği katı düzenlemeler, zaman içerisinde yaşanan teknolojik gelişmeler, ilerleyen üretim teknikleri, küresel ve ekonomik krizler sebebiyle işveren kesiminin taleplerini karşılamakta yetersiz kalmıştır. Bunun yanında çağdaş iş hukukunda, işletmenin faaliyetini sürdürebilmesi bakımından işçi işveren arasındaki uzlaşma gereksinimi dolayısıyla mevcut katı kuralların esnekleştirilmesi gerektiği gündeme getirilmiştir. Sonuç olarak ülkemizde 2000 yılında yaşanan ekonomik kriz ile iş kanununun değişmesi gerektiği tekrar gündeme gelmiş ve 2003 yılında esnekliğe ilişkin düzenlemelere yer veren 4857 sayılı İş Kanunu<sup>1</sup> (İş K.) yürürlüğe girmiştir.

Esneklik, değişen durumlar karşısında mevcut kuralların ihtiyaçlara cevap verebilecek şekilde değiştirilebilmesine imkân tanıyan sistemdir. İş hukukunda esneklik ise işçi ve işverenin karşılıklı çıkarları gözetilerek hukukî araçlar ile çalışma koşullarının ihtiyaçlara göre düzenlenebilmesi anlamına gelir.

4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen esnek çalışma uygulamaları daha çok çalışma süreleri ve fazla çalışma konusunda önem arz etmektedir. 1475 sayılı İş Kanunu'nun çalışma sürelerini düzenleyen 61. maddesinde haftalık çalışma süresinin, haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu ise bu katı kuralı ekonomik, teknolojik ve sosyal gelişmeler nedeniyle günümüz çalışma hayatının ihtiyaçlarına karşılık veremediği gerekçesi ile esnekleştirme yoluna gitmiştir ve çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine farklı şekilde dağıtılabileceğini hüküm altına

<sup>1</sup> RG. 10.06.2003 / 25134.

almıştır. Bu düzenlemeye bağlı olarak denkleştirme kavramı doğmuştur. Genel itibariyle denkleştirme uygulaması ile işverene, yoğun işgücüne ihtiyaç duyduğu zamanlarda işçiden haftalık çalışma süresini aşacak şekilde yararlanma imkânı sunulmakta, buna mukabil diğer haftalarda işçilere boş zaman sağlanarak (fazla çalışma yaptırılmaksızın) çalışma sürelerinin dengelenmesi amaçlanmaktadır.

Çalışmamızın ilk bölümünde esnek çalışma şekillerinden biri olan denkleştirme uygulaması ile ilgili olarak denkleştirme esasının türleri ve koşulları açıklanacaktır. İkinci bölümde ise denkleştirme uygulamasının kapsamı çerçevesinde denkleştirme uygulanamayacak işler ve işçiler ele alındıktan sonra denkleştirme döneminde iş sözleşmesinin sona ermesi halinde fazla çalışmanın nasıl hesaplanacağı irdelenecektir.

## I. ÇALIŞMA SÜRESİNİN DENKLEŞTİRİLMESİ ESASI

Denkleştirme ilk defa 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenen bir kavramdır. Kanunda bu kavramın esasları ayrı bir başlık altında düzenlenmediği gibi herhangi bir tanımı da bulunmamaktadır. Ancak çalışma sürelerinin uygulanmasına yönelik esasları düzenleyen İş Kanunu'na ilişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği<sup>2</sup> (ÇSY) m.5'te "Denkleştirme Esasına Göre Çalışma" başlığı altında düzenlenmiştir.

İşyerinde denkleştirme yöntemi uygulandığında bazı dönemlerde haftalık çalışma süreleri 45 saatin üzerine çıkarılarak işçinin işgücünden azami şekilde yararlanılmaktadır.<sup>3</sup> Dolayısıyla bu durum işçinin sağlığını ve sosyal yaşamını olumsuz olarak etkileyebilecektir.<sup>4</sup> Bu nedenle denkleştirme uygulamasına hem Kanun hem de Yönetmelik ile birtakım koşullar ve sınırlamalar getirilmiştir.<sup>5</sup>

### A. Genel Olarak Denkleştirme Kavramı

Sözlük anlamı "birbirine denk duruma getirmek" olan denkleştirme, iş hukuku anlamında bir ya da birden fazla haftayı kapsayan bir dönemde çalışmaların, yasal haftalık çalışma süresinden fazla veya eksik yapıldıktan sonra ortalaması alındığında haftalık 45 saati aşmayacak şekilde dengelenmesidir.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> RG. 6 Nisan 2004 / 25425.

<sup>3</sup> Erel, Damla, "Esnek Çalışma Süreleri ve Denkleştirme Esasına Göre Çalışma", (Yaşar Üniversitesi, SBE, Özel Hukuk ABD, Yüksek Lisans Tezi), İzmir, 2017, s. 84.

<sup>4</sup> Çoruhlu Kamalioğlu, Nadire, "Denkleştirme ve Uygulamaları", Çalışma Dünyası Dergisi, C. 1, S. 2, Ekim 2013, s. 55; Karacan, Hatice, 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 59.

<sup>5</sup> Erel, s. 84; Karacan, s. 59.

<sup>6</sup> Çoruhlu Kamalioğlu, s. 54.

Bu çalışma şekli çalışma sürelerinin haftanın çalışılan günlerine farklı şekilde dağıtılabilmekle imkânı ile mümkün olmaktadır. 1475 sayılı İş Kanunu döneminde haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine eşit olarak dağıtılması emredici nitelikte düzenlenmişti.<sup>7</sup> Oysa özellikle iş yoğunluğunda değişiklik yaşanan işlerde, siparişlerin arttığı bazı haftalarda daha yoğun işgücüne ihtiyaç duyan işverenin bu yoğun dönemlerde işçiyi (fazla çalışma ücreti ödemedi) daha fazla çalıştırıp, bazı haftalarda daha az çalıştırarak talebin karşılanması da mümkündür.<sup>8</sup> Bu ve bunun gibi örneklerden hareketle, AB Konseyi'nin 23.11.1993/104/EC sayılı Yönergesine (şimdiki 2003/88/EC sayılı Yönerge) uygun olarak eski kanun dönemindeki katı çalışma kurallarının artık çalışma hayatının ihtiyaçlarına cevap vermediği düşüncesi ile 4857 sayılı İş Kanunu'na çalışma süreleri bakımından esnek düzenlemeler getirmiştir.<sup>9</sup>

Getirilen esnek düzenlemeler iki açıdan önem arz etmektedir. Buna göre 4857 sayılı İş Kanunu'nun çalışma sürelerini düzenleyen 63. maddesinin 2003/88 sayılı Yönerge ile paralel şekilde getirdiği düzenleme; haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine eşit olarak bölünme kuralının aksinin kararlaştırılabileceği<sup>10</sup> ve denkleştirme uygulamasıdır.<sup>11</sup>

Denkleştirme uygulaması ile artık işverene, yoğun işgücüne ihtiyaç duyduğu dönemlerde yeni işçi istihdam etmeden mevcut işçisini haftalık normal çalışma süresini aşarak ve fakat fazla çalışma ücreti ödemeyerek çalıştırma imkânı verilmekte, buna mukabil işçilerin diğer haftalarda daha az çalıştırılmasıyla çalışma saatleri ve işçi ile işveren arasındaki menfaat dengelenmektedir.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> Günay, Cevdet İlhan, Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma Ücreti, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 83.

<sup>8</sup> Odaman, Serkan, "Liberal İş Hukuku Mantığı Çerçevesinde Türk İş Hukukunda Denkleştirme Uygulamasına Yönelik Bazı Tespitler", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, C. 20, S. 1, Y. 2014, s. 75.

<sup>9</sup> Mülâyim, Baki Oğuz, "Türk İş Hukukunda Avrupa Birliği Yönergeleri Çerçevesinde Denkleştirme Uygulaması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 68, S. 3, Y. 2019, s. 637; Günay, Fazla Saatlerle Çalışma, s. 82; Çelik, Nuri / Caniklioğlu, Nurşen / Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 31. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2018, s. 674; Senyen Kaplan, Emine Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 10. Baskı, Ankara, 2019, s. 368.

<sup>10</sup> İş K. m.63/1: "Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırk beş saattir. Aksi kararlaştırılmıyorsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır. (...)" Bu düzenlemede 1475 sayılı Kanun'daki genel esas korunmuş olmakla birlikte tarafların anlaşmasıyla aksinin kararlaştırılabileceği söz konusudur. Yani taraflar anlaşsarsa haftalık çalışma süresi çalışılan günlere farklı şekilde dağıtılarak çalışılabilecektir.

<sup>11</sup> Yücel Bodur, Mehtap, "Yoğunlaştırılmış İş Haftası, Denkleştirme Süresi ve Bundan Doğan Hukuki Sorunlar", SDÜHFD, C. 9, S. 1, Y. 2019, s. 309.

<sup>12</sup> Baycık, Gaye, "Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, C. 20, S. 1, Y. 2014, s. 236.

## B. Mevzuattaki Yeri

### 1. Avrupa Birliği Müktesebatındaki Yeri

Avrupa Birliği Konseyi tarafından 04.11.2003 tarihinde kabul edilen 2003/88/EC sayılı Çalışma Süreleri Yönergesinde çalışma sürelerinin asgari sağlık ve güvenlik gereksinimleri ile denkleştirmeye ilişkin hususlar belirlenmiştir.<sup>13</sup> Bu yönerge kendinden önceki 93/104/EC ve 2000/34/EC sayılı Yönergelerindeki çalışma süreleri ile ilgili mevcut düzenlemeleri değiştirmemiş olup derlemiştir.<sup>14</sup>

Söz konusu Yönergenin 6. maddesinde haftalık ortalama çalışma süresinin fazla çalışmalar da dâhil 48 saati aşamayacağı düzenlenmiştir.<sup>15</sup> Bu durum denkleştirme süreleri bakımından önem arz etmektedir.<sup>16</sup> Nitekim Yönergenin denkleştirmeye ilişkin düzenlemelerini içeren “Denkleştirme Süreleri” başlıklı 16. maddesi<sup>17</sup> doğrultusunda 4 aylık bir denkleştirme dönemi içerisinde işçinin iş yoğunluğuna göre bazı haftalar 48 saatin üzerinde bazı haftalar ise 48 saatin altında çalıştırılarak ortalama 48 saat çalışması söz konusu olabileceği sonucuna varılmaktadır.<sup>18</sup>

Yönergenin denkleştirmelere ilişkin istisnalarını düzenleyen 19. maddesine göre ise belirli faaliyetlerde (teknik veya iş organizasyonu gibi nedenlerle)

<sup>13</sup> Erel, s. 79-80; Yücel Bodur, s. 302-303.

<sup>14</sup> Mülayim, s. 641.

<sup>15</sup> Yücel Bodur, s. 303; Çoruhlu Kamalıoğlu, s. 55; Erel, s. 80.

Madde 6: “Üye Devletler, işçilerin sağlık ve güvenliğini koruma ihtiyacını göz önünde bulundurarak aşağıdakileri temin edecek gerekli önlemleri alır:

(a) Haftalık çalışma süresi, kanunlar, yönetmelikler, idari düzenlemeler veya endüstrinin iki tarafı arasındaki sözleşmeler yahut toplu sözleşmeler ile sınırlandırılır;

(b) Fazla mesai de dâhil olmak üzere her bir 7 günlük ortalama çalışma süresi; 48 saati aşamaz.”

<sup>16</sup> 93/104 Sayılı AB Yönergesinin m.6/2 fıkrasındaki ortalama çalışma süresinin fazla çalışma süreleriyle birlikte haftada 48 saati aşamayacağı kuralı TBMM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir. Bu durum işçinin sağlığının korunmasına aykırı düştüğünden eleştirilmiştir. Eleştiri için bkz. Günay, Fazla Saatlerle Çalışma, s. 69; Soyer, Polat, “Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler”, Legal İSGHD, Y. 2004, S. 3, s. 805.

<sup>17</sup> Madde 16: “Üye Devletler aşağıdaki denkleştirme sürelerini belirleyebilirler:

(a) 5. Maddenin (haftalık dinlenme süresi) uygulanmasında, 14 günü geçmeyen bir denkleştirme süresi;

(b) 6. Maddenin (haftalık azami çalışma süresi) uygulamasında, 4 ayı geçmeyen bir denkleştirme süresi, 7. Maddede belirtilen yıllık ücretli izin süreleri ve hastalık izinlerinin süreleri ortalama hesaplamasında dikkate alınmayacaktır;

(c) 8. Maddenin (gece çalışma süresi) uygulaması hususunda, endüstrinin iki tarafına danışıldıktan sonra yahut toplu sözleşmeler veya ulusal ya da bölgesel seviyede endüstrinin iki tarafı arasında sonuçlandırılan sözleşmeler aracılığıyla belirlenen bir denkleştirme süresi;

(d) 5. maddede belirtilen 24 saatlik haftalık asgari dinlenme süresi referans süresinin içinde kaldığı takdirde, ortalamanın hesaplanmasında dikkate alınmaz.”

<sup>18</sup> Günay, Fazla Saatlerle Çalışma, s. 82; Yücel Bodur, s. 304; Mülayim, s. 641.

denkleştirme süresinin belirlenen limitleri aşmayacak şekilde kanunlarla 6 aya kadar, toplu iş sözleşmeleri ile 12 aya kadar uzatılabilmektedir.<sup>19</sup> Bir diğer ifadeye göre haftalık, aylık ve yıllık denkleştirme periyodları 2 haftadan 12 aya kadar esnek bir şekilde belirlenebilmektedir.<sup>20</sup>

## 2. Türk Hukukundaki Yeri

Denkleştirme, ülkemizde ilk kez 4857 sayılı İş Kanunu ile uygulamaya girmiştir. Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu'nda ise çalışma sürelerinin eşit olarak paylaşılması kuralı söz konusu olduğundan denkleştirme uygulanamamaktadır.<sup>21</sup> Deniz İş Kanunu'nun 28. maddesinde iş süresi, günde sekiz ve haftada kırk sekiz olarak belirlenmiş ve bu sürenin haftanın iş günlerine eşit olarak bölünmek suretiyle uygulanacağı düzenlenmiştir. Basın İş Kanununun ise ek 1. maddesinde günlük iş müddeti, gece ve gündüz devrelerinde sekiz saat olarak düzenlenmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun "Çalışma Süreleri" başlıklı 63. maddesinin ilk fıkrasında çalışma sürelerinin haftada en çok 45 saat olduğu ve bu sürelerin taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa haftanın çalışılan günlerine eşit şekilde bölüneceği hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü üzere 1475 sayılı İş Kanunu'ndaki genel esaslar korunmuş ancak getirilen "aksi kararlaştırılmamışsa" ibaresi ile farklı şekilde bölünebilmesine imkan tanınmıştır.<sup>22</sup>

Aynı maddenin ikinci fıkrasında denkleştirmenin esasları düzenlenmiştir. Şöyle ki; *"Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir. Turizm sektöründe dört aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz; denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile altı aya kadar artırılabilir."*

Madde düzenlemesinden yaptığımız çıkarıma göre denkleştirmenin uygulandığı zaman diliminde genel kural olan "haftalık çalışma süresi" kavramı yerine "haftalık ortalama çalışma süresi" kavramı kullanılmaktadır. Burada belirtmek gerekir ki Kanun'un fazla çalışmayı düzenleyen 41. maddesinde denk-

<sup>19</sup> Günay, Fazla Saatlerle Çalışma, s. 82; Erel, s. 80.

<sup>20</sup> Çoruhlu Kamalıoğlu, s. 56.

<sup>21</sup> Mülayim, s. 645.

<sup>22</sup> Caniklioğlu, Nurşen, "4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Çalışma Süresi ve Bu Sürenin Günlere Bölünmesi", Toprak İşveren Dergisi, Y. 2005, S. 66, s. 5; Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri 1, 5. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2014, s. 622.

leştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak şartıyla bazı haftalarda 45 saati aşıya dahi bu çalışmaların fazla çalışma sayılmayacağı hüküm altına alınmıştır.<sup>23</sup>

4857 sayılı Kanun'un 63. maddesine dayanılarak çıkarılan ÇSY m.5'te denkleştirme esasına göre çalışma hükümleri düzenlenmiştir. Denkleştirme döneminin yoğun çalışılan haftalarını ifade etmek için İş Kanunu'nun 63. maddesinin gerekçesinde ve ÇSY m.5'te geçen "yoğunlaştırılmış iş haftası" ifadesi kullanılmıştır.<sup>24</sup>

Son olarak İş K. m.76/1'de haftalık çalışma sürelerinin İş K. m.63'teki düzenleme ile uygulanması mümkün olmayan nitelikleri gereği haftalık iş günlerine bölünemeyen işlerde, çalışma sürelerini ve denkleştirme uygulanmasını belirleyecek usullerin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Bu düzenlemeye istinaden Haftalık İş Günlerine Bölünemeyen Çalışma Süreleri Yönetmeliği<sup>25</sup> (HİGBÇSY) çıkarılmıştır.

### C. Denkleştirme Uygulamasının Türlerine Göre Koşulları

4857 sayılı İş Kanunu ile eski kanundaki haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine eşit olarak bölünme zorunluluğunu kaldırılmış, tarafların anlaşması şartıyla haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine farklı şekilde dağıtılabilmesine imkân sağlanmıştır.<sup>26</sup> Buna bağlı olarak *haftalık ortalama çalışma süresini* esas alan denkleştirme uygulaması doğmuştur. Ancak tarafların aralarında anlaşıyor olması tek başına çalışma sürelerini istedikleri gibi bölüştürebilmeleri için yeterli olmayıp kanunun (veya toplu iş sözleşmelerinin) öngördüğü sınırlamalara da uyulması gerekmektedir.<sup>27</sup> Kanun, denkleştirme uygulamasına üç sınırlama getirmektedir. Bunlar; günlük çalışma süresinin 11 saati aşmaması, denkleştirme için öngörülen denkleştirme süresi içerisinde kalınması ve haftalık ortalama çalışma süresinin 45 saati (veya sözleşme ile belirlenen haftalık çalışma süresini) aşmamasıdır.<sup>28</sup>

<sup>23</sup> Mollamahmutoğlu, Hamdi / Astarlı, Muhittin / Baysal, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, 2. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara 2018, s. 347; Akyiğit, Ercan, Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, Güncellenmiş 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 415; Günay, Fazla Saatlerle Çalışma, s. 84.

<sup>24</sup> Yücel Bodur, s. 291-291; Günay, Fazla Saatlerle Çalışmalar, s. 88.

<sup>25</sup> RG. 06.04.2004 / 25425.

<sup>26</sup> İncirlioğlu, Lütfi, Sorulu Cevaplı İş Hukuku Uygulaması, 4. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 254.

<sup>27</sup> Narmanlıoğlu, s. 622.

<sup>28</sup> Eyrenci, Öner / Taşkent, Savaş / Ulucan, Devrim, Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s. 288.

Neticede denkleştirme, bir veya birden çok haftadan oluşan zaman dilimi içerisinde haftalık ortalama çalışma süresinin, normal haftalık çalışma süresini (45 saat) aşmayacak şekilde ve günde 11 saati aşmamak koşulu ile çalışılan günlere farklı şekilde dağıtılabilmesi imkânıdır. Bu uygulama sayesinde işveren, işçisini bazı haftalarda 45 saatin üzerinde çalıştırmasına rağmen fazla çalışma ücreti ödemeden işyeri ihtiyaçlarını karşılayabilmektedir.<sup>29</sup> Haftalık ortalama çalışma süresinin normal haftalık çalışma süresini aşmaması, yoğunlaştırılmış iş haftasından önce veya sonraki haftalarda daha az süreyle çalışılması ile mümkün olur. Öğretide haftalık çalışma süresini dengelemek amacıyla işçinin daha az çalıştırıldığı haftalar için “telafi edici dinlenme” ifadesi kullanıldığı görülmektedir.<sup>30</sup>

Öğretide çoğunlukla “haftalık dönemi aşan çalışma süreleri” olarak adlandırılan denkleştirme uygulaması, genel olarak denkleştirme esasları (İş K. m.63, ÇSY m.5) ve nitelikleri gereği haftalık iş günlerine bölünemeyen işlerde denkleştirme esasları (HİGBCŞY) olmak üzere 2 tür olarak düzenlenmiştir.<sup>31</sup>

### 1. Genel Olarak Denkleştirme Esasına Göre Çalışma

İş K. m.63/2 hükmünde denkleştirme uygulaması “*Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde on bir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. (...)*” şeklinde ifade edilmiştir.

Kanun’un denkleştirmeyi düzenleyen madde lafzında haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine farklı şekilde dağıtılabilmesini belirten cümlelerin hemen akabinde “bu halde” ibaresini kullanarak denkleştirme uygulamasını düzenlemesi hususunda öğretide fikir ayrılıkları mevcuttur. Bir görüşe göre denkleştirme yapılmadan haftalık çalışma süresinin eşit olmayan şekilde bölünemeyeceği savunulmaktadır.<sup>32</sup> Bu görüşe göre “bu halde” ibaresi, farklı şekilde dağıtılabilme ile denkleştirme kelimesinin geçtiği iki cümleyi birbirine bağladığından haftalık çalışma süresinin farklı şekilde dağıtılabilmesi ancak denkleştirme uygulaması ile mümkün olabilecektir.<sup>33</sup> Caniklioğlu’na göre ise “bu halde” ibaresi ile haftalık or-

<sup>29</sup> Çoruhlu Kamalioğlu, s. 57; Narmanlioğlu, s. 623; Günay, Fazla Saatlerle Çalışmalar, s. 87.

<sup>30</sup> Bkz. Günay, Fazla Saatlerle Çalışma, s. 88; Günay, Cevdet İlhan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 183.

<sup>31</sup> Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 287.

<sup>32</sup> Ekonomi, Münir, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı”, Kamu-İş Dergisi, C. 7, S. 3/2004, s. 8; Narmanlioğlu, s. 623.

<sup>33</sup> Odaman, Serkan, Esneklik Prensibi Çerçevesinde Yargıtay Kararları Işığında Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri ve Yöntemleri, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 105.



talama çalışma süresinin dikkate alınacağı belirtilmektedir.<sup>34</sup> Aynı doğrultudaki ve bizim de katıldığımız görüşe göre denkleştirme uygulanmaksızın haftalık çalışma süresi farklı şekilde dağıtılabilecektir.<sup>35</sup> Sonuç olarak haftalık 45 saatlik çalışma süresi aşılmadan, bu süre haftanın çalışılan günlerine farklı şekilde dağıtılabilecektir ve denkleştirme uygulamasına gerek görülmeyecektir.<sup>36</sup> Böylelikle bir haftalık bir süre içerisinde denkleştirme yapıldığından söz edilebilir.<sup>37</sup>

Haftanın altı günü çalışılan işyerlerinde, işçinin bir haftada en fazla 66 saat (11x6) çalıştırılabileceği açıktır.<sup>38</sup> Yasanın öngörmüş olduğu 2 aylık denkleştirme süresi içerisinde normal çalışma süresi (8x45) 360 saat olması gerektiğinden, denkleştirilecek haftalarda toplam çalışma süresi 360 saat olmalıdır<sup>39</sup> ki haftalık ortalama çalışma süresi 45 saati aşmasın. Böylece işyerinde bazı haftalarda yoğunlaştırılmış iş haftası bazı haftalarda ise daha kısa sürelerle çalışılan veya duruma göre çalışmadan geçirecek boş haftalar söz konusu olacaktır. Burada belirtmek gerekir ki denkleştirme dönemindeki yoğunlaştırılmış iş haftası ile azaltılmış iş haftalarının hangisinin önce hangisinin sonra yapılacağı hususunda kanunda sınırlayıcı bir düzenleme bulunmamaktadır.<sup>40</sup> ÇSY'nin denkleştirme esasına göre çalışmayı düzenlediği 5. maddesinde "(...) yoğunlaştırılmış iş haftası veya haftalarından sonraki dönemde (...)" lafzından yoğunlaştırılmış iş haftasının denkleştirme döneminin başlangıcında olması gerekiyormuş gibi bir anlam çıkarılabilir. Ancak 4857 sayılı Kanun'un çalışma sürelerinde esnekleştirme yapma düşüncesi var olduğundan, bu sıralamanın tamamen ihtiyaca göre istenildiği gibi belirlenebileceğini kabul etmek gerekir.<sup>41</sup>

Bunun yanında denkleştirme uygulamasının amacına hizmet edebilmesi için denkleştirme süresinin ne zaman başlayıp ne zaman biteceğini, işveren yönetim hakkı çerçevesinde kendisi belirlemelidir.<sup>42</sup> Zira ÇSY m.5/son fıkrasının-

<sup>34</sup> Caniklioğlu, s. 7.

<sup>35</sup> Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 283-284; Yücel Bodur, s. 312; Odaman, Esneklik, s. 105; Caniklioğlu, s. 7.

<sup>36</sup> Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 675.

<sup>37</sup> Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 284.

<sup>38</sup> Akyiğit, s. 414-415; Senyen Kaplan, s. 369; Sümer, Haluk Hadi, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 25. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 142.

<sup>39</sup> Tunçomağ, Kenan / Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2018, s. 158.

<sup>40</sup> Bedük, Mehmet Nusret, "Çalışma Sürelerinin Denkleştirilmesi Esneklik mi, Yoksa Keyfilik midir? İş Hukuku Uygulamasında Çalışma Sürelerinin Denkleştirilmesi ve Fazla Çalışma Konusunda Bir Değerlendirme", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 2, Y. 2011, s. 215; Odaman, Denkleştirme, s. 85; Yücel Bodur, s. 323; Caniklioğlu, s. 8; Günay, Fazla Saatlerle Çalışmalar, s. 87.

<sup>41</sup> Günay, Fazla Saatlerle Çalışmalar, s. 87; Caniklioğlu, s. 8; Bedük, s. 215.

<sup>42</sup> Odaman, Esneklik, s. 104-105; Mülayim, s. 654.

da düzenlendiği üzere “Denkleştirme dönemi içinde günlük ve haftalık çalışma süreleri ile denkleştirme süresi uygulamasının başlangıç ve bitiş tarihleri işveren-  
ce belirlenir.” Ancak işçinin denkleştirmeye yönelik bir rızası yoksa işveren tek  
tarafı olarak denkleştirme yapamayacaktır.<sup>43</sup> Çünkü denkleştirme uygulama-  
sında, işverenin yoğun işgücüne ihtiyaç duyduğu zamanlarda işçiden haftalık  
çalışma süresini aşacak şekilde çalışması istenilecektir.

Denkleştirme uygulaması hüküm ve esasları işyerini değil sadece işçiyi  
ilgilendirir. Nitekim kanundaki çalışma sürelerine ilişkin getirilen sınırlamalar  
işçilere ilişkin olup işyerindeki faaliyeti sınırlandırmamaktadır.<sup>44</sup> Dolayısıyla  
denkleştirme, işyerinde çalışan işçilerin tamamına uygulanabileceği gibi bazı  
bölümlerinde çalışanlara veya tek başına bir işçiye dahi uygulanabilir.<sup>45</sup>

Denkleştirme yapılabilmesi için birtakım şartlar vardır. Bunlar denkleştir-  
meye geçiş nedeninin olması, tarafların bu hususta anlaşması, Kanun’da denk-  
leştirme için öngörülmüş olan azamî sürelerin aşılmaması ve haftalık ortalama  
çalışma süresinin 45 saati aşmamasıdır.

#### **a. Denkleştirmeye Geçiş Nedeni Olması**

İşyerlerinde bazı dönemlerde işgücüne duyulan ihtiyaç artıp azalarak de-  
ğişkenlik göstermektedir. Bu gibi durumlarda tarafların aralarında anlaşması  
şartıyla mevcut çalışma düzeninden denkleştirme uygulamasına geçilebilir.<sup>46</sup>  
Nitekim yasada denkleştirme uygulamasına gidilmesi için herhangi sınırlayıcı  
bir sebep öngörülmemiştir.<sup>47</sup> Ancak denkleştirme uygulaması ile karşılanma-  
sı beklenen işin kısa bir zaman diliminde görülecek olması sebebiyle işçinin  
daha fazla yorulması ve işçi sağlığı ve güvenliği açısından birtakım olumsuz  
etkilerin ortaya çıkması muhtemeldir.<sup>48</sup> Bu nedenle işveren, kendisine tanınan  
bu esnek uygulamayı kullanırken Türk Medeni Kanunu m.2 hükmü gereğince  
objektif iyiniyet kurallarına uygun davranmak zorundadır.<sup>49</sup>

<sup>43</sup> İncirlioğlu, Lütfi, Çalışma Hayatında Esnek Çalışma Uygulamaları, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, Ankara 2020, s. 129; Caniklioğlu, s. 8.

<sup>44</sup> Günay, Fazla Saatlerle Çalışmalar, s. 92.

<sup>45</sup> Bedük, s. 213; Ekonomi, s. 8; Yücel Bodur, s. 310; Günay, Fazla Saatlerle Çalışmalar, s. 92; Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 288; Odaman, Denkleştirme, s. 77; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 347; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 676; Çoruhlu Kamalioğlu, s. 59; Narmanlıoğlu, s. 625; Mülayim, s. 654; Senyen Kaplan, s. 369; Sümer, s. 142; Karacan, s. 55.

<sup>46</sup> Günay, Fazla Saatlerle Çalışmalar, s. 91.

<sup>47</sup> Bedük, s. 213.

<sup>48</sup> Günay, Cevdet İlhan, Çalışma Sürelerinde Esneklik, Yargıç Resul Aslanköylü’ye Armağan, Kamu İş Dergisi, C. 7, S. 3/2004, s. 11; Çoruhlu Kamalioğlu, s. 58.

<sup>49</sup> Bedük, s. 213; Karacan, s. 59.

İş K. m.66/1-c hükmüne göre “İşçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler” çalışma süresinden sayılacaktır ve işçi ücrete hak kazanacaktır. Bu hüküm işletme riskinin işveren üzerinde olduğunu göstermektedir.<sup>50</sup> Aynı zamanda TBK m.408’de çalışmaya hazır olan işçi karşısında iş görme alacağını kabulde temerrüde düşen işverenin ücret ödeme borcunun devam ettiği hüküm altına alınmıştır.<sup>51</sup> Dolayısıyla hem TBK’nın işverenin temerrüdünü düzenleyen hükmü, hem de İş Kanunu’ndaki boşta geçen sürelerle ilişkin ücret ödeme yükümlülüğünün işveren üzerinde oluşturduğu mali sorumluluğun hafifletilmesi gibi nedenlerle denkleştirme uygulamasına geçilebilecektir.<sup>52</sup>

### **b. Tarafların Bu Hususta Anlaşması**

Haftalık çalışma süresinin, haftanın çalışılan günlerine eşit olmayan şekilde dağıtılması sonucu ortaya çıkan denkleştirme esasının uygulanabilmesi için tarafların anlaşması gerekmektedir.<sup>53</sup> Bu husus hem İş K. m.63/2 hükmünde hem de ÇSY m.5’te açıkça düzenlendiğinden işveren yönetim hakkına dayanarak tek yanlı denkleştirme uygulayamaz.<sup>54</sup> Tarafların anlaşması ise başlangıçta iş sözleşmesinde kararlaştırılabileceği<sup>55</sup> gibi iç yönetmelik veya personel yönetmeliğine ya da toplu iş sözleşmelerine konulacak denkleştirmeye ilişkin kuralların işçi tarafından kabul edilmesi şeklinde olabilmektedir.<sup>56</sup> Bu durum denkleştirme talebinin sadece işverenden gelebileceği anlamına gelmemelidir.<sup>57</sup> Ancak uygulamada değişen işyeri gereksinimlerini karşılamak amacıyla denkleştirme talebi daha çok işverenden gelmektedir. Dolayısıyla işveren, denkleştirme uygulaması yaparken işçinin onayını almak zorundadır.<sup>58</sup>

<sup>50</sup> Engin, Murat, “Denkleştirme Esası Uygulamasında Çalışma ve Dinlenme Sürelerine İlişkin Emredici Hükümler (Karar İncelemesi)”, Siciil İş Hukuku Dergisi, S. 5, Y. 2007 (Mart), s. 73.

<sup>51</sup> Günay, Fazla Saatlerle Çalışmalar, s. 91.

<sup>52</sup> Günay, Fazla Saatlerle Çalışmalar, s. 91.

<sup>53</sup> Narmanlıoğlu, s. 624; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 676; Odaman, Denkleştirme, s. 79; Senyen Kaplan, s. 368.

<sup>54</sup> Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 346; Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 287; Caniklioğlu, s. 9; Sümer, s. 141; Karacan, s. 55; Odaman, Esneklik, s. 129; Odaman, Denkleştirme, s. 79; Yücel Bodur, s. 313; Günay, Fazla Saatlerle Çalışmalar, s. 92; Bedük, s. 216.

<sup>55</sup> Günay, Fazla Saatlerle Çalışmalar, s. 92; Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 287; Senyen Kaplan, s. 368.

<sup>56</sup> Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 676; Narmanlıoğlu, s. 624; Bedük, s. 217; Caniklioğlu, s. 9; Odaman, Denkleştirme, s. 83; Senyen Kaplan, s. 368; Sümer, s. 141.

<sup>57</sup> Yücel Bodur, s. 313.

<sup>58</sup> Öktem Songu, Sezgi, “Çalışma Süresinin Örtülü Olarak Denkleştirilmesi Mümkün müdür? Yargıtay’ın Bir Kararı Üzerine Bazı Düşünceler”, DEÜHFD., C. 8, S. 2, Y. 2006, s. 180; Çoruhlu Kamalioğlu, s. 59.

Öte yandan mevcut çalışma düzeninden denkleştirme uygulamasına gidilmesi iş sözleşmesinde esaslı değişikliktir.<sup>59</sup> Zira denkleştirme, hem İş K. m.41 hükmünde düzenlenen haftalık 45 saatin üzerinde çalışma durumunda fazla çalışma hükümlerinin hem de İş K. m.66/1-c bendinde işçinin çıkacak işi beklerken boş geçirdiği sürelerin çalışma süresinden sayılacağı kuralının istisnasıdır.<sup>60</sup> Bu nedenle İş K. m.22’de belirtildiği üzere denkleştirme esasının yönetmelikle düzenlenmesi ve işçinin yazılı olarak altı iş günü içinde değişikliği kabul ettiğini bildirmesi gerekmektedir.<sup>61</sup> Ancak öğretilerde kanunun işverene maddi anlamda tanıdığı bir imkânın, İş K. m.22’de belirtilen usul ile uygulamasının pratik olmadığı gerekçesiyle söz konusu denkleştirmeye geçiş esasını işverenin iç yönetmelikte açıkça düzenleyip işçileri bilgilendirmesi yoluyla yapılabileceği öngörülmüştür.<sup>62</sup> Günay’a göre aynı gerekçe ile denkleştirme esasına geçiş işçi tarafından itiraz edilmedikçe “işyeri koşulu” olarak geçerli kabul edilmelidir.<sup>63</sup> Nitekim bu husus uygulamada işçinin açıkça karşı çıkması halinde “örtülü denkleştirme” olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kanunda denkleştirme uygulanabilmesi için şart koşulan tarafların anlaşması (işçinin onay vermesi) hususunun ne şekilde yapılacağı konusunda bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte ÇSY m.5’te anlaşmanın “yazılı” yapılacağı öngörülmüştür.<sup>64</sup> Öğretilerde söz konusu anlaşmanın yazılı mı yoksa sözlü mü yapılacağı tartışmalarına ek olarak Yargıtay,<sup>65</sup> denkleştirmenin örtülü (zımni) bir anlaşma ile de mümkün olabileceğini kabul ederek aslında açık ve yazılı bir onaya gerek olmadığını içtihat etmiştir.<sup>66</sup>

Öğretilerde denkleştirme için yazılı anlaşmanın aranmaması gerektiği yönünde görüşleri süren yazarlardan Günay’a göre yazılı olma koşulu Kanun’da düzenlenmediğinden, yönetmelik ile yazılı olma şartı getirilemeyecektir.<sup>67</sup> Bu

<sup>59</sup> Baycık, s. 239; Bedük, s. 218; Yücel Bodur, s. 330; Engin, s. 73; Günay, Fazla Saatlerle Çalışmalar, s. 94; Karacan, s. 57.

<sup>60</sup> Engin, s. 73.

<sup>61</sup> Karacan, s. 57.

<sup>62</sup> Engin, s. 73; Aksi yönde bkz. Bedük, s. 218.

<sup>63</sup> Günay, Fazla Saatlerle Çalışma, s. 94.

<sup>64</sup> Narmanlıoğlu, s. 624; Caniklioğlu, s. 9; Odaman, Denkleştirme, s. 79; Çoruhlu Kamalioğlu, s. 59; Erel, s. 85; Baycık, s. 237.

<sup>65</sup> Yarg. 9. HD. T. 16.06.2005, E. 2004/31721, K. 2005/26173, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim Tarihi: 25.03.2021); YHGK. T. 05.04.2006, E. 2006/9-107, K. 2006/144, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

<sup>66</sup> Narmanlıoğlu, s. 624; Yücel Bodur, s. 315.

<sup>67</sup> Günay, Fazla Saatlerle Çalışmalar, s. 95; Aynı yönde bkz. Caniklioğlu, s. 9.

nedenle söz konusu anlaşma sözlü (ve hatta zımnî) olarak yapılabilecektir.<sup>68</sup> Aynı yöndeki başka bir görüşe göre kanunun herhangi bir şekil şartı aramaması kanun koyucunun zımnî kabule de izin verdiği şeklinde yorumlanmalıdır.<sup>69</sup> Bir başka görüşe göre yazılılık koşulunun sözleşme yapma özgürlüğünü kısıtlayan bir düzenleme olarak görülmesi<sup>70</sup> ve kanunun denkleştirme uygulamasını getirmedeki amacının esneklik olması düşüncesiyle yazılı şekil şartı arayan yönetmelik hükmü kanuna aykırı bulunmaktadır.<sup>71</sup>

Buna karşın anlaşmanın yazılı olarak yapılması gerektiği yönünde görüş ileri süren yazarlardan ispat bakımından durumu ele alan bazı yazarlara göre işverenin denkleştirme uygulamasına geçiş için sözlü onayın alınması yeterli değildir, onayın yazılı alınmasında fayda vardır.<sup>72</sup> Narmanlıoğlu'na göre ise tarafların anlaşmasının yazılı olarak yapılmasını düzenleyen açık yönetmelik hükmü mevcuttur ve Yargıtay'ın görüşüne katılmak çok zordur.<sup>73</sup> Aynı yöndeki bir başka görüşe göre ise denkleştirme uygulaması ile işçi fazla çalışma karşılığında elde edeceği zamlı ücret veya serbest zamana hak kazanamamaktadır. Dolayısıyla bu haklarından vazgeçtiğini gösterecek yazılı onay vermesi gerekmektedir.<sup>74</sup> Kaldı ki yönetmelikte böyle bir yazılılık koşulu olmasaydı bile mevcut çalışma düzeninden denkleştirme uygulamasına geçiş, çalışma koşullarında esaslı değişiklik teşkil edeceğinden, İş K. m.22 gereği anlaşma yazılı olarak kabul ile sağlanabilecektir.<sup>75</sup>

Kanımızca bu tartışmaların önüne geçmek ve denkleştirme döneminin işçi üzerinde olası olumsuz etkilerini bertaraf etmek amacıyla tarafların anlaşması hususunun şeklinin kanunda düzenlenmesi isabetli olacaktır. Ancak mevzuattaki mevcut düzenlemeleri göz önünde bulundurduğumuzda denkleştirme uygulaması ile yoğun çalıştırılan işçiye bunun karşılığında tanınan boş zaman veya azaltılmış çalışma ile işçi ve işveren arasındaki menfaatlerin den-

<sup>68</sup> Günay, Fazla Saatlerle Çalışmalar, s. 95; Aksi yönde bkz. Bedük, s. 219; Mülayim, s. 652.

<sup>69</sup> Bkz. Engin, s. 73.

<sup>70</sup> Caniklioğlu, s. 9.

<sup>71</sup> Baycık, s. 238; Aksi yönde bkz. Narmanlıoğlu, s. 625.

<sup>72</sup> Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 287; Çoruhlu Kamalioğlu, s. 59.

<sup>73</sup> Narmanlıoğlu, s. 625.

<sup>74</sup> Öktem Songu, s. 182.; Eleştirisi için bkz. Baycık, s. 238. "Denkleştirme esasına dayalı olarak çalıştırıldığını dahi bilmeyen işçinin sırf çalışmaya devam etmesi ve ardından serbest zaman kullanmasıyla fazla çalışma ücretinden mahrum kalması kanımızca kabul edilmemelidir. Zira denkleştirme süresi içinde tanınan serbest zaman, fazla çalışmanın karşılığı olan serbest zamandan farklı olarak normal çalışma süresi kadardır. (...)"

<sup>75</sup> Yücel Bodur, s. 316-317; Baycık, s. 238; Karacan, s. 57.

gelendiğini söyleyebiliriz. Yargıtay'ın da içtihat ettiği gibi işçinin yazılı olarak onay vermese de azaltılmış çalışma süresinden yararlanması denkleştirmeye zımni olarak kabul ettiği anlamına gelmektedir.

### **c. Denkleştirme İçin Öngörülen Azami Sürelerin Aşılması**

#### **aa. Günlük Azami 11 Saatlik Çalışma Süresi**

Çalışma sürelerinin esnekleştirilmesi amacıyla getirilen denkleştirme esası, işçiye koruma ilkesi ihlal edilmeksizin uygulanmalıdır.<sup>76</sup> Zira Kanun bu hususu göz önünde bulundurarak çalışma sürelerinin denkleştirilmesinde günlük azami 11 saatin aşılması gerektiğini şart koşmuştur. Nitekim bu durum Avrupa Birliği'nin 2003/88 sayılı Yönergesine uygun olarak işçinin 24 saat içinde çalışma süresinin, ara dinlenmeleri hariç en fazla 11 saat olması kararlaştırılmış ve işçiye kesintisiz 12 saatlik bir dinlenme olanağı sağlanmıştır.<sup>77</sup> Hem İş K. m.63/2. fıkrası hem de ÇSY m.4/3 fıkrası gereği işçi yoğunlaştırılmış iş haftasında günlük en fazla 11 saat çalıştırılabilecektir.<sup>78</sup> İşçinin bu sürenin üzerinde çalıştırılması halinde 11 saati aşan çalışmalar denkleştirmeye tabi tutulamayacağı<sup>79</sup> gibi işverenin idari (İş K. m.104) ve hukuki sorumluluğu söz konusu olacaktır.<sup>80</sup> Bunun yanında işçi günlük 11 saatin üzerinde çalıştırılıp denkleştirme döneminde öngörülen ortalama haftalık çalışma süresi 45 saati aşmasa bile fazla çalışma ücretine hükmedilmesi gerekir.<sup>81</sup>

4857 sayılı İş Kanunu'nun fazla çalışma hüküm ve esaslarını düzenleyen 41. maddesinde günlük azami çalışma süresini aşan çalışmaların fazla çalışma olduğu anlamına gelecek bir tanıma yer verilmese de Yargıtay<sup>82</sup> denkleştirme esasının uygulandığı dönemlerde günlük 11 saatin üzerinde yapılan çalışmalara fazla çalışma hükümlerini uygulamaktadır.<sup>83</sup>

Denkleştirme esasının uygulandığı bir dönemde azami haftalık çalışma süresi sınırı olmaması sebebiyle yoğunlaştırılmış iş haftasında haftanın altı günü çalışılan bir işyerinde bir haftada en fazla 66 saat (11x6) çalışma söz konusu

<sup>76</sup> Bedük, s. 221.

<sup>77</sup> İncirlioğlu, Esnek Çalışma, s. 132; Bedük, s. 222.

<sup>78</sup> Odaman, Denkleştirme, s. 84; Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 288.

<sup>79</sup> Odaman, Denkleştirme, s. 84; Bedük, s. 222; Yücel Bodur, s. 319; Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 288.

<sup>80</sup> Günay, Fazla Saatlerle Çalışmalar, s. 97.

<sup>81</sup> Engin, s. 75; Yücel Bodur, s. 320; Öktem Songu, s. 186; Günay, Fazla Saatlerle Çalışmalar, s. 106.

<sup>82</sup> Yarg. 9. HD. T. 25.03.2010, E. 2010/9024, K. 2010/7984, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

<sup>83</sup> Günay, Fazla Saatlerle Çalışmalar, s. 97.

olabilecektir.<sup>84</sup> Zira İş K. m.46'da düzenlenen hafta tatiline ilişkin emredici kural gereği, işçiye denkleştirme esasının uygulandığı hallerde de yedi günlük zaman dilimi içerisinde kesintisiz en az 24 saat dinlenme verilmelidir.<sup>85</sup> İşçinin hafta tatilinde çalıştırılması halinde çalışılan bu sürenin yasaya aykırı fazla çalışma olarak değerlendirilmesi ve denkleştirmenin kalan 6 günlük çalışma üzerinden yapılması gerekmektedir.<sup>86</sup>

### **bb. Denkleştirme Dönemi İçin Öngörülen Süreler**

İş K. m.63/2. fıkrasında belirtildiği üzere denkleştirme süresi 2 aylık süredir, bu süre toplu iş sözleşmeleri ile 4 aya kadar artırılabilir. Aynı fıkraya 06.05.2016 tarihinde 6715 sayılı "İş Kanunu ile Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"<sup>87</sup> ile eklenen düzenlemeye göre turizm sektörüne özel olarak denkleştirme süresi 4 aylık öngörülmüştür ve bu süre toplu iş sözleşmeleri ile 6 aya kadar artırılabilir.<sup>88</sup>

Denkleştirme uygulamasına böyle bir süre sınırı getirilmesinin sebebi işçinin sağlığı, sosyal yaşamı ve güvenliğidir.<sup>89</sup> Ancak öğretilerde bu konuda birbiriyle çelişen görüşler mevcuttur. Nitekim ileri sürülen eleştirilerden biri denkleştirme uygulaması yapılırken bu sürelerin ihtiyacı karşılamak için çok kısa olduğu ve görülecek işin kısa bir zaman dilimine sığdırılmasıyla işçi sağlığı açısından olumsuz sonuçlar yaratmasıdır.<sup>90</sup> AB Çalışma Sürelerine İlişkin Yönergesinde bu sürenin 4 ay olması ve istisnai olarak toplu iş sözleşmeleri ile 12 aya kadar çıkarılmasının mümkün olması karşısında İş K. m.63/2'de öngörülen süre, iş gücünün esnek bir biçimde kullanılması bakımından yetersiz kalmaktadır.<sup>91</sup> Kanımızca kanunda öngörülen denkleştirme sürelerinin uzatılması ancak AB Yönergesinde olduğu gibi yoğunlaştırılmış iş haftalarında haftalık azami çalışma süresinin belirlenmesiyle işçi lehine olacaktır. Kaldı ki denkleştirme döneminin periyodlar halinde tekrarlanması hususunda kanun sınırlama getirmemiştir.<sup>92</sup> Dolayısıyla denkleştirme esaslarına uymak şartıyla bir denkleştirme dönemi-

---

<sup>84</sup> Baycık, s. 236.

<sup>85</sup> Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 347; Engin, s. 74; Günay, Fazla Saatlerle Çalışmalar, s. 89-90.

<sup>86</sup> Engin, s. 74; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 347.

<sup>87</sup> RG. 20.05.2016 / 29717.

<sup>88</sup> Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 288-289; Yücel Bodur, s. 322; Günay, İş Hukuku Dersleri, s. 187.

<sup>89</sup> Odaman, Denkleştirme, s. 75; Yücel Bodur, s. 321; Günay, Esneklik, s. 11.

<sup>90</sup> Baycık, s. 236-237; Odaman, Denkleştirme, s. 75; Aksi yönde görüş için bkz. Yücel Bodur, s. 323; Karacan, s. 63.

<sup>91</sup> Odaman, Denkleştirme, s. 76.

<sup>92</sup> Yücel Bodur, s. 324; Karacan, s. 63.

nin sonunda başka bir denkleştirme dönemi tekrarlanabilecektir.<sup>93</sup> Hatta önce azaltılmış sonra yoğunlaştırılmış bir denkleştirme döneminden sonra, önce yoğunlaştırılmış sonra azaltılmış bir denkleştirme dönemi öngörülebileceğinden<sup>94</sup> bu durum çok uzun süre yoğunlaştırılmış iş haftasında çalışan işçinin yorgunluk, dikkat eksikliği, iş kazaları gibi olumsuz sonuçlara maruz kalması kaçınılmaz olacaktır.<sup>95</sup> Bu nedenle öğretide Günay'a göre denkleştirme uygulamasına başlanan tarihten sonra bir yıl içerisinde yalnızca bir denkleştirme uygulamasının yapılması iş hukukunun felsefesinde uygun olacaktır.<sup>96</sup>

Kanunda bu süreler azami olarak belirlenmiş olup alt sınır bakımından bir süre öngörülmemiştir.<sup>97</sup> Ayrıca söz konusu düzenleme hukuki niteliği itibarıyla de nispi emredici nitelikte olduğundan taraflar aralarında anlaşarak bu sürelerin altında bir denkleştirme dönemi kararlaştırabilirler fakat bu süreyi uzatamazlar.<sup>98</sup> Burada belirtmek gerekir ki denkleştirme dönemine denk gelen hastalık, yıllık izin, ücretli izin vb. sebeplerle iş görme borcunun yerine getirilmediği bu süreler denkleştirme döneminin uzatılmasına sebep olmaz.<sup>99</sup>

#### **d. Haftalık Ortalama Çalışma Süresinin 45 Saati Aşmaması**

Denkleştirme uygulamasında bir diğer koşul iki aylık (turizm sektöründe dört aylık), toplu iş sözleşmeleri ile en fazla dört aylık (turizm sektöründe altı aylık) süre ile sınırlandırılan denkleştirme döneminde haftalık ortalama çalışma süresinin, yasal haftalık çalışma süresi olan 45 saati aşmaması gerektiğidir.<sup>100</sup> Bu koşulun sağlanması için yoğunlaştırılmış çalışma döneminden önce veya sonra işçinin ya daha az sürelerle çalıştırılması ya da hiç çalıştırılmadan kendisine boş zaman tanınması gerekir.<sup>101</sup>

Haftalık ortalama çalışma süresinin tespiti, işçinin fazla çalışma ücretine hak kazanıp kazanmayacağını belirler. Zira işçinin denkleştirme döneminde

<sup>93</sup> Narmanlıoğlu, s. 625; Çoruhlu Kamalioğlu, s. 59; Bedük, s. 224; İncirlioğlu, Esneklik, s. 133; Sümer, s. 142.

<sup>94</sup> Günay, Fazla Saatlerle Çalışmalar, s. 87; Bedük, s. 224.

<sup>95</sup> Yücel Bodur, s. 324.

<sup>96</sup> Günay, İş Hukuku Dersleri, s. 192.

<sup>97</sup> Çoruhlu Kamalioğlu, s. 58; Bedük, s. 222; Caniklioğlu, s. 7; Aksi yönde görüş için bkz. Günay, Fazla Saatlerle Çalışmalar, s. 89.

<sup>98</sup> Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 289; Narmanlıoğlu, s. 625; Yücel Bodur, s. 321; Mülayim, s. 648; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 676; İncirlioğlu, Soru Cevap, s. 254-255.

<sup>99</sup> Caniklioğlu, s. 7; Günay, Fazla Saatlerle Çalışmalar, s. 89.

<sup>100</sup> Odaman, Denkleştirme, s. 84; Yücel Bodur, s. 310; Mülayim, s. 647; Erel, s. 93.

<sup>101</sup> Bedük, s. 632.



haftalık ortalama çalışma süresi 45 saati aşıyorsa idari para cezasının yanında fazla çalışma hükümleri devreye girecektir.<sup>102</sup> Bu bağlamda fazla çalışma hükümleri devreye girmeden denkleştirme yapılabilmesi için iki aylık denkleştirme döneminde 360 saatin (8x45), dört aylık denkleştirme döneminde 720 saatin (16x45) aşılması gerekir.<sup>103</sup> İşçinin haftalık ortalama çalışma süresi bulunurken, denkleştirme dönemi boyunca toplam çalıştığı süre bu dönemdeki hafta sayısına bölünmek suretiyle bulunur.<sup>104</sup> Dolayısıyla fazla çalışma yapıp yapılmadığı denkleştirme döneminin bitiminde anlaşılır.<sup>105</sup>

AB 2003/88 sayılı Yönergenin m.16/b hükmüne uygun olarak işçinin denkleştirme dönemi içerisinde hastalık, evlenme, yakınlarından birinin ölümü gibi sebeplerle izinli olup iş görme borcunu yerine getiremediği günler, ortalama çalışma süresi hesabında dikkate alınmaz.<sup>106</sup> Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki işçinin izinli sayıldığı bu günlerin, yoğun çalışması karşılığı edindiği boş günlerden mahsup edilmesi de mümkün değildir.<sup>107</sup>

## 2. Nitelikleri Bakımından Haftalık İş Günlerine Bölünemeyen İşlerde Denkleştirme

Bilhassa taşımacılık sektöründe olduğu gibi bazı işlerde çalışan işçilerin haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine bölünerek çalışma sürelerinin belirlenmesi imkânsızdır.<sup>108</sup> Bu gibi iş ve işyerlerinde çalışma sürelerinin günlük yasal çalışma süresini aşmayacak şekilde ve en çok altı aya kadar denkleştirme süresi tanınarak uygulanmasını sağlayacak usullerin<sup>109</sup> bir yönetmelik ile düzenlenmesini öngören İş K. m.76/1 uyarınca “Haftalık İş Günlerine Bölünemeyen Çalışma Süreleri Yönetmeliği” çıkarılmıştır. Yönetmelik kapsamına karayollarında, demiryollarında ve Deniz İş Kanunu’na tabi olmayan göl ve akarsularda yapılan taşıma işlerinden hareket halindeki araçlarda yürütülen işler girmektedir.<sup>110</sup>

Yönetmeliğin tanımlara yer veren 3. maddesinde çalışma dönemi “İşin yapılmasının gerektirdiği en az iki, en çok altı aylık bir denkleştirme süresini ifade

<sup>102</sup> Akyiğit, s. 415; Mülayim, s. 647; Yücel Bodur, s. 336, 343.

<sup>103</sup> Tunçomağ / Centel, s. 158.

<sup>104</sup> Erel, s. 93-94.

<sup>105</sup> Yücel Bodur, s. 337; Bedük, s. 233.

<sup>106</sup> Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 290; Ekonomi, s. 90; Erel, s. 94.

<sup>107</sup> Yücel Bodur, s. 325-326.

<sup>108</sup> Mülayim, s. 651; Bedük, s. 229; Erel, s. 103; Çoruhlu Kamalioğlu, s. 61; Yücel Bodur, s. 326; Karacan, s. 64.

<sup>109</sup> Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 290.

<sup>110</sup> Bedük, s. 229; Erel, s. 104.

eder” şeklinde tanımlanmıştır. Bununla beraber Yönetmelik kapsamındaki işlerin çalışma dönemi, işin niteliğine göre en çok altı ayı geçmemek üzere işveren tarafından belirlenecektir (HİGBÇSY m.4). Bu düzenlemelerden çıkarılan sonuca göre bahsi geçen işlerde denkleştirme uygulaması hem süre yönünden hem de işçinin onayı yönünden İş Kanunu’ndan farklılık göstermektedir.<sup>111</sup>

Normalde denkleştirme uygulamasında işçinin onayı aranır iken bu tür işlerde denkleştirme işin niteliğinden kaynaklandığı için işçinin onayı gerekmez. İşveren, denkleştirme uygulamasını yönetim hakkına istinaden tek taraflı olarak belirleyebilecektir.<sup>112</sup> Bununla birlikte, normalde iki aylık olan denkleştirme dönemi, anılan Yönetmelik kapsamındaki işlerde altı aylık bir dönem olmak üzere daha uzun bir süredir.<sup>113</sup> Ayrıca haftalık iş günlerine bölünemeyen işlerde denkleştirme süresinin, normal denkleştirme dönemindeki düzenlemeden farklı olarak, toplu iş sözleşmeleriyle uzatılması söz konusu değildir.<sup>114</sup>

## II. DENKLEŞTİRME UYGULAMASININ SONUÇLARI

Bu bölümde denkleştirme uygulamasının kapsamı çerçevesinde denkleştirme esasının uygulanamayacağı işler ve işçiler tasnif edilmiş, denkleştirmenin fazla çalışma ile olan ilişkisi ele alınarak denkleştirme döneminde iş sözleşmesinin feshi halinde fazla çalışmanın nasıl hesaplanması gerektiği konusundaki görüşlere yer verilmiştir.

### A. Denkleştirme Uygulaması Yapılamayacak İşler ve İşçiler

Denkleştirme uygulamasının kapsamı belirlenirken fazla çalışma yasakları esas alınmıştır. Zira fazla çalışma yapılamayacak işler ve fazla çalışma yaptıramayacak işçilere yoğunlaştırılmış iş haftası uygulanamayacağından, denkleştirme hükümleri de uygulanamayacaktır.<sup>115</sup> Söz konusu fazla çalışma yapılamayacak işler ve fazla çalışma yaptıramayacak işçiler Kanun’un fazla çalışma hükümlerini düzenleyen 41. maddesine dayanılarak çıkarılan “İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği”<sup>116</sup> 7 ve 8. maddelerinde düzenlenmiştir.

<sup>111</sup> Yücel Bodur, s. 327.

<sup>112</sup> Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 290; Çoruhlu Kamalioğlu, s. 61; Bedük, s. 229; Yücel Bodur, s. 328; Caniklioğlu, s. 11-12.

<sup>113</sup> Caniklioğlu, s. 12; Çoruhlu Kamalioğlu, s. 61.

<sup>114</sup> Caniklioğlu, s. 12; Çoruhlu Kamalioğlu, s. 61; Yücel Bodur, s. 327-328.

<sup>115</sup> Erel, s. 108.

<sup>116</sup> RG. 06.04.2004 / 25425.

Buna göre sağlık kuralları bakımından günde azami yedi buçuk saat veya daha az çalıştırılması gereken işlerde, gece çalışmalarında, yer altında ve su altında yapılan işlerde yoğunlaştırılmış iş haftası uygulanamayacağı için denkleştirme de yapılamayacaktır.<sup>117</sup> Burada belirtmek gerekir ki Kanun en geç 20.00'da başlayıp en erken sabah 06.00'da sona eren gece dönemindeki çalışmaların yedi buçuk saati geçemeyeceğini emredici olarak düzenlemiş olduğu için gece döneminde denkleştirme uygulamasına gidilememektedir.<sup>118</sup> Oysa Kanun'un hazırlanması aşamasında dikkate alınan 2003/88 sayılı AB Yönergesinde belli kurallar altında gece döneminde de denkleştirme yapılmasına olanak tanınmıştır.<sup>119</sup> Nitekim 2015 yılında 6645 Sayılı Kanun değişikliği ile İş K. m.69/3. fıkrasına eklenen "*Ancak, turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde işçinin yazılı onayının alınması şartıyla yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilir.*" hükmü ile bazı işler istisna tutularak yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışma yaptırılabilceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla artık bu sektörlerde gece döneminde denkleştirme uygulaması yapılabilecektir.<sup>120</sup>

Bununla beraber FÇY m.8 hükmünde fazla çalışma yapması yasak olan nitelikteki işçiler belirlenmiştir. Aynı nitelikteki işçiler yoğunlaştırılmış iş haftası ile çalıştırılmayacak olduğundan, bunlar için denkleştirme esası da uygulanamayacaktır.<sup>121</sup> Yönetmeliğin fazla çalışma yaptırılmayacak işçileri düzenlediği madde-sine göre "*a) 18 yaşını doldurmamış işçiler, b) İş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile önceden veya sonradan fazla çalışmayı kabul etmiş olsalar bile sağlıklarının elvermediği işyeri hekiminin veya Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı hekiminin, bunların bulunmadığı yerlerde herhangi bir hekimin raporu ile belgelenen işçiler, c) İş Kanununun 88'inci maddesinde öngörülen Yönetmelikte belirtilen gebe, yeni doğum yapmış ve çocuk emziren işçiler, d) Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçiler, 4857 sayılı Kanunun 42'nci maddesi uyarınca zorunlu nedenler ve 43'üncü maddesi uyarınca olağanüstü haller dışında yer altında maden işlerinde çalışan işçilere fazla çalışma yaptırılmaz.*" Ayrıca zorunlu nedenlerle fazla çalışma halinde işçiye fazla çalışmalarının karşılığında tanınacak olan serbest zaman öngörülmemiş olduğundan zorunlu halin mevcut olduğu dönemlerde denkleştirme esasının uygulanamayacağı yönünde görüşler vardır.<sup>122</sup>

<sup>117</sup> Çoruhlu Kamalioğlu, s. 61.

<sup>118</sup> Yücel Bodur, s. 330; Çoruhlu Kamalioğlu, s. 61.

<sup>119</sup> Erel, s. 108.

<sup>120</sup> Mülayim, s. 650; Yücel Bodur, s. 330; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 677.

<sup>121</sup> Çoruhlu Kamalioğlu, s. 61-62.

<sup>122</sup> Günay, Fazla Saatlerle Çalışmalar, s. 58.

## B. Denkleştirme Döneminde İş Sözleşmesinin Sona Ermesi

Denkleştirme uygulaması periyodik bir uygulama olup karşılaştırılan denkleştirme dönemi sona ermeden iş sözleşmesi herhangi bir nedenle sona erebilir.<sup>123</sup> Bu durumda işçi yoğunlaştırılmış iş haftasında çalıştıktan sonraki haftalarda daha az çalışıp haftaların denkleştirileceği dönem geldiğinde<sup>124</sup> veya tam tersi biçimde önce boş zamanı kullanan veya azaltılmış iş haftasında çalışan işçinin sonraki haftalarda (yoğunlaştırılmış iş haftasında) daha fazla çalışıp haftaların denkleştirileceği dönem geldiğinde iş sözleşmesi sona ererse ödenecek ücretin ne olacağı önem arz etmektedir.

Bu konuda öğretide iki görüş mevcuttur. Birinci görüşe göre öngörülen (2 veya 4 aylık) denkleştirme periyodunun yarım kalıp tamamlanamaması nedeniyle denkleştirmeden söz edilemez ve dolayısıyla artık ödenecek ücret, haftalık ortalama çalışma süresine göre değil fiili çalışmaya göre ödenecektir.<sup>125</sup> Bu durumda şayet işçi denkleştirme döneminde ve fakat denkleştirme döneminin sonuna gelmeden yoğunlaştırılmış iş haftasında normal yasal çalışma süresinin üzerinde çalışmış ise işçiye (veya yasal mirasçılara) fazla çalışma ücreti ödenmesi gerekir.<sup>126</sup> Ancak işçi denkleştirme döneminde ve fakat denkleştirme döneminin sonuna gelmeden azaltılmış veya boş zaman tanınmış iş haftasında normal yasal çalışma süresinin altında çalışmış ve bu durumda işçiye ücreti ödenmişse bu işçilik alacaklarından mahsup edilir veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre işverene iadesi sağlanır.<sup>127</sup> Zira denkleştirme esasının uygulandığı dönemlerde haftalık ortalama çalışma süresi dikkate alındığından, yoğunlaştırılmış veya azaltılmış iş haftalarında işçilerin ücretleri o haftalardaki fiili çalışma sürelerine göre değil normal çalışma sürelerine göre öngörülen tutar üzerinden ödenmektedir.<sup>128</sup> Öğretideki ikinci görüşe göre denkleştirme dönemi tamamlanmadan iş sözleşmesinin sona ermesi halinde, fesih tarihini denkleştirmenin de sona erdiği tarih olarak kabul etmek gerekir.<sup>129</sup> Bu görüşle aynı doğrultuda olan Caniklioğlu, yarım kalan denkleştirme dönemi kendi içinde denkleştirmeye tabi tutulmalıdır diyerek söz konusu görüşe farklı bir

<sup>123</sup> Bedük, s. 234; Günay, Fazla Saatlerle Çalışmalar, s. 95.

<sup>124</sup> Odaman, Denkleştirme, s. 85.

<sup>125</sup> Günay, Fazla Saatlerle Çalışmalar, s. 95-96.

<sup>126</sup> Senyen Kaplan, s. 369-370; Bedük, s. 235.

<sup>127</sup> Bedük, s. 235; Yücel Bodur, s. 338-339.

<sup>128</sup> Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 289.

<sup>129</sup> Mülâyim, s. 657; Yücel Bodur, s. 338; Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 289; Bedük, s. 234; Soyer, s. 801.

yorum katmıştır.<sup>130</sup> Böyle bir durumda o zamana kadar çalışılan haftaların ortalaması alınıp, haftalık ortalama çalışma süresini aşan çalışmalara fazla çalışma ücreti ödeneceği kabul edilir.<sup>131</sup>

Denkleştirme uygulaması yapılırken iş sözleşmesinin feshinde hangi görüşe göre ücret ödemesi yapılacağı konusunda netlik olmamakla beraber, çoğunluk görüşüne göre iş sözleşmesinin ne şekilde ve kim tarafından sona erdirildiğinin bir önemi bulunmamaktadır.<sup>132</sup>

## SONUÇ

4857 sayılı İş Kanunu, Avrupa Birliği'nin çalışma sürelerine ilişkin yönergelerine uygun olarak ve esnekleşmenin etkileriyle düzenlenmiştir. 1475 sayılı eski kanunda olduğu gibi haftalık çalışma süresi azami kırk beş saat olarak belirlenmiş ancak, yeni kanun ile çalışma sürelerinin esnekleştirilmesi konusunda işçi ve işveren taraflarına iki ayrı imkân tanınmıştır. Bunlardan ilki, tarafların anlaşması ile haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine farklı şekilde dağıtılabilesidir (İş K. m.63/1). Kanunun taraflara tanıdığı diğer imkân ise kanun koyucunun iki aylık (turizm sektöründe dört aylık) süre ile sınırlandırdığı, toplu iş sözleşmesi ile en fazla dört aya (turizm sektöründe altı aya) kadar uzatılabilen denkleştirme döneminde, günlük çalışma süresinin on bir saati ve denkleştirme dönemindeki çalışmaların ortalamasının kırk beş saati aşmaması koşuluyla çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine farklı şekilde dağıtılabilesinin, böylece çalışma sürelerinin “yoğunlaştırılmış” ve “denkleştirilmiş” iş günleri veya iş haftaları şeklinde düzenlenebilmesinin mümkün hale gelmesidir (İş K. m.63/2).

Bu uygulama ile işçilere tanınan boş zaman veya azaltılmış çalışma haftası sayesinde bireysel zaman hâkimiyeti, işe gidiş gelmenin azalmasıyla harcamalardan tasarruf, mesleki eğitim için zaman ayırabilme imkânı ve ekonomik kriz dönemlerinde işçi sayısını azaltmak yerine denkleştirme uygulamasına gidilerek feshin son çare olma ilkesine uygun bir güvenceli esneklik yönteminin benimsenmesi gibi avantajlar sağlanmaktadır. İşverenler açısından ise işlerin yoğun olduğu dönemlerde fazla çalışma ücreti ödemek zorunda kalmaksızın, işçilerin işgücünden daha fazla yararlanma imkânı sunmakta, sezonluk dal-

---

<sup>130</sup> Caniklioğlu, s. 11; Aynı yönde bkz. Yücel Bodur, s. 338; Çoruhlu Kamalioğlu, s. 62.

<sup>131</sup> Soyer, s. 801.

<sup>132</sup> Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 289; Bedük, s. 234; Caniklioğlu, s. 11; Yücel Bodur, s. 338; Çoruhlu Kamalioğlu, s. 62.

galanmalar ve piyasalarda meydana gelen beklenmedik durumlar karşısında daha esnek hareket edebilme imkânı elde eden işverenlere, maliyet avantajı da sağlanmaktadır.

Ancak diğer yandan denkleştirme uygulaması işçiler açısından fazla çalışma ücretini ortadan kalktığı için kısa vadeli olarak gelir kaybına, yoğunlaştırılmış iş haftası döneminde çalışma süresinin kısa bir zaman dilimine sığdırılmasıyla günlük iş süresinin uzaması nedeniyle işçinin daha fazla yorulmasına ve buna bağlı olarak işçi sağlığı açısından olumsuz etkilere, ayrıca işçinin boş zaman tercihinin kimi zaman işverenin tercihi ile uyum göstermemesi halinde anlaşmazlıklar yaşanmasına neden olabilmektedir.

Sonuç olarak böylesi bir esnek uygulama, ancak ihtiyaç sınırlarını aşmamak ve kanuni sınırlar çerçevesinde işçiyi koruma ilkesini ihlal etmemek koşuluyla kabul edilebilir.

## KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan: Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, Güncellenmiş 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Baycık, Gaye, “Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, C. 20, S. 1, Y. 2014.
- Bedük, Mehmet Nusret, “Çalışma Sürelerinin Denkleştirilmesi Esneklik mi, Yoksa Keyfilik midir? İş Hukuku Uygulamasında Çalışma Sürelerinin Denkleştirilmesi ve Fazla Çalışma Konusunda Bir Değerlendirme”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 2, Y. 2011.
- Caniklioğlu, Nurşen, “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Çalışma Süresi ve Bu Sürenin Günlere Bölünmesi”, Toprak İşveren Dergisi, S. 66, Y. 2005.
- Çelik, Nuri / Caniklioğlu, Nurşen / Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 31. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2018.
- Çoruhlu Kamalioğlu, Nadire, “Denkleştirme ve Uygulamaları”, Çalışma Dünyası Dergisi, C. 1, S. 2, Ekim 2013.
- Ekonomi, Münir, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı”, Kamu-İş Dergisi, C. 7, S. 3/2004.
- Engin, Murat, “Denkleştirme Esası Uygulamasında Çalışma ve Dinlenme Sürelerine İlişkin Emredici Hükümler (Karar İncelemesi)”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 5, Mart 2007.
- Erel, Damla, “Esnek Çalışma Süreleri ve Denkleştirme Esasına Göre Çalışma”, Yaşar Üniversitesi, SBE, Özel Hukuk ABD, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2017.
- Eyrenci, Öner / Taşkent, Savaş / Ulucan, Devrim, Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2019.
- Günay, Cevdet İlhan, Çalışma Sürelerinde Esneklik, Yargıç Resul Aslanköylü’ye Armağan, Kamu-İş Dergisi, C. 7, S. 3/2004 (Esneklik).
- Günay, Cevdet İlhan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020 (İş Hukuku Dersleri).
- Günay, Cevdet İlhan, Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma Ücreti, Yetkin Yayınları, Ankara 2007 (Fazla Saatlerle Çalışma).
- İncirlioğlu, Lütfi, Çalışma Hayatında Esnek Çalışma Uygulamaları, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, Ankara 2020 (Esnek Çalışma).
- İncirlioğlu, Lütfi, Sorulu Cevaplı İş Hukuku Uygulaması, 4. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2019 (Soru Cevap).
- Karacan, Hatice, 4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Fazla Çalışma, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi / Astarlı, Muhittin / Baysal, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, 2. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara 2018.

- Mollamahmutoglu, Hamdi: (). 4857 Sayılı Kanunun Getirdiği Bazı Önemli Yenilikler, Kamu İş Dergisi, C. 7, S. 4, Y. 2004.
- Mülayim, Baki Oğuz, "Türk İş Hukukunda Avrupa Birliği Yönergeleri Çerçevesinde Denkleştirme Uygulaması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 68, S. 3, Y. 2019.
- Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri 1, 5. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2014.
- Odaman, Serkan, "Liberal İş Hukuku Mantığı Çerçevesinde Türk İş Hukukunda Denkleştirme Uygulamasına Yönelik Bazı Tespitler", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, C. 20, S. 1, Y. 2014 (Denkleştirme).
- Odaman, Serkan, Esneklik Prensibi Çerçevesinde Yargıtay Kararları Işığında Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri ve Yöntemleri, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2019 (Esneklik).
- Öktem Songu, Sezgi, "Çalışma Süresinin Örtülü Olarak Denkleştirilmesi Mümkün müdür? Yargıtay'ın Bir Kararı Üzerine Bazı Düşünceler", DEÜHFD, C. 8, S. 2, Y. 2006.
- Senyen Kaplan, Emine Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 10. Baskı, Ankara, 2019.
- Soyer, Polat, "Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler", Legal İSGHD, S. 3, Y. 2004.
- Sümer, Haluk Hadi, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 25. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Tunçomağ, Kenan / Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2018.
- Yücel Bodur, Mehtap, "Yoğunlaştırılmış İş Haftası, Denkleştirme Süresi ve Bundan Doğan Hukuki Sorunlar", SDÜHFD, C. 9, S. 1, Y. 2019.



# 1921 Anayasasından Günümüze Türkiye’de Cumhurbaşkanının Güvenlik Politikalarındaki Rolü<sup>(\*)</sup>

## The Role of the President in Security Policies in Turkey from the 1921 Constitution to the Present

**Kübra ÖZTÜRK<sup>(\*\*)</sup>**  
**Doç. Dr. Fatih KIRIŞIK<sup>(\*\*\*)</sup>**  
**Arş. Gör. Muhammet DURDU<sup>(\*\*\*\*)</sup>**

### Öz:

Türkiye’de Cumhurbaşkanının siyasal sistemdeki rolü ve yetkileri neredeyse Cumhuriyet tarihi boyunca tartışma konusu olmuştur. Türkiye’de çoğunlukla uygulanan parlamenter sistemdeki çift başlı yürütmede siyasal sistemdeki sorunlara kaynaklık etmiştir. Bu bağlamda Cumhurbaşkanının güvenlik politikalarındaki rolü de çok tartışılan bir sorun olarak ortaya çıkmıştır. Türkiye’de Cumhurbaşkanı güvenlik politikalarında önemli bir role sahip olmuştur. 1921 Anayasası, 1924 Anayasası, 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası dönemlerinde ve yapılan anayasal değişikliklerle Cumhurbaşkanının güvenlik politikalarındaki rolü önemini daima korumuştur. Dönemin anayasasından, kanunlardan, çeşitli hukuk kurallarından ve uygulamadan kaynaklanan roller Cumhurbaşkanının güvenlik politikalarındaki etkinliğini artırmıştır. Cumhurbaşkanının olağanüstü dönemlerdeki rolü, Milli Güvenlik Kurulundaki etkinliği, başkomutanlık sıfatı, Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile kurulan Cumhurbaşkanlığı Güvenlik ve Dış Politikalar Kurulu ve Cumhurbaşkanı başkanlığında yapılan güvenlik zirveleri, Cumhurbaşkanının güvenlik politikalarının oluşturulmasında çok önemli bir rol üstlenmesini sağlamıştır. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile birlikte Cumhurbaşkanı-

<sup>(\*)</sup> Makale Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin Editörlüğe Gönderildiği Tarih: 05.01.2022, Makalenin Kabul Tarihi: 08.01.2022.

İlk olarak 2015 yılında hazırlanan çalışma üzerinde değişiklikler yapılarak, 12-14 Eylül 2018 tarihlerinde Safranbolu/Karabük’te düzenlenen Business Organization Research Conference’te sözlü olarak sunulmuştur. Bu sözlü sunumdan sonra Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine göre çalışma üzerinde kapsamlı değişiklikler yapılarak geliştirilmiş ve güncellenmiştir.

<sup>(\*\*)</sup> Kütahya Dumlupınar Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Doktora Öğrencisi,  
E-posta: kbroztrk\_91@hotmail.com,  
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0001-7554-0202>.

<sup>(\*\*\*)</sup> Kütahya Dumlupınar Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı,  
Öğretim Üyesi,  
E-posta: fatih.kirisik@dpu.edu.tr,  
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-9663-7502>.

<sup>(\*\*\*\*)</sup> Necmettin Erbakan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Araştırma Görevlisi,  
E-posta: mdurdu@erbakan.edu.tr,  
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-4912-4410>.

na milli güvenlik politikalarını belirleme ve gerekli tedbirleri alma yetkisi de verilmiştir. Türkiye'de Cumhurbaşkanının siyasal sistemdeki gücü giderek artmıştır. Buna paralel olarak Cumhurbaşkanının güvenlik politikalarındaki rolü ve etkinliği de artmıştır.

#### **Anahtar Kelimeler:**

Cumhurbaşkanı, Güvenlik Politikası, Olağanüstü Dönemler, Milli Güvenlik Kurulu, Başkomutanlık, Cumhurbaşkanlığı Güvenlik ve Dış Politikalar Kurulu, Güvenlik Zirveleri.

#### **Abstract:**

The role and powers of the President in the political system in Turkey have been the subject of discussion throughout the history of the Republic. The double headed executive in the parliamentary system, which is mostly practiced in Turkey, has been a source of problems in the political system. In this context, the role of the President in security policies has emerged as a much debated issue. The President of Turkey has played an important role in security policies. The role of the President in security policies has always maintained its importance during the periods of the 1921 Constitution, the 1924 Constitution, the 1961 Constitution and the 1982 Constitution and with the constitutional amendments. The roles arising from the constitution of the period, laws, various legal rules and practices increased the President's effectiveness in security policies. The President's role in extraordinary times, his effectiveness in the National Security Council, his title as commander in chief, the Presidential Security and Foreign Policy Board established with the Presidential government system and the security summits held under the chairmanship of the President have enabled the President to assume a very important role in the creation of security policies. Along with the presidential government system, the President is also given the authority to determine national security policies and take necessary measures. In Turkey, the power of the President in the political system has gradually increased. Parallel to this, the role and effectiveness of the President in security policies has also increased.

#### **Keywords:**

President, Security Policy, Extraordinary Periods, National Security Council, Commander in Chief, Presidential Security and Foreign Policy Board, Security Summits.

## **GİRİŞ**

Uzun süredir dünyada devlet organları içerisinde, yürütme erkinin gücünü ve etkinliğini artırıcı bir gelişme gözlenmektedir. Türkiye'de de bu eğilim benimsenmiş, yürütme erki ve özellikle Cumhurbaşkanı tarihsel süreç içerisinde güçlendirilmiştir.<sup>1</sup> Bu sürecin bir devamı olarak, 1982 Anayasası'nda da yürütmeyi ve yürütmenin içerisindeki Cumhurbaşkanı'nı güçlendirmeye yönelik birçok hüküm ihdas edilmiştir. Bu hükümler ile Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri önemli ölçüde artırılmıştır.

1982 Anayasası'nın ilk halinde Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından yürütme yetkisi ve görevinin yerine getirileceği ifade edilmektedir.

<sup>1</sup> Kırışık, Fatih: Devlet Kuvvetleri Arasında ve Yürütme Kuvveti İçerisindeki İlişkiler Boyutundan Bakanlar Kurulunda Karar Verme Sorunu, (Kırışık, Fatih / Önder, Özgür (Editör): Kamu Yönetimi ve Siyaset Biliminde Karar Verme, 2. Baskı, Detay Yayıncılık, Ankara 2015, s. 67).

Anayasanın Cumhurbaşkanını, sembolik bir makam olarak tasarlamadığı, Bakanlar Kurulu ile birlikte yürütme yetkisi ve görevini yerine getirecek önemli bir yönetsel aktör olarak düzenlediği bu maddenin ifadelerinden anlaşılmaktadır.

1982 Anayasası 104. maddesinde Cumhurbaşkanına oldukça önemli görev ve yetkiler verilmiştir. Cumhurbaşkanının siyasal/yönetsel sistemdeki rolünün anlaşılması için bu maddenin detaylı incelenmesi önem taşımaktadır. Bu maddede; Cumhurbaşkanının “devletin başı” olduğu, “Türkiye Cumhuriyetini temsil” ettiği, “Türk Milletinin birliğini temsil” ettiği, “Anayasanın uygulanmasını gözeteyeceği”, “Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını temin edeceği” belirtilmiştir. 1982 Anayasası ile Cumhurbaşkanının siyasal/yönetsel sistemde konumlandırılmasına baktığımızda Cumhurbaşkanına oldukça etkili bir rol verildiği dikkati çekmektedir.

İlk olarak Cumhurbaşkanının “devletin başı” olarak ifade edilmesi, yasa/ yürütme/yargı alanında Cumhurbaşkanına bir siyasal/yönetsel liderlik rolünün verildiğini göstermektedir. Cumhurbaşkanına “Türkiye Cumhuriyetini temsil” görevinin verilmesi de “devletin başı” olma sıfatıyla uyumludur. Cumhurbaşkanının “Türkiye Cumhuriyetini temsil” etmesi Türkiye Cumhuriyeti’nin uluslararası alandaki en önemli aktörünün Cumhurbaşkanı olduğunu göstermektedir.

Cumhurbaşkanına Anayasa ile “Türk Milletinin birliğini temsil” etme görevi de, “devletin başı” olma ve “Türkiye Cumhuriyetini temsil” görevleriyle uyumlu bir görevdir. Ancak “Türk Milletinin birliğini temsil” etme görevinin farklı bir siyasal boyutu bulunmaktadır. Siyasal partilerin seçimler yoluyla iktidar olma konusunda rekabet içerisinde olmaları ve çoğunlukla kendisine oy veren seçmenlerle özdeşleştirilmeleri/özdeşleşmeleri karşısında Cumhurbaşkanının ülkenin bütün vatandaşlarını temsil etme özelliğine sahip olduğu belirtilmiştir. “Türk Milletinin birliğini temsil” etme görevi, Cumhurbaşkanı ile siyasal partileri, siyasal sistemde birbirinden farklı şekilde konumlandırmaktadır. Bu partiler üstü konumlandırmanın, Cumhurbaşkanının bütün görev ve yetkileri açısından siyasal/yönetsel sistemdeki etkinliğini artıran bir durum olduğu ifade edilebilir.

Cumhurbaşkanının “Anayasanın uygulanmasını temin etme” yetkisi, devlet kurumlarının Anayasaya uygun davranmalarının sağlanması anlamına gelmektedir. “Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını temin edeceği” ifadesi ile Anayasa, Cumhurbaşkanına yukarıda ifade edilen yetki ve görev-

leriyle uyumlu ve Cumhurbaşkanının yetki ve görev alanını daha da genişleten bir başka görev daha vermektedir. “Devlet organları” ifadesinden Anayasanın neyi kastettiğinin anlaşılması konunun tespiti açısından gereklidir. Devlet organları ifadesiyle Anayasanın iki amacının olduğu ifade edilebilir. Birincisi, genel olarak yasama/yürütme/yargı kuvvetleri/organları arasında; ikincisi, bu kuvvetler/organlar içerisinde yer alan devlet organlarının da birbirleriyle düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetmenin Anayasa ile Cumhurbaşkanına bir görev olarak verildiği görülmektedir.

Cumhurbaşkanına Anayasa ile güvenlik alanında da önemli görev ve yetkilerin verildiği görülmektedir. Anayasa ile Cumhurbaşkanına; olağanüstü dönemlerde, Milli Güvenlik Kurulunda, silahlı kuvvetlerin kullanılmasıyla ilgili olarak, başkomutanlık sıfatının gereği olarak, Genelkurmay Başkanını atama konusunda önemli yetkiler verilmiştir. Ayrıca Cumhurbaşkanı, Anayasa ve kanunlarda belirtilmese bile başkanlığı altında güvenlik zirveleri düzenlemektedir.

16 Nisan 2017 referandumuyla kabul edilen Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde ise Bakanlar Kurulu kaldırılarak yürütme yetkisi ve görevi yalnızca Cumhurbaşkanı'na verilmiştir. Böylelikle Cumhurbaşkanınının 1982 Anayasası'ndaki konumu daha da güçlendirilmiştir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde, Cumhurbaşkanına 1982 Anayasası'nın 104. maddesindeki görev ve yetkilerinin yanısıra yeni görev ve yetkilerde verilmiştir.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde ise, Cumhurbaşkanınının güvenlik alanında var olan görev ve yetkilerinde değişiklikler yapılmıştır. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde sıkıyönetim hali kaldırılmıştır. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde Bakanlar Kurulu da kaldırılmış bulunduğu için olağanüstü hal ilanına Cumhurbaşkanı tarafından tek başına karar verilecektir. Cumhurbaşkanı ayrıca milli güvenlik politikalarını tespit etme ve tedbir alma yetkisi verilmiştir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile Cumhurbaşkanlığına bağlı, başkanı Cumhurbaşkanı olan Güvenlik ve Dış Politikalar Kurulu oluşturulmuştur.

Cumhurbaşkanınının güvenlik politikalarındaki rolü ve konumu Türkiye'de tartışmalı bir konu olmuştur. Bu konu literatürde de yeterince ilgi görmemiştir. Tartışmalı olan bu konunun hukuk ve uygulama zemininde açıklığa kavuşturulması akademik önem taşımaktadır. Bu nedenle, güvenlik ile ilgili konularda Cumhurbaşkanına verilen görev ve yetkiler tarihsel süreç içerisinde karşılaştırılmalı olarak incelenerek, güvenlik politikalarının oluşturulması ve uygulanmasında Cumhurbaşkanınının rolü ve konumu tespit edilmeye çalışılacaktır.

## I. CUMHURBAŞKANININ OLAĞANÜSTÜ DÖNEMLERDEKİ ROLÜ

1921 Anayasası kısa bir anayasadır. Bu anayasada olağanüstü yönetim usulleri ile ilgili bir madde bulunmamaktadır. Bu dönemde 1923 yılına kadar Cumhurbaşkanı seçilmemiştir. 1921’den 1923’e Cumhurbaşkanı seçilinceye kadar TBMM yasama ve yürütme yetkisini kendinde toplamıştır. TBMM yasama yetkisini kendisi kullanmakta, yürütme yetkisini ise TBMM içerisinde seçtiği bakanlar vasıtasıyla yürütmektedir. Bakanlar kendi aralarında birini başkan olarak seçerler. 1921 Anayasası, 9. maddesinde Bakanlar Kurulunun (vekilleri heyeti) doğal başkanı olarak TBMM Başkanı belirlenmiştir. 1921 Anayasası, TBMM Başkanına Cumhurbaşkanı gibi bir rol vermiştir. 1921 Anayasası döneminde, 5 Ağustos 1921 tarihinde çıkarılan Başkumandanlık Kanunu ile meclis başkanı başkumandan sıfatı ile donatılmıştır. Başkumandanlık sıfatı ile savaş dönemi olağanüstü yönetim yetkileri kullanılmıştır. 29 Ekim 1923’te ilk Cumhurbaşkanı TBMM tarafından seçilmiş ve başkumandanlık yetkileri Cumhurbaşkanına geçmiştir.

1924 Anayasası 86. maddesinde olağanüstü yönetim usulü kapsamında genel bir düzenleme yapılmıştır. İdarei örfiye olarak adlandırılan bu yönetim usulü; savaş, savaşı gerektirecek durum, isyan veya vatan ve cumhuriyete karşı fiili ve kuvvetli teşebbüs halleriyle sınırlandırılmıştır. 1924 Anayasasındaki bu düzenlemede icra vekilleri heyeti olarak ifade edilen bakanlar kurulu ve yasama organı yetkilendirilmiştir. Olağanüstü yönetim usulleri konusunda Cumhurbaşkanına bir yetki ve görev tanımlaması yapılmamıştır.

1961 Anayasasında olağanüstü yönetim usulleri başlığı altında olağanüstü haller ve sıkıyönetimle ilgili 123 ve 124. maddeler düzenlenmiştir. 123. madde olağanüstü halleri düzenlemiştir. 1961 Anayasası olağanüstü haller ifadesi ile olağanüstü çeşitli durumlarda olağan dönemlerden farklı kuralların uygulanabileceğini kabul etmiş ama bunun düzenlenmesi konusunda yasama organına yetki vermiştir. 1961 Anayasası olağanüstü hallerle ilgili kurallar koyma konusunda yasama organını yetkilendirmiş, sıkıyönetim konusunda ise bakanlar kurulu ve yasama organına yetki vermiştir. 1961 Anayasası olağanüstü haller ve sıkıyönetim konusunda Cumhurbaşkanına herhangi bir yetki-görev tanımlamasında bulunmamıştır.

1982 Anayasasının ilk halinde 119, 120 ve 121. maddeler olmak üzere olağanüstü haller ile ilgili üç madde bulunmaktaydı. Anayasasının ilk halinde olağanüstü hallerin ikiye ayrıldığı görülmektedir. İlki Tabii afet ve ağır ekono-

mik bunalım sebebiyle olağanüstü hal olarak, ikincisi ise, Şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddî şekilde bozulması sebepleriyle olağanüstü hal olarak ifade edilmiştir.<sup>2</sup>

Olağanüstü hallerle ilgili 25.10.1983 tarihinde kabul edilen 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu bulunmaktadır. Anayasada ve Olağanüstü Hal Kanununda olağanüstü hal ilan etme yetkisi Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna verilmekteydi. Meclis, olağanüstü hal süresini değiştirebilir.

1982 Anayasasının ilk halinde Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması sebebiyle olağanüstü hal ilan edebilmek için, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun, Milli Güvenlik Kurulunun da görüşünü alması gerekmektedir. Olağanüstü Hal Kanununa göre, şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması sebepleriyle olağanüstü hal ilanı durumunda, olağanüstü halin süresinin uzatılmak veya kaldırılmak istenmesi durumunda Milli Güvenlik Kurulunun da görüşü alınmalıydı.

1982 Anayasasının sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hali başlıklı 122. maddesinde sıkıyönetim ilan edilecek durumlarla ilgili kurallar düzenlenmişti. Sıkıyönetim ilanı için de Bakanlar Kurulunun Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanması ve Milli Güvenlik Kurulunun görüşünü alması gerekmektedir.<sup>3</sup>

1982 Anayasası'nın ilk halinde 119, 120 ve 122. maddeleri gereği Cumhurbaşkanı, olağanüstü hal veya sıkıyönetim ilanı kararını Bakanlar Kurulu ile birlikte almaktaydı. Cumhurbaşkanının olağanüstü dönemlerdeki Bakanlar Kurulu toplantılarının aktif bir üyesiydi.<sup>4</sup>

Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü hal veya sıkıyönetim ilan edildikten sonra, olağanüstü hal ve sıkıyönetimin gerekli kıldığı konularda yetki kanununa gerek duymaksızın, olağanüstü hal veya sıkıyönetim kanun hükmünde kararname çıkarabilirdi. Bu kararna-

<sup>2</sup> Özku, Fatih: 1982 Anayasasında Olağanüstü Dönem Kanun Hükmünde Kararnemelerinin Hukuki Serüveni, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 3, 2020, ss. 195-233, s. 207.

<sup>3</sup> Sevinç, Murat: Milli güvenlik kurulu ve 1997 süreci, Birikim Dergisi, Sayı: 131, 2000, <https://birikimdergisi.com/dergiler/birikim/1/sayi-131-mart-2000/2324/milli-guvenlik-kurulu-ve-1997-sureci/5860>. (Erişim Tarihi: 15.08.2021).

<sup>4</sup> Kuzu, Burhan: Parlamenter Rejimde Devlet Başkanının Konumu ve 1961-1982 Anayasalarında Durum, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 53, Sayı: 1-4, 1990, ss. 34-90, s. 63.

meler Resmi Gazete’de yayımlanır ve aynı gün TBMM’nin onayına sunulurdu. Olağanüstü dönemlerdeki kanun hükmünde kararnameler konusunda da Cumhurbaşkanına liderlik rolü verilmişti.

Cumhurbaşkanı, TBMM tatilde veya ara vermede iken ülkenin ani bir silahlı saldırıya uğraması ve bu sebeple silahlı kuvvet kullanılmasına acilen karar verilmesinin zorunlu olması halinde Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar verebilir. Bu yetki ilk defa 1982 Anayasası ile Cumhurbaşkanına verilmiştir. Daha önce bu yetki TBMM’ye aittir. Bu yetkide de görüldüğü gibi, 1982 Anayasası ilk halinden itibaren kritik güvenlik kararlarının verilmesinde Cumhurbaşkanını tercih etmiştir.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde sıkıyönetim hali kaldırılmış ve olağanüstü hal yönetimi tek maddede düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde Bakanlar Kurulu kaldırıldığı için Cumhurbaşkanı olağanüstü hal ilanına tek başına karar verebilecektir.<sup>5</sup>

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde parlamenter sistemdeki Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan kanun hükmünde kararnameler kaldırılmıştır. Cumhurbaşkanı olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilmektedir.<sup>6</sup>

## II. CUMHURBAŞKANI VE MİLLİ GÜVENLİK KURULU

Türkiye’de milli güvenlik yapılanmasında ilk adım 1933 yılında Yüksek Müdafaa Meclisi ve Umumi Katipliğinin kurulması ile atılmıştır. Yüksek Müdafaa Meclisi Başbakanın başkanlığında Genelkurmay Başkanı ve Bakanlar Kurulu üyelerinden oluşmaktaydı. Bu meclise dilediği takdirde Cumhurbaşkanı da başkanlık edebilmekteydi. Yüksek Müdafaa Meclisinin görevi milli seferberlik bakımından vekillere verilecek görevleri tespit ederek gerekli esasları hazırlamaktır.<sup>7</sup>

Yüksek Müdafaa Meclisinden sonra 1949 yılında ise Milli Savunma Yüksek Kurulu ve Genel Sekreterliği oluşturulmuştur. Milli Savunma Yüksek Kurulu, Başbakanın başkanlığında ve onun teklifi ile Bakanlar Kurulu tarafından seçilen bakanlar, Milli Savunma Bakanı ve Genelkurmay Başkanından oluşmaktaydı. Cumhurbaşkanı bu kurulun tabii üyesiydi.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Temiz, Özgür / Güneş, Felemez: Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Niteliği, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 2, 2020, ss. 959-979, s. 971.

<sup>6</sup> Özkul, s. 209.

<sup>7</sup> Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği, <https://www.mgk.gov.tr/index.php/kurumsal/hakkimizda> (Erişim Tarihi: 07.02.2021).

<sup>8</sup> Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği, 2021.

Milli Savunma Yüksek Kurulu, Başbakanın başkanlığında toplanmaktaydı. Bu kurulda Cumhurbaşkanına başkanlık görevi verilmemiştir. Cumhurbaşkanına, sadece kurulun tabi üyesi olarak rol verilmiştir. Bu durum milli savunma politikalarının belirlenmesinde Başbakan ve Bakanların etkili olduğunu, Cumhurbaşkanının yardımcı bir rolde bulunduğunu göstermektedir.

1961 Anayasası ile Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği getirilmiştir. Kurul anayasal bir kurum olarak Türk Devlet Teşkilatı içerisinde yer alması 1961 Anayasası ile olmuştur.<sup>9</sup>

1961 Anayasası'nda Milli Güvenlik Kurulu, kanunun gösterdiği Bakanlar ile Genelkurmay Başkanı ve Kuvvet temsilcilerinden oluşmaktaydı. 1961 Anayasasında, 1971 yılında yapılan değişikliklerle Başbakanın kurul üyesi olduğu açıkça belirtilmiştir. 1961 Anayasasında Cumhurbaşkanına, Milli Güvenlik Kurulu başkanı olarak güvenlik politikalarının belirlenmesinde oldukça etkili bir rol verilmiştir.

1961 Anayasası'nda Milli Güvenlik Kurulunun görevi milli güvenlikle ilgili kararların alınmasında ve koordinasyonun sağlanmasında gerekli temel görüşleri Bakanlar Kuruluna tavsiye etmektir.

1982 Anayasasıyla da Milli Güvenlik Kurulunun varlığı devam ettirilmiştir. 1982 Anayasası'nın ilk halinde Milli Güvenlik Kurulunun Cumhurbaşkanının başkanlığında Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Milli Savunma, İçişleri, Dışişleri Bakanları, Kara, Deniz, Hava Kuvvetleri Komutanları ve Jandarma Genel Komutanından oluşmaktaydı.

1982 Anayasasında 2001 yılında yapılan değişiklikler ile söz konusu kurula Başbakan Yardımcıları ve Adalet Bakanı eklenmiştir.

1982 Anayasasında Cumhurbaşkanı, Milli Güvenlik Kurulu Başkanı sıfatıyla güvenlik politikalarının belirlenmesinde oldukça etkili bir aktör olarak yetkilendirilmiştir. Milli Güvenlik Kurulunun tarihsel sürecine bakıldığında da Cumhurbaşkanının güçlü konumu dikkati çekmektedir.

1982 Anayasasının ilk halinde Milli Güvenlik Kurulu kararlarının bir kısmının Bakanlar Kurulunca öncelikle dikkate alınacağı düzenlenmiştir. 2001 değişikliği ile "öncelikle dikkate alınır" ifadesi değiştirilerek "değerlendirilir" ifadesi kullanılmıştır. Dikkate alınma ya da değerlendirme şeklinde ifade edil-

<sup>9</sup> Tunç, Hasan / Döner, Ayhan: MGK ve Milli Güvenlik Kavramı, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksek Okulu Dergisi, Sayı: 1, 1998, ss. 3-23, s. 8.



se bile Milli Güvenlik Kurulu kararları dönemin konjonktürüne göre değişik oranlarda etkili olmuştur.

Milli Güvenlik Kuruluna başkanlık etmesi Cumhurbaşkanını yürütme içerisinde öne çıkaran bir husustur. Nitekim Kurul, Türkiye’nin milli güvenliği ile alakalı kararlar almakta ve bu kararları uygulamakla yetkili Bakanlar Kurulu üzerinde ciddi bir etkisi bulunmaktaydı. 2014 yılında Kurula millet tarafından seçilen Cumhurbaşkanının başkanlık etmesi de bu etkiyi artırıcı bir unsur olmuştur. Zaten Cumhurbaşkanının geniş yetkilerle donatılması ve millet tarafından seçilmesi sebebiyle Bakanlar Kurulu üzerinde çok ciddi etkileri olduğu da belirtilmiştir.<sup>10</sup>

Milli Güvenlik Kurulunun gündeminin belirlenmesinde ve gerektiğinde Kurulun toplantıya çağrılmasında, Cumhurbaşkanı oldukça etkilidir. Ancak Kurul icrai kararlar vermemektedir, danışma kurulu niteliğindedir.<sup>11</sup> Türkiye’deki uygulama açısından, Kurul, icrai yetkileri olmayan bir danışma kurulu olmaktan öte, devletin milli güvenlik siyasetinin belirlendiği temel organ gibi faaliyet göstermektedir.<sup>12</sup> 2001 Anayasa değişikliği ve 2003 Kanun değişiklikleriyle Kurulun danışma organı olduğu vurgulansa dahi, Kurulun toplantıları ve basın bildirimleri ülke gündemini değiştirebilmektedir. Bu durumda Kurulun başkanı konumunda bulunan Cumhurbaşkanının güvenlik politikalarının belirlenmesindeki rolünü güçlendirmektedir.

24 Haziran 2018 seçimleriyle birlikte Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmiştir. Milli Güvenlik Kurulu, Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine göre yeniden yapılandırılmıştır. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde Milli Güvenlik Kurulunun yapısı, işleyişi ve görev ve yetkileri hususunda önemli değişiklikler yapılmıştır.

Milli Güvenlik Kurulu, Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde 15.07.2018 tarihinde çıkarılan 6 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle yeniden düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde Milli Güvenlik Kurulu Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı Yardımcıları, Adalet, İçişleri, Dışişleri, Milli Savunma, Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlarından oluşmaktadır.

---

<sup>10</sup> Kırıışık, s. 65.

<sup>11</sup> Sezen, Seriyeye: Milli Güvenlik Kurulu Üzerine, Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 33, Sayı: 4, 2000, ss. 63-83, s. 79-80.

<sup>12</sup> Hakyemez, Yusuf Şevki: Demokratik Ülkelerde Milli Güvenlik Politikasının Belirlenmesi ve Türkiye, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VII, Sayı: 3-4, 2003, ss. 285-308, s. 302; Özdemir, Hikmet: Rejim ve asker, Afa Yayıncılık, İstanbul 1989, s. 279; Sezen, s. 79-80.

Görüldüğü gibi Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde kaldırılan Başbakan Yardımcıları makamının yerini Cumhurbaşkanı Yardımcıları almıştır. Ayrıca Jandarma Genel Komutanı da kurul üyeleri arasından çıkarılmıştır. Jandarma Genel Komutanının kurul üyeleri arasından çıkarılmasının nedeni ise, İçişleri Bakanına bağlı olması ve kurulda zaten İçişleri Bakanının mevcut bulunmasıdır.

Milli Güvenlik Kurulunun gündemi; Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve Genelkurmay Başkanının önerileri dikkate alınarak Cumhurbaşkanınca düzenleneceği ifade edilmiştir. Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği benimsenmiştir.

1982 Anayasasının ilk halinden günümüze kadar Milli Güvenlik Kurulunun gündeminin belirlenmesinde Cumhurbaşkanının etkin rolü dikkati çekmektedir.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminden önce Cumhurbaşkanının katılmadığı zamanlarda kurul başkanlığını Başbakan yapmaktaydı. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde ise Başbakanlık makamı kaldırıldığı için Cumhurbaşkanı'nın katılmadığı zamanlarda kurul başkanlığını Cumhurbaşkanı yardımcıları yapacaktır.

Milli Güvenlik Kurulu kararları Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminden önce Bakanlar Kuruluna sunulmaktaydı. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde ise, Bakanlar Kurulu kaldırılmış bulunduğu için Milli Güvenlik Kurulu kararları Genel Sekreterlik tarafından Cumhurbaşkanına bildirilecektir.

Milli Güvenlik Kurulunun bazı kararlarının Cumhurbaşkanınca değerlendirileceği düzenlenmiştir. Burada dikkat çeken husus, Kurulun bütün kararlarının değil, önemli bazı kararlarının Cumhurbaşkanınca değerlendirileceği belirtilmiştir.

### III. CUMHURBAŞKANININ BAŞKOMUTANLIK SIFATI

1982 Anayasası'nın ilk halindeki 104. ve 117. maddeler gereği Cumhurbaşkanı, Başkomutanlığı TBMM adına temsil edecektir ve barış zamanında gereklerini yerine getirecektir. Savaş zamanında ise, Başkomutanlık sıfatının gerekleri Cumhurbaşkanı namına Genelkurmay Başkanlığı tarafından yerine getirilecektir. Başkomutanlık sıfatının görevleri olan milli güvenliğin sağlanmasından ve Silahlı Kuvvetlerin yurt savunmasına hazırlanmasından, TBMM'ye karşı, Bakanlar Kurulu sorumlu olacaktır. Bu hükümlerden yola çıkarak Cumhurbaşkanının Başkomutanlık sıfatı olsa bile, bu sıfat sebebiyle herhangi bir herhangi bir yetki ve sorumluluğu olmadığı, bu sıfatın tamamen sembolik ol-

duğu iddia edilmektedir.<sup>13</sup> Ancak, Anayasa hükümlerinde sayılan bu yetki ve sorumluluk şemasına bir bütün olarak bakıldığında, Cumhurbaşkanının olağanüstü dönemlerdeki yetkileri, belli durumlarda Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar verebilmesi, Milli Güvenlik Kuruluna başkanlık etmesi gibi yetkileri Başkomutanlık sıfatı ile alakalı yetkililerdir.

Başkomutanlık sıfatına ilişkin değerlendirmeler yaparken Başkomutanlık sıfatının tarihi kökenine bakmak gerekmektedir. Başkomutanlık sıfatından ilk olarak milli mücadele devrinde çıkarılan 05.08.1921 tarihli Başkumandanlık Kanununda söz edilmiştir. Bu kanun 5 maddeden ibaret kısa bir metindir.<sup>14</sup>

Başkumandanlık Kanununun ilk maddesi ile Meclis Başkanı Mustafa Kemal Paşa Başkumandan ilan edilmektedir. İkinci maddesiyle de TBMM’nin ordunun yönetimi ile ilgili bütün yetkileri fiilen Başkumandana devredilmektedir. Yani, Başkumandan ordunun yönetimi ile ilgili bütün yetkileri kendinde toplamıştır.

1921 Anayasası’nda Başkomutanlık ile ilgili bir hüküm yoktur. Ancak 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında Başkomutanlık ile ilgili hüküm bulunmaktadır. 1924 Anayasası 40. maddesinde Başkomutanlık ile ilgili olarak Başkomutanlık, TBMM’den ayrılmaz ve temsili Cumhurbaşkanı tarafından yapılır. Savaş kuvvetlerinin yönetimi barışta özel kanuna göre Genelkurmay Başkanlığına ve seferde Bakanlar Kurulunun teklif etmesi üzerine Cumhurbaşkanının belirlediği kimseye verilir, hükmü getirilmiştir.

1961 Anayasasında Başkomutanlığın Cumhurbaşkanı tarafından temsil edildiği belirtilmiştir. Ancak Meclise karşı, Bakanlar Kurulu sorumlu tutulmuştur.

1982 Anayasasının ilk halindeki 117. Maddesinde 1961 Anayasasındaki yukarıda belirtilen 110. maddesindeki hükümlerin tek farkla aynısı bulunmaktadır. İki madde arasındaki tek fark sadece 1982 Anayasasında bulunan, Genelkurmay Başkanının savaşta Başkomutanlık görevlerini Cumhurbaşkanlığı namına yerine getireceği hükmüdür.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçiş ile birlikte, Başkomutanlık konusunda da bazı değişiklikler yapılmıştır. 1982 Anayasasının Başkomutanlığı düzenleyen 117. maddesi Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde bazı değişiklikler yapılmıştır.

---

<sup>13</sup> Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 314.

<sup>14</sup> Yaman, Ahmet Emin: Başkumandanlık Kanunu, Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 09, 1992, ss. 85-110, s. 85-86.

1982 Anayasasında, 2017 yılına kadar Silahlı Kuvvetlerin vatan savunmasına hazırlanmasından ve milli güvenliğin sağlanmasından Bakanlar Kurulu sorumluyken, 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanının sorumlu olması benimsenmiştir. Burada Bakanlar Kurulunun sorumlu olduğu hükmü Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile kaldırılarak Cumhurbaşkanının sorumlu olduğu hükmü getirilmiştir. Bu değişiklikler ile 1982 Anayasasının 117. maddesindeki Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Bakanlar Kurulu arasında parçalanmış milli savunma ile ilgili görev, yetki ve sorumluluklar birleştirilerek Cumhurbaşkanında toplanmıştır. Bu gelişme ile birlikte, milli savunma alanında yürütme kuvveti içerisinde Cumhurbaşkanı ile Başbakan ve Bakanlar Kurulu arasında çatışma ve kargaşaya yol açan çok başlılık kaldırılmıştır.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde Genelkurmay Başkanı hususunda da bazı değişiklikler yapılmıştır. 1961 Anayasasında ve 1982 Anayasasının ilk halinde, Cumhurbaşkanının Bakanlar Kurulunun teklifi üzerine Genelkurmay Başkanını ataması yetkisi bulunmaktaydı. Bu atama bir tür hükümet kararnamesi yolu ile yapılmaktaydı. Cumhurbaşkanının, burada olduğu gibi, hükümet kararnamelerinde ve müşterek kararnamelerde imzası bulunmaktaydı. Bu işlemlerde de sorumluluk ilgili Bakan ve/veya Başbakana aittir. Cumhurbaşkanının buradaki imzası konusunda farklı görüşler<sup>15</sup> bulunmakla birlikte, Cumhurbaşkanı imzalamadığı zaman kararname yürürlüğe girmemektedir. Dolayısıyla bu durum da Genelkurmay Başkanı ataması konusunda Bakanlar Kurulunun tek başına yetkilendirilmediği, bu yetkisini Cumhurbaşkanı ile paylaşmak zorunda olduğunu göstermektedir.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde ise Bakanlar Kurulu kaldırdığı için Cumhurbaşkanı, Genelkurmay Başkanını atama yetkisini tek başına kullanacağı düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanının bu atama yetkisini Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine göre kullanmaktadır.

Genelkurmay Başkanı hususunda bir diğer değişiklik ise, 1982 Anayasası'nın ilk halinde Genelkurmay Başkanının görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenirken Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde Genelkurmay Başkanının görev ve yetkilerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilmektedir.

<sup>15</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı. 27 Nisan 1993. E. 1992/37, K. 1993/18. <https://normkararlarbilgi-bankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1993-18-nrm.pdf> (Erişim Tarihi 07.09.2021); Gözler, Kemal: İdare Hukuku Cilt 1, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2009, s. 248-249; Özbudun, s. 316.

#### IV. CUMHURBAŞKANLIĞI GÜVENLİK VE DIŞ POLİTİKALAR KURULU

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde Cumhurbaşkanlığı teşkilatında Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları oluşturulmuştur.<sup>16</sup> Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları 1 No.lu Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenlenmiştir. Kurulların başkanlığını Cumhurbaşkanı yapmaktadır. Kurullar en az 3 üyeden oluşmaktadır. Kurul üyeleri Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. Cumhurbaşkanı kurul üyelerinden birini başkanvekil olarak görevlendirmektedir.<sup>17</sup> Politika kurulları kamu politikalarının oluşturulması ve geliştirilmesi amacıyla kurulmuştur.<sup>18</sup>

Kurullar Cumhurbaşkanınca alınacak kararlar ve oluşturulacak politikalarla ilgili öneriler geliştirmektedir. Politika kurullarından güvenlik alanında oluşturulan politika kurulu ise Güvenlik ve Dış Politikalar Kurulu’dur.

Güvenlik ve Dış Politikalar Kuruluşunun görev ve yetkileri şunlardır:<sup>19</sup>

- Türkiye’nin uluslararası ilişkileri ile ilgili politika önerileri geliştirmek,
- Türkiye’nin bölgesel etkinliğini yükseltmeye yönelik politikalar geliştirmek,
- Bölgesel problemlerin çözümüne ilişkin fikirler oluşturmak,
- Küresel analizler yaparak rapor hazırlamak,
- Güvenlik ortamındaki gelişmeleri analiz etmek, sınırları korumak, güvenliği sağlamak, Türkiye içinde ve uluslararası sahada işbirliğini geliştirmek, sınır yönetimi güvenliği politika önerileri oluşturmak,
- Türkiye’nin göç politikasını oluşturmak, uygulamayı takip etmek, göç uygulamalarını takip ederek öneriler geliştirmek, göç konusunda planlanan düzenlemeleri değerlendirmek, göç alanında dünyadaki gelişmeleri izlemek ve bu gelişmelerin Türkiye’ye etkilerini değerlendirmek ve rapor hazırlamak,

<sup>16</sup> Erol, Ömer Faruk: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 26, Sayı: 1, 2020, ss. 107-130, s. 114.

<sup>17</sup> 1 No.lu Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/19.5.1.pdf> (Erişim Tarihi: 10.07.2021).

<sup>18</sup> Sobacı, Mehmet Zahid / Miş, Nebi / Köseoğlu, Özer: Türkiye’nin Yeni Yönetim Modeli ve Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı, 2018, s. 3, <https://setav.org/assets/uploads/2018/06/206-t%C3%BCrkiyenin-Yeni-Y%C3%B6netim-Modeli.pdf> (Erişim Tarihi: 15.01.2021).

<sup>19</sup> 1 No.lu Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, md.26.

- Afet ve acil durumlar konusunda engelleme, etki etme ve daha iyi duruma getirme konularında politika önerileri oluşturmak,
- Sivil havacılığın güvenliği konusunda politikalar belirlemek için çalışmak,
- Siber güvenlik konusunda politika ve strateji geliştirmek,
- Havayolu, karayolu ve demiryolu trafik güvenliği konusunda politika geliştirmektedir.

Kurul toplantılarında Türkiye'nin güvenliğiyle ilgili konular ele alınmaktadır. Güvenlik ve Dış Politikalar Kurulu, kurul başkanvekili İbrahim Kalın başkanlığında 2020 yılının değerlendirme toplantısı yapılmıştır. Toplantıda Türkiye'nin dış politika ve güvenlik stratejileri, küresel salgın tehdidi, FETÖ ile mücadele, AB ve ABD ilişkileri, Suriye ve Libya konusu, Doğu Akdeniz'deki durum, Karabağ savaşı, Türkiye'nin enerji alanındaki atılımları ve küresel ekonomik ilişkiler görüşülmüştür.<sup>20</sup>

Kurul tarafından görev alanıyla ilgili çalıştaylar da düzenlenmektedir. Kurul tarafından Libya mutakabati çerçevesinde Doğu Akdeniz'de stratejik denklem başlıklı çalıştay gerçekleştirilmiştir. Çalıştaya kurul üyeleri, ilgili resmi kurum temsilcileri, akademisyenler, düşünce kuruluşu temsilcileri ve uzmanlar katılmıştır.<sup>21</sup>

## V. CUMHURBAŞKANI BAŞKANLIĞINDA DÜZENLENEN GÜVENLİK ZİRVELERİ

2014 yılında Türkiye'de millet tarafından 12. Cumhurbaşkanı seçiminin ardından Cumhurbaşkanı başkanlığında Devletin zirvesinde belli aralıklarla güvenlik zirveleri toplanmaya başlamıştır. Türkiye'nin idari tarihinde bu uygulamaların benzerlerine nadiren rastlansa bile, Cumhurbaşkanı başkanlığında güvenlik konulu yapılan bu toplantılar yeni bir uygulamaya geçildiği izlenimi vermektedir. Nitekim daha önceki Cumhurbaşkanları dönemlerinde, Cumhurbaşkanı tarafından günümüzde olduğu gibi, sistematik ve bir program dâhilinde yapıldığı izlenimi veren bu tür güvenlik toplantılarına rastlanmamaktaydı. Bu toplantılar, devletin genel güvenliğinden sorumlu üst düzey seçilmişler ve atanmışların katılımıyla gerçekleştirildiği görülmekteydi. Toplan-

<sup>20</sup> Trthaber: Cumhurbaşkanlığı Güvenlik ve Dış Politikalar Kurulu Toplandı, 2020b, <https://www.trthaber.com/haber/gundem/cumhurbaskanligi-guvenlik-ve-dis-politikalar-kurulu-toplandi-542606.html> (Erişim Tarihi: 30.12.2020).

<sup>21</sup> Cnnturk: Cumhurbaşkanlığı Külliyesinde Doğu Akdeniz Çalıştayı, 2019, <https://www.cnnturk.com/turkiye/cumhurbaskanligi-kulliyesinde-dogu-akdeniz-calistayi> (Erişim Tarihi: 25.12.2019).

tılar Cumhurbaşkanı başkanlığında, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, İçişleri Bakanı ve Milli İstihbarat Teşkilatı Başkanının katılımıyla yapılmaktaydı.<sup>22</sup> Ayrıca Dışişleri Bakanı, Milli Savunma Bakanı, Genelkurmay İkinci Başkanı ve diğer üst düzey seçilmişler ve atanmışların da, durum gerektirdiği takdirde toplantıya katıldıkları müşahede edilmektedir.<sup>23</sup>

Güvenlik zirveleri, önceden belirlenmiş bir takvim dâhilinde yapılan toplantılar değildir. Tamamen ihtiyaçlar çerçevesinde, güvenlikle ilgili önemli kararlar almak ve değerlendirmeler yapmak üzere yapılıyor olduğu gözlemlenmektedir. Son dönemde Türkiye ve çevresinde güvenlik problemlerinin çok fazla artması sebebiyle de ayda bir ya da iki ayda bir yapılabildiği müşahede edilmektedir. Nitekim basın organları da toplantıları sürpriz güvenlik zirvesi başlıklarıyla duyurmaktadır.<sup>24</sup>

Son dönemde artan güvenlik problemleri sebebiyle güvenlik üzerine yapılan toplantılar, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan güvenlik zirveleri ile sınırlı değildir. Başbakan başkanlığında ilgili Bakanlar ve bürokratların katılımıyla toplanan özel güvenlik zirvesi ismi de verilen güvenlik toplantıları da yapılmaktaydı.<sup>25</sup>

Cumhurbaşkanı başkanlığında yapılan güvenlik toplantılarının Türkiye’nin idari tarihinde fazla örneği bulunmamaktadır. Nitekim parlamenter sistemlerde Cumhurbaşkanı sorumsuz ve yetkisiz bir makam olduğu için güvenlik ile ilgili bu tür toplantıların Bakanlar Kurulu içerisinde yapılması olağan bir durumdur. Ancak Türkiye’de, 2014 yılında Cumhurbaşkanını milletin seçmesiyle birlikte sistem tartışmaları iyice yoğunlaşmış ve mevcut sistem konusunda öğretilerde görüş birliğine varılamamıştır.

Türkiye’nin idari tarihine bakıldığı zaman, günümüzde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan güvenlik zirvelerine en çok benzeyen toplantı 9. Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel’in Cumhurbaşkanlığı döneminde yapılmıştır. O dönemde Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarının belirlenmesi için yapılan bu

<sup>22</sup> Anadolu Ajansı: Cumhurbaşkanlığı Külliyesinde Güvenlik Zirvesi Düzenlendi, 2016, <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/cumhurbaskanligi-kulliyesinde-guvenlik-zirvesi-duzenlendi/518623> (Erişim Tarihi: 09.02.2021).

<sup>23</sup> Demirel, Bahar: Güvenlik Zirvesi’nden Flaş IŞİD kararları, Hürriyet, 2014, <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/guvenlik-zirvesinden-flas-isis-kararlari-27225507> (Erişim Tarihi: 09.02.2021).

<sup>24</sup> Haberler: Beştepe’de Sürpriz Güvenlik Zirvesi, 2016, <http://www.haberler.com/bestepe-desurpriz-guvenlik-zirvesi-8142455-haber/> (Erişim Tarihi: 09.02.2021).

<sup>25</sup> Ntv: Özel Güvenlik Zirvesi Sonrası Açıklama, 2015, <https://www.ntv.com.tr/turkiye/guvenlik-zirvesi-sonrasi-aciklama,1b0kKYy9k0-pjkSk3jF2MA> (Erişim Tarihi: 23.07.2021).

toplantılara Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Genelkurmay Başkanı katılmıştır.<sup>26</sup> Bundan başka, Cumhurbaşkanları 1982 Anayasası'nın 104. maddesinde düzenlenen "gerekli gördüğü hallerde Bakanlar Kuruluna başkanlık etmek veya Bakanlar Kurulunu başkanlığı altında toplantıya çağırmak" yetkisini kullanarak güvenlik ile ilgili önemli konular olduğu zaman Bakanlar Kuruluna başkanlık ettikleri görülmüştür.<sup>27</sup> Son dönemde de, bu geleneğe benzer şekilde, güncel güvenlik problemlerinin görüşüleceği Bakanlar Kurulu toplantısına Cumhurbaşkanı'nun başkanlık ettiği görülmektedir.<sup>28</sup>

Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan güvenlik zirvelerinde, ülkenin güvenlik politikalarıyla ilgili önemli kararlar alındığı görülmektedir. Ayrıca yapılan terör saldırılarının hemen arkasından da bu toplantıların yapıldığı müşahede edilmektedir.<sup>29</sup>

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde ise, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan güvenlik zirveleri hususunda bazı değişiklikler olmuştur. Güvenlik zirvelerine katılım sağlayan Başbakan ve Başbakan Yardımcıları makamı kaldırılmıştır. Bu dönemde yapılan güvenlik zirvelerine Cumhurbaşkanı Yardımcısı, Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanı ve Cumhurbaşkanlığı Sözcüsü de katılabilmektedir.<sup>30</sup>

Cumhurbaşkanı'nın güvenlik zirvelerine başkanlık etmesi, güvenlik politikalarının oluşturulması ve geliştirilmesinde Cumhurbaşkanı'nun etkinliğini artıran bir unsurdur. Cumhurbaşkanı bu toplantılar ve diğer yetkileri ile ülkenin güvenlik politikalarının belirlenmesinde etkili olmaktadır.

## SONUÇ

Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş süreçlerinden günümüze kadar Cumhurbaşkanı'nun güvenlik politikalarındaki rolü ve bu rolde yaşanan hukuki ve fiili değişimler çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. 1921 Anayasasından

<sup>26</sup> Milliyet: MİT'in Yeni Patronu İçin Üçlü Zirve, 1998, <https://www.milliyet.com.tr/the-others/mitin-yeni-patronu-icin-uclu-zirve-5364517> (Erişim Tarihi: 13.01.2021).

<sup>27</sup> Karakuş, Kadir: Bakanlar Kurulu'na 5 Cumhurbaşkanı Başkanlık Etmisti, Anadolu Ajansı, 2014, <https://www.aa.com.tr/tr/politika/bakanlar-kuruluna-5-cumhurbaskani-baskanlik-etmistir/88315> (Erişim Tarihi: 25.12.2019).

<sup>28</sup> Kurban, Hakkı: 11 Şubat Masada angajman var, Akşam, 2016, <https://www.memurlar.net/haber/566640/masada-angajman-var.html> (Erişim Tarihi: 23.07.2021).

<sup>29</sup> Cnntürk: Beştepe'de Güvenlik Zirvesi Toplandı, 2015, <https://www.cnnturk.com/turkiye/bestepe-de-guvenlik-zirvesi-toplandi> (Erişim Tarihi: 07.09.2021).

<sup>30</sup> Trthaber: Cumhurbaşkanı Erdoğan Başkanlığında İstanbul'da Güvenlik Zirvesi Yapıldı, 2020a, <https://www.trthaber.com/haber/gundem/cumhurbaskani-erdogan-baskanliginda-istanbulda-guvenlik-zirvesi-yapildi-451508.html> (Erişim Tarihi: 03.01.2021).



İtibaren, günümüz Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine kadar Cumhurbaşkanının anayasa ve yasalardan kaynaklanan güvenlik rolleri incelenmiştir. Bu kapsamda Cumhurbaşkanının olağanüstü dönemlerdeki rolü, Milli Güvenlik Kurulu, Cumhurbaşkanının Başkomutanlık sıfatı, Cumhurbaşkanlığı Güvenlik ve Dış Politikalar Kurulu, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan güvenlik zirveleri analiz edilmiştir.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemiyle Bakanlar Kurulu kaldırılarak olağanüstü hal ilanına Cumhurbaşkanı tarafından karar verileceği düzenlenmiştir. Böylece Cumhurbaşkanının Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine kadar gelen süreçte olağanüstü dönemlerdeki liderlik rolü Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemiyle güçlendirilmiştir. Ancak Cumhurbaşkanı bu konuda tek yetkili makam olmayıp Cumhurbaşkanının olağanüstü hal ilanı kararı TBMM onayına sunulmaktadır.

Milli Güvenlik Kurulu, her ne kadar mevzuatta istişari kararlar alan nitelikte bir Kurul olduğu vurgulansa bile, kurulduğundan beri, Türkiye’nin milli güvenlik politikalarının belirlendiği bir kurul gibi faaliyet göstermiştir. Son dönemde etkisi zayıflasa da, geçmişte Bakanlar Kurulu kararları üzerinde oldukça etkili olmuştur. Bu durum hem hukuki hem de fiili olarak kendisini göstermiştir. Kurulun başkanı Cumhurbaşkanıdır. Kurulun tarihine baktığımızda asker üyelerin Kurulun en etkili üyeleri olduğu görülür. Ancak günümüzde, hukuki ve fiili olarak, Kurulun en etkili üyesi Cumhurbaşkanıdır. Bu durum Cumhurbaşkanına, ülkenin milli güvenlik politikalarının belirlenmesinde ciddi bir rol vermektedir.

Türkiye’de Başkomutanlık Kanunu ile getirilen ve anayasal düzeyde 1924 Anayasasından itibaren Cumhurbaşkanına verilen Başkomutanlık sıfatı da Cumhurbaşkanının güvenlik politikalarındaki etkin rolünü güçlendirmiştir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemiyle milli güvenliğin sağlanmasından ve Silahlı Kuvvetlerin yurt savunmasına hazırlanmasından da Cumhurbaşkanı sorumlu kılınmıştır.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde oluşturulan Güvenlik ve Dış Politikalar Kurulu da güvenlik alanında Cumhurbaşkanı tarafından alınacak kararlar ve oluşturulacak politikalarla ilgili öneriler geliştirerek Cumhurbaşkanının güvenlik politikalarındaki rolüne katkı sağlamaktadır.

Türkiye’de geçmişten günümüze gelen süreçte anayasalarda yer almayan ama uygulamada Cumhurbaşkanı başkanlığında yapılan güvenlik zirvelerinde

Cumhurbaşkanı, Bakanlar ve üst düzey bürokratlarla bir araya gelerek ülkenin güvenlik sorunlarını ve uygulanan/uygulanacak olan güvenlik politikalarını ele almaktadır. Cumhurbaşkanı bu zirvelerdeki rolü ile güvenlik politikalarını etkilemektedir.

1982 Anayasası ile Cumhurbaşkanı sistem içerisinde güçlendirilmiş, bu durum güvenlik politikalarında da kendisini göstermiştir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde Cumhurbaşkanının bu etkinliğini sağlayacak görev ve yetkilerine ek olarak milli güvenlik politikalarını belirleme ve gerekli tedbirleri alma yetkisinin verilmesi de Cumhurbaşkanının bu rolünü güçlendirmiştir.

## KAYNAKÇA

- 1 No.lu Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/19.5.1.pdf> (Erişim Tarihi: 10.07.2021).
- Anadolu Ajansı: Cumhurbaşkanlığı Külliyesinde Güvenlik Zirvesi Düzenlendi, 2016, <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/cumhurbaskanligi-kulliyesinde-guvenlik-zirvesi-duzenlendi/518623> (Erişim Tarihi: 09.02.2021).
- Anayasa Mahkemesi Kararı. 27 Nisan 1993. E. 1992/37, K. 1993/18. <https://norm-kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1993-18-nrm.pdf> (Erişim Tarihi 07.09.2021).
- Cnnturk: Beştepe’de Güvenlik Zirvesi Toplandı, 2015, <https://www.cnnturk.com/turkiye/bestepede-guvenlik-zirvesi-toplandi> (Erişim Tarihi: 07.09.2021).
- Cnnturk: Cumhurbaşkanlığı Külliyesinde Doğu Akdeniz Çalıştayı, 2019, <https://www.cnnturk.com/turkiye/cumhurbaskanligi-kulliyesinde-dogu-akdeniz-calistayi> (Erişim Tarihi: 25.12.2019).
- Demirel, Bahar: Güvenlik Zirvesi’nden Flaş İşİD Kararları, Hürriyet, 2014, <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/guvenlik-zirvesinden-flas-isisd-kararlari-27225507> (Erişim Tarihi: 09.02.2021).
- Erol, Ömer Faruk: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 26, Sayı: 1, 2020, ss. 107-130.
- Gözler, Kemal: İdare Hukuku, cilt 1, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2009.
- Haberler: Beştepe’de Sürpriz Güvenlik Zirvesi, 2016, <http://www.haberler.com/bestepe-de-surpriz-guvenlik-zirvesi-8142455-haberi/> (Erişim Tarihi: 09.02.2021).
- Hakyemez, Yusuf Şevki: Demokratik Ülkelerde Milli Güvenlik Politikasının Belirlenmesi ve Türkiye, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VII, Sayı: 3-4, 2003, ss. 285-308.
- Karakuş, Kadir: Bakanlar Kurulu’na 5 Cumhurbaşkanı Başkanlık Etmisti, Anadolu Ajansı, 2014, <https://www.aa.com.tr/tr/politika/bakanlar-kuruluna-5-cumhurbaskani-baskanlik-etmisti/88315> (Erişim Tarihi: 25.12.2019).
- Kırışık, Fatih: Devlet Kuvvetleri Arasında ve Yürütme Kuvveti İçerisindeki İlişkiler Boyutundan Bakanlar Kurulunda Karar Verme Sorunu, (Kırışık, Fatih / Önder, Özgür (Editör): Kamu Yönetimi ve Siyaset Biliminde Karar Verme, 2. Baskı, Detay Yayıncılık, Ankara 2015).
- Kurban, Hakkı: 11 Şubat Masada Angajman Var, Akşam, 2016, <https://www.memurlar.net/haber/566640/masada-angajman-var.html> (Erişim Tarihi: 23.07.2021).
- Kuzu, Burhan: Parlamenter Rejimde Devlet Başkanının Konumu ve 1961-1982 Anayasalarında durum, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 53, Sayı: 1-4, 1990, ss. 34-90, s. 63.
- Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği, <https://www.mgk.gov.tr/index.php/kurumsal/hakkimizda> (Erişim Tarihi: 07.02.2021).

- Milliyet: MiT'in Yeni Patronu İçin Üçlü Zirve, 1998, <https://www.milliyet.com.tr/the-others/mitin-yeni-patronu-icin-uclu-zirve-5364517> (Erişim Tarihi: 13.01.2021).
- Ntv: Özel Güvenlik Zirvesi Sonrası Açıklama, 2015, <https://www.ntv.com.tr/turkiye/guvenlik-zirvesi-sonrasi-aciklama,1b0kKY9k0-pjkSk3jF2MA> (Erişim Tarihi: 23.07.2021).
- Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- Özdemir, Hikmet: Rejim ve Asker, Afa Yayıncılık, İstanbul 1989.
- Özkul, Fatih: 1982 Anayasasında Olağanüstü Dönem Kanun Hükmünde Kararnemelerinin Hukuki Serüveni, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 3, 2020, ss. 195-233.
- Sevinç, Murat: Milli Güvenlik Kurulu ve 1997 Süreci, Birikim Dergisi, Sayı: 131, 2000, <https://birikimdergisi.com/dergiler/birikim/1/sayi-131-mart-2000/2324/milli-guvenlik-kurulu-ve-1997-sureci/5860>. (Erişim Tarihi: 15.08.2021).
- Sezen, Seriya: Milli Güvenlik Kurulu Üzerine, Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 33, Sayı: 4, 2000, ss. 63-83, s. 79-80.
- Sobacı, Mehmet Zahid / Miş, Nebi / Köseoğlu, Özer: Türkiye'nin Yeni Yönetim Modeli ve Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı, 2018, s. 3, <https://setav.org/assets/uploads/2018/06/206-t%C3%BCrkiyenin-Yeni-Y%C3%B6netim-Modeli.pdf> (Erişim Tarihi: 15.01.2021).
- Temiz, Özgür / Güneş, Felemez: Cumhurbaşkanlığı kararnemelerinin hukuki niteliği, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 2, 2020, ss. 959-979.
- Trthaber: Cumhurbaşkanı Erdoğan Başkanlığında İstanbul'da Güvenlik Zirvesi Yapıldı, 2020a, <https://www.trthaber.com/haber/gundem/cumhurbaskani-erdogan-baskanliginda-istanbulda-guvenlik-zirvesi-yapildi-451508.html> (Erişim Tarihi: 03.01.2021).
- Trthaber: Cumhurbaşkanlığı Güvenlik ve Dış Politikalar Kurulu Toplandı, 2020b, <https://www.trthaber.com/haber/gundem/cumhurbaskanligi-guvenlik-ve-dis-politikalar-kurulu-toplandi-542606.html> (Erişim Tarihi: 30.12.2020).
- Tunç, Hasan / Döner, Ayhan: MGK ve Milli Güvenlik Kavramı, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksek Okulu Dergisi, Sayı: 1, 1998, ss. 3-23.
- Yaman, Ahmet Emin: Başkumandanlık Kanunu, Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 09, 1992, ss. 85-110, s. 85-86.

TERCÜME  
TRANSLATION

---



# Amerika Birleşik Devletleri'nde Ceza Yargılamalarında Jüri Usulünün Kısa Bir Tarihçesi<sup>(\*)</sup>

## A Brief History of the Criminal Jury in the United States

Albert W. ALSCHULER<sup>(\*\*)</sup>

Andrew G. DEISS<sup>(\*\*\*)</sup>

Tercüme: Arş. Gör. Halil İbrahim DOĞAN<sup>(\*\*\*\*)</sup>

İngiltere'deki ceza davalarında uygulanan jüri usulünün tarihi üzerinde çok sayıda ve oldukça değerli çalışmalar bulunmasına ve koloni dönemindeki Amerikan jüri usulü de kayda değer bir şekilde çalışılmasına rağmen Haklar Bildirisi'nden (Bill of Rights) sonraki 200 yıllık süreçteki Amerikan Jüri usulünün tarihçesi şaşırtıcı bir şekilde ihmal edilmiştir. Günümüz jüri usulüne "tarihi perspektiften" de bakan bir grup çalışmadan ve bir uygulayıcının jüri uygulamasına yaptığı tarihsel methiyeden başka, 19. ve 20. yüzyıllardaki Amerikan jüri usulünün tarihçesini baştan sona ele alan bir çalışma bulmayı başaramadık. Bu sebeple jüri usulünün bu yüzyıllardaki değişim sürecini ele alan bir çalışmanın, velev ki bu çalışma kaba bir taslak olsun, faydalı olacağı kanaatindeyiz.<sup>1</sup>

<sup>(\*)</sup> Tercüme Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin Editörlüğe Gönderildiği Tarih: 10.03.2022, Makalenin Kabul Tarihi: 11.04.2022.

Bu çalışmanın aslı 1994 yılında University of Chicago Law Review'da yayımlanmıştır (61 U. Chi. L. Rev. 867). University of Chicago Law Review'ın ve University of Chicago Law School'un izni dahilinde tercüme edilmiştir.

<sup>(\*\*)</sup> Wilson-Dickinson Professor, University of Chicago Law School. Profesör Alschuler, bu makalenin önceki bir kopyasını Haklar Bildirisi'nin (Bill of Rights) İki Yüzüncü Yılı Kutlamaları'nda, Valparaiso Üniversitesi'nde sunmuştur.

<sup>(\*\*\*)</sup> University of Chicago, Tarih Doktora Öğrencisi. 1995 J.D. adayı.

<sup>(\*\*\*\*)</sup> Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi,  
E-posta: hibrhim.dogan@hku.edu.tr,  
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-4330-6037>.

<sup>1</sup> Her ne kadar esas olarak ceza yargılamalarındaki jüri usulüne odaklansak da aydınlatıcı gördüğümüz hususlarda hukuk davalarındaki jüri usulüne dair çalışmalardan da yararlandık.

Çalışmamızdaki ana temayı “jürinin yapısındaki demokratikleşme arttıkça Amerikan medeni hayatında oynadığı rolün azaldığı” oluşturmaktadır.<sup>2</sup> Bu tema ile ne sebebi ne de sonucu işaret ediyoruz, yalnızca ortadaki ironiyi göstermek istiyoruz.<sup>3</sup> Bu makalenin Birinci Bölüm’ü jüri yargılaması anayasal hakkının koloni dönemindeki arka planını kısaca ele almaktadır. İkinci Bölüm’de jürinin yapısında meydana gelen değişiklikler kronolojik olarak sıralanmaktadır. Mülk sahibi olmayan beyazlar, başlangıçta kabul edilmemelerine rağmen, hızlı bir şekilde jüri üyesi olabilmek hakkını kazanmıştır. Siyahiler, diğer azınlık gruplar ve kadınlar ise ancak uzun mücadelelerden sonra bu hakkı elde edebilmişlerdir. Üçüncü Bölüm, Amerikan jürisinin hukuki meselelerde karar verme gücünü yasal olarak nasıl yitirdiğini açıklamaktadır. Bu bölümde jürinin hukuki unsurları değerlendirmekteki yasal gücünü yitirmesinin, süregelen red döngüsünün ve yazılı hukuka (book law) dönmenin bir parçası olduğu sonucuna varılmaktadır. Dördüncü Bölüm, ceza pazarlığı (plea bargaining) uygulaması yoluyla jürinin rolünün nasıl işlevsiz hale getirildiğini incelemektedir.

Son iki yüz yılda ceza yargılamalarındaki jüri usulünde meydana gelen önemli değişikliklerin tümünden bahsetmeyi başaramadık. Çalışmada yer veremediğimiz başlıkların arasında şunlar da yer almaktadır:

- (1) Yargıçların delillere dair ilkeleri belirlemek ve bunları uygulamak, duruşmadaki delilleri yorumlamak, beraat kanaati belirtmek, jüriye talimat vermek, jüri istişare süresini ve şartlarını belirlemek, jüri üyelerini kanaatleri hakkında sorgulamak ve yeni duruşmalara karar vermek gibi yollarla jüri kararlarını yönlendirmesinde ve kontrol edebilmesinde meydana gelen değişiklikler;
- (2) Bir jüri heyetinin muhtelif davalara bakabilmek yerine yalnızca bir davaya özgü olarak oluşturulması ilkesinin kökeni;
- (3) Yargılama sürecinde jüri üyelerinin görevleri, özellikle tanıkları sorgulama görevi;
- (4) Jüri beyanlarının genel geçer, gayriresmî ifadelerden standart, yazılı, teknik ve (genellikle) anlaşılmaz hukuki ifadelere dönüşümü;
- (5) Jüri üyelerine ettirilen yeminin (voir dire examination) mahiyetinde meydana gelen ekleme ve çıkarmalar;

<sup>2</sup> Joan Hoff, Birleşik Devletler’de kadınların hukuki statüsünün tarihine dair benzer bir tez öne sürmüştür. Kadınların yeni hakları, genellikle bu hak önemini kaybettikten sonra edinebildiklerini savunmaktadır.

<sup>3</sup> Daha net bir tez ileri sürmeye elimizdeki deliller imkân vermiyor. Jürilerin yapısındaki demokratikleşme arttıkça yetkilerinin azalması gerektiği yönünde açık hükümler bulunmadıkça, bu iki gelişme arasındaki neden sonuç bağının hangi verilere göre kurulacağı belirsizdir.



- (6) Mavi kurdele jürisinin (blue ribbon jury) ortaya çıkışı ve kaldırılması; (7) Jüri yargılaması hakkının, 14. Anayasa Değişikliğinin (14<sup>th</sup> Amendment) yargılama usulü maddesi (Due Process Clause) “kapsamına alınması”;
- (8) Ceza davalarında 12 kişiden az üyeden oluşan jüriye ve oybirliği olmadan da karar verebilen jüriye izin verilebilmesi;
- (9) Jüri üyelerinin kamu görevlileri tarafından takdir yetkisi kullanılarak seçilmesi usulünün yerini farklı metotların alması; ve
- (10) Jüri yargılamasına bir alternatif olarak kürsü yargılaması (bench trial) usulüne imkân tanınması.

Çalışmada yer verdiğimiz hususların yanında bu başlıklar hakkında da eserlerin telif edilmesi gerekmektedir. 6. Anayasa Değişikliği (6<sup>th</sup> Amendment) sonrasında, ceza yargılaması jürisinde meydana gelen değişiklikler de, üzerinde oldukça çalışılan daha önceki değişiklikler gibi, oldukça dramatik ve kayda değerdir. Eğer bu saydıklarımız meselenin daha kapsamlı olarak açıklanmasını sağlayacak şekilde başkalarına yardımcı veya teşvik edici olursa bundan memnuniyet duyarız.<sup>4</sup>

## 1. 6. ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ'NİN ARKA PLANI

1791 yılında 6. Anayasa Değişikliği, federal devletlerdeki tüm sanıklara “suçun işlendiği devlet ve bölgeye ait tarafsız bir jüri” tarafından yargılama hakkı tanımıştır. Anayasa’da yapılan bu değişiklik özü itibarıyla fuzulidir. Zira Anayasa’nın A. III, Ş 2. maddesi de “tüm ceza yargılamaları, yüce divan (*impeachment*)<sup>5</sup> hariç, jüri ile görülür” demektedir.<sup>6</sup> Ceza davalarında jüri yar-

<sup>4</sup> Harold Hyman ve Catherine Tarrant 1975'te şöyle belirtmiştir: “Amerikan jüri tarihine dair çalışmalar eşsiz, sistematik ya da sentetik olmaktan çok uzaktır. ... Bunun sonucu olarak ise jürinin tarihçesine dair yapılacak herhangi bir teşebbüs ... mecburen izlenimci, dağınık ve belirsiz olacaktır.” Yazarlar sonuç olarak “hukuki tarihin birkaç alanının daha çok çalışılması gerektiğini” belirtmiştir. Hyman ve Tarrant, *ilgili eser*. Ayrıca bkz: Murrin, *ilgili eser*. “[Jüri,] üzerine yoğunlaşan akademik ilgiden neredeyse tamamen kaçabilmiştir.”

<sup>5</sup> Impeachment: Temsilciler Meclisinin (House of Representatives) ABD Başkanı ve Başkan Vekili de dahil olmak üzere tüm sivil memurlar hakkında yargılama başlatılabilme yetkisi. Impeachment usulünde nihai karar yetkisi Senato'dadır. İngiliz kaynaklı bu sistem koloni döneminden itibaren çoğu Amerikan hükümetlerinde ve devlet anayasalarında benimsenmiştir. Kuvvetler ayrılığına dayalı Anayasa'nın önemli bir unsuru olarak (checks and balances) kongrenin, bir memuru “vatana ihanet, rüşvet, diğer mühim suçlar ve kabahatler”den yargılamasıdır. Yargılama başlatılabilmesi için Temsilciler Meclisi'nin çoğunluk oyu gerekmektedir. Yargılama Senato tarafından yapılır ve mahkûmiyet kararı için senatonun 2/3 oy çokluğu gerekmektedir. Mahkûmiyet halinde yargılanan memur görevinden azledilmiş olur, bazı durumlarda senato kamu görevinden men edilme kararı da verebilmektedir. [https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/briefing/Senate\\_Impeachment\\_Role.htm#1](https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/briefing/Senate_Impeachment_Role.htm#1) (09.03.2022) (Ter.).

<sup>6</sup> 7. Anayasa Değişikliği ile sivil davalarda da jüri hakkının tanınması ışığında denilebilir ki: Haklar Bildirisi'ni hazırlayanlar ceza davalarında jüri yargılaması hakkını ayrıca bir anayasa değişikliği

gılmasına tabi olma hakkı, zaten 1789 Anayasası'nda sayılan kişisel hakların<sup>7</sup> arasındaydı ve hem orijinal metinde hem Haklar Bildirisi'nde (Bill of Rights) sayılan tek hak idi.<sup>8</sup>

Bağımsızlık Bildirisi'nden (Declaration of Independence) bile önce, 1774'te İlk Kıtasal Kongre'nin Haklar Beyannamesi (First Continental Congress' Declaration of Rights) jüri yargılaması hakkını ilan etmiştir. Anayasa Konvansiyonu'ndan evvel 12 devlet yazılı anayasalarını kabul etmişlerdi ve bu 12 anayasada istisnasız ortak olarak tanınan tek hak, ceza davalarında sanığın jüri yargılaması hakkıydı.<sup>9</sup>

Anayasa Konvansiyonu'nda Federalistler ve Anti-Federalistler arasında, üzerinde belki de en geniş ölçüde fikir birliğine varılan konu jüri hakkının teminat altına alınması arzusu idi. Alexander Hamilton *Federalist 83*'te şöyle yazmıştır:

*Anayasa Konvansiyonu danışmanları ve üyeleri, başka hiçbir konuda mutabakat sağlayamasalar da, en azından jüri yargılamasına verdikleri değer üzerinde uzlaşma sağlayabilmişlerdir; sağlayamasalar da aradaki farklılığa sebep olan konu şudur: bir taraf jüriyi temel hakların sağlam bir güvencesi olarak görürken diğer taraf ise özgür yürütmenin ana sığınağı olarak görmektedir.*

---

ile tekrar etmekte fayda görmüş olmalıdır. Zira A. III, § 2. maddeden farklı olarak 6. Anayasa Değişikliği'nde jürinin tarafsız olması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Yine değişiklikle A. III'te belirtilen "suçun işlendiği devlet ve bölgeye ait tarafsız bir jüri" tarafından yargılanması şartına ek olarak jüri üyelerinin "suçun işlendiği yer bölgesinden" seçileceği de belirtilmiştir. Anti-federalistler A. III'ü kapsamının çok geniş olması sebebiyle eleştirmiştir.

<sup>7</sup> A. III'te yer verilen jüri yargılaması hakkının yanında, A. I de Kongre'yi ve Federe devletleri, mahkûmiyet listeleri (bills of attainder) ve geriye yürüyen (*ex post facto*) kanunlar yayınlamaktan men etmekte; devletlerin sözleşme yükümlülüklerini ihlal etmelerini yasaklamakta, "kamu güvenliğinin gerektirdiği haller dışında" *habeas corpus* güvencelerinin askıya alınmasına olanak tanımamaktadır (ABD Anayasası A. I §§ 9-10). A. III § 3 ile vatana ihanet suçunda mahkûmiyete karar verilebilmesi için aynı fiile dair iki şahidin bulunması veya halka açık bir mahkemede itirafın gerektiği belirtilmiş ve mahkûm edilen kişinin yaşam süresini aşacak şekilde [bunun ailesine] "miras alma ve mal edinme hakkından mahrum bırakılma (corruption of blood and forfeiture)" cezası verilemeyeceği beyan edilmiştir. A. IV § 1'de her devletin diğer devletlerin verdiği yargı kararlarına tam itibar etmesi gerektiği ve bu kararları tanınması gerektiği belirtilmiştir. A. IV 2. bölümde federe devletlerin tüm vatandaşlarının, federal devlet vatandaşlarına tanınan tüm ayrıcalık ve dokunulmazlıklara da sahip olacağı açıklanmıştır.

<sup>8</sup> Üstü kapalı da olsa 1. Anayasa Değişikliği, A. VI'da belirtilen "memuriyete başlamada dini sınav yapılamayacağı" yasağını yinelemektedir.

<sup>9</sup> Amerika'da jüri yargılamasına tabi olma hakkı aslında, kıtada kurulan ilk İngiliz yerleşkesinden bile daha eskidir. I. James'in 1606 yılında Virginia Company ile imzaladığı çarter sözleşmesinde "James-Town'a 1 yıl sonra yerleşecek kolonicilerin jüri yargılaması hakkı da dahil, İngilizlerin sahip olduğu tüm haklara sahip olacağı" sözü verilmiştir. Bununla beraber 18. yüzyıl ortalarına kadar jüri yargılaması, Virginia eyaletinde oldukça nadirdir. Sonrasında ise Virginia'ya bağlı vilayetlerde jürili dava sayısı yılda 3-4 ten 20-30'lara yükselmiştir.

Hazırlık ekibinin jüri yargılamasını şevkle savunmasının esas kaynağı, Amerikan Devrimi<sup>10</sup> esnasında İngiliz otoritelerine karşı mücadelede jürinin oynadığı roldür.<sup>11</sup> Koloni dönemine ait davalardan en çok ses getireni, New Yorklu bir yayımcı olan John Peter Zenger'ın Bağımsızlık Bildirisi'nin ilanından 41 yıl önce, "halkı yanıltıcı-tahrik edici yayın" (seditious libel) suçlamasıyla yargılandığı davadır.<sup>12</sup>

Zenger'ın yayımladığı, *The New York Weekly Journal*, Amerika'da yayımlanan ilk siyasi eleştiri gazetesi idi. William Cosby'nin ardından atanan New York valisi, Lewis Morris'i başyargıçlık makamından azletmiş, Morris ve destekçileri de söz konusu gazeteyi kurmuş ve Zenger'ı gazetenin editörü ve yayımcısı olarak tutmuştur.<sup>13</sup>

Gazete'nin hedefinde çoğunlukla Cosby ve ekibi bulunuyordu. Zenger'ın tenkitleri (Vali'nin talebi halinde jüri yargılamasına gidilmemesini eleştirmesi de dahil) günümüz kriterlerine göre düşünce özgürlüğü sınırları içinde olması

<sup>10</sup> Amerikan Devrimi (American Revolution): 1775-1783 arasındaki Amerikan Bağımsızlık Savaşı. Britanya'nın Kuzey Amerika'daki 13 kolonisi isyan ederek siyasi bağımsızlık kazanmış ve sonrasında Amerika Birleşik Devletleri'ni kurmuştur. <https://www.britannica.com/event/American-Revolution> (09.04.2022) (Ter.).

<sup>11</sup> Jüri tarafından görülen ceza yargılamalarına 18. yüzyılda, 17. yüzyıldakine nazaran daha sık rastlanırmıştır. Bununla birlikte, özellikle 17. yüzyılda, ceza jürilerinde Amerikan kolonileri büyük farklılık arz etmekteydi. Uç bir örnek olarak: New England kolonilerinden, haklarına düşkün Rhode Island, sarhoşluk suçundan büyük tüm suçların yargılamasında jüriyi rutin olarak kullanıyordu. Uç örneğin tersi bir örnek olarak ise: New Haven yargıçları İngiliz hukukuna karşı Hristiyan Şeriatını uygulamaya çalışmış ve 1665'e kadar jüri yargılamasına başvurmamıştır. New England kolonilerinin çoğu, idam kararı verilebilen suçlara (capital crimes) ait davalarda jüriye rutin olarak başvurmakta idiler. "Ceza yargılaması altında olan herkesin" jüri hakkına sahip olduğuna dair resmi ilanlar yapılmasına rağmen bu suçlar dışında New England'da jüri yargılamaları nadirdi. (Common Law'a göre, idam kararına varabilen suçlar, tüm cürümleri (felony) kapsamaktadır ancak bazı koloniler İngiltere'de hapis ile cezalandırılan ve mala karşı işlenen çoğu cürümü istisna tutarken; zina, ifşacılık, ana babaya sövmek gibi suçları ise buna dahil etmişlerdir) John Murrin'in belirttiği üzere, "New England mahkeme kayıtlarına bakan bir kimse cürüm ve kabahatlere nadiren rastlar ancak günah, şeytani, aşağılık, pis, edepsiz ... gibi ifadelere bolca rastlar ... New England'da günahlara karşı verilmesi gereken tepki mahkemede suçlamayı reddetmek değil, tövbe ve pişmanlıktır." Hatta bir sanığın, iddianamenin bir örneğini talep ettiğinde kendisinin "tanrının otoritesini inkâr ettiği" dahi söylenebiliyordu. Kıyas için, ceza pazarlığı (plea bargaining) uygulamalarına dair aşağıdaki dipnotlara bakabilirsiniz. New England kolonilerinde cezai davalarında jüriye başvurulma sıklığı zamanla artmasına rağmen, Connecticut'ta hukuk davalarında jüri yargılamaları 18. yüzyılda 17. yüzyıla nazaran oldukça azalmıştır. New England dışında: Maryland, New Netherland ve Virginia'da olmasa bile; Pennsylvania, Batı Jersey ve Kuzey Carolina'da 17. yüzyılda jüriye sıklıkla başvurulmaktaydı.

<sup>12</sup> Zenger'in yargılamasına dair elimize ulaşan kayıtlar büyük ihtimalle tarafsız değildir ancak ister tarafı ister tarafsız olsun, bu kayıtlar kurucu hükümetin jüriye bakışını büyük ölçüde etkilemiştir.

<sup>13</sup> Başyargıç Morris, finansal bir davada Cosby aleyhinde karar vermişti.

na rağmen 18. yüzyıl şartlarında halkı tahrik edici beyan (*sedition libel*)<sup>14</sup> suçunu oluşturmakta idi. Zenger'in açık suçluluğuna rağmen üç ayrı Büyük Jüri<sup>15</sup> kendisini suçlu bulmaktan çekinmiştir. Buna ardından, oldukça kınanmasına rağmen New York Başsavcısı, Zenger'ı tahrik edici beyan suçuyla itham eden bir iddianame hazırlamıştır.<sup>16</sup>

Yargılamaya başlanmadan önce Zenger sekiz ay hapiste kalmıştır. James De Lancey, Morris'in yerine atanan Başyargıç, kefalet bedelini benzeri görülmemiş bir şekilde ve edinilmesi imkânsız bir miktar olan 400 pound sterlin olarak belirlemiştir. Yargılamanın başlamasından kısa bir süre önce Zenger'in avukatları, De Lancey'nin yargıçlığını reddetmiştir. Gerekçe olarak da De Lancey'nin kraliyetin *keyfinin istemesi* üzerine göreve geldiği, İngiliz hukukunun gerektirdiği bağımsızlıktan yoksun olduğu belirtilmiştir.<sup>17</sup> De Lancey, yargıcın reddi gerekçelerini kabul etmemiş ve ayrıca avukatları da barodan ihraç etmiştir. Üstelik davada Zenger'ı temsil etmek üzere Cosby taraftarı bir avukatı, John Chambers'ı, görevlendirmiştir.

<sup>14</sup> Tahrik edici beyan (*sedition libel*) suçu 17. ve 18. yüzyıllarda İngiliz Kraliyeti tarafından siyasi muhalifleri sindirmek ve devlet otoritesini korumak üzere kullanılmıştır. İngiliz jürileri, yalnızca sanığın ilgili beyanı toplum içinde yapıp yapmadığına karar vermekle yetkiliydi. Fiilin tahrik edici beyan suçunu oluşturup oluşturmadığına ise yargıç karar vermektedir. Söylenen sözlerin doğru veya yanlışlığı değerlendirilmiyor, halkı tahrik etme kastı suçun bir unsuru olarak görülüyordu. Birleşik Devletler'de, İngiliz örf ve âdet hukukuna ait tahrik edici beyan suçunun Amerikan Devrimi'nden sonraki konumu tartışmalı olmuştur. Federalist Parti'nin 1798'de yasalaştırması ile hükümet, Başkan veya Kongre aleyhinde "herhangi bir iftirayı, skandala sebep olacak ya da art niyetli beyanı ... yazmak, basmak, söylemek ya da yayımlamak" suç olarak kabul edilmiştir. Söz konusu suç ilerleyen yıllarda düşünce özgürlüğü lehinde yumuşatılmıştır. <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Seditious+Libel> (09.03.2022) (Ter.).

<sup>15</sup> Amerikan hukukunda başlıca 2 çeşit jüri bulunmaktadır:  
1. Yargılama Jürisi ya da Küçük Jüri (Trial Jury-Petit Jury): Ceza davasında yargılanan bir sanığın suçu işleyip işlemediğine, hukuk davasında ise davalının davacıya zarar verip vermediğine karar verir. 6-12 üyeden oluşur, yargılamalar genellikle umumdur ancak jüri istişareleri gizlidir, sanığın-davalının jüri karşısına çıkma, jüriye tanık dinletme hakkı vardır. Jüri kararı kazaidir; hukuk davasında davalı veya davacı lehine karar verir, ceza davasında ise sanığın mahkûmiyetine veya beraatine karar verir.  
2. Büyük Jüri (Grand Jury): Birleşik Devletler Savcısı (U.S. attorney) veya Federal suçlarda Soruşturmacı (prosecutor) tarafından önüne sunulan delilin *makul delil* (probable cause) olup olmadığına karar verir. Jürinin sunulan delilleri yeterli görmesi halinde zanlı hakkında iddianame düzenlenir. Büyük jüri 16-23 üyeden oluşur, jüri yargılaması kamuya açık değildir, zanlının ve avukatının jüri önüne çıkma ve tanık dinletme hakkı yoktur. <https://www.uscourts.gov/services-forms/jury-service/types-juries> (09.03.2022) (Ter.).

<sup>16</sup> Aynı sıralarda Yürütme Konseyi (Governor's council) tarafından, gazetenin çeşitli sayıları hakkında yasaklama ve imha kararı verilmiştir.

<sup>17</sup> Parlamento, ya kolonilerdeki hukuk eğitimi almış yargıç kıtlığından ya da yargı bağımsızlığı korkusundan olsa gerek, İngiliz yargıçlarına tanınan ömür boyu görev güvencesini, koloni dönemindeki yargıçlara tanınamıştır.

Chambers'ın başlangıç konuşmasının ardından bir adam, "belediye binasındaki mahkemede dramatik bir şekilde sandalyesinden kalkmış ve ... Zenger'in savunmasını kendisinin üstleneceğini belirtmiştir." Yardıma yetişen bu kişi, çokları tarafından kolonilerin önde gelen avukatı olarak tanınan ve bir çağdaşı tarafından "hiçbir korkunun şaşırtamayacağı bir özgüvene sahip" olduğu belirtilen, Philadelphialı Andrew Hamilton idi.<sup>18</sup>

Hamilton, Zenger'in söz konusu yayınları bastığını kabul etmekle beraber yayınlarda belirtilen ifadelerin hakikatinin bulunduğunu savundu. Ancak "kitaplara dair hukuka" göre bu savunma makul değildi zira iyice yerleşmiş ilkeye göre "açığa vurulan hakikat ne kadar büyük ise tahrik de o kadar büyük olurdu."<sup>19</sup> Bu savunmaya karşı Başyargıç De Lancey şu cevabı vermiştir: "tahrik edici bir beyanın doğruluğunun teyit edilmesi gerekmez zira doğru olsa bile tahrik edicidir."

Hamilton ise, bu konudaki kararı De Lancey'nin değil jürinin vereceğini belirtmiştir. Bu iddiaya başyargıç şöyle itiraz etmiştir:

*Jüri ancak Zenger'in yayınları bastığını ve dağıttığını tespit eder ve tahrik edici olup olmadıklarına karar vermeyi yargıca bırakır, bildiğiniz üzere bu çok yaygındır, özel yargılamanın usulü budur, jüri hukuki kısmı mahkemeye bırakır.*

Hamilton ise aşağıdaki cevabı vermiştir:

*Biliyorum ... jüri o yönde karar verebilir ama aynı şekilde biliyorum ki öbür türlü de karar verebilir. Bildiğim üzere (jürinin) tartışmasız bir şekilde hem hukuku hem de somut olayı değerlendirme hakkı var, (jüri üyeleri) hukuktan şüphe etmedikleri müddetçe böyle yapmalılar ... Kullanılan kelimelerin tahrik edici olup olmadığına karar vermeyi mahkemeye bırakmak esasında jürileri işe yaramaz hale getirir.*

Görünürde, Başyargıç De Lancey, Hamilton'ın ifadelerine bir nebze kati olduğunu belirtmiştir. Bununla beraber jüri üyelerine, söylenen sözlerin doğruluğunun bir savunma olamayacağını belirtmiş ve genel bir karar vermelerine izin vermiştir. Zenger'in beraat ettiği ilanı, mahkeme salonundaki seyircilerden üçünü de "yaşasın!"lar ile sevindirmiştir.

<sup>18</sup> Görünüşe göre Hamilton'u Zenger'in avukatlarından olan James Alexander çağırıştı.

<sup>19</sup> 1716'da William Hawkins, *A Treatise of the Pleas of the Crown* isimli eserde şöyle belirtmiştir: "İçeriğinin doğru olması yapılan beyanati meşrulaştırmaktan çok uzaktır ... çünkü art niyetli bir beyanda açığa vurulan gerçekler ne kadar önemli olursa tahrik ediciliği de o kadar artar."

Yargılamaya dair gazetelerdeki ve Zenger Matbaacılığın *The New York Weekly Journal*'ın Yayımcısı John Peter Zenger'in Dava ve Yargılamasının Kısa Bir Hikâyesi isimli broşüründeki açıklamalar koloniler arasında yayıldı. Zenger'in yargılanması ile 6. Anayasa Değişikliği arasındaki yarım asırlık süreçte bu broşür 14 kez yeniden basılmıştır. Herhangi bir resmi hukuk kitabından daha ziyade bu broşür, jüri üyelerinin yetkileri ve görevleri hakkında Amerika'da bir el kitabı haline gelmiştir.

Zenger'in davası bir istisna değildi, Devrim öncesi dönemde jüriler ve büyük jüriler kolonilerdeki tahrik edici beyan suçunu oldukça aşındırmışlardı. İngiltere'de bu suçtan dolayı 17. ve 18. yüzyıllarda yüzlerce kişi mahkûm edilmişken koloni dönemi boyunca Amerika'da kovuşturma sayısı yarım düzineyi geçmemiş ve yalnızca iki mahkûmiyet kararı verilmiştir. Büyük jüriler dava açmakta, küçük jüriler de mahkûm etmekte oldukça çekingendiler.

Jüriler, İngiliz hukukuna ait başka kuralların uygulanmasına da mâni olmuştur. Bir Massachusetts valisi bu durumdan şöyle yakınmıştır: "bir gümrük memurunun jüriye karşı hiçbir şansı yoktur", bir diğeri ise durumdan şöyle şikâyet etmiştir: "burada bir jüri yargılaması yapmak demek bir kaçakçıyı ahbablarına, en iyi ihtimalle "geçmiş olsun"larına yargılatmaktan başka bir şey değil".

Jüriler İngiliz koloni siyasetine direnenleri akladığı gibi, İngiliz siyasetini yürüten memurları da taciz etmiştir. Bir olayda, kaçakçılıkla suçlanan bir gemicinin gemisine el konulduğunda gemi sahibi deniz mahkemesinde (jürisiz bir mahkeme) dava açmış ve 500 pound sterlin ödeyerek gemisini geri almıştır. Bunun ardından gemi sahibi Erving, gemisine el koyan gümrük memuru Cradock'a dava açmıştır. Haksız el atma gerekçesiyle açılan hukuk davasında jüri, Erving'e gemisi için ödediği miktarın 100 pound sterlin fazlası ile birlikte ödenmesine hükmetmiştir. Temyiz mahkemesi ise "davaya bakmakla yetkili deniz mahkemesinin kararının, örf ve âdet hukuku mahkemesi tarafından etkisiz kılınamayacağı ve tersine çevrilemeyeceği" gerekçesiyle kararı bozmuştur. Bunun ardından ikinci bir jüri, talimatları hiçe sayarak, yeniden Erving'in zararının tazminine karar vermiştir. Erving ancak, Cradock'un meseleyi İngiliz Özel Konseyi'ne taşıyacak olması üzerine davadan vazgeçmiştir.

Amerikan jürilerinin çıkardığı zorluklara karşı İngilizler, 1767 yılına kadar yalnızca deniz davalarına bakmakla sınırlı olan deniz mahkemelerinin görev ve yetkilerini genişleterek kısmen cevap vermiştir. Aynı sene onaylanan Townshend kanunları, jüri içermeyen bu mahkemeleri İngiliz mali önlemlerini de

yürütecek şekilde güçlendirmiştir. Parlamento ayrıca, bazı İngiliz memurların ceza yargılamalarının Amerika'da değil İngiltere'de görüleceğini yasalaştırmıştır. Bunların da üstüne Parlamento, VIII. Henry döneminde (henüz Amerika'da koloniler kurulmamışken ve bunların esamesi okunmazken) yasalaşan bir kanunu tekrar yürürlüğe koymuş ve ihanetle suçlanan koloni vatandaşlarının İngiltere'de yargılanacağını ilan etmiştir. Edmund Burke, İngiliz mahkemelelerinin Amerikalı sanıkları jüri hakkında etkili bir şekilde mahrum edeceğini belirterek bu durumu protesto etmiştir. Amerikalı sanıkların Atlantik boyunca taşınması, aslında bunların yargılama olmaksızın “oraya kadar bir geminin ambarındaki bir hapisanede taşınıp, demir zincirlerle bağlı, beş parasız, arkadaştan mahrum bir şekilde, sunabileceği veya görebileceği delillerden 3000 mil uzaktaki karada bir başka hapse atılmaya” mahkûm edilmesi demektir.

1776'da, Bağımsızlık Bildirisi III. George'dan bahsederken kızgın bir ifade ile “bizi ... jüri yargılamasının faydalarından mahrum eden” demektedir. 15 yıl sonra 6. Anayasa Değişikliği, Birleşik Devletler halkına 1787 Anayasası'nın ve devletlerinin zaten vaad etmiş olduğu “tüm ceza yargılamalarında jüri yargılaması hakkına sahip olacakları” sözünü vermiştir.<sup>20</sup>

## II. JÜRİNİN DEĞİŞEN YAPISI

1835'te Alexis de Tocqueville, kurucuların uygun göreceği bir şekilde jüriyi tanımlamıştır. Kendisinin belirttiğine göre jüri, “halk egemenliğinin bir biçimi olan ... siyasi bir kurumdur ...”. Genel oy hakkının yanında (yetişkin beyaz erkeklerin oy hakkını ifade eden bu terimde herhangi bir kinaye bulunmamaktadır), jüri de “çoğunluğun iradesini göstermenin bir aracı” idi. Tocqueville jüriyi, “her üyenin haklarını öğrendiği ... bir halk okulu” olarak tanımlamıştır ve “jürilerin insanlara adaleti uygulamalı olarak öğrettiğini” belirtmiştir.<sup>21</sup>

Doktrin, anayasal hükümleri iki kısma ayırmaktadır. Birinci kısım yapısal olanlardır ki siyasi güçteki yetki dağılımını düzenler. Diğer kısım ise bireysel hakları teminat altına alır. Akhil Amar'ın da belirttiği üzere 6. Anayasa Değişik-

<sup>20</sup> Jüri yargılaması hakkını koruma altına alan sadece Birleşik Devletler'e dahil devletlerin anayasaları değildir, birliğe sonrasında dahil olan diğer tüm devletlerin anayasaları da ceza davalarında jüri yargılaması hakkını garanti etmiştir.

<sup>21</sup> Bir başka Fransız misafirin, aynı yüzyılın ilerleyen senelerindeki ifadeleri de benzer yöndedir: “Amerikalılar jüriyi yargısal bir kurumdan daha farklı görmekte ve farklı bir değer yüklemektedir; onlar, jüriyi siyasi bir yaşamdaki en iyi siyaset okulu olarak görmektedirler. Jürinin işleyişi insanları öncü demokratik devletlerle, avukatlarla ve yargıçlarla sürekli iletişim halinde tutmaktadır. Bu eğitici işte [jüri üyeleri] hukuk ve adalete dair fikir edinmekte; kanunlara, insan onuruna ve bireylerin sorumluluklarına karşı bilinçlenmektedir.”

liği iki kategoriye de kolayca girebilmektedir. Jüri yargılaması hem suçla yargılanan vatandaşlar için bir hak hem de siyasi gücün bir kısmının vatandaşların eline verilmesini sağlayan bir yetki düzenlemesidir.

Son yıllarda akademisyenler, anayasayı hazırlayanların elitistliği üzerinde durmaktadır, buna rağmen kurucular, dünya üzerindeki en demokratik ulus-devleti kurmuşlardır.<sup>22</sup> Demokrasi üzerinde yaptıkları deneylerde önemli bir bölümü de jüri teşkil etmekteydi. Bu konuda Thomas Jefferson şöyle belirtmiştir: “halkı yaşamadan mı yoksa yargıdan mı uzak tutmamız konusunda bana bir soru sorulsa, onları yaşamadan uzak tutmak gerektiğini söyledim.”

1791 yılındaki jüri demokratik görünse bile bu yalnızca kendi zamanı için, göreceli olarak doğrudur. Tüm devletler jüri hizmetini erkeklere mahsus kılmıştı, sadece Vermont bunu mülk sahiplerine ve vergi ödeyenlere mahsus kılmıştı; 3 devlet sadece beyazlara bu hakkı vermiş; ve bir devlet de, Maryland, ateistleri jüri üyeliğine kabul etmemişti.<sup>23</sup>

### A. Hangi Beyaz Adamlar?

İngiltere’de jüri üyeliği için gereken şartlar Avam Kamarası’nda oturmak için veya av izni almak için gereken şartlardan daha düşük olmasına rağmen, arazi sahibi olmak koşulu yetişkin erkeklerin dörtte üçünün üyeliğine engel olmaktadır. Arazinin daha ucuz ve edinilebilir olduğu Amerika’da ise durum biraz farklıydı. *Genel* oy zaferinden önce bile yetişkin beyaz erkeklerin en az yarısı hatta dörtte üçü zaten oy kullanmaya ehildi. Bunların da hepsi değilse bile çoğu, büyük ihtimalle jüri üyesi olmaya da ehildi.

<sup>22</sup> Birkaç Kızılderili Amerikan hükümeti bazı açılardan, özellikle devlet işlerine katılımında, kadınlara da söz hakkı tanımaları açısından daha demokratik görülebilir.

<sup>23</sup> Bu tespitimiz, devletlerin jüri üyeliğine kabul için koyduğu kıstaslar ile oy kullanabilme hakkına sahip olabilmek için koyduğu kıstasların denk olduğu varsayımı üzerine kuruludur. İlk dönemdeki bazı devletlerin, jüri üyesi olabilmek için aradıkları şartlarla oy kullanabilmek için aradıkları şartların birebir olduğunu; diğer pek çok devletin ise jüri üyeliğine kabul için, oy kullanma şartlarının üzerine başka koşullar da koyduğunu gördük. Fakat oy kullanma yeterliliğine sahip olmayan vatandaşlara jüri üyeliği hakkı tanıyan hiçbir devlete rastlayamadık. Kuruluş sırasında Vermont hariç diğer tüm devletler oy kullanabilmek için mülk sahibi olmak veya vergi ödüyör olmak şartı koymuştur. Vermont dışındaki en demokratik beş devlet ise vergi ödeyen tüm yetişkin erkeklere oy kullanma hakkı tanımıştı. Kalan yedi devletin mülk sahipliği şartı ise çeşitli miktarlarda arazi sahibi olmaya bağlıydı. Üç devlet, South Carolina, Georgia ve Virginia, Afro-Amerikalılara oy hakkı tanımıyordu. 18. yüzyılda çeşitli Amerikan yerel yasaları; Yahudileri, Quakerleri, ateistleri ve/veya Katolikleri oy kullanmaya ehil görmüyordu ancak sadece, Maryland’in ateistleri hariç tutması 1789’a kadar gelmiştir. Dini bu son kısıtlama da 1826’da kalkmıştır.



1789 Federal Yargılama Kanunu, jüri üyelerinin sahip olmaları gereken kıstasları belirlemeyi federe devletlere bırakmış<sup>24</sup> ve federe devletler de bunu büyük oranda oy kullanabilme şartlarıyla eşit tutmuştur. Bununla beraber birçok devlet akıl düzeyi, iyi ahlaklı olmak gibi<sup>25</sup> genel kıstaslar ve belirli bir vergi ödeme veya arazi sahibi olma gibi şartlar da ilave etmiştir.<sup>26</sup>

19. yüzyıl, mülk sahibi olma koşulundan uzaklaşan ve beyaz erkekler için genel oy kuralına doğru yol alan hızlı bir harekete ev sahipliği yaptı,<sup>27</sup> bununla beraber oy kullanabilme şartlarının gevşetilmesi, jüri üyesi olabilme şartlarının da gevşetilmesi sonucunu her zaman beraberinde getirmemiştir. Bu makalenin daha da ayrıntıyla açıklayacağı üzere, jüri üyelerinin sahip olması gereken şartlarda yapılan reformlar çoğu zaman oy hakkı için yapılan reformların gerisinde kalmıştır. Çoğu devlette mülk sahibi olmayan beyaz erkekler, Afro-Amerikanlar ve kadınlar oy kullanma hakkını elde etmelerinden çok zaman sonra jüri üyesi olabilme hakkını kazanmışlardır.

1797'de Georgia'daki bir yasa ile, oy vermeye ehil kimselerin jüri üyesi de olabileceği belirtilmiştir. Sonraki sene genel oy kuralının kabul edilmesi ile birlikte, beyaz erkeklerin jüri üyesi olabilmesinde de genellik ilkesi geçerli olmuştu. Connecticut ise oy kullanabilmek için aranan arazi sahibi olma şartını 1818'de kaldırmasına rağmen 1836'ya kadar jüri üyeliği için bu şartı aramaya devam etmiştir. New York, oy kullanmak için arazi sahibi olmak şartını 1821'de, vergi ödüyör olmak şartını da bundan 5 yıl sonra kaldırmıştır. Buna rağmen 1967'ye kadar, jüri üyesi olabilmek için 250 dolarlık mülk sahibi olmak şartı aranmıştır. 1949'daki bir anayasaya aykırılık iddiasında bile, bir

<sup>24</sup> 1789 tarihli Birleşik Devletler Yargı Mahkemeleri Hakkında Yasa'da şu hüküm yer almaktaydı: "Jüri üyeleri, vatandaşları oldukları devlet kanunları jüri üyelerinde ne gibi şartlar arıyorsa o şartları taşımalıdır..."

<sup>25</sup> Örneğin 1811'de Delaware'de bir yasa, şerifin "ayık, sır saklayabilen, makul bir araziye sahip olan, kanuna saygılı, dürüst ve ilgili görev bölgesinde ikamet eden kişileri küçük jüriye üye olarak davet edebileceğini" belirtmektedir.

<sup>26</sup> 1818'de Illinois, jüri üyeleri için vergi ödüyör olma şartını koşarak Birleşik Devletler'e dahil olmuştu. Buna rağmen bu devlet, oy kullanabilmek için herhangi bir vergi veya arazi şartı koşmamaktaydı. Alabama, Kentucky ve Indiana ise Birleşik Devletler'e katıldıklarında yetişkin beyaz erkeklerin hepsine oy kullanma hakkı tanıyordu. Bu devletler jüri üyeliğinde ise arazi sahibi olmak şartını arıyorlardı.

<sup>27</sup> 1777'de Vermont beyaz erkekler için genel oy kuralını benimseyen ilk devlet olmuştur. Beyaz erkekler için genel oy kuralını kabulde bu devleti, Birleşik Devletler'e arazi veya vergi şartı koşmadan 1792'de dahil olan, Kentucky izlemiştir. Aynı yıl New Hampshire vergi ödüyör olma koşulunu kaldırmıştır. 1817'de Mississippi vergi ödeme şartı koşarak birliğe dahil olmuştur fakat bunun ardından birliğe dahil olan devletler beyaz erkekler için genel oy hakkını kabul etmiştir. Bazı vergi şartları 20. yüzyıla kadar devam etmişse de, oy kullanabilmek için gereken mülkiyet şartını kaldıran son devlet 1856'da North Carolina olmuştur.

federal mahkeme bu kuralı desteklemiştir.<sup>28</sup> Sonunda 20. yüzyıl mahkemeleri, jüri üyesi olabilmek için vergi ödüyor olma şartını arayan numunelik birkaç devleti de, bu tutarların alışverişlerde ödenen vergiler yoluyla hatta federal bir verginin ödenmesi yoluyla bile kolayca karşılanabileceğini belirterek, hizaya getirmiştir.

1946'da Yüksek Mahkeme, federal adalet üzerindeki denetim gücünü kullanarak, asgari ücretlileri jüri üyeliğinden hariç tutan bir kararı bozmuştur. Mahkeme, kendi tabiriyle "jürinin ekonomik ve sosyal olarak üstün kesime mahsus bir araç kılınmasını amaçlayan hiçbir gizli eğilime hayat hakkı tanımayacağını" belirtmiştir. 1946'ya gelindiğinde, kurucuların kabul ettiği tarzdaki sosyal sınıfa dayalı vasıflar, jüri yargılamasının esas mantığına aykırı görülmeğe başlamıştı.<sup>29</sup>

Özellikle 19. yüzyılın ilk yarısında, kimlerin jüri hizmetine girebileceğine dair resmi şartlar esasen hiçbir açık vasıf belirtmiyordu. Jüri hizmetine girmeye ehil kimseler ise belki de hiçbir zaman bu hizmeti yapamıyordu. Zira jüri üyeleri ehil kişiler arasından rasgele seçilmiyordu. Bunun yerine seçici (selectmen), danışman (supervisor), mutemed (trustee) ya da mahalle şerifleri (sheriffs of the parish) denilen kamu görevlileri, Tocqueville'nin de belirttiği üzere, "oldukça takdiri ve fazlasıyla keyfi" yetkileriyle jüri üyelerini seçmekteydi.

Nasıl ki resmi olarak jüri üyeliğine ehil olmak her zaman fiili olarak da jüri üyesi olabilme sonucunu doğurmuyordu; öyle de, mevzuata göre nâehil olmak da her zaman jüri hizmetine girmeye engel değildi. Ehil kimseler jürideki görevlerine katılmadıkları zamanlarda, yasalar katiplerin ve şeriflerin ehil olmayan "seyircilerden" üye seçebilmesine izin vermiştir. Bazı yargı yerlerinde, ehil üyelerin duruşmada hazır bulunmaması ve bunların yerini seyircilerin doldurması yaygın bir durumdu.

Yabancıların taraf olduğu davalarda, Amerikan mahkemelerinin *medietae linguae* jüriler kurduğu da oluyordu. Bu jürilerin yarısı Amerikanlardan diğer yarısı da yabancı tarafın vatandaşlarından oluşuyordu. Başlangıçta Yahudi tefecilerin ve yabancı tüccarların çıkarlarını korumak amacıyla ortaya çıkan bu

<sup>28</sup> Daha sonraki kararlarda, New York'un da aradığı, mülk sahibi olmak gibi şartların Anayasa'ya aykırı olduğu belirtilmiştir.

<sup>29</sup> *Thiel v Southern Pacific (1946)* davasında, konuya açıkça değinilmese de, jüri hizmetinde sınıfa dayalı her türlü istisnanın Anayasa'ya aykırı olduğu ima edilmiştir. Ancak *People v Cerrone (1993)* davasında ise, asgari ücretle çalışan kişilerin ülke genelindeki bir büyük jüriye kabul edilmemesi Anayasa'ya uygun bulunmuştur.

sistem, İngiliz hukukunda ortaya çıkmış ve en eski olarak 12. yüzyıl sonlarından 1870'e kadar, 700 yıl boyunca uygulanmıştır.<sup>30</sup> Bir keresinde Amerika'da, Başyargıç Marshall, cinayet ve korsanlıkla suçlanan bir yabancıyı yargılayacak olan jüri üyelerini seçerken bu usulü uygulamıştır. Esasen, 1911 gibi yakın bir tarihte Kentucky, Louisville'de cinayetle suçlanan bir Fransız vatandaşı, *mediate linguae* jüri ile yargılanma hakkı olduğunu ileri sürmüştür. Kentucky Yüksek Mahkemesi de, şaşırtıcı bir biçimde, böyle bir jüri uygulamasının hala açık bir şekilde yürürlükte olduğunu fark etmiş ve bir yerel yargılama yargıcının bu usulü uygulama yetkisi bulunduğu hükmetmiştir.<sup>31</sup>

19. yüzyıl boyunca jüri üyelerinin üst tabaka insanlar arasından seçilmesine karşı yapılan şikâyetler, bu kişilerin ehil olmadıklarına dair yapılan şikâyetlere nazaran çok daha nadirdi. 1803'te, St. George Tucker'ın oldukça ses getiren *Blackstone's Commentaries* eserinin Amerikan baskısı gösterdi ki: "ilk bir iki günden sonra", Virginia'nın taşra bölgelerinde, hukuk davalarına bakan jüriler " tarafların çıkarlarını koruyacak yetkinlikten uzak, ... genellikle mahkeme çevresinde dolanan işsiz güçsüz insanlardan oluşturuluyordu". Ceza davalarında ise jüri üyeleri bir kıstasa tabi tutulmadıkları için, "rüşvet teklifine davetiye çıkaran" şerifler tarafından çağrılıyordu.

Tucker 1800'de; yargıcın, şerif yardımcısının jüri üyelerini sanığın babası tarafından hazırlanan 24 kişilik bir listeden seçtiğini anladıktan sonra duruşmayı durdurduğu bir cinayet davası nakletmiştir. Başka bir davada ise, mahkeme salonunda arbede (riot) suçundan dolayı yargılanmak üzere bekleyen on bir ya da on iki kişinin, at hırsızlığından yargılanan başka bir sanığın yargılamasına jüri olarak katıldığı belirtilmiştir. Bu şekilde, mahkemede bekleyen sanıklar da vakitlerini değerlendirmiştir.

Tucker, jüri üyelerinin sıklıkla rüşvet aldığı sonucuna ulaşmıştır. Özellikle cinayet ve art niyetli arbede (malicious mayhem) suçları başta olmak üzere, "pozitif delillere rağmen beraatlerin" "çokluğu" karşısında, bu duruma yol açabilecek iki neden öngörmüştür: ya tanıklar açısından "yalan yere yemin etme", ya da jüri açısından "görevi mazur görülemez derecede ihmal etme" ayyuka çıkmıştı.

<sup>30</sup> *Mediate linguae* jüriler ilk kez 1353'te yasal olarak tanınmıştır ancak bundan çok öncesinde çeşitli mahkemelerde bu usul uygulanmaktaydı. Çeşitli çarter sözleşmelerinde de bu hakka yer verilmekteydi.

<sup>31</sup> Bununla birlikte bu husus yargıcın takdirine bırakılmıştı. Yargıç da sanığın talebini reddetmeyerek doğru bir karar vermişti.

1858'de Kentucky'de bir eleştirilen, jüri üyelerini "acınası sefiller" olarak nitelendirmiştir. Bir Georgia gazetesi ise "serseri" olarak nitelendirmiştir. İç Savaş öncesi Indiana'sında bir gözlemci ise jüri üyeliği yapan kişileri "işsiz güçsüz insanlar" ve "İpsiz sapsızlar ve ayyaşlar" olarak tanımlamıştır.<sup>32</sup> İç Savaş sonrası Batı'yı gezen Mark Twain, karşılaştığı bir davayı şakayla karışık şu ifadelerle nakletmiştir:

*Peremptory Challenges*<sup>33</sup> yolları tamamen tüketildikten sonra, on iki adamdan oluşan bir jüri kuruldu. Öyle bir jüri ki, ahırlardaki ineklerin bile duyduğu bir cinayet hakkında, herhangi bir şey duymadıkları, okumadıkları, konuşmadıkları ve görüş belirtmedikleri konusunda üyeleri yemin etmişti! ... Sonrasında ortaya çıktı ki (jüri üyelerinden) biri, en-  
sest ve kundaklama suçlarını aynı şey zannetmekteymiş.<sup>34</sup>

Twain'in: "Öyle bir jüri sistemimiz var ki yeryüzündekilerin tümünden üstündür. Bunun etkinliği karşısındaki tek engel ise, her gün hiçbir şey bilmeyen ve okuması olmayan on iki tane adamı bulmanın zorluğudur" gözleminde bulunduğu da belirtilmektedir.<sup>35</sup>

Bu nüktelerin ve eleştirilerin muhtemelen bir temeli bulunmaktaydı. 1853'te Georgia, Whitfield ilçesinde jüri üyesi olarak hizmet eden kişilerden üçte biri, ilçe vergi levhasında ya da nüfus sayım listesinde yer almıyordu. Üstelik vergi levhasında yer alan jüri üyelerinin mal varlığı ilçe ortalamasının altındaydı. İç savaş öncesi Indiana, Marion ilçesinde görülen ceza davalarının yüzde atmışında, jüri üyelerinin çoğunluğunu seyirciler teşkil etmekteydi.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> Bu eleştirilere rağmen Indiana yasama organı, yargı masraflarını azaltmak adına, izleyicilerden jüri oluşturulması usulünü kolaylaştırmıştır.

<sup>33</sup> Peremptory challenge: Yargılamaya başlamadan önce taraflara verilen jüriye itiraz haklarından biridir. Peremptory challenge ile jüri üyesi olarak seçilme ihtimali bulunan bir kişinin, herhangi bir açıklama yapılmaksızın ve gerekçe belirtilmeksizin, jüri üyeliğinden reddi sağlanır. Meğer ki karşı taraf bu itirazın ırk, cinsiyet ya da milliyet nedeniyle bir ayrımcılık olarak yapıldığını *prima facie* (ilk bakışta anlaşılacak şekilde) ortaya koyabilsin. [https://www.law.cornell.edu/wex/peremptory\\_challenge](https://www.law.cornell.edu/wex/peremptory_challenge) (21.02.2022) (Ter.).

<sup>34</sup> John T. Morse, Jr., bir dava hakkında şunları belirtmektedir: "uzun ve dikkatli bir aramanın sonunda, bir düzine adam bir araya getirilmiştir. Büyük ihtimalle bütün Kaliforniya'da bu istisna kişilerden daha ebleh kişi yoktu." 1885'te S. Stewart Whitehouse bu durumdan şöyle yakınmıştır: "Daha kalifiye halk tabakaları jüri üyesi olarak hizmet etmezler. Hayret verici bir şekilde (kurada) çekilmezler, ... bir ihtimal çekilseler bile bir mazeret öne sürmeyi başarırlar. Tüm hukukçular bunu vaki bir durum olarak bilirler ... Sonuç olarak ise bu önemli kamu görevini görme vazifesi ebleh ve yeteneksiz kişilere kalmaktadır ... Bu durum sanki savaş zamanında tüm sağlam kişileri mazur görüp hasta ve güçsüzleri askere çağırılmaya benzemektedir ..."

<sup>35</sup> 19. yüzyıl Amerika'sında jüri üyelerinin sık sık aşağılanması durumu, İngiltere'de çok önceleri başlamış bir geleneğin devamı niteliğindedir.

<sup>36</sup> Bu seyircilerin çoğunluğu, Indiana mülk edinme şartlarını sağlamaktaydı ancak sağlamayanlar da az değildi. Ortalamaya vurulacak olursa, bu seyircilerin sahip olduğu mülkler, düzenli jüri üyeliği yapan kimselerinkinden neredeyse 4000 dolar daha düşüktü.

## B. Afro-Amerikanlar

Malı mülkü, bilgisi ya da bir ayrıcalığı olmayan beyaz adamlar bu şekilde Amerikan jürisinde kendilerine bir yer edinebilmiştir. Jüri koltuğuna giden yolda eşitlik ise Afro-Amerikanlar ve kadınlar için daha çetrefilliydi.<sup>37</sup> Bunlar açısından yolculuk henüz tamamlanmamıştı.

<sup>37</sup> Diğer ırklara ve etnik gruplara mensup kişilerin jüri koltuğunda yer edinme hikâyesi, Afro-Amerikalardan bile daha karışıkır. Yine de federal vatandaşlık hakkından mahrumiyetin, otomatik olarak federal jüri üyeliğini de yasaklaması nedeniyle, vatandaşlık hukukundaki gelişmeler hikâyenin bir kısmını ortaya koyabilir.

Ulusal vatandaşlığın tarihi bir tasviri, vatandaşlığa kabul açısından ve doğum ile vatandaşlık kazanma açısından ayrı ayrı incelenmelidir. 1790 Vatandaşlığa Kabul Yasası (Naturalisation Act), yalnızca “özgür beyaz kişi(ler)in” vatandaşlığa kabul edilebileceğini belirtmekteydi. 1827’de Chancellor Kent, bu yasanın yalnızca “Afrika yerlileri ve bunların neslini” değil ayrıca “Amerika’nın bakır tenli yerlilerini” ve “Asya’nın sarı ve kahverengi ırklarını” da kapsam dışı bıraktığını belirtmiştir.

Cumhuriyetin ilk yıllarında, Birleşik Devletler topraklarında doğan kişilerin federal vatandaşlığı hususu tam olarak bilinmemektedir, zira bu dönemde devletler ve federal hükümet arasındaki ilişkiler belirsizdi. Dred Scott v Sandford (1857) davasında Yüksek Mahkeme, ulusal vatandaşlığın 1789’da başlangıçtaki on üç devletin vatandaşı olan beyazlara, Kongre tarafından vatandaşlığa kabul edilenlere ve bunların nesillerine mahsus olduğunu belirtmiştir.

Siyasi haklardan faydalanma hususunda kanuni düzenleme bulunmadığı durumlarda, mahkemeler tarafından “sadece beyazlar” kuralına başvurulmaktaydı. 1854’te, Kaliforniya Yüksek Mahkemesi bir yasanın, “siyah ya da melez ya da yerlileri”, beyaz bir kişinin taraf olduğu davalarda tanıklık etmekten men ettiğini belirtmiştir (People v Hall). İlgili yasa Asyalılar hakkında bir şey demese de Mahkeme, Çinlilerin de tanıklık yapmaktan men edildiğine hükmetmiştir: “[Çinlilerin] tanıklık yapmasını kabul edecek bir kural, bunların vatandaşlıkla eşit haklara sahip olmalarını da kabul etmek olacaktır. Böyle olursa yakında onları seçimlerde, jüri koltuğunda, yargıç kürsüsünde ve yasama meclislerinde göreceğiz.”

İç Savaş’ın ardından 14. Anayasa Değişikliği, Birleşik Devletler vatandaşlığını “Birleşik Devletler’de doğan ya da vatandaşlık kazanmış olan (naturalized), ve onun yargı yetkisine tabi olan kişiler” açısından geçerli olacak şekilde genişletmiştir. Yine de, Vatandaşlığa Kabul Yasası (Naturalization Act) 1870’te Afrika halklarını da kapsayacak şekilde değiştirildiği zaman, Batı devletlerinin Kongre üyeleri bunun Asya halklarından insanlara vatandaşlık verilmesini sağlamamasını teminat altına aldı (yasada “beyaz” kelimesi muhafaza edilmekle birlikte, ayrıca Afrika asıllı kişilerin ve bunların nesillerinin vatandaşlığa kabulünün önü açılmıştır). 1870’ten sonra verilen birtakım federal ve federe yargı kararlarında, Yasa’da yer verilen “beyaz kişi(ler)” ibaresi, Çin, Japonya, Burma, Hawaii ve Hindistan gibi ülke halklarına vatandaşlık verilemeyeceği şeklinde yorumlanmıştır.

14. Anayasa Değişikliği kapsamında, Birleşik Devletler’de doğan doğu asıllı kişiler açıkça vatandaş olmasına rağmen, 1872’de Senatör Henry Corbett jüri üyesi seçiminde irksal ayrımcılığın yasaklanmasına dair yasaya (bu yasa daha sonra 1875 Medeni Haklar Yasası’nın bir parçası olarak kabul edilmiştir) karşı çıkmıştır. Corbett teklife şu şekilde karşı çıkmıştır:

“Devlet, Çinli bir adamı jüri koltuğundan men edemez. Birleşik Devletler Senatosu tarafından şimdi çözümlenmesi gereken husus ise, jüri sıralarının bu ülkede tanınan Hristiyanlık dini uyarınca sorumlu tutulamayan kişilerce doldurulmak istenip istenmediğidir. Bildiğim kadarıyla bunların kendileri için bağlayıcı bir yemin olarak kabul ettiği tek durum şudur: bir tavuğun kafasını kesersiniz, bunun önünde Çinli bir adam yemin eder ve davanın yargıç ancak bu durumda bu yemine göre olayı değerlendirebilir.

Sayın Başkan, bana öyle geliyor ki bu hakkı biraz fazla genişletiyoruz. Düşünüyorum ki, jüri sıralarının, alınıp satılabilen on iki Çinli ile doldurulmasına henüz hazır değiliz. Eğer bunlar jüri sıralarına kabul edilirse, bunları ülkeye sokan adam sözleşme karşılığı bunları satabilir ve bunlara emrettiği şeyleri yaptırabilir. Sizi temin ederim bunların ülkede kaldıkları herhangi bir yere gidip, bu konuda akli başında ve tecrübeli hukukçulardan öğrendiğim üzere, size istediğiniz şekilde şahitlik edebilecek bir Çinli satın alabilirsiniz ...”

İlk on üç devletten yalnızca üçü Afro-Amerikanların oy hakkı olmadığını resmen kabul etmişti,<sup>38</sup> ve özgür siyahîler bir süre boyunca hem Kuzey’de hem de Güney’de kayda değer sayılarda oy kullandılar.<sup>39</sup> 1830’lardan itibaren ise pek çok devlet, çıkardığı kanunlar ile siyahîleri oy hakkından mahrum etmeye başlamış ve artık “hiçbir yerde kapsamlı bir siyahî oy hakkı kalmamıştı”. Aslında İç Savaş<sup>40</sup> zamanlarında yalnızca altı devlet Afro-Amerikanlara oy hakkı tanımaktaydı.<sup>41</sup> Bu devletlerden biri olan New York, Afro-Amerikanlar için ikamet ve mal varlığı gibi ayırt edici ek şartlar arıyordu.

Afro-Amerikanlar, tıpkı bir zamanlar oy kullanabildikleri gibi, belki de jüri üyeliği de yapabilmekteydi. Ancak ulaşabildiğimiz kadarıyla Amerika’da jüri üyesi olarak görev yapan ilk siyahîler 1860’ta Massachusetts, Worcester’da jüri koltuğuna oturan iki kişidir. Bu kişilerin jüri üyelikleri, devlet tarihinde “böyle bir durumun ilki” olarak nitelendirilmiş<sup>42</sup> ve başka yerlerden de tepkileri çekmeye yetmiştir. Bir Indiana Kongre Üyesi, hayret içinde şunları belirtmiştir:

*(Massachusetts) beyaz bir adamın bir suçtan dolayı bir siyahî tarafından itham edilmesine; bir siyahînin tanıklığı üzerine siyahî bir memur tarafından tutuklanmasına; siyahî bir hukukçu tarafından soruşturulması-*

14. Anayasa Değişikliği’nin onaylanmasından sonra bile, Yüksek Mahkeme tarafından, kabile üyeliklerini muhafaza eden yerlilerin Birleşik Devletler vatandaşı olmadığına hükmedilmiştir (Elk v Wilkins (1984)). “Asimile olmamış” bu yerliler, federal jürilere üye olmaktan men edilmiştir ta ki 1924’te Kongre bunları vatandaş olarak kabul edene kadar.

Tabii ki, vatandaşlığa giden yol, jüri sıralarına giden yolculuğun ancak bir kısmını teşkil etmektedir. Bazı yerlerde, Meksikan-Amerikalılar, jüri üyesi olmaktan men edilmemelerine rağmen, “anahtar kişi (key man)” usulü ve diğer ayrımcı araçlar vasıtasıyla jüri üyesi olmaktan alıkonmuştur. “Anahtar kişi (key man)” sisteminde mahkeme katipleri ve jüri delegeleri, olası jüri üyelerini aday göstermek üzere önde gelen şehirli ve siyasi liderleri davet ederler.

38. Tennessee hariç 1789 sonrası Birliğe katılan her Doğu devleti, Afro-Amerikanları oy kullanmaktan resmen men etmiştir.

39. Maryland, New York, North Carolina ve Pennsylvania’da, “hatırı sayılır derecede” ve “birkaç yıl boyunca” siyahlar da oy kullanmıştır.

40. Amerikan İç Savaşı (American Civil War): Güney’deki 11 devletin, Birleşik Devletler’den ayrılarak Amerika Konfederasyonu’nu kurmasının ardından 1861-65 yılları arasında yaşanan iç savaştır. Savaş öncesinde Kuzey devletleri sanayi ve ulaşım gibi unsurlara yatırım yapmakta, Güney devletleri ise pamuk gibi endüstriyel tarım ürünlerine ve bu tarım ürünlerinin üretiminde çalışan kölelere yatırım yapmaktaydı. 1860 yılında Güney’de kişi başına düşen gelirin, Kuzey’dekinin iki katı olduğu belirtilmektedir. Köleliği kaldıracağını vaad eden Abraham Lincoln’ün Başkan seçilmesinin ardından Güney devletleri Birleşik Devletler’den ayrılmaya başlamış, ve bu durum iç savaşa yol açmıştır. Savaş Birleşik Devletler’in zaferiyle ve isyanın bastırılmasıyla sonuçlanmıştır. <https://www.britannica.com/event/American-Civil-War> (10.04.2022) (Ter.).

41. Bu devletler: Maine, Massachusetts, New Hampshire, New York, Rhode Island ve Vermont’tur.

42. Litwack, 1860’ta görev alan bu iki kişi öncesinde hiçbir Kuzey devletin Afro-Amerikan bir kimseye jüri üyeliğinde görev vermediği sonucuna ulaşmıştır. Kuzey devletlerinin yasaları buna müsaade ettiğinde bile, gelenek ve içtihatlar buna izin vermemiştir.

*na; bir siyahî tarafından hakkında tanıklık yapılmasına; siyahî bir yargıç tarafından yargılanmasına; siyahî bir jüri önünde mahkûm edilmesine; ve siyahî bir cellat tarafından idamına; ve bu siyahîlerden birinin (bu beyazın) dul karısı ya da kızı ile evlenebilmesine kapı aralamıştır.*

1864'te Kongre; Afro-Amerikanların federal mahkemelerde tanıklık yapabileceğine dair yasayı kabul etmiş, İç Savaş'ın sonunda ise Afro-Amerikanların (federe) devlet davalarında da tanıklık yapabilme hakkını yasalaştırmıştır.<sup>43</sup> Bu yasalara karşı çıkan kişiler tarafından, Afro-Amerikalara beyazlara karşı tanıklık etme hakkı verilmesi halinde, bu durumun kaçınılmaz olarak Afro-Amerikanları jüri üyeliğine de kabul etmeyi doğuracağı ileri sürülmüştür. Yasa'nın destekçileri ise bu görüşe kulak asmamıştır. Zira kadın ve çocuklar da tanıklık yapabilmelerine rağmen jüri üyeliği yapamamaktaydı. Bu sebeple yasa koyucu, tanık olarak görev yapabilme ile jüri üyesi olarak görev yapabilme arasında bir bağlantı bulunduğu iddiasını reddetmiştir.

Savaş'tan sonra Güney'deki Afro-Amerikan liderleri, jüriye dahil olabilmemenin önemi üzerinde durmaya başlamıştır. North Carolina'daki siyasi bir kongrede Reverend James W. Hood, siyahîlerin şu hakları istediğini ilan etmiştir:

*Birincisi, adalet mahkemeleri önünde tanıklık etme hakkı ki, malımızı ve haklarımızı müdafaa edebilelim. İkincisi, jüri koltuğunda yer alabilmek. Bir suçla yargılanan her adamın hakkıdır ki kendi dengi insanlardan oluşan bir jüri tarafından yargılsın. ... Üçüncüsü ve sonuncusu, siyah adam oy pusulasını oy sandığına taşıyabilmelidir. Talep ettiğimiz ve kazanmak için çabalayacağımız haklar bunlardır. Ve Tanrı'nın izniyle kazanacağız...*

"Yeniden İnşa (Reconstruction)" döneminde,<sup>44</sup> Afro-Amerikanlar bazı bölgelerde düzenli olarak jüri üyeliği yapabilmıştır. 1867'de, South Carolina Askeri Kumandanı, bütün vergi mükelleflerinin ve seçmen kütüğüne kayıtlı

<sup>43</sup> İç Savaş öncesi çoğu devletin yasaları, taraflardan biri beyazsa, Afro-Amerikanların bu davada tanıklık yapmasını yasaklamaktaydı. Ohio Yüksek Mahkemesi 1846'da şöyle demiştir: "Karakteri ne kadar düzgün olursa olsun, rengi doğru değilse, kişi tanıklık yapamaz. Beyaz bir adamın taraf olduğu bir davada, hakikatin ne olduğu siyahî bir adamdan öğrenilemez. Ancak bir adam Hristiyan olsun kâfir olsun; Türk, Yahudi, Müslüman olsun; iyi ya da kötü ahlaklı olsun; hatta ve hatta aşağıların aşağısında bir adam olsun; eğer siyah değilse mahkemelerimizde tanıklık yapabilir."

<sup>44</sup> Yeniden İnşa (Reconstruction): Birleşik Devletler tarihinde, İç Savaş sonrası dönem (1865-77). Bu dönemde, kölelik ve köleliğin ekonomik, sosyal, siyasi kalıntıları giderilmeye çalışılmış; İç Savaş sırasında ya da öncesinde Birlik'ten ayrılan 11 devletin tekrar birliğe dahil olması ile ilgili sorunların çözülmesi için uğraşmıştır. <https://www.britannica.com/event/Reconstruction-United-States-history> (22.02.2022) (Ter.).

kişilerin aynı zamanda jüri üyeliği de yapabileceğini ilan etmiştir. Ordu, bütün yetişkin Afro-Amerikan erkekleri kendiliğinden kaydettiği için, bu bölgede karma jüriler yaygın hale geldi. İki yıl sonra, South Carolina yasama organı sadece büyük ve küçük jürilerin karma olmasını değil, ayrıca bunların buldukları bölgedeki ırksal dağılımı temsil etmeleri gerektiğini de belirtmiştir. Bir izleyicinin gözlemlediği üzere:

*Buradaki duygu olağan dışı ... bir mahkeme duruşmasında beyaz adamların karma bir jüri tarafından yargılandığını, eski kölelerin eski sahipleriyle birlikte jüri sıralarında yan yana oturduğunu görmek, renkli avukatların savunma yaptığını ve beyaz ve renkli memurların düzeni sağladığını görmek.<sup>45</sup>*

New Orleans'ta 1872-1878 arasında büyük jüri hizmetine davet edilen vatandaşların neredeyse üçte biri, yani Afro-Amerikanların Orleans Parish'teki nüfuslarının oranına eşit bir oran, Afro-Amerikanlardı.

Bazı Güney bölgeleri ise, Yeniden İnşa döneminde bile Afro-Amerikanları jüri üyeliğinden men etmiştir. 1876'da, Savannah'da Afro-Amerikanlar için çıkarılan bir gazete şunları belirtmiştir:

*Bu ilçe ya da bu şehirde renkli bir kişinin herhangi bir jüride görev aldığına dair hiçbir durum kayıt altına alınmış değildir. Bize söylendiğine göre sekiz yıl önce renkli kişilerin isimleri jüri sırasındaymış ancak zamanla bu sıralar tekrar boşalmış ve renkli kişiler jüri üyesi olarak seçilmez olmuştur.*

İç Savaş'ı takip eden yıllar, ceza yargılaması jürisini etkileyen dört önemli yasal gelişmeye tanıklık etmiştir. 1868'de 14. Anayasa Değişikliği ile kabul edildiği üzere: hiçbir federe devlet, Birleşik Devletler vatandaşlarını sahip oldukları ayrıcalık ve dokunulmazlıklardan mahrum bırakacak bir yasa çıkarmaz ya da uygulayamaz. Bu değişiklikte ayrıca, devletlerin hiçbir kişiyi hukukun sağladığı "eşit korumadan (equal protection)" mahrum edemeyeceği hüküm altına alınmıştır. İki yıl sonraki 15. Anayasa Değişikliği ile "oy hakkı; ırk, renk ya da eski köleliğe dayanılarak Birleşik Devletler ya da herhangi bir [federe] devlet tarafından engellenemez" denilmiştir. 1875 Medeni Haklar Federal Yasası ile "hiçbir vatandaş ... hiçbir Birleşik Devlet ya da Federe devlet mahkemesinde, büyük ya da küçük jüri üyeliğinden ırkı nedeniyle mahrum

<sup>45</sup> Bir federal yargıç olan Alexander Rives 1878'de, "her zaman karma jüriler kurduğunu" ve "bundan bir zarar geldiğine şahit olmadığını" belirtmiştir.



edilemez" hükmü konulmuştur. Ve dört yıl sonraki 1879 Jüri Seçim Federal Yasası ise önceki yasal düzenleme akışını tersine çevirmiş, federal mahkemelerde jüri seçimi hususunda ayrımcılık esasını kabul etmiş ve jüri sıralarındaki "Yeniden İnşa" dönemini sonlandırmıştır.

Her ne kadar Yüksek Mahkeme jüri seçiminde ırksal ayrımcılığın, bundan mahrum edilen kişilerin 14. Anayasa Değişikliği'nde düzenlenen haklarını ihlal ettiğine karar verse de, ilgili değişikliğin bu şekildeki yorumu büyük ihtimalle "en baştaki yorumu" yansıtmamaktadır. Ne "Eşit Koruma (Equal Protection)" hükmü ne de "Ayrıcalık ve Dokunulmazlık (Privileges and Immunities)" hükümleri, yasalastırıldıkları dönemde siyasi hakları (oy kullanma ve jüri üyesi olabilmek gibi) Afro-Amerikanlar hakkında da geçerli kılacak şekilde yorumlanmamaktaydı.

Bu durumun kanıtı ise 14. Anayasa Değişikliği'nin kendisinde yer almaktaydı. İkinci Bölüm'de belirtildiği üzere eğer bir devlet, vergi alınmayan yerliler hariç, yetişkin bir erkeği oy hakkından mahrum ederse mahrum bırakılan bu kişiler, Kongre'deki temsil oranı belirlenirken ülke nüfusuna dahil edilmez. Bu hüküm, meselenin devletlerin kendi içlerinde çözüleceğini belirtirken, Afro-Amerikanlara oy hakkı verilmesine sadece önemsiz bir katkı sağlamıştır. Bir sonraki anayasa değişikliğinde Afro-Amerikanlara oy hakkı tanınması, bu hakkın aslında 14. Değişiklik'te tanınmadığı yolunda bir anlayışı daha açık olarak gösteriyordu.<sup>46</sup>

15. Anayasa Değişikliği'ne dair farklı tasarılar, Temsilciler Meclisi (House of Representatives) tarafından onaylanmış ve Senato tarafından yalnızca Afro-Amerikanların oy kullanması konusunda değil seçimle kamu görevine girme (seçilme) hakları konusunda da genişletme yapılmıştır. Ancak değişiklik metni

<sup>46</sup> 14. Anayasa Değişikliği'nin çerçeve tasarısını hazırlayanlara göre, kanunların eşit koruması ilkesi günümüzde çoğu kişinin anladığı manaya, yani hükümet tarafından kişilere her açıdan eşit muamele edilmesi manasına gelmiyordu. Ancak, medeni hukuk kapsamındaki haksızlıklardan eşit derece korunma anlamına geliyordu.

Eğer maddenin bu yorumu garip geliyorsa, yabancıların ve kadınların durumuna bakınız. Ancak 1920'de yapılan 19. Anayasa Değişikliği ile kadınlar oy verme hakkı kazanabilmiştir. 14. Anayasa Değişikliği'nin hazırlayıcılarının, 50 yıl sonra kadınlar hakkında getirilen bu değişikliği de kastettiğini düşünmek pek makul değildir. Kadınların vatandaş olabilmelerine rağmen, bu vatandaşlıklarının kendilerine oy hakkı vermediği yönünde bkz.: *Minor v Happersett (1874)*. Yabancılar da, "Eşit Koruma" hükmü kapsamındaki "kişilerden" sayılmalarına rağmen, bugün de jürlere üye olamazlar ve oy veremezler.

Görünüşe göre Kongre, 14. Anayasa Değişikliği ile Afro-Amerikanlara oy hakkı vermekte acele etmiştir. Çünkü çoğu Kuzey devleti bu hususta isteksizdi. Cumhuriyetçiler ise, Afro-Amerikan seçmenlerin kendilerini destekleyeceklerinden emin bir şekilde iki yıl sonra 15. Anayasa Değişikliği'ni güvence altına almıştır.

hazırlık komitesinden çıktığında seçilme hakkına dair hükümler kaldırılmıştı. Senatör Edmunds, Cumhuriyetçi iktidarın Afro-Amerikanların Cumhuriyetçilere oy verebilmesinin önünü açmak istediğini ancak Afro-Amerikan adayların kendilerine rakip olmasından korktuklarını belirtmiştir. 15. Değişiklik oy hakkını Afro-Amerikalılara da genişletmiş ancak, jüri üyesi olabilme hakkı da dahil, diğer siyasal haklarda genişletmeye gitmemiştir.<sup>47</sup>

1871'den başlayarak, 15. Anayasa Değişikliği'nin onaylanmasının hemen ardından, Senatör Charles Sumner ve diğer Cumhuriyetçiler, jüri seçiminde ve diğer devlet fiillerinde devletlerin ayrımcılık yapmasını yasaklayan yasanın peşine düştüler.<sup>48</sup> Cumhuriyetçi bu hukukçular, 14. Değişikliğin Afro-Amerikanların yalnızca "medeni" haklarını kapsadığı ve "sosyal" ve "siyasal" haklarını kapsamadığı yönündeki genel algıya itiraz etmediler. Bununla birlikte 14. Değişikliğin, karma jürilerin kurulabilmesine yönelik yasalar yapılabilmesine imkân tanıdığını savundular. Bunlara göre, jüri seçiminde ayrımcılık yapılması hususu, Afro-Amerikanların jüri üyesi olabilme haklarını değil, Afro-Amerikan davacıların kanunun korumasından eşit derecede yararlanma haklarını ihlal etmekteydi. Zira bunlara göre ceza davalarında sanığın ve diğer davalarda davacının usule dair hakları "siyasal" haklar değil, "medeni" haklardı ve dolayısıyla bu haklar 14. Değişiklik kapsamında muhafaza altına alınmıştı.<sup>49</sup> Sumner ve bu bakış açısını savunan diğer kişiler, siyahî davacılara karşı beyazların ve siyahların aynı derecede tarafsızlığa sahip olmadığını savunuyordu. Bu hukukçular renk körü değillerdi ve tüm beyaz jürilerin ırksal bir ayrımcılığın aracı haline geleceğini öngörmüşlerdi. Senatör Edmunds demişti ki:

<sup>47</sup> Bununla birlikte, 15. Anayasa Değişikliği'ni destekleyen bazı kişiler, değişikliğin seçilme hakkını da zımnen kapsadığını savunmuştur. Bu destekçilere göre "seçme hakkı, yabancılaştırılmaz, ayrıştırılmaz ve vazgeçilemez bir hak olan seçilme hakkını da beraberinde taşımaktadır."

<sup>48</sup> Kongre 1869'da, Columbia Bölgesinde Afro-Amerikanların jüri üyeliği yapabilmelerine izin vermiştir.

<sup>49</sup> Senatör John Sherman'ın beyanı:

"Bana öyle geliyor ki jüri üyesi olmak bir adam için hak değildir, fakat tüm insanların adil bir hukuk ile ve jürisinde kendi renginden ve ırkından kimselerin bulunduğu bir mahkemede yargılanmaya hakkı vardır. Bu yargılanan kişinin hakkıdır, yargılayanın değil ..."

Jüri seçiminde ırksal ayrımcılığa karşı çıkan kişiler zaman zaman, jüri üyeliğinden hariç tutulan kişiye odaklanmıştır. Bunlar, oy hakkı ya da seçilme hakkından farklı olarak, jüri üyeliğinin siyasal bir hak olmadığını savunuyorlardı. İngiltere'de bir zamanlar jüri üyeleri, davada yaşanan gelişmeleri kendi toplumlarına aktarmak için tanıklık vazifesi görüyordu. Bu sebeple jüri üyesi olabilme hakkı, şahitlik edebilme hakkı ile bağlantılı bir medeni hak olarak tanımlanabilir ... Jüri üyeliğine seçimde ırksal ayrımcılığı yasaklamasından neredeyse bir asır önce Kongre, mahkemeleri Afro-Amerikanların tanıklıklarını reddetmekten men etmişti.

*Eğer jüri üyelerinin Ku Klux Klan mensubu olduklarını farz edecek olursak, renkli bir adamın eşit bir şekilde jüri tarafından yargılanma ve kendi dengi insanlar tarafından değerlendirilme hakkı bulunduğunu ilan etmenin ne anlamı kalacaktır ki ...? Adamı, yargılanmak üzere düşmanlarına teslim etmiş olacaksınız.*

Beyaz jüri üyelerinin Afro-Amerikan sanıklara ve davacılar karşı ayrımcı davranıp davranmama ihtimali, federe devlet mahkemelerine jüri yargılaması zorunluluğu getirmenin Anayasa'ya uygun olacağı iddiası üzerinde de önem arz etmekteydi. Cumhuriyetçiler ayrıca; tamamıyla beyazlardan oluşan jüri-lerin, bir Afro-Amerikan'a ya da Cumhuriyetçi bir beyaza karşı suç işleyen beyazları mahkûm etmeyi reddetmesinden de endişeliydi. Bu kişilere karşı yaygınlaşan şiddet olayları, 1871 Ku Klux Klan Yasası'nı doğurmuştu. Bu yasa kapsamında her jüri üyesinin, yasa kapsamında yasaklanan tarzda bir komplo (conspiracy) "doğrudan ya da dolaylı, yol gösterme, tavsiye verme ya da gönüllü olarak hiçbir şekilde yardım etmediğine" dair yemin ettiği bir soruşturma geçirmesi gerekiyordu.<sup>50</sup> Bu yasanın destekçilerinden Senatör Sherman bir takım kan donduran olaylardan bahsettikten sonra, "başından sonuna bütün bu topraklarda bu suçlardan dolayı hiçbir adam, bir kişi bile, mahkûm edilmemiştir ya da cezalandırılmamıştır" diyerek yakınmıştır. Sherman, bu hususa delil olarak Güney'deki birkaç yargıcın beyanını aktarmıştır. Örneğin bu yargıçlardan biri şunu demişti:

*On davanın dokuzunda suçu işleyen kişi; ya bizzat, ya yakın akrabaları veya arkadaşları, ya sempatizanları, ya yardımcıları, ya da suç ortakları aracılığıyla büyük jüriyi ya kurmuştur ya da bu jüride yer almıştır. North Carolina'da bu tarz bir mahkûmiyet kararının verildiği hiçbir vaka duymadım.*

Federal otoritelerin, İç Savaş'ın ardından Güney'deki jürinin işlevsiz hale gelmesinden yakınmaları; tıpkı Savaş öncesi Güney otoritelerinin Kuzey'de jürinin işlevsizleştiği yönündeki şikâyetlerini<sup>51</sup> ve İngiliz otoritelerinin koloni dönemindeki

<sup>50</sup> Ku Klux Klan üyesi olabilmek için edilen ve oldukça meşhur olan yemine göre, üyelerin jürilerde yer edinmesi ve deliller her ne olursa olsun, diğer örgüt üyeleri lehine karar vermesi gerekiyordu.

<sup>51</sup> 1793 Firari Köleler Yasası, yargıç huzurunda ispat edilmesi halinde, sahibinden kaçan bir kölenin sahibine geri verilmesini düzenliyordu, ancak bazı Kuzey devletleri birtakım kişisel özgürlük yasaları çıkararak firari olduğu iddia edilen kişilere jüri yargılaması hakkı tanıyordu. Henry B. Stanton, Amerikan Anti-Kölelik Cemiyeti'ne 1839'da şöyle demiştir: "Nefes nefese kalmış köleye bu paha biçilmez hakkı tüm Kuzey devletlerinde tanıyın ve artık kurtulsun ..." Bununla birlikte Yüksek Mahkeme *Prigg v Pennsylvania (1842)* davasında, Pennsylvania'nın kişisel özgürlük yasasının Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetmiştir.

şikâyetlerini andırmaktadır. Görünüşe göre ise Güney jürileri, firari köleleri iade etmeye dair iş birliği yasalarından ya da halkı yeterince temsil etmeyen bir hükümetin kestiği cezaları ödemeye dair yasalardan ziyade kişisel şiddete dair yasaları dolanıyordu.<sup>52</sup> Afro-Amerikan bir yorumcunun daha sonraki bir dönem hakkında söylediği üzere problem, “siyahîlerin mahkemelerde haklarını almaktan mahrum kalmalarından ziyade”, “... beyaz adamın adaletten çok sık kaçabilmesindeydi”.<sup>53</sup>

Michael McConnell’in gözlemediği üzere, Kongre’nin jüri hususundaki ayrımcılığı kaldırabileceği iddiası, “medeni haklar şartına genel olarak ılımlı, ancak anayasal olarak vesveseli [Kongre] üyelerini ciddi kuşkulara düşürmüştür.” Örneğin Senatör Matthew Carpenter, ırklara göre farklı okullarda eğitim verilmesinin yasaklanmasına dair federal yasayı desteklemiş ancak

---

*Prigg* davasından sonra bazı devletler, firari kölelere *habeas corpus* ve *homine replegiando* (jüri hakkı tanıyan kompleks bir prosedür) uyarınca çareler sunmuştur. Bu uygulamalar Yüksek Mahkeme’nin, federe mahkemelerin Firari Köleler Yasası’nın icrasına dair federal konularda yetkisi olmadığını belirtmesiyle son bulmuştur (*Ableman v Booth* (1859)).

Kölelik karşıtı çalışmaların, 1850 Firari Köleler Yasası’na jüri yargılaması hakkını ekleme çabaları başarısız kalmıştır. Jüri yargılamasına karşı çıkan senatörlerden biri (Senatör Mason), Kuzey devletlerindeki jürilerin köleleri iade etmekten kaçınmaları bir yana, jüri yargılaması nedeniyle doğacak zamansal ve parasal masrafların köle sahiplerinin mallarına (kölelerine) kavuşmasını neredeyse imkânsız hale getireceğini belirtmiştir.

Özellikle 1850’den sonraki yıllarda kölelik karşıtları tarafından, Kongre’nin firari köle yargılamalarında jüri yargılaması hakkı tanınması hususundaki başarısızlığı dile getirilmiştir. Bu kişiler, Anayasa’ya göre sahibinden kaçan kölenin sahibine geri verilmesi gerekmesine rağmen, kaçak olduğu iddia edilen kişinin yargılamasında jürinin yasaklanmadığını ileri sürmüştür. Kölelik karşıtları; ineklerin, öküzlerin ve arazilerin mülkiyeti hususunda jürilerin karar verebilmesine rağmen insanların (kölelerin) mülkiyeti hususunda karar verememelerindeki iki yüzlülüğü kinamıştır. Hukuk davalarında dava konusunun 20 dolar ve üzeri olması halinde jüri yargılamasına gidilebilmesine rağmen, bir insanı özgürlüğünden mahrum etme üzerine yapılan bir yargılamada jüri hakkı tanınmamasının vicdansızlık olduğunu ileri sürmüşlerdir.

1850 Uzlaşması’nın (Compromise of 1850) bir parçası olan 1850 Firari Köle Yasası, yalnızca firari köle davalarının bir yargıç huzurunda görülebilmesini hüküm altına almakla kalmamış, köle sahiplerinin ajanlarının yargısal gözetim olmadan firarileri yakalayabilmelerine de izin vermiştir. Kölelik karşıtları ise bazen bu duruma, yakalanan firarileri tekrar serbest bırakmakla karşılık veriyordu. Bazı bölgelerde köleleri bu şekilde serbest bırakan kişileri mahkûm etmek, buralardaki jüri üyelerinin anti-kölelik sempatileri nedeniyle, imkânsızdı.

<sup>52</sup> Jürilerin, yasaların arkasından dolaşmasının meşruluğu hususu, Herbert Wechsler’in bir keresinde dediği üzere “adamına göre farklılık göstermektedir”.

<sup>53</sup> Kanun koyucunun, jürileri bireysel özgürlüklerin doğal koruyucusu olarak tasavvur etmekte yarıldığının tek delili, Güney devletlerindeki jürilerin Afro-Amerikalılara karşı uygulanan şiddete müsamaha göstermeleri değildi. Kanun koyucunun, jürinin sivil özgürlükçülüğü zannettiği şey aynı zamanda demokratik olmayan belli bir hükümete tepki gösteren kolonistlerin bencil çoğunluk görüşleriydi. Belki de bu durum anormald; zira sonraki yıllarda sivil özgürlükçülük ve çoğunluk algısı arasındaki bağlantı azaldığında, jüri sıralarında bireysel haklara verilen değer de azalmıştı. Toplum tarafından dışlanan (azatlı köle, fırsatçı göçmen (carpetbagger), ev sahipleri, telefon şirketi, şişman insanlar, istismarcı eşler, kaçak suçlular, sığınmacılar, eşçinseller ya da Rodney King gibi) kişilerin profesyonel hukukçular tarafından müdafaa edilmesi, jüri üyeleri tarafından korunmalarından daha muhtemeldi.

jüri üyelerinin seçiminde ırksal ayrımcılığın men edilmesine karşı çıkmıştır. Carpenter'e göre 14. Değişiklik, eğitimde ırksal ayrımcılığın men edilmesi yönünde Kongre'yi yetkili kılmasına rağmen, jüri üyelerinin seçimi hususunda Kongre'ye aynı yetkiyi vermemiştir.<sup>54</sup>

Yasama organında beş yıl süren tartışma, taviz ve yenilginin ardından Senatör Sumner'ın görüşü baskın gelmiştir. 1875 yılında çıkarılan Medeni Haklar Yasası, ırkı sebebiyle kişilerin jüri üyeliğinden mahrum bırakılmasını men etmiş, federal ve federe devlet memurlarının jüri üyesi seçiminde ırksal ayrımcılık yapmalarını suç olarak kabul etmiştir.

Bundan iki yıl önce West Virginia'da bir yasa, Afro-Amerikanları jüri üyeliğinden men etmişti. Bu yasa çıkarılırken federal kurallar çiğnenmemiştir; aksine, bu ayrımcı yasanın destekleneceği öngörülüyordu.<sup>55</sup> Ancak 1880'de Yüksek Mahkeme *Strauder v West Virginia* kararında, bu yasanın Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetmiştir. Senatör Sumner, Senatör Sherman ve diğer hukukçuları destekleyen Mahkeme, Yasa'nın Afro-Amerikanların jüri üyesi olabilme hakkını değil, Afro-Amerikan sanıkların kanunun eşit korumasından yararlanma hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir.

*Strauder* davasında sanık, West Virginia'daki ilgili yasa ile 1875'teki Medeni Haklar Yasası'nın ilgili hükmü arasındaki iki yıllık süreç içerisinde, karısını öldürmekten dolayı soruşturulmuş ve yargılanmıştır. Bu sebeple sanığın tamamen beyaz kişilerden oluşan bir jüri tarafından yargılanması federal yasalara bir aykırılık oluşturmamıştır. Dolayısıyla *Strauder* davasına benzer başka bir davada mahkeme, Kongre'nin 1875 tarihli jüri seçiminde ayrımcılığın men edilmesine dair yasanın desteklemiştir.

*Strauder* kararı verildiği sıralarda, Kongre'nin tavrı değişmiş ve Yeniden İnşa sürecinin neredeyse sonuna gelmişti. İç Savaş esnasında Kongre, federal jüri üyelerinin geçmiş ve gelecekleri adına Birleşik Devletler'e sadakat yemini etmelerini şart koşmuş ve Konfederasyon için savaşan pek çok kişiyi federal jüri üyeliğinden men etmiştir.<sup>56</sup> Kongre'de yer alan Demokratlar ise hem

<sup>54</sup> Carpenter şu soruyu sormuştur: "Devlet mahkemelerinde jüri üyesi olarak hizmet edebilmek için gerekli şartları, bu mahkemelerde yargıç olabilmek için gereken şartlardan daha fazla iyileştirebilir miyiz?"

<sup>55</sup> Yüksek Mahkeme'nin *Ex parte Virginia* kararındaki sonucunu reddeden ve "federe mahkemelere ait jürilerde ayrımcılığı yasaklamanın Kongre'nin anayasal yasama yetkisi altında yer almadığı"na dair bkz.: Alfred Avins, *İlgili kaynak*.

<sup>56</sup> 1871'de bir yasa ile ilga edilmesine rağmen, Kongre'nin tüm federal yasaları kodifiye ettiği 1874'teki yasada (Revised Statues) ilgili hüküm, görünüşe göre yanlışlıkla, tekrar yer almıştır. Bu maddenin yürürlükte olup olmadığı ile ilgili büyük bir kafa karışıklığı mevcuttu.

bu duruma hem de jüri sıralarının Cumhuriyetçilerle “doldurulduğu” algısına içerlemeye başlamıştır. Ohio’dan bir Kongre üyesi, devletinde jüri üyesi olarak seçilen kişilerin genellikle “cahil ve önyargılı renkli erkekler” olduğundan şikâyet etmiştir. Alabama’dan bir senatör ise federal kolluk görevlilerinin yalnızca Afro-Amerikanları ve Kuzeyli beyazları jüri üyesi olarak atamasından yakınmıştır. Yine bir Alabama temsilcisi de federal jüri üyelerinin genellikle Cumhuriyetçi hükümet çalışanları olduğundan dem vurmıştır. Tennessee’den bir senatör de federal kolluk görevlilerinin, jüri üyelerinden hükümet lehine karar verecekleri yönünde söz almasından şikâyet etmiştir.

Bu tarz şikâyetler, 1879 tarihli Federal Jüri Seçimi Yasası’nı doğurmuştur. Bu yasa öncesinde federal mahkemeler, kuruldukları devletin jüri seçim usullerini örnek alıyordu. Bu usuller yerine, 1879 tarihli Yasa ile federal mahkemelere jüri adaylarını belirleme hususunda iki seçimlik usul tanınmıştır. Bu iki usulün de teoride kabul ettiği; hiçbir vatandaşın ırkı, rengi ya da önceki kölelik durumu nedeniyle jüri üyesi olmaktan mahrum edilemeyeceği hususu ise uygulamada işlevsiz hale getirilebilecek nitelikteydi.

Federal görevlilerin federe devlet usullerince potansiyel jüri üyelerini seçebilmesi yerine, bu yasa ilk olarak bu memurlara aslında devlet mahkemeleri için kullanılan havuzlardan jüri adaylarını seçme izni vermiştir. Alternatif olarak ise, her biri isimlerin yarısını getirecek şekilde, jüri havuzunu iki görevlinin oluşturmasına imkân tanınmıştır. Bu görevlilerden biri federal mahkemenin kâtibî; diğeri ise, yargısal olarak atanan ve “kâtibin üye olduğu siyasal partiye muhalif ... başlıca partinin bilinen bir üyesi olan” bir görevlidir (commissioner). Federal mahkemeler, 1968 tarihli Federal Jüri Seçim ve Görev Yasası’nın jüri listelerinin “toplumun orantılı dağılımına göre ve rastgele seçilmesini...” emretmesine kadar jüri adaylarını bu usullerle seçmeye devam etmiştir.<sup>57</sup>

*Strauder* davasında ve 1875 Medeni Haklar Yasası’nda Yüksek Mahkeme ve Kongre, dolaylı bir şekilde olsa bile, Afro-Amerikanların jürilerde görev alabilmesini etkili bir biçimde kabul etmiştir. Buna rağmen bu hak yaklaşık bir asır boyunca işlevsiz kalmaya devam etmiştir.<sup>58</sup> Booker T. Washington, 19. yüzyılın

<sup>57</sup> 1968 yasası aynı zamanda “hiçbir vatandaş ... ırkı, rengi, dini, cinsiyeti, milli kökeni ya da ekonomik durumu nedeniyle istisna tutulamaz” hükmünü de içeriyordu.

<sup>58</sup> Afro-Amerikanların Güney jürilerinde üyelik yapmaktan hariç tutulması, bu bölgelerdeki davalarda yüksek sayıda Afro-Amerikanın mahkûm edilmesinin de bir nedenidir. 1865’te beş Güney devletinde yalnızca 150 beyaz ve 150 siyah hapse atılmıştır. 30 yıl sonra beyaz mahkûmların sayısı aynı kalırken Afro-Amerikan mahkûmların sayısı 1500’e yükselmiştir. Bazı Cumhuriyetçiler, “adalet mahkemelerinin renkli ırkı tekrar köleleştirmek için kullanıldığından” şikâyet etmiştir.

sonunda “bütün Georgia ve Alabama’da ve diğer Güney devletlerinde bir tek siyahînin devlet mahkemelerinde jüri üyeliği yapmasına izin verilmiş değildir” tespitinde bulunmuştur. 1910’da yapılan bir çalışmada ise Florida, Louisiana, Mississippi, Missouri, South Carolina ve Virginia’da siyahîlerin nadiren jüri üyeliği yapabildiği ve Alabama ve Georgia’da ise hiç jüri üyeliği yapamadıkları belirtilmiştir. Yeninden İnşa döneminin sonundan Yeni Anlaşma<sup>59</sup> (New Deal) dönemine kadar olan süreç hakkında Benno Schmidt şöyle yazmıştır:

*Güney’de siyah adamların jüri üyeliğinden sistematik olarak mahrum edildiği, herhangi bir hukuki ayrımcılığın bir tek kanuni olarak ilanının ya da memurların bunu itiraf etmesinin eksik kalması kadar ortadaydı.*<sup>60</sup>

Georgia’da ilgili dönemde yaşayan bir gözlemci, eski kölelerin isimlerinin, jüri adaylarının isimlerinin bulunduğu sandığın dibine “çiviyle çakılmış” gibi görüldüğünü belirtmiştir. 20. yüzyılın ortalarına gelindiğinde Yüksek Mahkeme’nin, jüri üyeleri seçimi için sandıklara atılan kağıtların kişinin ırkına göre renklendirilmesi ya da jüri üyelerinin beyaz memurların arkadaşları ve tanıdıkları arasından seçilmesi tarzında aşikâr ayrımcılık türlerinin Anayasa’ya aykırı olduğunu belirtmekten başka çaresi kalmamıştır.

1940’ta Carnegie Vakfı tarafından Gunnar Myrdal başkanlığında yürütülen Amerika’da Siyahîler (Negro in America) çalışmasında ortaya konulduğu üzere, büyük Güney şehirlerinde ve Güney federal mahkemelerinde Afro-Amerikanlar sıklıkla jüri üyeliği yapabilmıştır. Ancak, “Uç Güney’deki kırsal mahkemelerin büyük çoğunluğu ... siyahîleri çok az davet ederken ya da davada kullanırken, bunları jüri listelerine yazıyormuş gibi yapma zahmetine dahi girmemişti.”

1955 yazında Mississippi, Money’e Chicago’dan gelen 14 yaşında bir Afro-Amerikan, Emmet Till, beyaz bir kadınla konuşma cüreti göstermiş ve “güle güle, bebek” demişti. Birkaç gün sonra Till’in ezilmiş vücudu Tallahatchie Nehri’nde bulunmuştu. Beyaz kadının kocası Roy Bryant ve kadının kardeşi J. W. Milam, Till’i öldürmekle suçlandı. Bunlara karşı başlıca delil bir Afro-Amerikanın, Mose Wright, tanıklığıydı. Sanıklar, tümü beyazlardan oluşan bir jüri tarafından beraat

<sup>59</sup> Yeni Anlaşma (New Deal): Büyük Buhran nedeniyle bankalar krizde iken ve iş gücünün yaklaşık dörtte biri işsizken, Başkan Franklin D. Roosevelt yönetiminin, 1933-1939 yılları arasında takip ettiği yerel politika. Bu politika ile hızlı bir ekonomik rahatlama amaçlanmış ve sanayi, tarım, finans gibi alanlarda reformlar yapılmıştır. <https://www.britannica.com/event/New-Deal> (10.04.2022) (Ter.).

<sup>60</sup> Afro-Amerikanların jüri hizmetinden mahrum edilmesi, ırksal bağlılığa dair yaygın rejimin, öyle bir rejim ki 15. Değişiklik ile verilen oy hakkından bile Afro-Amerikanları mahrum etmekteydi, yalnızca bir parçasıydı.

ettirilmelerinin ardından, bu hikâyelerini bir gazeteciye 4000 dolar karşılığında satmıştır. Bryant ve Milam, Till'i yalnızca korkutmak istediklerini ama merhamet için yalvarmaması üzerine öldürmek "zorunda kaldıklarını" anlatmıştır. Bu vaka, ülkenin odağını Güney'deki ırkçılığa ve Güney'deki jüriye çekmiştir.

1957'de Jack B. Weinstein, Kuzey ve Güney'deki avukatları gözlemlemiştir. Avukatların belirttiğine göre Afro-Amerikanlar küçük jürilerde görev alabilmelerine rağmen San Francisco ve St. Paul'da büyük jürilerde görev aldıkları hiç duyulmamıştır.<sup>61</sup> Chicago'da ise soruşturmacılar ve sanık müdafileri, Afro-Amerikanları jüri üyeliğinden reddetmek için Peremptory Challenge yoluna başvurma anlaşmalarını daha yeni terk etmişti.

Yüksek Mahkeme ısrarla, Anayasa'nın jüri üyelerinin rastgele seçilmesini gerektirmediğine hükmediyordu. Mahkeme örneğin 1970'te, Alabama tarafından jüri üyeliği için aranan "dürüstlüğü ve zekiliği ile genel olarak tanınmak ... ve toplumda uyumluluğu, iyi karakteri ve mantıklı yargılarıyla saygı görmek" şartını<sup>62</sup> Anayasa'ya uygun bulmuştur. Ancak 1935'te başlayan süreçte, siyahların ilçe mahkemelerinde büyük ya da küçük jüri üyeliği yaptığının işitilmediği davalarda Mahkeme, jüri yapısındaki ile ilçe nüfus yapısı arasında gerekçelendirilemez bir uyumsuzluğun bulunduğu durumlarda Anayasa'ya aykırı bir şekilde ayrımcılık yapıldığı çıkarımında bulunuyordu. Mahkeme'nin bu konudaki istatistiksel standartları zaman içinde giderek yükselmiştir.

Jüri üyelerinin hukuka uygun olarak seçildiği durumlarda bile, Afro-Amerikanlara karşı yapılan ayrımcılığın açık bir çeşidi 1986'ya kadar devam etmiştir. 1965'te *Swain v Alabama* davasında Yüksek Mahkeme, soruşturmacılara ve sanık müdafilerine Peremptory Challenge usulüyle Afro-Amerikanları jüri üyeliğinden reddetmek konusunda neredeyse sınırsız bir takdir yetkisi tanımıştır. *Swain* davasında Alabama'nın Talledega ilçesinde tamamen beyazlardan oluşan bir jüri; 19 yaşındaki siyah bir erkeği, 17 yaşındaki beyaz bir kadının ırzına geçmekten dolayı mahkûm etmiştir ve ölüm cezasına çarptırmıştır. En azından 1950'den beri Talledega ilçesinde hiçbir hukuk ya da ceza davasında bir Afro-Amerikan jüri üyeliği yapmamıştı ve *Swain* davasında ise soruşturmacı tarafından, jüri üyeliği yapmaya ehil altı Afro-Amerikan hakkında altı kez Peremptory Challenge ile jüri üyeliğinden ret hakkı kullanmıştır.

<sup>61</sup> Birçok yerde büyük jüri üyeleri küçük jüri üyelerine göre daha gayriresmî bir şekilde komisyonerler ve yargıçlar tarafından seçiliyordu. Bazı yerlerde ise büyük jüride görev almak sosyal bir onur olarak görülüyordu.

<sup>62</sup> Jüri komisyonerlerinin "namuslu" ve "zeki" olmayan kişileri eleyebilmelerine dair Georgia yasasının hukuka uygunluğuna dair karar için ayrıca bkz.: *Turner v Fouche* (1970).



Yargıç White'ın görüşü üzerine Yüksek Mahkeme, sanığın mahkûmiyetini ve cezasını onamıştır. Mahkeme, Peremptory Challenge usulünün “ilgili davanın sonuçları ile tamamen alakasız olarak ... [yalnızca] siyahîlerin adaletin icrasına katılma hakkını ve fırsatını engellemek amacıyla” kullanılmasının Anayasa'ya aykırı olacağını belirtmiş ancak söz konusu davada soruşturmacının jüri üyesi olabilecek bütün Afro-Amerikanları bu usul ile reddetmesinde bu kastın bulunmadığına hükmetmiştir.

1986'daki *Batson v Kentucky* davasında ise Mahkeme, *Swain* davasındaki içtihadından dönmüş ve soruşturmacının Peremptory Challenge usulü ile Afro-Amerikanları ırkları sebebiyle (stratejik ve dava ile alakalı olsa bile) reddetmesinin Anayasa'daki Eşit Koruma İlkesini ihlal ettiğine hükmetmiştir. Mahkeme tarafından üretilen uygulama mekanizması ise elverişsizdi ve ayrıca karar ile belirsiz bırakılmış bazı hususlar da bulunuyordu. 1991'de Mahkeme bu açıklardan birini giderdi ve sanığın bir jüri üyesinin reddedilmesine itiraz edebilmesi için bu jüri üyesi ile aynı ırktan olmasının gerekmediğine hükmetti. 1992'de ise Mahkeme, Afro-Amerikanların soruşturmacılar tarafından olduğu gibi sanık müdafileri tarafından reddedilmelerinin de Eşit Koruma İlkesine aykırı olduğuna hükmederek başka bir açığı daha kapattı. Bazı açıklar ise hala kapatılmamıştır ve Afrika kökenli Amerikalıların jüri sıralarında yer edinme çabaları tarihinde henüz sona gelinmemiştir.<sup>63</sup>

<sup>63</sup> Örneğin *Batson* kararında belirtilen ayrımcılık yapmama şartı, jüri üyeliğinden ret için farklı bir gerekçe göstermek yoluyla dolaşılabilir ve bu tarz gerekçelerin uydurulması zor değildir. Bir federal mahkeme, Afro-Amerikan bir jüri üyesinin soruşturmacı ile göz teması kurmaması nedeniyle reddedilmesini onaylamıştır (bkz.: *United States v Carlidge 1987*), başka bir kararda ise bir Afro-Amerikanın soruşturmacıya uzun süre dik dik bakması nedeniyle reddedilmesi onaylanmıştır (bkz.: *United States v Mathews 1986*). Başka bir mahkeme ise hükümetin bir jüri üyesi adayını, medeni hakları fazla savunduğu için reddettiği gerekçesini kabul edilebilir bulmuştur (bkz.: *United States v Payne (1992)*).

Afro-Amerikanları jüri üyeliğinden dışlamak için, Peremptory Challenge usulünden başka yollar da etkin biçimde kullanılabilir. Böyle bir usul sonucu, 29 Nisan 1992'de on beyaz, bir Hispanik ve bir Asyalı-Amerikandan oluşan bir jürinin, Afro-Amerikan şüpheli Rodney King'i yerde tekmelerken video kaydına alınan dört polis memurunun hiçbirini kötü muameleden dolayı mahkûm etmeyi başaramaması uluslararası düzeyde tepki çekmiştir. Davanın Los Angeles bölgesinden California Ventura bölgesine nakli büyük ihtimalle jürilerinde hiç Afro-Amerikan yer almaması nedeniyle gerçekleşmişti. Ventura bölgesinde yer alan jürinin kararı Los Angeles'ta iki gün süren, 58 kişinin canına ve yaklaşık bir milyar dolar maddi zarara mal olan eylemlere neden olmuştur.

Los Angeles Belediye Başkanı (Mayor) Tom Bradley video kayıtları hakkında “göreceğimizi gördük ve gördüğümüz şey bir suçtu” diyerek bu konudaki pek çok Amerikalının ortak düşüncesini dile getirmiştir. Bununla birlikte jürinin verdiği kararın doğruluğu yönünde çalışmalar da bulunmaktadır. Bkz.: Parloff, Moran, *ilgili eserler*.

Sonrasında ise 9 beyaz, 2 Afro-Amerikan ve 1 Hispanikten oluşan federal bir jürice, arbedeye karışan polis memurlarından ikisi tarafından Rodney King'in medeni haklarının ihlal edildiğine hükmedilmiştir.

### C. Kadınlar

*Strauder v West Virginia* davası ile Afro-Amerikanların jüri üyeliğinden mahrum edilmesinin Anayasa'ya aykırılığına hükmedilmesinden çok sonra bile, kadınların yasal olarak hariç tutulması durumu devam etti. Linda K. Kerber, Amerikan kadınlarının oy vermede, askeri görevde ve jürilerde bir vatandaş olarak eşit haklara sahip olmasındaki ağır aksak tarihi sürece dair bir çalışma hazırlamakta ve çalışmasının bir kısmını bizimle paylaştı. Bu başlığın kalan kısmı esasında kendisinin bu mühim çalışmasından bir parçanın özetidir.

1920'de 19. Anayasa Değişikliği'nin onaylanmasından bile önce, bazı devletlerde kadınlar oy kullanabiliyor ve jüri üyeliği yapabiliyordu.<sup>64</sup> Kadınların Amerika'da (aslında tüm *Common Law* ülkelerinde) ilk olarak jüri üyeliği yapması Wyoming Territory'de 1870'te gerçekleşmiştir. Bu önemli gelişme sonucu Prusya Kralı, Başkan Grant'ı tebrik eden bir telgraf bile göndermiştir. Ancak Bölge'nin yeni Başyargıç'ı (Chief Justice), Wyoming'in mahkeme salonlarında eşitlik deneyini iki yıl içinde sonlandırmıştır.<sup>65</sup> Kadınlar Wyoming'de oy kullanmaya devam etmiş ve 1890'da Bölge bir devlet olarak tanındığında anayasası hem "erkek ve kadın vatandaşların ... tüm medeni, siyasi ve dini hak ve ayrıcalıklardan eşit olarak istifade edeceğini" hem de "siyasi hak ve ayrıcalıkların ... ırk, renk, cinsiyet sebebiyle ya da herhangi bir durum ya da koşul sebebiyle ayrımcılığa tabi tutulamayacağını" ilan etmiştir.<sup>66</sup> Yine de Wyoming'de 1940'lara kadar kadınlar tekrar jüri üyesi olamamıştır.<sup>67</sup>

Tıpkı 15. Anayasa Değişikliği'nin Afro-Amerikanlara oy hakkı tanıdığı ama jüri üyesi olabilme hakkı sağlamadığı gibi; 19. Değişiklik de kadınlar için aynı hükmü getirmiş ve bundan öteye geçememiştir. Çoğu devlette, jüri üyeliği kriterlerine dair yasalar jüri üyelerini kısmen "seçmenler" olarak tanımlamıştır. 19. Değişiklik kadınları "seçmen" statüsüne sokmakla aynı zamanda jüri üyesi statüsüne de sokmuştu.<sup>68</sup> Ancak 1925'te Illionis Yüksek Mahkemesi, jüri üyesi

<sup>64</sup> Kerber'in zikrettiği devletler Utah, Washington, Kansas ve New Jersey'dir. Bazı devletlerde ise kadınlar oy kullanabilmelerine rağmen jüri üyesi olamıyordu.

<sup>65</sup> Jüri üyeliği yapan ilk kadınları tasvir eden bir karikatürde "ağlama bebek ağlama, annen gitti jüri için yapmaya (Baby, baby, don't get in a fury; Your mamma's gone to sit on a jury)" sloganı yer alıyordu.

<sup>66</sup> Anayasal bu hükümlerin yasalaştırılmasında lobi faaliyeti yürüten bir "kadın konvansiyonu" için bkz.: Hebard, *ilgili kaynak*.

<sup>67</sup> Bkz.: *McKinney v State* (1892). Kararda mahkeme, kadınların jüriden hariç tutulmasına yalnızca kadın tarafın itiraz edebileceğine hükmetmiş, oy hakkının jüri üyeliği hakkını doğurmayacağını belirtmiş ve jüri görevinin "bir hak mı yoksa ayrıcalık mı" olduğunu değerlendirmeyi reddetmiştir.

<sup>68</sup> Kerber'in belirttiği üzere, 1923'te 18 devlet ve Alaska Bölgesi, kadınların jüri üyeliği yapmasına müsaade etmekteydi.

olabilmeye dair maddenin bu şekildeki düz yorumuna karşı çıkmıştır. Mahkeme, Illionis Genel Meclisi'nin kullandığı "hukuki oy sahipleri" ve "seçmenler" kelimelerinin, kullanıldıkları 1874 yılında yalnızca erkekleri kapsadığını belirtmiştir. Mahkeme, Genel Meclis'in artık kadınları da bu kavramlara dahil etmek istemesi halinde, bunu açıkça belirtmesi gerektiğine hükmetmiştir.<sup>69</sup> Genel Meclis de bu hususu açıkça belirtmiştir ... 14 yıl sonra.

Diğer devletlerin jüri üyesi olabilme yasaları ise kısaca "seçmen" tabirini kullanmakla yetinmiyordu. Bunun yerine seçmen olabilme şartlarına yer veriyor ve devamında bunları "erkekler" olarak sınırlandırıyor. Bu devletlerde kadınların jüri üyeliği yapabilmeleri için ayrıca yasama yapılması gerekiyordu. 1930'da Kadın Seçmenler Derneği (League of Women Voters) İdari Sekreteri: "jüri üyesi olabilme şartları arasında yer alan 'erkek' kelimesini kaldırtmak, ikinci bir oy hakkı mücadelesi vermek kadar yorucu, maliyetli ve rahatsız ediciydi" diyerek bu durumdan şikâyet etmiştir.<sup>70</sup>

Bazı durumlarda, jüri yasalarından "erkekler" ibaresi kaldırıldıktan sonra başka özel hükümler konulduğu da görülmekteydi. 1949 yılındaki bir Massachusetts yasasına göre, bir davada mahkeme başkanının, bazı sebepler dahilinde kadın bir jürinin "tanığı dinlemekten ya da [tanığın beyanının] tartışılmasından ... mahcup olacağını" kabul etmesi durumunda, kadınlar bu davada jüri-lik yapmaktan çekilebiliyordu. 1921'de bir Oregon yasası ise "18 yaşın altında bir küçüğü, sanık ya da şikâyet eden tanık olarak ilgilendiren tüm davalarda, jürinin en az yarısı kadın olmalıdır ..." hükmüne yer vermişti.<sup>71</sup>

Kadınlara tanınan özel hakların en yaygın olanı, yalnızca kadınların kullanabildiği, cinsiyet dolayısıyla jüri üyeliğinden çekilebilme hakkıydı. Kerber'ın belirttiği üzere, kadınların jüri üyesi olabilmesine müsaade eden ilk New York yasası aynı zamanda, "din adamı ... olarak görev yapan [biri]", "günlük profesyonel olarak ilgilenmesi gereken hastaları olan ... [bir] pratisyen hekim", "usulüne uygun olarak yetkilendirilmiş [bir] tahnitçi", "düzenli olarak hukuk uygulaması ile iştigal eden ... [bir] avukat" ve "[bir] kadın" gibi bazı kişilere

<sup>69</sup> Hükümdeki lafız kadınları da kapsamına rağmen, devletin jüri üyeliği yapmaya ehil kişileri belirleyen yasasındaki "oy vermeye ehil kişi" ibaresinin yalnızca erkekleri kapsadığı yönünde verilen karar için bkz.: *Commonwealth v Welosky (1931)*.

<sup>70</sup> Mahkemede yakışksız delillerle karşılaşmanın ve istişare aşamasında erkek jüri üyeleriyle yalnız kalmanın kadınların nezahetine zarar vereceği görüşü gibi, kadınların jüri üyeliği yapabilmeleri talebine karşı ileri sürülen görüşlerin bir özeti için bkz.: Barbara Allen Babcock, *ilgili eser*.

<sup>71</sup> Dikkate değerdir ki, aynı yasada kadınların jüri üyeliğinden otomatik olarak çekilmelerine de olanak tanınmıştır.

jüri üyeliğinden çekilme hakkı da vermişti. Bazı devletlerde kadınların jüri üyeliğinden çekildiklerini ayrıca bildirmelerine gerek yoktu, bunlar yalnızca mahkeme salonundaki listeye yazıldıkları ya da diğer başka işlemler yaparak gönüllü oldukları durumlarda jüride görev alıyorlardı.<sup>72</sup>

*Hoyt v Florida* davasında Yüksek Mahkeme, kadınların diledikleri zaman üyelikten çekilebildikleri ancak erkeklerin zorunlu olarak çağrıldıkları bir jüri sisteminin Anayasa'ya uygunluğunu denetlemiştir. Sene 1961 ve John F. Kennedy Başkan iken, eşitlikçi Warren Mahkemesi<sup>73</sup> oy birliğiyle: "Kadın hala evin ve aile hayatının merkezi olarak kabul edilmektedir. Bir devletin; kadınları, kadınların bu durumun kendi özel sorumluluklarına aykırı düşmediğine karar vermeleri durumu hariç, kentsel vazifelerden ve jüri görevinden muaf tutmasının ... Anayasa'ya aykırı olduğunu söyleyemeyiz" demiştir.<sup>74</sup> 1975'te Burger Mahkemesi ise *Hoyt* kararındaki içtihadı etkili bir biçimde değiştirmiştir.

Kadınların jüri hizmetinde eşit olarak görev alabilmesinin önündeki son engel ise Peremptory Challenge usulü idi. 1970'lerde, Dallas'taki soruşturmacılar için hazırlanan bir eğitim kitabında şu ibareler yer alıyordu: "Kadın jüri üyelerinden hoşlanmam çünkü onlara güvenemem. Bununla birlikte, çocuklara karşı işlenen suçlarda en güzel jüriliği kadınlar yapmaktadır. Onların 'kadın sezgilerinin', davayı delillerle çözemediğiniz durumlarda size yardım etmesi mümkündür." 1994'te *J.E.B. v T.B.* davasında Yüksek Mahkeme; eşit korunma ilkesinin, kişilerin cinsiyetleri sebebiyle jüri adaylığından çıkarılmasını ve bu yolda Peremptory Challenge usulünün araç olarak kullanılmasını yasakladığına hükmetmiştir.<sup>75</sup>

<sup>72</sup> Bu tarz bir hükmü hukuka aykırı gören bir mahkeme kararı için bkz.: *Taylor v Louisiana* (1975).

<sup>73</sup> Earl Warren'ın Yüksek Mahkeme başkanı olduğu dönem (1953-1969) kastedilmektedir. Aşağıda bahsedilen Burger Mahkemesi de Warren Burger'in başkanlık yaptığı dönemi (1969-1986) ifade etmektedir. (Ter.).

<sup>74</sup> Kerber'in naklettiğine göre Florida Başsavcısı (Attorney General), icad edilen hazır yemek (TV dinner) çeşitlerine rağmen kadınların sorumluluklarının hala devam ettiğini belirtmiştir.

<sup>75</sup> *J.E.B.* davası bir babalık davasıydı ve davacının avukatı tüm erkekleri reddederek tamamen kadınlardan oluşan bir jüri kurmayı başarmıştı. Dava üzerine biraz düşünüldüğünde, öncü dava *Batson v Kentucky* (1986) davasında olduğu üzere, kararda ortaya konulan içtihadın bazı durumlarda dolaşılabilceği ve iyi niyetli avukatların bile mahkemenin kararına riayet etmekte ne kadar zorlanacağı görülmektedir. Örneğin bir babalık davasındaki avukatın, görünüşe göre *J.E.B.* davasında davacı avukatının da düşündüğü gibi, kadın jüri üyelerinin erkek üyelerden daha fazla kendisini kayıracığını düşündüğünü ve bu avukatın Peremptory Challenge usulüne başvurmak için başka daha önemli nedenlerin bulunmadığını varsayalım. Sonrasında ise bu avukatın, *J.E.B.* kararı sonrasında, jüri üyelerini nasıl reddedebileceğini hayal edelim.

Bu avukat (1) Challenge yoluna başvurabilmek için cinsiyetten başka çarpıcı bir gerekçe bulamayıp Peremptory red hakkını kullanmaktan imtina edebilir (2) cinsiyet temelli ayrımcılıktan uzak durmak için zihni bir kota tasarlayarak, reddettiği her erkek için bir de kadın reddedebilir (3)

### III. JÜRİNİN HUKUKİ KONULARDA KARAR VEREBİLME YETKİSİNİN KAYBOLMASI

#### A. İngiltere'de Hukuki ve Maddi Unsurun Ayrılması

1628'de Başyargıç Coke, İngiliz yargıçları ve jürileri arasındaki temel sınırı şu şekilde tanımlamıştır: Yargıçlar maddi unsura dair sorulara; jüriler de hukuki konulardaki sorulara cevap vermezler.<sup>76</sup>

Coke'un bu tanımı meseleyi tamamıyla çözmeye yetmemiştir. Coke'un içtihadından 21 yıl sonra, vatana ihanet suçundan yargılanan John Lilburne, hukuki meselede jürinin görüşünü almak için izin istemiştir. Mahkeme başkanı Lord Keble ise, Coke'a atıf yaparak Lilburne'nün isteğini reddetmiştir. "Düzleyiciler'in (Levellers)" en önde geleni olan Lilburne, Keble ve diğer İngiliz yargıçları "Norman işgalciler" olmakla suçlamış,<sup>77</sup> "hukuken jüriler, yalnızca olayın değil hukukun da yargıcidir ..." demiştir.

Lilburne, bu tezini destekleyecek bir otoriteye atıf yapmamıştı ve İngiliz jürisinin tarihi üzerinde söz sahibi Thomas A. Green'e göre, zaten bu konuda bir otorite de yoktu. Görünüşe göre Lilburne mahkemede, gerçekte bulunmayan bazı haklar da ileri sürmüştü ve Lord Keble tarafından "Çok az zaman harcadınız ancak kendinize iyi zarar verdiniz; hukuktan, şimdi gösterdiğinizden daha fazla anladığınızı zannediyordum" ibareleriyle hafife alınmıştı.

Bununla birlikte Lilburne'nün kendine oldukça yararı dokunmuştu. Bir saatten kısa bir süre içerisinde jüri kendisini beraat ettirmişti. Beraatinin ardından yakılan şenlik ateşleri, çalınan kilise çanları ve verilen ziyafetler, kararın halk tarafından da desteklendiğini gösteriyordu. Lilburne'nün zaferinden kısa süre sonra, Lilburne'nün resminin ve davadaki jüri üyelerinin isimlerinin bulun-

---

cinsiyet temelli *açık* bir ayrımcılık yapmaktan uzak durmak için, farklı bir zihni kota tasarlayarak, reddettiği her üç erkek için iki kadın reddedebilir ya da (4) *J.E.B.* kararı öncesinde reddetmek istediği söz konusu jüri üyelerinin hepsini ya da bazılarını reddedip, bunu cinsiyetten başka bir gerekçe ile temellendirmeye çalışabilir. Yani avukat en az şık giyinen, örneğin kravat takmayan bir kişiyi seçtiyse bunu reddetmesini tamamen, kısmen ya da öncelikle bu jüri adayının kıyafeti ya da sınıfıyla gerekçelendirebilir. Hatta reddin gerekçesi olarak *kısmen* kıyafeti ya da sınıfı gösterirse bu doğru bir beyan da olacaktır ve pejmürde ve mazereti bulunmayan bir kadın da listede bulunmadıkça, bu hususun daha iddialı bir şekilde ifade edilmesine de itibar edilebilecektir. Avukatın bu seçeneklerden (ya da başka seçeneklerden) hangisini tercih edeceğini hayal etmek, aynı zamanda kişinin insan doğasına (ya da sadece avukatların doğasına) karşı olan bakış açısı için bir test sayılabilir. *J.E.B.*'de olduğu üzere, bir davada tamamen cinsiyet körlüğü aramak, ki görünüşe göre Yüksek Mahkeme bunu yapmıştır, büyük ihtimalle imkânsız talep etmektir.

<sup>76</sup> Latincesi: "Ad questionem facti non respondent judices ... ad questionem juris non respondent juratores". Coke bu ifadeye, bir keresinde yanlışlıkla Bracton'un 13. yüzyıldaki eserinden de alıntılar yaparak, pek çok kez atıf yapmıştır. Görünüşe göre ise bu ilke 16. yüzyılda şekillenmiştir.

<sup>77</sup> Bu arada belirtmek gerekir ki Norman İşgali'nin üzerinden yalnızca 583 yıl geçmişti.

duğu bir plaket hazırlanmıştı. Plaket'te "John Lilburne, Tanrı'nın iradesiyle ve -hem hukuku hem de olayı değerlendiren- jürisinin dürüstlüğüyle kurtuldu" yazmaktaydı.

İki yıl sonra Parlamento, Lilburne'ün sürgün edilmesine karar vermiştir, bundan iki yıl sonra ise Lilburne Londra'ya geri dönmüş ve Parlamento kararına karşı gelmiştir. Bu fiilinden dolayı yargılanan Lilburne, yine jürinin hem hukuki meseleyi hem de maddi meseleyi değerlendirmesini istemiştir. Sürgün edilmesinin ve hakkında hazırlanan iddianamenin geçersiz olduğunu savunmuştur. Ve jüri tarafından yine beraat ettirilmiştir. Beraatinden kısa süre sonra Lilburne Quaker olmuştur. Jürinin hukuki meselede de söz sahibi olduğuna dair görüşleri Quakerler ve sonraki asırlarda gelen kimseler tarafından da savunulmasına rağmen hiçbir zaman resmi bir kabul görmemiştir.<sup>78</sup>

## **B. Amerikan Jürilerinin Hem Maddi Meselede Hem De Hukuki Meselede Karar Verebilme Yetkisi**

Her ne kadar yargıçların talimatlarını sık sık görmezden gelseler de İngiltere'de jüriler bu yetkiyi yasal olarak hiçbir zaman elde edememiştir. Devrim'den sonra ise Amerika'da, jürilerin hukuki meselede karar verebilme yetkisine anayasalarda, kanunlarda ve yargı kararlarında sıklıkla yer veriliyordu.

Amerikan jürilerinin hukuki meselede karar verebilme yetkilerini ne zaman ya da nasıl kazandığı ise net değildir.<sup>79</sup> Aslında jürinin hukuki mesele hakkında karar verip veremeyeceği sorunu, 18. yüzyılda jürilerin İngiliz otoritesine isyan ettiği siyasi davalara kadar fark edilmemişti bile.<sup>80</sup> Ancak Andrew Hamilton, *Zenger* yargılaması esnasında jürilerin "hem hukuki mesele hem de maddi mesele üzerinde ... söz söyleme hakkı bulunduğunu" belirttiğinde, bu durum hakkında "hiçbir tartışma bulunmadığında" ısrar etmişti. Büyük ihtimalle Hamilton'un bu tutumu, en azından bazı kolonilerde yerleşmiş bulunan uygulamayı yansıtmaktaydı.

<sup>78</sup> 1771'de Edmund Burke, iftira-hakaret (libel) davalarında hala öne sürülmekte olan, hukuki meseleye de jüri tarafından karar verilmesi gerektiği savunması ile alay etmiştir. Burke, bir jüri üyesinin bir yargıca "Sen o kadar cahilsin ki, ben köpeklerimi, sabanımlı, dükkanımı, ya da dokuma tezgahımı bırakarak, gelip sana kendi mesleğini öğretmeye ehilim" demesinin oldukça mantıksız olduğunu ifade etmiştir.

<sup>79</sup> Plymouth Kolonisi'ne ait 1623 tarihli bir yasada "tüm cezai *vakalar* ... yetkili otorite tarafından jüri şeklinde toplanacak on iki dürüst adamın yeminli kararı ile [yargılanacaktır]" hükmüne yer verilmişti.

<sup>80</sup> Amerikan kolonistler, jürilerin daha aktif siyasal rol oynadığı 18. yüzyıldaki döneme kıyasla, 17. yüzyılda jürinin yetkilerini önemli ölçüde ihmal etmiştir.

Amerikan koloni döneminde İngiltere'de yargıçlar, kendilerini profesyonel bir meslek grubunun üyesi olarak görüyorlardı ve jüriler de dahil olmak üzere diğer kişiler de onları bu şekilde görüyordu. Ancak kolonilerde eğitilmiş hukukçular ve hatta hukuk bile zor bulunuyordu, dolayısıyla Amerikan jürilerinin hukuki mesele hakkında karar verme yetkileri de büyük ihtimalle bu durumdan kaynaklanmaktaydı. Hukuk kitaplarının ve hukuk eğitimi almış yargıçların yokluğunda, herkes kadar jüriler de hukuki meseleler hakkında karar vermekte yetkin görülmüş olmalıydı.<sup>81</sup>

Bellomont Kontu, 1699'da İngiliz hükümetine, Rhode Island kolonisindeki yargıçların "jüriye hiç talimat vermediklerini ve delilleri de onlara özetlemediklerini" bildirmiştir. Görünüşe göre Rhode Island yargıçları ancak 1833 itibarıyla jüriye hukuki konularda talimat vermeye başlamıştır.<sup>82</sup> Bunun öncesinde yargıçların görevi "davalarda karar vermek değil ... yalnızca düzeni sağlamak ve tarafların jüri karşısında eşit şansa sahip olmasını sağlamaktır."

17. yüzyılda Connecticut'taki hukuk davalarında, yargıçlar ve jüri arasındaki geleneksel görev dağılımı resmi olarak da belirlenmişti ancak uygulamada bu durum görmezden geliniyordu. Bruce H. Mann bu davalar üzerinde yaptığı çalışma sonucunda şu sonuca ulaşmıştır:

*Uygulanacak hukuk konusunda, yargıçların jüriye yol gösterdiğine dair bir belirti bulunmamaktadır. Yüzyılın sonlarına doğru yargıçlar jüriye hangi hususları değerlendireceklerine dair genel bir açıklama yapmaya başlamışsa da ... jüri için "çerçevesi çizilecek" bir mesele bulunmuyordu çünkü bütün uyumsuzluk jürinin yetki alanı dahilindeydi.*

Massachusetts'te ara sıra yargıçlar hukuki görüşlerini jüriye bildirse de jüri üyelerinin bu görüşlere uymama yetkileri vardı ve bu yetkiyi sıklıkla kullanıyorlardı. Aslında 19. yüzyılın başlarına kadar Massachusetts'te yargı kürsüsü

<sup>81</sup> Dahası, kolonilerde birkaç tane profesyonel hukukçu bulunabilse bile Amerikanlar bunlara şüpheye yaklaşyordu. 1641 tarihli Massachusetts Özgürlükler Birliği (Body of Liberties), kişilerin başka mahkemelere yardım etmek karşılığında ücret almalarını yasaklamıştı. Her ne kadar yasa koyucu bu şartı 1648 tarihli Yasa'dan çıkarmışsa da, daha sonra 1663'te "derece mahkemelerinde (Inferior Courts) görev yapan tüm normal avukatların (Common Attorney) yasama organında görev almasını" yasaklamıştır.

<sup>82</sup> Amasa Eaton bu sonuca, 1833'te Ephraim K. Avery'nin cinayetten yargılandığı davada, yargıcın jüriye yaptığı açıklamadan ulaşmıştır: "Birkaç yıl içerisinde çıkarılan ve dava yargıcını jüriye hukuki olarak yol göstermekle yükümlü kılan bu yasaya kadar, bu ülkede hiçbir mahkeme jüriye talimat verme uygulamasında bulunmamıştı..." Eaton 1833 yılı öncesinde, "meslekten olmayan" bir yargıcın jüriye talimat vermesinin pek ihtimal dahilinde olmadığını çünkü "bunu nasıl yapacağını bilmediğini" belirtmiştir.

genellikle, en az üç yargıçtan oluşuyordu. Bu yargıçların hukuki görüşleri bir-biri ile çeliştiğinde jüri üyelerinin, hukuki meseleyi kendileri çözmekten başka çareleri bulunmuyordu.

1760-1774 arasında Massachusetts Üst Mahkemesi'nde (Superior Court) görev alan on bir yargıçtan dokuzu hukuk uygulamacısı değildi ve bu dokuz kişiden altısı hukuk eğitimi almamıştı. Massachusetts Başyargıç Thomas Hutchinson 1771'de itiraf etmiştir ki: "Hiçbir zaman kendimi bir hukukçu olarak görmedim ... en çok [hukukçu] taklidi yapabildiğim durum, iki tarafın da önüme hukuku koyup hangisinin haklı olduğuna karar vermeme istedikleri zamandı."

Vermont Yüksek Mahkemesi'nde görev alan ilk hukukçu, 1787'de görev başlamıştır. Bundan birkaç yıl önce, New Hampshire Üst Mahkemesi'nde görev alan üç yargıçtan, yalnızca biri daha önce hukuk eğitimi almıştı; bu mahkemenin diğer yargıçlarının biri kâtipti, diğeri de hekimdi. Devrim'den hemen sonraki dönemde New Jersey Yüksek Mahkemesi, meslekten olmayan bir yargıçtan ibaretti. 1814-1818 arasında Rhode Island'ın en yüksek mahkemesinde bir demirci oturuyordu ve 1819-1826 arasında mahkemenin başkanlığını bir çiftçi yapıyordu.<sup>83</sup>

Yetkin ve bilgili bazı hukukçular kürsüye geçtiğinde bile, bunlar hukuka erişimi kısıtlayabiliyordu. Şansölye (Chancellor) James Kent, New York'taki ilk yargısal görevi ile ilgili olarak şunları söylemiştir: "hiçbir mahkeme tutanağı ya da devlet geleneği yoktu ... Kendimize ait bir hukukumuz yoktu ve kimse [bunun] ne olduğunu bilmiyordu".<sup>84</sup>

Her ne kadar Amerikan jürilerinin hukuki meselelerde karar verip veremeyeceği sorunu çoğu yargıcın hukuki eğitimden yoksun olduğu bir dönemdeki çarpık uygulamadan kaynaklansa da jürinin bu yetkisi kamunun adalet

<sup>83</sup> 1763'te New York'ta Sulh Yargıçlığı (Justice of Peace) görevini yapan kişilerin yüzde elli dokuzu hukuk eğitimi almamıştı ve bazıları da okuma yazma bilmiyordu. Murrin'in belirttiği üzere 18. yüzyılın başlarında Massachusetts'te:

"Hukukun uygulamacılığını yapmak, 'çantalı yalancıların (pettifoggers)' düşmanı olan ve tavırları toplumdaki 'avukatların çoğalması hukukun sonudur' görüşünü yansıtan bir grup kişiye düşmüştü. Hampshire İlçesi'nde eski terzi Cornelius Jones, adaletin icrasını geciktirmekteki eşsiz yeteneği ile mahkemeyi kızdırmıştı. York İlçesi'ndeki birkaç düzenli avukat, bazı durumlarda okuma yazmayı bile zor beceriyordu ... Ehil olan kişilerin sayıca azlığı ve hukuku icra eden sayıca çok olan kişilerin ehliyetsizliği, belki de çoğu zaman arkadaşlarına bir iyilik olarak bu işi yapan amatör gençlerin doldurduğu bir boşluk ortaya çıkarmıştı. Nadir de olsa bazı durumlarda bakanlar da kendi gruplarından kimselerin davalarını kabul ediyordu."

<sup>84</sup> Kent'in bu iddiası biraz abartılmış olabilir. Bu hususta bkz.: John H. Langbein, *ilgili eser*. Ancak yazılı görüşler ve hukuk kayıtları 18. yüzyıl sonu-19. yüzyıl başı Amerika'sında nadirdi.



algısı karşısında bir güven sembolü haline gelmiştir. New Hampshire Yüksek Mahkemesi'nin eski<sup>85</sup> bir yargıcı, bir keresinde bir jüriye “duru [bir] zihin ve dürüst bir kalp, bütün hukukçuların hukukundan daha [üstündür]” diyerek, Common Law yerine ortak sağduyuya göre karar vermelerini telkin etmiştir. 1771’de John Adams da aynı durumu “yasaların; [jüri üyelerine] kendi düşünce, yargı ve bilinçlerine göre değil de mahkemenin direktifine göre karar verme zorunluluğu yüklediğini zanneden bir absürtlük” kelimeleriyle nitelendirmiştir.

### C. Jürinin Hukuki Meselede Karar Verme Yetkisine Dair Tartışmalar

Devrim’in ardından, John Adams’ın jüri görüşüne itirazlar artmıştır. John Langbein şöyle yazmıştır:

*Amerikan bağımsızlığının ilk yıllarında, Amerikan hukuku üzerinde bir Titanik mücadelesi gerçekleşti ... bir tarafta hukukçulara ve yasal doktrine düşman insanlar dizildi. Bu kişiler hukuk sistemini, oldukça önemli bir hakemlik görevi olarak görüyordu: sıradan insanlar, doğru ve yanlışa dair genel sağduyuya göre gündelik hayattaki anlaşmazlıkları çözebilirdi ... Bu görüşteki halka karşı ise, yaratılışı itibariyle karmaşık olan insan davranışlarının, hukuki kurallarda ve usullerde de kaçınılmaz bir karmaşıklık gerektirdiğini savunan kişiler saf tutmuştu. Bunlara göre hukuki karmaşıklık, hukuki uzmanlığı gerektiriyordu.*

Profesyonel adalet ile popüler adalet arasındaki çekişmeyi, jürinin hukuki meselede karar verebilmesi meselesinden daha net yansıtan bir tartışma bulunmamaktadır. Cumhuriyet’in ilk günlerinden 19. yüzyılın sonlarına kadar iki tarafın da kazandığı zaferler olmuştur. Ancak bu yüzyılın ikinci yarısından itibaren, hukuki uzmanlığı savunanlar açık bir egemenlik kazanmıştır.

Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi’nin yürüttüğü son jüri yargılaması, tarihinin daha başlarında, 18. yüzyıl bitmeden gerçekleşmişti. 1794’te (Mahkeme’nin yürüttüğü üç jüri yargılamasının ikincisinde) *Georgia v Brailsford* yargılamasının bir kısmını dinlemek üzere özel bir jüri kurulmuştu. Başyargıç John Jay, *Brailsford* jürilerine verdiği talimat hakkında diğer meslektaşlarının da onayını almıştı. Bu talimat şunu belirtmişti: “maddi vakayı değerlendirecek en iyi yargıçların jüriler olduğu kabul edilmektedir; diğer taraftan hukukun en

<sup>85</sup> Orijinal makalede bu kelimenin yerinde “çiftçi” anlamına gelen “farmer” kelimesi yer almaktadır. Bunun bir yazım hatası olduğu düşünülerek “eski” anlamına gelen “former” kelimesine göre tercüme yapılmıştır. (Ter.)

iyi yargıçlarının da mahkeme olduğu kabul edilebilir ...” Bununla birlikte Jay, bu kabulün jüri tarafından görmezden gelinebileceğini de belirtmiştir: “Şu da unutulmamalıdır ki, bu makul yargı yetkisi dağılımını yapan aynı hukuka göre iki hususun da yargıçlığını yapabilir ve uyuşmazlıktaki maddi meselenin yanın-da hukuki mesele üzerinde de karar verebilirsiniz.”

Aaron Burr’un vatana ihanet suçundan yargılandığı davada Başyargıç John Marshall, jüriye şunları telkin etmişti:

*Jüri, mahkemenin konu üzerindeki hukuki görüşünü dinlemiş bulunmaktadır. Şimdi bu hukuku maddi gerçeklere uygulayacak ve kendi vicdanları doğrultusunda suçluluk ya da suçsuzluk kararı verecektir.*<sup>86</sup>

1835’e gelindiğinde şartlar yeterince gelişmişti ve dava yargıcı olarak görev yapan Yargıç Joseph Story, bir avukatın “jürilerin maddi olayın olduğu kadar hukuki meselenin de yargıçları olduğu” iddiasını açıkça reddetmişti. Bu minvalde Story, “bütün profesyonel kariyeri boyunca bu yönde kesin bir kanaat edindiğini” belirtmişti. Her ne kadar Story, jüri kararının “hem hukuki hem maddi unsurla iç içe olduğunu” kabul etmişse de devamında şöyle demiştir:

*Hukuk davası olsun ceza davası olsun hiçbir davada [jüri üyelerinin], hukuki konularda kendi keyiflerine ya da fikirlerine göre karar verileme gibi ahlaki bir hakları yoktur. Aksine, jürinin maddi meseleyi yargıçların ise hukuki meseleyi değerlendirmesinin, bir suç ile itham edilen herkesin en kutsal bir anayasal hakkı olduğunu düşünüyorum. Hukuki meselede jüriyi yönlendirmek mahkemenin görevidir ve mahkeme tarafından önüne konulan şekilde hukuka riayet etmek de jürinin görevidir.*

Jürinin değişen rolünde, meydana getirdiği karşıt görüşlerle birlikte, en heyecanlı etkiyi doğuran Yüksek Mahkeme görüşleri Yargıç Samuel Chase’ye aitti. 1805’te Chase, Temsilciler Meclisi tarafından itham edildi (impeachment) ve Senato tarafından yargılandı. Her ne kadar senatörlerin çoğu mahkûm edilmesi yönünde oy kullanmışsa da görevden alınması için yeterli olan üçte iki çoğunluk sağlanamamıştır. Chase’nin işlediği iddia edilen fiillerden biri de,

<sup>86</sup> Marshall’ın, jüri üyelerinin “kendi vicdanları doğrultusunda ... karar vereceklerini” belirtmesi, jürinin yasal yetkilerini belirtmesinden ziyade, mevcut durumun bir ifadesi olarak yorumlanabilir. Ancak bu talimatları duyan jüri üyelerinin, Marshall’ın ifadelerini böyle dikkatle incelemiş olması çok muhtemel değildir. İki yıl öncesinde Temsilciler Meclisi’nde (House of Representatives) gerçekleşen ve aşağıda yer verilen *Samuel Chase* yargılaması da bu bağlamda değerlendirildiğinde, Marshall’ın kullandığı ifadeleri özenle seçtiği sonucuna varılabilir.

bölge yargıcı (circuit justice) olarak görev yaptığı davalarda, “vermesi gereken hüküm için uyuşmazlığı dinlemeye yetkili olan ve maddi meselede olduğu gibi hukuki meselede de karar verebilen jürinin bu tartışılmaz yetkisini zorla almaya” çalışmasıydı.

Chase'nin bu iddiaya karşı verdiği cevap ise muğlaktı. Başlangıçta, “hukuki ayrıcalıklarımızın kutsal bir parçası” olarak nitelendirdiği jürinin genel bir hüküm verme yetkisini hiçbir zaman “kısıtlama ya da ... engelleme” çabasına girmediğini belirtmiştir. Sonrasında ise şunları ilave etmiştir:

*Ülkenin kanunları kapsamında hareket etmek jürinin görevidir ve bu kanunlar üzerinde tasarruf etmeye hakları yoktur. Hukuku doğru olarak anlayabilmek için mahkememizden verebileceği her türlü yardımı istemek ve almak da jürinin hakkıdır. Bu yardımın her ne şekilde olursa olsun verilmemesi ya da jüriyi hata ve yanlıştan en etkili biçimde muhafaza edecek şekilde vermekten kaçınılması, görevin ihmali ya da terki olacaktır ...*

Chase'nin ifadeleri, jüri üyelerinin kararlarını “ülkenin kanunları” yerine kendi kişisel kanaatlerine dayanarak verebilecekleri görüşünü reddediyordu ancak bir uyuşmazlık halinde hukuki meselede kimin karar vereceğini açıklamıyordu. Mahkemelerin hukuki telkinleri hakkında Chase'nin kullandığı (“hüküm”, “talimat”, “emir” kelimeleri yerine) “yardım” kelimesi, Temsilciler Meclisi'nin “tartışılmaz” gördüğü bir hususa, yani jürinin hukuki meselede karar verme yetkisine, açıkça itiraz etmek istemediğini göstermektedir.<sup>87</sup> Chase'nin hukuki mesele hakkında karar verme yetkisini kullanmaktan jürileri alıkoyduğu iddiasına dair Senato oyu, kendisini görevden almak için gerekli olan eşğin çok altındaydı. 34 senatörden yalnızca 16'sı mahkûmiyet yönünde oy kullanmıştı. Çok geçmeden, jürinin hukuki meseleler hakkında karar vermeye dair “tartışılmaz” yetkisi devlet mahkemelerinde, devlet yasama organlarında ve devletlerin anayasal kongrelerinde sık sık tartışılır olmuştur. Massachusetts'teki gelişmeler, meseleye gösterilen ilgiyi yansıtmaktadır:

- 1808'de devlet yasama organı tarafından, ceza davalarında jürilerin hem hukuki meseleyi hem de maddi meseleyi yargılayacağı hüküm altına alınmıştır.

---

<sup>87</sup> Yedi yıl öncesinde, 1798 tarihli İhriras Yasası (Sedition Law) öncesindeki tartışmalarda, Kongre üyesi Robert Goodloe Harper: “İyi bilinmektedir ki bu ülkede jüri her zaman, iftira-hakaret (libel) davalarında ve diğer tüm davalarda, maddi meselede olduğu üzere hukuki meselede de yargıçlık yapmıştır” demiştir.

- 1820’de, bir Anayasal Konvansiyon (Constitutional Convention), jürilerin hem hukuki hem de maddi meselenin yargıçları olduğuna dair bir yasama teklifini, böyle bir hükme gerek bulunmadığı gerekçesiyle reddetti. Yasa tasarısının yalnızca, “ülkede fiilen uygulanan hukuku resmileştireceği” belirtiliyordu.
- 1836’da bir devlet yasası tarafından, jürilerin hukuki meseleyi de yargılamalarına izin veren 1808 tarihli yasa ilga edildi.
- 1845’te, Başyargıç Lemuel Shaw’un *Commonwealth v Porter* davasında Yüksek Yargısal Mahkeme’de (Supreme Judicial Court) belirttiği görüşü ile jürilerin hukuki meseleler üzerinde karar alma yetkisi bulunmadığı kabul edilmiştir.
- 1853’te devlet konvansiyonu tarafından hazırlanan anayasa taslağında, jürilerin hem maddi meseleyi hem de hukuki meseleyi yargılama yetkisi bulunduğu hükmüne tekrar yer verilmişti. Bu hüküm taslaktaki başka bir madde hükmüyle çelişmesi sonucu kabul edilememiştir.
- 1855’te yasama organı, 1808’deki tavrına geri dönmüş ve jürilerin hukuki meselede karar verebilmelerini tekrar sağlamıştır.
- Daha sonra, 1855’te Yüksek Yargısal Mahkeme yasama organının kararı, jürinin genel bir hüküm (general verdict) verebilme yetkisinin yalnızca bir kodifikasyonu olarak yorumlamış ve büyük oranda hükümsüz kılmıştır.

1851’e gelindiğinde en azından dokuz devlet, anayasalarında ya da yasalarında jürilerin hukuki meseleleri çözebilme yetkisini kabul etmişti: Connecticut, Georgia, Illinois, Indiana, Louisiana, Maryland, Massachusetts, Pennsylvania ve Tennessee. Bunlardan başka altı devlette (Maine, New Hampshire, New York, Rhode Island, Vermont ve Virginia) ise jürilerin hukuki meselelerde karar verebilme yetkisi ya yargı kararlarıyla ya da yerleşik uygulama sonucu oturmuştu.<sup>88</sup>

1850’den sonra ise bu sorunla karşılaşan mahkemelerin çoğu, hukuki meseleleri jürilerin değil yargıçların karara bağlayacağına hükmediyordu. 1850 ile 1931 arasında en azından on bir devletin mahkemeleri (Connecticut, Georgia, Illinois, Louisiana, Maine, Massachusetts, New York, Pennsylvania, Tennessee, Vermont ve Virginia), jürilerin maddi meselenin yanında hukuki meselede de karar verebileceği görüşünü reddetmekteydi.

<sup>88</sup> İç Savaş öncesinde yapılan jürinin hukuk yargıçlığı tartışmasının arka planında, Kuzey devletlerinin köleliği destekleyen yasaları uygulamamak için direnmeleri yatmaktadır.

Amerikan jürilerinin hukuki konularda karar verebilme yetkisinin sonunu en açık ortaya koyan olay, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin 1895'te verdiği *Sparf and Hansen v United States* kararıdır. Yargıç Harlan'ın mahkemedeki görüşü ile kabul edildiği üzere, önceki yıllarda federal mahkemeler jürilerin hem maddi unsurları hem de hukuki unsurları değerlendireceklerini söylüyordu.<sup>89</sup> Ancak Mahkeme, jüri üyelerinin kendilerine yapılan hukuki talimatlarla bağlı olması gerektiğine hükmetmiştir. 19. yüzyıl sonlarında bile mesele tartışmalıydı, iki yargıç uzun ve şevkli kararlarıyla Mahkeme'nin içtihadından ayrılmıştı.

Günümüzde, üç devletin anayasasında (Georgia, Indiana ve Maryland) jürilerin hem maddi meselede hem de hukuki meselede karar vereceği yer almaktadır.<sup>90</sup> Ancak üç devlette de, bu anayasal hükümler yargı kararlarıyla büyük ölçüde işlevsizleştirilmiştir.<sup>91</sup> Diğer Amerikan yargı yerlerinde ise hukuki meselelerde karar verme yetkisinin mahkemelere ait olduğu açık bir biçimde kabul edilmiştir. Jüriler, yargıç tarafından "kendilerine sunulan hukuku kabul etmek zorundadır".

<sup>89</sup> Örneğin *United States v Wilson (1830)* kararında Mahkeme, "bu davaya ait maddi unsurlar üzerinde olduğu gibi hukuki unsurlar üzerinde de karar verebilirsiniz ve bizim hukuki görüşümüze uygun karar vermek zorunda da değilsiniz" demiştir.

<sup>90</sup> Bkz.: Georgia Anayasası Art 1, § I, P 11: "Ceza davalarında ... jüri maddi gerçeklerin ve hukukun yargıç olmalıdır" (bu hüküm 02.03.2022 itibarıyla hala yürürlüktedir: <https://law.justia.com/constitution/georgia/conart1.html> (Ter.)); Indiana Anayasası Art I, § 19: "Her ne olursa olsun tüm ceza davalarında, jürinin maddi unsurları ve hukuku değerlendirme hakkı olmalıdır" (bu hüküm de 02.03.2022 itibarıyla hala yürürlüktedir: <https://law.justia.com/constitution/indiana/art1.html> (Ter.)); Maryland Anayasası Decl of Rts, Art 23: "Tüm ceza yargılamalarında maddi unsurun olduğu gibi hukukun yargıç da jüri olmalıdır meğer ki mahkeme, mahkûmiyet için dayanak oluşturabilecek delillere dayansın" (bu hüküm de 02.03.2022 itibarıyla hala yürürlüktedir: <https://law.justia.com/constitution/maryland/declaration-of-rights/> (Ter.)). Oregon Anayasası Art I, § 16 ise şu kafa karıştırıcı hükme yer vermiştir: "Her ne olursa olsun tüm ceza davalarında, hukuki konularda mahkemenin talimatları doğrultusunda olmak üzere, jürinin maddi unsurları ve hukuku değerlendirme hakkı olmalıdır..." (bu hüküm de 02.03.2022 itibarıyla hala yürürlüktedir: <https://law.justia.com/constitution/oregon/> (Ter.)).

<sup>91</sup> Örneğin bkz.: *Sparks v State (1992)*: "İçtihat hukuku açıkça gösterdiği üzere bu anayasal kalıptan, yorum süreci sonucu, neredeyse hiçbir şey kalmamıştır"; *Berry v State (1898)* kararına atfen *Conklin v State (1985)*: "Anayasa'nın lafzı yalnızca, jüri üyelerinin maddi unsurun "mutlak ve münhasır" yargıçları olduklarını belirttiği bağlamda bunları hukukun da yargıçları kabul etmektedir". Üç devlette de yargıçlar, delillerin sanığın mahkûmiyeti için yeterli olmadığı durumlarda beraat kararı vermeleri yönünde jüriyi telkin edebilir. Dahası bu üç devlette de yargıçlar jüri üyelerine hukuki konularda talimat verebilir. Maryland'de mahkeme, sırf hukuki meselenin tartışıldığı durumlarda, verdiği talimatların yalnızca tavsiye niteliğinde olduğuna (*Medley v State (1982)*) ve jürinin vazifesinin yalnızca kendisine sunulan hukuki sorunu çözmeye mahsus olduğuna dair jüriyi bilgilendirir (*Stevenson v State (1980)*). Georgia ve Indiana'da ise mahkeme jüriye, ancak taraflardan biri bunu talep ettiğinde hukuki mesele üzerinde karar verebileceklerini bildirmektedir (*Reddick v State (1912)*; *Bridgewater v State (1899)*). Görünüşe göre bu durumda bile mahkeme jüriye, yargıç tarafından kendisine sunulan hukukla bağlı olduğunu bildirmektedir (*Moyers v State (1938)*; *Carman v State (1979)*).

## D. Mesele Neydi?

Jürinin hukuki meselelerde karar verme yetkisi üzerine yaşanan tartışmaların başrolleri, birçok ortak noktaya sahipti. Örneğin kimse, 1671’de Başyargıç Vaughan’ın *Bushell Davası* ile İngiltere’de başlattığı bir içtihat olan “jürilerin zorlanamaması ilkesine” itiraz etmiyordu.

Bir dönüm noktası olan bu dava, daha sonra Pennsylvania’yı kuran ve Amerikan hukukunun etkili bir mühendisi William Penn’e karşı açılan ceza soruşturmalarından türemiştir.<sup>92</sup> Quaker doktrinini kamuya anlatmasının ardından Penn, hukuk dışı bir topluluğa katılmak ve toplum huzurunu bozmakla suçlanmıştır. Davadaki maddi unsurlar üzerinde önemli bir tartışma yoktu ve dava, Penn’in verdiği vaaz sonucu toplulukta kargaşa oluşturacağını öngörmesinin, suçluluğu için yeterli olup olmayacağı hususu üzerine odaklanmıştı. Jüri, (bir nesil önce John Lilburne tarafından kısmen ortaya konulan) jüri üyelerinin hem hukuki hem maddi unsurları değerlendireceğine dair popüler algıdan etkilenmiş olacaktı ki, mahkûmiyet kararı vermeyi reddetmişti. Bunun üzerine mahkeme jüri üyelerini, delilleri ve mahkemenin talimatlarını görmezden gelmeleri nedeniyle para cezasına çarptırdı. Hatta jüri üyelerinden biri, Edward Bushell, para cezasını ödemeyi reddettiği için hapse atıldı. Bushell *habeas corpus* başvurusunda bulundu ve Başyargıç Vaughan, konu üzerinde uzun zamandır süregelen tartışmayı sonlandıracak bir şekilde; yargıçların, jüri üyelerini kararları sebebiyle cezalandıramayacaklarına ve cezalandırmakla tehdit edemeyeceklerine hükmetti.<sup>93</sup>

*Bushell Davası*’ndan bir asır sonra bile Amerika’da kimse bu karara itiraz etmedi ve Amerikanlar jürinin hukuki meselede karar verip veremeyeceğini tartışırken, jürinin yargısal talimatlara uymaması dolayısıyla resmi bir misilleme ile karşılaşmaktan korkmaması gerektiği hususunda kimse şüphe duymuyordu. Benzer şekilde 19. yüzyılda aynı tartışmayı yürüten kişiler de, yargıçların ceza davalarında mahkûmiyet hükmü vermeleri konusunda jüriyi zorlayamayacağı ve jüri tarafından verilen beraat kararlarını bozamayacağı konusunda hemfikir idi.<sup>94</sup> Yine, ceza davalarında yargıçların jürileri “özel karar (special ver-

<sup>92</sup> Penn’in özellikle Amerikan din özgürlüğünün ve insancıl bir Amerikan ceza hukukunun şekillenmesindeki katkısı büyüktü.

<sup>93</sup> Vaughan’ın jürilerin delillerin aksine karar veremeyeceğine dair görüşünün şüpheli olduğu, çünkü jürinin mahkemeye sunulmayan başka delilleri biliyor olabileceği görüşü için bkz.: Thomas A. Green, *ilgili eser*. Ancak Langbein’in belirttiği üzere, “jürinin kendi kendini bilgilendirme özelliği” 1671’den çok önceleri yok olmuştur.

<sup>94</sup> Yüksek Mahkeme Anayasa’da yer alan, aynı suçtan dolayı ikinci kez yargılama (double jeopardy) yasağına dayanarak, beraat kararlarının nihailiğini pek çok kez kabul etmiştir.

dict)" (mahkeme tarafından belirlenen maddi unsurlara ait problemlerin jüri tarafından değerlendirildiği ve bunların sonucuna göre mahkemenin hukuki sonuca karar verdiği usul) vermeleri konusunda zorlayamayacaklarında da hemfikirlerdi. Zira "özel karar" görünüşe göre jürileri çok dar bir vaka saptayıcılık görevi ile sınırlandıracaktı, bu sebeple ne olduğu belli olmayan, suçlu ya da suçsuz şeklinde verilen "genel karar (general verdict)" yetkisi -öyle ki bu kararı veren jürinin maddi unsurlara mı, hukuka mı yoksa gezegenlerin uzaydaki konumlarına göre mi değerlendirme yaptığını anlamak imkânsızdır-tartışmasıydı.<sup>95</sup> Son olarak iki tarafın da başkahramanları, yargıçların jüri üyelerine hukuki olarak yardım teklif edebilmeleri konusunda hemfikirdi. Kısaca özetlemek gerekirse, yüzyıllar süren bu tartışmada farklılık gösteren nokta; yargıçların, verdikleri hukuki talimatları bir tavsiye olarak mı yoksa bir emir olarak mı adlandıracaklarıydı.

Zorunlu talimatlarla bağlı olan 20. yüzyıl jürileri hiç şüphesiz bu talimatları nadir denilecek miktardan daha sık ihlal ediyordu; ve 19. yüzyılın başındaki jüriler, bu talimatları görmezden gelmelerine yasal olarak izin verilmesine rağmen, hiç şüphesiz bunları kayda değer oranda uyguluyordu. Yargısal yönlendirmelerin tavsiye ya da emir olarak adlandırılması, jürilerin bu talimat-

<sup>95</sup> Benjamin Spock ve diğer Vietnam dönemi savaş protestocularının yargılamalarında bir federal bölge mahkemesi jüriden "özel karar" istediği için Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi Birinci Dairesi (United States Court of Appeals for the First Circuit) bu usulün, sanıkların Anayasa ile güvence altına alınan jüri yargılaması hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir. Ancak yargısal bir baskı bulunmaması şartıyla, jüriden özel karar istenmesini diğer mahkemelerin anayasaya uygun gördüğü durumlar mevcuttur.

Anglo-Amerikan tarihinin ceza davalarında genel karar usulünden ayrıldığı en öne çıkan dava *Regina v Dudley and Stephens (1884)* davasıydı ki bu davada gemisi kaza yapan denizcilerin, ne kadar aç olurlarsa olsunlar, miçoynu öldürüp yiyemeyeceklerine hükmedilmiştir. Davada yargıç Baron Huddleston, normal usulde istediği kararı veremeyeceğini düşündüğü için, bu davada özel karar vermeleri yönünde jüriyi yönlendirmiştir. *Dudley and Stephens* davasında ve bazı diğer Common Law usullerinde özel karar yoluna başvurulmasına rağmen genel olarak otoriteler "jürinin genel karar vermekte ısrar edebileceği" görüşünde kalmıştır. Bununla birlikte jürilerin iftirahakaret davalarında da genel karar vermekte ısrar edip edemeyecekleri hususu tartışmalıydı. En sonunda 1792'de [Charles James] Fox'un İftira-Hakaret Yasası (Fox's Libel Act) ile, tahrik edici iftira (seditious libel) davalarında "jüri ... dava konusu edilen meselenin tamamı üzerinde, suçlu ya da suçsuz şeklinde genel karar verebilir ..." hükmü getirilmiştir.

Her ne kadar yargıçlar, jürileri özel karar vermeleri hususunda sıkıştıramazlarsa da, bunu jüri kendisi talep edebilir. 1667'de Bethjah Bullojne, Peter Turpin ile zina etmekle (ölüm cezası ile cezalandırılan bir suç) suçlanıyordu. Jüri ise Bullojne'yi yalnızca "Peter Turpin ile yatakta yatmaktan" suçlu buldu. Mahkeme jüriye tekrar düşünmesini ve zina suçu hakkında bir genel karar vermesini söylese de jüri şu özel kararlar geri dönmüştü: "Eğer Bethjah Bullojne'un Peter Turpin ile aynı yatakta yatması zina ise o zaman suçlu; yok eğer Bethjah Bullojne'un Peter Turpin ile aynı yatakta yatması zina değilse o zaman suçsuz." Bunun üzerine mahkeme Bullojne'un boynunda bir ip bağlı olarak dar ağacına çıkarılmasına ve on sopa vurulmasına ya da on pound para cezası ödemesine hükmetmiştir. Bu ceza 1686'ya kadar Massachusetts'te zina suçuna verilen en hafif cezaydı.

lara uyma sıklığını belirlememekteydi. Bu bağlamda, jürinin hukuki meselelerde karar alabilme yetkisini yasal olarak elinden alınması sembolik olabilir. Üzerinde tartışma bulunmayan; genel karar yetkisi, jürinin zorlanmaması ve mahkûmiyet kararı verilmesi yönünde direktifte bulunulamayacağı ilkeleri, hem 19. hem 20. yüzyıl Amerikan jürilerinin “talimatlara rağmen beraat ettirme” gücünü koruyordu.<sup>96</sup> Genel karar ve jürilerin zorlanamazlığı ilkesi ise “talimatlara rağmen mahkûm etme” gücünü sık sık teminat altına alıyordu.<sup>97</sup>

Dahası, sorunun geleneksel tasvirindeki lafız (hukuki meselelerde yargıçların mı yoksa jürinin mi karar vereceği), çoğu zaman sorunu perdeliyordu. Bu lafız; meselenin yalnızca, ikisinden birinin bir görevi yerine getirmesi gereken iki organdan, görevi hangisinin yerine getireceği sorunu olduğu izlenimi uyandırmaktadır. Hâlbuki jüri üyeleri, hukuku yargıçların değerlendirdiği şekilde değerlendirmekten çok uzaktır. Devletler için Anayasa taslağı hazırlayanları, yasa koyucuları ve yargıçları birbirinden ayıran husus yalnızca, bir görevi hangi organın yapacağı meselesi değildi, bu organların hangi görevi yapacağı meselesiydi.

Hukuki bir meseleyi çözmesi istenen bir jüri üyesi büyük ihtimalle kendine bir kâtip tutmaz, LEXIS kullanmayı öğrenmez, bir hukuk kütüphanesinde saatler harcamaz, hatta (hukukçu olmayan yargıçların sıklıkla başvurduğu) bir mevzuat kitabına ya da el kitabına bile başvurmaz.<sup>98</sup> Büyük ihtimalle, dava yargıcının görüşlerinin hukuku yanlış yansıtıp yansıtmadığını öğrenmek hususunda yeterli bir araştırma yapmayı da kendi vazifesi olarak görmez. Bunun yerine bu jüri üyesi büyük ihtimalle, mahkemenin talimatlarını, *Aaron Burr* davasında John Marshall’ın jüri üyelerini davet ettiği üzere, “kendi [şahsi] görüşleri doğrultusunda bir suçlu ya da suçsuz kararı verme” daveti olarak algılar.

<sup>96</sup> Bkz.: *Horning v District of Columbia (1920)*: “Jürinin hem hukuki hem de maddi unsur üzerinde karar verme yetkisi vardır.”

<sup>97</sup> Jürilerin hukuki talimatları görmezden gelebilmesinin sanıklara yardım etmekten ziyade zarar verdiği vurgulanmaktadır.

<sup>98</sup> İroniktir ki, eğer bir jüri üyesi bu sayılanları yapacak olursa kullandığı bu “yabancı” materyaller, jüri kararının suçlanmasına (impeachment) neden olabilir. “Yargılama süreci boyunca federal jüri üyeleri tarafından alkol, esrar ve kokain kullanılması jüri kararının suçlanabilmesini gerektirmez; zira alkol, esrar ve kokain ‘dış’ etken değildir” minvalinde bkz.: *Tanner v United States (1987)*. Jürinin hukuk yargıçlığı rolünün alınmasından sonra bile hukuki meseleleri; Amerikan yerel mahkemelerindeki, ilçe mahkemelerindeki ve sulh (justice of the peace) mahkemelerindeki hukukçu olmayan yargıçlar çözmekteydi. Şunu da belirtmek gerekir ki jürinin hukuki sorunları çözmekteki yasal yetkisinin alınması, hukuki meselelerin her zaman uzmanlık gerektirdiği ve bunların yalnızca hukukçular tarafından çözülebileceği görüşünü yansıtmıyordu. Kırk üç devlette yaklaşık 13.000 hukukçu olmayan yargıç bulunduğuna dair bkz.: Doris Marie Provine, *İlgili eser*.



Kısacası, “hukuksal karar verme” iki çeşittir: “hukuk uygulama” ve “hukuk sezinleme”.<sup>99</sup> Başlangıçta, bu karar türleri arasındaki ayırt edici nokta ve bunları veren jüri ve yargıçların sorumluluklarıyla olan ilişkileri açık olmayabilirdi hatta mevcut bile olmayabilirdi. Koloni dönemi Amerika’sında, tarafsızlığın ve adil yargılamanın temel şartları gözetildiği müddetçe, hukuki meselelerde karar vermekle hangi organın görevlendirileceği çok da fark etmiyordu. Bu organ; jüri, yargıç ya da başka biri olsun, geçerli olan (genellikle kısıtlı) pozitif hukuka başvurur ve bu hukukta yer alan (genellikle geniş) boşlukları Hz. Süleyman gibi, hikmet ve ortak sağduyu ile doldururdu. Bu görevi hangi organın yerine getireceği, yerine getirilecek görevin doğasında bir değişiklik doğurmazdı.

Ancak uygulanacak pozitif hukuk genişledikçe büyük ihtimalle bu iki yargısal organ arasındaki gerilim de yükselmiş ve organik düzenlemeler hızlı bir şekilde yapılamaz hale gelmiş olmalıydı. Bazen, jüri üyelerinden hukuka dair teknik meseleleri çözmeleri isteniyordu. Avukatlar da bu meseleleri aşağı yukarı yargıç huzurunda açıkladıkları usulün aynısıyla jüriye açıklıyordu. Buna rağmen John Adams’ın günlüğünde yer alan aşağıdaki ifadelerden, kendisinin gördüğü kadarıyla 1771’de “jürinin hukuku” ile “hukukçuların hukuku” arasında çok fark bulunmadığı anlaşılmaktadır.

*Gündelik olaylar hakkındaki genel “Hukuk Kuralları” ve yaygın “Toplumsal Görenekler”, sıradan jüriler tarafından yeterince bilinmekteydi. Büyük Anayasal İlkeler ise, derinlemesine bilinmekte ve her Britanyalı tarafından makul bir biçimde hissedilmekteydi. Öyle ki bunları annelelerinin sütlerinden ve hayattaki ilk nefes olarak havadan aldıklarını söylemek çok küçük bir abartı olacaktır.*

Ancak 19. yüzyıldaki jürinin vazifeleri üzerine yürütülen tartışmalar zamanına gelindiğinde, “yargıç hukuku” ile “jüri hukuku”nun farklı şeyleri ifade ettiği ortadaydı. İki tarafın öncüleri de kabul etmişti ki yargıçlar kitaplardan çalışır, jüriler ise (Adams’ın aynı günde ifade ettiği üzere) “kendi kişisel fikirlerine, yargılarına ve vicdanlarına” başvururlardı.

“Jüri hukuku”, kitap hukuku (book law) değildi. 19. yüzyılın akışı boyunca, Amerikan toplum yapısı çeşitlendikçe ve jüri üyeliği daha çok kişiye açık hale geldikçe (ve mahkemelerin önüne gelen hukuki sorunlar karmaşıklaş-

<sup>99</sup> “Birçok yargı bölgesinde, jüriler ceza davalarında hukuk yargıcı yapılmıştır ... Jüri üyeleri, işin aslını öğrenmeleri için değil, [durumun] kendi şahsi görüşlerine uygunluğunu yargılamaları için hukuk yargıcı yapılırlar.” ifadesi için bkz.: US GPO 1931, *ilgili kaynak*.

tıkça), jüri üyelerinin vicdanlarının hukuki sorunlara sağlıklı, ortak ve tutarlı çözümler getirebileceği algısı da hiç şüphesiz kaybolmuştu. Doğal adaletin “annelerinin sütlerinden ve hayattaki ilk nefes olarak havadan” alındığı görüşünün zayıflaması da jürinin hukuk yargıçlığı yetkisinin terk edilmesine elbette katkı sağlamıştı.<sup>100</sup>

### E. Bazı Muhtemel Yorumlamalar

Jürinin hukuki meseleleri değerlendirebilmesi sorunu aslında sembolik bir öneme sahip olsa da bu sembolizm, bir hukuk düzenini şekillendirecek sorunları ilgilendiriyordu. Amerikan jürisinin hukuki meselelerdeki yargı yetkisinin kaybolması hala farklı şekillerde yorumlanabilmektedir.

Eleştirel Hukuk Çalışmaları (Critical Legal Studies) hareketi, kamu tercihi kuramcıları ve Marksistlere göre bu gelişme Amerikan hukukçu meslek grubunun ekonomik kişisel çıkarlarının (ve belki de elitizmlerinin, siyasi güçlerinin ve sözde uzmanlık iddialarının) bir ürünüdür. Örneğin Morton J. Horwitz “jürilerin mağlubiyetini”, hukuk mesleği ve ticari çıkarlar arasında yapılan gizli pazarlığın (buna göre hukukçular yargısal süreçleri ticari sorunlara daha duyarlı hale getirecek ve tacirler de tahkim gibi, hukuk dışı uyuşmazlık çözüm yollarının sınırlanmasına izin verecekti) bir parçası olarak tanımlamıştır.

Ancak hukuksal meseleleri çözme konusunda yargıçların jürileri yerinden etmesi, aynı zamanda daha iyimser ve basit bir sebebe de dayanmaktaydı. Başlangıçta jüriler, hukuk kitaplarının ve uzmanlarının yeterli olmadığı bir dönemde hukuki meseleleri karara bağlıyordu. Her ne kadar bazı insanlar, gerçek “hukuk” erişilebilir hale geldikten sonra jürilerin yetkisinin alınmasına direndiyse de devletin uyuşmazlık çözüm yollarından yararlanan çoğu tüketici, hukuki kuralların yol göstericiliğini, davalara özgü kurulan heyet kararlarının belirsizliklerine tercih ediyordu. Ticari çıkarlar, profesyonel hukuk tarafından

<sup>100</sup> Jürinin hukuk yargıçlığı üzerindeki tartışmaları andıran başka bir tartışma da 1960'lar ve 1970'lerde savaş karşıtı eylemcilerin; yargıçların jürileri, “hukukla ve delillerle bağlı kalmadan ... beraat kararı verebilme hakları” konusunda aydınlatmalarını istemeleriyle ortaya çıkmıştır.

Günümüzde bile Başkan Adams'ın takipçileri bulunmaktadır. 1989'da kurulan, Montana kökenli bir grup olan Tamamen Bilinçli Jüriler Birliği'nin (The Fully Informed Jury Association) temel hedefi, Yüksek Mahkeme'nin *Sparf and Hansen* kararının ilga edilmesi olarak belirlenmiştir. Ayrıca bu kuruluş; devlet yasama organlarını, yargıçların jüri üyelerini “tarihi, anayasal ve doğal bir hakları olan” hukuki konularda karar verebilme yetkisi hakkında bilgilendirmesi için yasalar çıkarmaya zorlamaktadır. New York Times'a göre bu kuruluş; içinde şu grupların da bulunduğu “ilginç bir ittifakın” desteğini almıştı: Kurtarma Operasyonu (Operation Rescue), Ulusal Tüfek Birliği'nin (International Rifle Association) bazı üyeleri, ağaç kesimi karşıtı çevreciler, vergi karşıtları, esrarın yasal olması savunucuları ve zorunlu kask yasalarına karşı çıkan motorcular.

sağlanan daha yüksek öngörülebilirliğe değer vermiş olabilirdi ancak bu konuda [tacirler] yalnız da değildi.

Bu iki hipotezde de (ve diğerlerinde de) haklılık payı bulunduğu savunulabilir.<sup>101</sup> Biz ise; doğal hukuka olan güvenin azalması, jüri yapısındaki çeşitliliğin artması ve Amerikan yaşamındaki karmaşıklığın çoğalmasının bu hikâyede rol oynadığını öne sürmüştük. Buna ek olarak Forrest McDonald, koloni döneminde Amerikan jürilerinin, kendi cemiyetlerini en çok temsil eden hükümet organı olduğunu belirtmiştir. Bağımsızlık sonrasında ise devlet yasama organları ve diğer organlar bütün toplumu daha iyi temsil ediyor olmalıydı. Daha demokratik olarak çıkarılan yasalar, jürinin hukuk sezinleme (ve hukuku görmezden gelme) işlevine meşru bir görev alanı pek bırakmıyordu. Başlangıçta koloni dönemi jürileri tarafından yerine getirilen demokratik amaçlar, diğer organlar tarafından daha iyi yerine getirilir olmuştu.<sup>102</sup>

Jürinin hukuki unsurlar üzerinde karar verme yetkisinin kaybolması, huktan sapılıp sonra tekrar hukuka geri dönülmesi döngüsünün bir parçası olarak da görülebilir. Roscoe Pound 1913'te şunları gözlemlemiştir:

*Hukuk tarihi, geniş yargısal takdir hakkı ile ... yargıcın ayrıntılı kurallara hapsedilmesi arasında devamlı olarak ileri geri hareketlilik göstermektedir ... Zamandan zamana ... yargı idaresini, yeni ahlaki fikirler ya da değişen sosyal veya siyasal şartlarla iletişim haline sokmak için, haksuz adaletle geri dönmek gerekli hale gelmektedir.*

...

*... Katı ve hızlı hukuki kurallar ile hürriyet arasındaki ilişkiyi acı tecrübeleri sonucu öğrenen Amerikan kolonicileri bile, kanundan arındırılmış, jüri ya da sıradan bir adam tarafından uygulanan katı bir doğal adalet ideali peşine düşmezdi. Pek çok yargı yerinde jüriye abartılı yetkiler verilmişti çünkü adaletle dair kabataslak ölçütler kullanılması*

<sup>101</sup> Yani hukuk meslek grubunun siyasal süreç içerisinde kendi ekonomik çıkarlarını daha fazla gözetmeye başlamış olması ve karşılığında kamuya değerli bir hizmet sunduğu için bunda başarılı olmuş olması muhtemeldir.

<sup>102</sup> Bkz.: *Duncan v Louisiana (1968)*, Yargıç Harlan'ın karşı oyu: "Artık ... bir koloni toplumunda yaşamıyoruz. Yargıçlar krallık emirleriyle değil demokratik usullerle çıkartılan kanunları uygular. Yargıçlar halk tarafından seçilirler ya da halkın seçilmiş temsilcileri tarafından atanırlar ve yalnızca uzaktaki bir krala karşı değil, bu mahkeme de dahil, inceleme mahkemelerine karşı sorumlu olurlar." McDonald'ın hipotezinden daha alaycı bir görüş ise, Amerikan liderlerin, bu liderler İngiliz egemenliğine direndiği süre boyunca, anti-otoriteren jürileri desteklediği görüşüdür. Liderler egemenliği ele geçirdiklerinde ise artık anti-otoriteren jüriye ihtiyaçları kalmamıştı.

ve bu yetkilerin kullanılmasında duygulara başvurulması halk tarafından ciddi derecede uygun bulunuyordu. ... Bunun için, bu tarz bir hukuk yönetiminin sunduğu esas faydalardan başka sebepler de bulunuyordu. Bir sebep, herkesin adaleti idare edebileceği yönündeki yaygın inançtı. ... Belki de bir diğer sebep ise, demokrasinin bir yan etkisi olan, uzmanlık gerektiren konularda bilgisizlerin yüceltilmesi ve uzmanlara ise şüphelye yaklaşılması durumuydu.

...

... Hukuki gelişimin belli dönemlerinde, hukuksuz adalete geri dönme ihtiyacı doğduğunda ... yeni hukuki kurallar devrimi de her zaman peşinden gelmiştir.

Profesyonel hukukun başarısız olduğu sloganı, devrimsel hareketlerin genel bir eşlikçisidir. Devrimsel bir zafer anında, kitaplarda yazan hukuk her zaman *ancien régime*'e (modası geçmiş rejim) aittir ve hukukçular da genellikle bu hukukun temsilcileridir.<sup>103</sup> Devrimciler sıklıkla "ilk yapacağımız şey olarak hadi tüm hukukçuları öldürelim" ilanını yapmaya meylederler. Pound'un gözlemlerinden sonraki yıllarda Birleşik Devletler'de ve başka yerlerde yaşanan gelişmeler, kendisinin tezini resmetmektedir.

1958 Devrimi'nin ardından Che Guevara'nın liderliği ve teşviki sonucu Küba hükümeti, hukuk mesleği dışındaki kişilerden oluşan ve hem maddi unsurları hem de hukuki unsurları değerlendiren birçok mahkeme (lay tribunal) kurmuştu. Bu toplum mahkemelerinin (community court) görev alanı küçük uyuzmazlıklarla sınırlıydı ve görünüşe göre, diğer sosyalist ülkelerin toplum mahkemelerinde (neighborhood court) olduğu üzere, sosyalist teori nasıl hareket etmelerini gerektiriyorsa öyle hareket ediyorlardı. Davaları yargılayan bu kişiler ayrıca mahkeme salonunu da süpürüyordu ve her ne kadar merkezi hükümet bunlara yürürlükten kalkmış yasanın bir kopyasını verse de bunu kullanmamaları yönünde bu yargıçları cesaretlendiriyordu. Hukuk bir hiyerarşinin tepesinden aşağıya doğru değil, çevredeki insanlar arasından yukarıya doğru işliyordu. Hem teoride hem uygulamada, toplum mahkemeleri uyuzmazlıkları çözmek için öncelikle zorlayıcı yaptırımları değil; eğitim, rehabilite ve iknayı esas alıyordu.

Siyasal sol görüşlü yazarlar Küba toplum mahkemelerini ziyaret etmiş ve bunlardaki yargılamaları büyük bir şevkle aktarmıştır, buna rağmen bu mahkemeler günümüzde kalkmıştır. Görünüşe göre bu mahkemelerin yargısına

<sup>103</sup> Bu demektir ki *tüm* hukukçular bu hukukun temsilcisi değildir.

tabi olan kişiler bu mahkemelerden pek hoşlanmamıştır. Zira bir hukuk ile bağlı olmayan bu mahkemeler, şikâyet edilen kişinin hayatının her yönünü incelemeye tabi tutuyordu. (Günümüzde bazı Amerikan bilim insanları tarafından hoş karşılanmayan bir ayırım olan) “kamu/özel ayırımı” zayıflamıştı. Gayriresmî adaleti destekleyen iyi niyetli vaazlar artık bir istibdat aracı olmuştu. Fidel Castro toplum mahkemelerini kaldırırken, bu mahkemelerin bir devrim aşırılığı olduğunu itiraf etmiştir. Bununla birlikte toplum mahkemelerinin uyguladığı bazı usuller, günümüzde profesyonel hukukçulardan oluşan Küba mahkemelerinde de uygulanmaya devam etmektedir.<sup>104</sup>

Hukukun kaldırılmasının ve tekrar geri getirilmesinin daha etkileyici bir örneği, *Çin'in Kültürel Devrimi* yazarlarının, ülkenin hukukçular olmadan daha iyi bir yer olacağını düşünmeleri sonucu ortaya çıkmıştır. Bugün, Kızıl Muhafızlar'ın ailelerinden alıp pirinç tarlalarına götürdüğü hukukçular geri dönmüştür ve bunlar yeni yasa tasarıları hazırlamakla ve ortak girişimler (joint venture) tasarlamakla meşguldür.

Daha “yerli” bir örnek ise, 20. yüzyılın başlarında Amerikan çocuk mahkemeleri (juvenile court) akımı sonucunda yaşanmıştır. Jüri sıralarındaki maddi husus tespit eden jüri üyelerinin ve kürsüdeki hukuki unsuru değerlendiren yargıçların yerini, oturma odası düzeninde oturan ve bir çocuğun çıkarlarını en iyi değerlendirebilecek olan ailesel figürler almıştı. Amacın cezalandırmaktan ziyade yardım etmek olduğu bir çocuk mahkemesi sisteminde, özel ceza yasalarının tespiti konusunda hararetli tartışmalar ve ayrıntılı koruma tedbirleri gereksiz gibi görülmüştü. Ancak yarım asır sonra *In re Gault* ve *In re Winship* gibi kararlar çocuk yargılamalarına bir nebze “hukukçu hukuku” getirdiğinde, çocuk mahkemeleri ile ilgilenen çoğu kişi rahat bir nefes almıştı.

Yani konu bir cihette Amerikan devrimini izliyordu. John Adams'ın jüri hakkındaki beyanlarıyla tasvir edilen popüler ve gayriresmî adalet anlayışının romantikliği, yerini daha olgun ve daha az heyecanlı hukukçu hukukunun kabulüne bırakmıştı.

Roscoe Pound'un gözlemlediği üzere, mesele sıklıkla tekrarlamaktadır. Soldaki bazı bilim adamları, bariz bir acı ile, gayriresmî adaletin tehlikelerini kabul etti; ve yaygın bir akademik heves ile başlayan süreçten sonra, diğer bilim adamları da arabuluculuk ve diğer alternatif çözüm yöntemlerine ait

---

<sup>104</sup> Bununla birlikte ABD'de de benzer uygulamalar görülmektedir. Örneğin 2012 yılında San Francisco'da benzer bir uygulama başlatılmıştır. <https://www.sfdistrictattorney.org/policy/restorative-justice/neighborhood-courts/> (05.03.2022) (Ter.).

usullerdeki gayriresmîlikten şikâyet etmeye başladı. Tam da bu yazarlar hukukçu hukukunu tasvip ettiklerini dillendirdiği esnada bu sefer de diğerleri, “hukukun erkek olduğunu” ve dışı bir “özen etiğinin”, erkek olan “haklar etiğinin” yerine geçmesi gerektiğini savunmaya başladı.<sup>105</sup> Bu bilim adamları, daha bağlamsal hale getirilmiş, olaya özgü bir uyumsuzluk çözüm yönteminin, günümüzdeki kurallar aracılığıyla adaleti yöneten sistemin yerine geçmesi gerektiğini savunmaktadır. Öyle ki bazen, bu kurumun hiç geçmişi yokmuş da kendileri bunu yoktan icat ediyormuş gibi yazmaktadırlar.

Bizim burada savunduğumuz; “haklar etiğinin” “özen etiğinden” üstün olduğu ya da hukukun takdir yetkisinden daha makbul olduğu ya da adaletin profesyonel olarak yönetilmesinin popüler eğilime göre yönetilmesinden daha sağlıklı olacağı ya da erkeklerin kızlardan daha iyi olduğu değildir. *Bleak House* davası, jüriye verilen çoğu talimatlar ve duyduğunu aktarma kuralı (hearsay rule); hukukçuların -eğer bunlar kendi hallerine bırakılacak olursa- muhtemelen hantal ve kendilerine hizmet eden yasalar çıkaracağını bize hatırlatmaktadır. Ancak buradan çıkarılacak ders ise, hukuku hukukçuların kontrolünden tamamen çıkarmanın tehlikeli bir yola sapmak olacağıdır. Olgun bir hukuk sistemi; kuralları ve takdir yetkisini, hakları ve özeni ve adaletin profesyonel ve popüler yönetimini harmanlamalıdır.

Bizim düşüncemize göre hukuk sistemimiz şizofreniktir. Mahkeme salonunda aşırı derecede hukukçu hukuku yürütülmektedir ancak çoğu davanın etkili biçimde çözüleceği kapı ardındaki süreçte, bu durum yeterli olmaya yakın bile değildir. Bu sistemin hikâyesi ve kurucunun tasarladığı usulden nasıl köklü bir biçimde sapıldığı, bu makalenin son bölümünün konusunu oluşturmaktadır.

#### **IV. 6. ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ’NİN ADLİYE EHLİ TARAFINDAN YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILMASI<sup>106</sup>**

John Langbein, New York şehrinde hiç hipopotam olup olmadığını sormuştur. Bu sorunun cevabı evettir. Bazıları Bronx Hayvanat Bahçesi’nde yaşamaktadır. Langbein ayrıca, Amerika’da jüri yargılaması olup olmadığını da sormuştur. Yine bu sorunun cevabı da evettir. Mahkemeler her yıl halk incele-

<sup>105</sup> “Özen etiği (ethic of care)” ve “haklar etiği (ethic of rights)” terimleri Carol Gilligan’a aittir.

<sup>106</sup> Bu bölüm büyük oranda Albert W. Alschuler, *Plea Bargaining and Its History (Ceza Pazarlığı ve Tarihçesi)*, (79 Colum L Rev 1 1979)’dan alınmıştır. Her ne kadar bu bölüm bazı yeni veriler içerse de, bu makaleye ceza yargılamalarındaki jüri usulünün 19. ve 20. yüzyıllardaki tarihini tamamlayacak ve diğer bölümlerin devamı olacak kadar yer verdik. Tam bir bilimsel tarihçe konusunda meraklı olan okuyucular 1979 tarihli makaleye bakmalıdır.

mesi için numuneler sunmaktadır. Hatta bir kablolu televizyon hattını yayında tutmaya yetebilecek kadar jüri yargılaması bile vardır.

Bununla beraber istatistikî bir veri, günümüz Amerika'sındaki tüm gerçekçi tartışmalarda göze çarpmaktadır: ağır suçlardan dolayı devlet mahkemelerinde mahkûm edilen sanıkların yüzde doksan üçü, suçunu itiraf etmesi sebebiyle mahkûm edilmektedir.<sup>107</sup> Kabahatler hakkında açılan davalarda ise, sanığın suçunu itiraf etmesi nedeniyle verilen mahkûmiyet oranları daha da yüksektir.<sup>108</sup> Dahası, yargılama yapılan davaların neredeyse yarısı, jüri olmadan yargıç huzurunda görülen davalardır.

Anayasa, "yüce divan usulü (impeachment) ile yargılananlar hariç tüm ceza davaları jüri tarafından yapılmalıdır..." hükmünü içermektedir. Ayrıca "tüm ceza yargılamalarında, her sanığın tarafsız bir jüri tarafından yapılan hızlı ve kamuya açık bir yargılamaya hakkı vardır ..." hükmü de Anayasa'da yer almaktadır. Langbein, Amerikalıların bu iki anayasal hükümde yer alan "tüm" kelimelerini "görünüşe göre hiçbir" ibaresi ile değiştirmeleri gerektiğini belirtmektedir. Ceza uyumsuzluğu çözüm sistemimiz, 6. Anayasa Değişikliği'nin muhafaza etmeye çalıştığı usulden büyük oranda farklılık arz etmektedir.

6. Anayasa Değişikliği kabul edildiği sıralarda, ciddi ceza davalarında yargıç yargılaması bilinen bir şey değildi. Federal mahkemelerde jüri olmadan yargılama yapılabilmesine de ancak 1930'dan itibaren izin verilir olmuştu. Ayrıca 1874'te Yüksek Mahkeme bir sanığın "her ne kadar halka açık bir oturumda on bir kişilik bir jüri tarafından yargılanmaya rıza gösterse bile, on iki kişiden oluşan bir jüriden başka şekilde yargılanamayacağına" hükmetmişti.

1791'de de, sanık suçunu itiraf edebiliyordu. Ancak ağır suçlardan dolayı yapılan yargılamalarda mahkemeler suçun itiraf edilmesini teşvik etmek bir yana, bunu açıkça önlemeye çalışıyorlardı. Amerikan Devrimi'nden çok kısa süre önce Blackstone'un *Commentaries (Yorumlar)* isimli eserinde, mahkemelerin "[bir suç itirafını] kavramak ve kaydetmek konusunda çok geri oldukları ... ve genellikle tutukluya bunu geri almasını tavsiye ettikleri ..." tespitinde bu-

<sup>107</sup> En büyük 75 ilçede, ağır suçlardan (felony) ötürü verilen mahkûmiyet kararlarının yüzde 94'ü suçun itiraf edilmesi sebebiyledir.

<sup>108</sup> Örneğin bkz.: Malcolm Feeley, *ilgili eser*. Her ne kadar Connecticut, New Haven'da alt ceza mahkemelerindeki her sanığın jüri yargılaması hakkı bulursa da 1640 dava içerisinde hiçbir sanık bu hakka başvurmamıştır.

lunulmuştur.<sup>109</sup> 19. yüzyıl boyunca yayımlanan Amerikan bilimsel eserlerinde, mahkemelerin suç itiraflarını kabul etmekteki çekimselliklerine dair açıklamalar göze çarpmaktaydı.<sup>110</sup>

John Beattie, Amerikan Anayasası dönemindeki İngiliz mahkeme kayıtlarını incelemiş ve sonuç olarak şöyle belirtmiştir: “Ağır bir suç ile itham edilen neredeyse her tutuklu, mahkemenin açık desteği ve teşvikini alarak, yargılanmak için ısrar ediyordu. 18. yüzyılda ağır suçların yargılamalarında ceza pazarlığı (plea bargaining) yoktu.”

Bir suç itirafına dair Amerika’da kayıtlara geçen ilk dava, Atlantik’in Amerikan tarafında da durumun çok farklı olmadığını göstermektedir. 1804’te yirmi yaşındaki siyah bir adam, on üç yaşındaki beyaz bir kızın ırzına geçmek, sonrasında taş ile başını kırmak ve vücudunu suya atmakla ve böylelikle ölümlüne neden olmakla suçlanıyordu. Sanık, ırza geçme ve cinayetten ötürü yapılan suçlamaları kabul ettiğinde:

*Mahkeme kendisini yaptığı itirafın sonuçları hakkında bilgilendirmiş, suçunu itiraf etme konusunda hiçbir yasal ya da ahlaki sorumluluk altında olmadığını belirtmiş, aksine hakkındaki muhtelif iddiaları reddetme ve devleti bu iddiaları ispatlamaya zorlama hakkı bulunduğunu hatırlatmıştır. Sanık itirafını geri almamıştı, bunun üzerine Mahkeme kendisine söylenenleri düşünmesi için makul bir süre taniyacıklarını belirtmiş ve tutukluluk kararı vermiştir. Kâtibe ise sanığın itiraflarını henüz kaydetmemesini emretmiştir.*

Sanık, mahkeme salonuna tekrar getirildiğinde yine suçlu olduğunu itiraf etmiştir:

*Mahkeme; şerif, gardiyan ve [hazırlık soruşturmasını yürüten] yargıcı, sanığın akıl sağlığının yerinde olup olmadığı konusunda ve suçunu itiraf etmesi halinde affedileceği yönünde kendisine söz verilmek ya da kandırılmak ya da umutlandırılmak suretiyle yönlendirilip yönlendirilmediği hususunda yemin verdirek sorgulamıştır. Oldukça derin bir*

<sup>109</sup> *Commentaries (Yorumlar)*, Amerikan hukuki bilincini tüm hukuk kitaplarından daha fazla şekillendirmiştir. Bağımsızlığın ilanından bir sene önce, Edmund Burke’un Parlamento’da belirttiği üzere Blackstone, neredeyse Atlantik’in İngiliz tarafında sattığı kadar Amerikan tarafında da satılmıştır.

<sup>110</sup> Bkz.: *Hallinger v Davis (1892)*: “[Dava] mahkemesi, ilkinde [sanığın] suç itirafını kabul etmekte çekinmiş, kendisine hukuk danışmanı atamış, ikincisinde ise suçu itiraf etmesinin doğruluğu, etkisi ve sonuçları hakkında tamamen bilgi edinebilmesi için, birkaç günlüğüne davayı ertelemiştir.”; Suç itiraflarının “büyük ihtiyat ve çekimsellik” değerlendirildiğine dair “iyice yerleşmiş uygulama” bulunduğuna dair bkz.: *Green v Commonwealth (1866)*.



*incelemenin ardından, daha önce böyle bir şey yaşanmadığı için, sanık tekrar cezaevine geri gönderilmiş ve kâtibe iki suç hakkındaki itirafın da kaydedilmesi emredilmiştir.*

Rapor, sanığın “o sıralarda idam edildiği” ile sonlanmaktadır. Amerika’da İç Savaş öncesinde verilen ve suç itirafının etraflıca tartışıldığı diğer tek kararda ise (*United States v Dixon (1807)*) mahkemenin ikna çabaları başarılı olmuş ve sanık itirafını geri almıştır.

Raymond Moley’nin 1928’deki çalışması *The Vanishing Jury (Jürinin Kayboluşu)*, New York’ta 1839’dan itibaren seksen sekiz yıllık bir dönem hakkında, ağır suçlarda verilen mahkûmiyet kararlarının “jüri kararıyla” mı yoksa “itiraf yoluyla” mı olduğuna dair yüzdelerle veriler sunmaktadır. Bu sürecin başlangıcında, ağır suçlarda verilen mahkûmiyet kararlarının ancak yüzde yirmi beşi suç itirafına dayanmaktaydı. Manhattan ve Brooklyn’de ise bu oran daha da düşüktü: yüzde on beş. Moley’nin hazırladığı grafiğe göre bu rakamda ülke bazında kademeli bir artış görülmektedir: yüzyılın sonuna gelindiğinde bu rakam yüzde seksene, 1926’da ise yüzde doksana yükselmiştir. Moley’nin çalışmasını takip eden yıllarda bu rakam büyümeye devam etmiştir. Bugün bu oran yüzde doksan altıdır.<sup>111</sup>

İç Savaşı takip eden yıllarda ceza pazarlığı usulü temyiz mahkemelerine kadar ulaştığında, büyük bir tepki ile kınanmıştı. Ancak 19. yüzyılın sonlarında ve 20. yüzyılın başlarında (yani sanığa kefil olan kişinin (*bondsman*), koğuş politikacısının, gazete muhabirinin, gardiyanın ve torpilcinin (*fixer: sanık için ilgili otoritelerle görüşen kişi*) ceza adaletinin yürütülmesinde gündelik bir etki sahibi olduğu yıllarda) ceza pazarlığı usulü kentsel Amerika’da, ciddi davalarda bile baskın çözüm usulü haline gelmiş görünüyordu. Çeşitli ceza komisyonları 1920’lerde göstermiştir ki ceza pazarlığı bir gelenek haline gelmiştir ve komisyonların çoğu, bu usulle verilen mahkûmiyet kararlarının bundan hemen önceki yıllarda hızlı bir artış gösterdiğini ortaya koymuştur. Uygulama ilk olarak kamunun dikkatini çekmiştir. Bu hususta bilim adamlarının, basın ve ceza komisyonlarının görüşleri de olumsuz yöndeydi. Yüksek Mahkeme 1970’e kadar, ceza pazarlığı sonucu jüri hakkından feragat edilmesini anayasaya uygun bulmamıştı.<sup>112</sup>

<sup>111</sup> 2009 yılında büyük şehirlerde yer alan federe mahkemelerde verilen mahkûmiyet kararlarının yüzde 97’si, 2014 yılında federal mahkemelerde verilen mahkûmiyet kararlarının ise yüzde 90’ı ceza pazarlığına dayanılarak verilmiştir. <https://www.vera.org/downloads/publications/in-the-shadows-plea-bargaining.pdf> (10.03.2022) (Ter.).

<sup>112</sup> Bkz.: *Brady v United States (1970)*: “Devletin sanığa menfaat sağlayıp karşılığında sanıktan suçunu itiraf etmesini istemesinin ve böylelikle sanığa diğer türlü alacağı cezadan daha azını alacağını vaad etmesinin; yani kendisine tedavi ümidi sağlayacak rahat bir kafayla ıslah evine girmeye hazır ve istekli olan sanığın bunun karşılığında devlete önemli bir katkı sağlamasının Anayasa’ya

Amerikan ceza yargılaması usulü bir zamanlar olduğu şekilde bir yargısal bir süreç değil, idari bir süreç halini almıştır. Ancak jüri yargılaması genel kural olduğu zamanlarda, makul derecede özet bir usul olarak işliyordu. 1890'larda ağır suçların yargılandığı bir mahkeme tek bir günde ancak yarım düzine davaya bakabiliyordu.<sup>113</sup>

Aradaki yüzyılda, çekişmeli davalarda uyulması gereken usullerin çoğaldığı görülmüş ve bunun sonucunda çoğu çekişmeli davada yargılama yapılamaması sorunu ortaya çıkmıştır. 1990'da Amerikan tarihinde en uzun süren cezai jüri yargılaması, başlamasının ardından iki yıl dokuz ay sonra sona ermiştir. Bu yargılama, büyük karmaşıklıkta finansal hileler ya da bir ordu dolusu beyaz yakalı müdafî içermiyordu; davadaki sanıklar bir anaokulundaki personellerdi ve bu okuldaki çocukların cinsel istismarından dolayı yargılanıyorlardı. Dosyaları jüriye intikal eden iki sanıktan birisi yargılama öncesi beş yıl, diğeri ise iki yıl tutuklu kalmıştı. Davadaki hazırlık soruşturması on sekiz ay sürmüştü. Dava jürisi 124 tanık dinlemişti ve yargıç, iddiaları eledikten sonra sarkıntılık ve gizli plan kurma (conspiracy) suçlarından oluşan atmış beş iddianın jüriye sunulmasına karar vermişti. Jüri, sanıklardan biri hakkında beraat kararı vermiş ancak diğeri hakkında ortak bir karara varamamıştı. Aynı yıl yapılan ikinci yargılama da askıda jüri (hung jury: gerekli karar çoğunluğunun sağlanamadığı jüri) ile sonuçlanınca, soruşturmacı kalan tüm iddiaları düşürmüştür. McMartin Anaokulu davası bazı hayatları mahvetti ve vergi mükelleflerine 14 milyon dolara mal oldu.

Her ne kadar bu dava sıra dışı acemiliklerin bir ürünü olsa da aşırı usulcülük, Amerikan jüri yargılamasının sorunu haline gelmişti. Aşırı uzun ve mahremiyeti ihlal eden usullerle jüri üyeleri seçilmesi, delillerin değerlendirilmesine dair elverişsiz kurallar, tanıkların tekrar tekrar çapraz sorguya alınması, birlikişilerin mahkeme salonundaki savaşları (kendilerine kim para verdiyse onun istediği sesleri çıkardıkları için bu birlikişilere bazen "saksafon" lakabı takılıyordu), (tüm çalışmaların bize söylediği üzere) jüri üyelerine anlayamayacakları talimatlar verilmesi ve dahası nedeniyle, bir azınlık grubu hariç, sanıklar açısından yargılamalar erişilemez hale gelmişti.

Hukuk Gününde (Law Day) ve İki Yüzüncü Yıl Kutlamaları'nda hukukçular yargı usulümüzü öve öve bitirememektedir. Sonrasında ise bize, mahkemeleri

aykırı olduğuna hükmedemeyiz.”; *Santobello v New York (1971)*: “Eğer her suç iddiası tam kapsamlı bir yargılamaya konu yapılacak olursa devletler ve federal hükümet, mahkeme binalarının ve yargıçların sayısını kat kat artırmak zorunda kalacaktır.”

<sup>113</sup> Florida, Leon ilçesindeki uygulamanın tarifi için ve California, Alameda ilçesindeki yargılamaların daha uzun sürdüğü yönünde bkz.: Friedman, *İlgili kaynak*; Koloni dönemi Virginia'sında “ağır suçların yargılamasının bir gün sürdüğü” yönünde krş.: Hyman ve Tarrant, *İlgili kaynak*.

kullanacak olursak salonların dolup taşacağını söylemekte. Zira [bunlara göre] “uygulamadaki zorunluluk”, sanıkların çoğuna [duruşma yapmamak suretiyle] duruşma günlerinden vazgeçmeleri yönünde baskı yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

Yakın zamanlarda Robert H., hakkında herhangi bir resmi iddia olmadan, hiç mahkeme önüne çıkmadan ve hiç avukat görmeden, altı ay boyunca Atlanta’da bir hapisanede tutulmuştur. Kendisine devlet tarafından atanan müdafii ile görüştüğü gün, müdafii kendisine suçu itiraf etmesini tavsiye etmiştir. Robert’in davası, devlet tarafından atanan müdafii o gün duruşmasına girdiği otuz davadan ve o senedeki beş yüzün üzerindeki davasından yalnızca biriydi. Robert, müdafii tavsiyesine uydu.

Sonrasında ise yetkili otoriteler itiraf ettiği fiilden dolayı Robert H.’in suçlu olmadığını fark ettiler, bürokratik bir hatadan dolayı kendisini bir başkasıyla karıştırmışlardı. Her ne kadar Robert H. masum olsa da, kamu tarafından atanan müdafii kendisine kötü bir tavsiye vermemişti. Müdafii ona, eğer suçunu itiraf ederse evine aynı gün geri dönebileceğini ancak yargılama talep etmesi halinde bir ya da iki yıl hapisanede beklemek zorunda kalabileceğini anlatmıştı. Birilerinin Robert H.’ye Amerika’nın yaptığı, Haklar Bildirisi’nin İki Yüzüncü Yılı Kutlamaları’nı hatırlatması iyi olacaktır.

Eğer birileri Paul Lawis Hayes’a Kuntucky hapisanesinde rastlarsa İki Yüzüncü Yıl Kutlamaları’ndan onu da haberdar etse iyi olur. Hayes, 88 dolarlık sahte bir çeki tedavüle sokmakla suçlanan mükerrer bir suçluydu. Soruşturmacı kendisine suçu itiraf etmesini teklif etmiş, bunun karşılığında yalnızca 5 yıl hapis cezası ile kurtulacağını söylemiştir. Hayes ise suçsuz olduğunu ve jüri yargılaması talep ettiğini belirtmiştir. Bunun üzerine soruşturmacı, pazarlık esnasında yaptığı tehdidini gerçekleştirmiştir. Büyük jüriye başvurmuş ve Suçu Alışkanlık Haline Getiren Kişiler Yasası (Habitual Criminal Act) kapsamında suçlama yapmıştır. Yargılamada Hayes mahkûm edilmiş ve mahkeme kendisine, Suçu Alışkanlık Haline Getiren Kişiler Yasası’nda belirtildiği üzere ömür boyu hapis cezası vermiştir. *Bordenkircher v Hayes* davasında da Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi, Hayes’ın 6. Anayasa Değişikliği kapsamındaki hakkını kullanmak sonucunda maruz kaldığı cezaı onaylamıştır.

Anayasa, Paul Hayes’a jüri yargılaması hakkı bulunduğunu belirtmiştir. Adliye ehli ise (Yüksek Mahkeme de dahil), bu hakkını kullanmasının bir suç olduğunu söylemiştir. Hatta bu, sahte çek tedavüle sokmaktan bile daha ağır bir suçtu. Sahte bir çeki tedavüle sokmak yalnızca beş yıl hapis cezası “ediyordu”. Jüri huzurunda yargılanma suçu ise ömür boyu hapis cezası “ediyordu”.

## SONUÇ

Jüri yargılamasına dair Amerikan hakkı, artık New York'taki hipopotamı andırmaktadır. John Langbein'in de belirttiği üzere "gidicidir". Mülk sahibi olmayan beyaz erkekler, Afro-Amerikanlar, diğer azınlık grubu üyeleri ve kadınlar konser salonundaki yerini almıştır ancak orkestra dağılmıştır. Hukuki meseleleri yargıçların mı yoksa jürilerin mi karara bağlayacağına dair 19. yüzyıl savaşının her iki taraftaki baş rolleri de mağlup olmuştur. Günümüzde soğurturmacılar hem hukukun hem de maddi unsurun yargıcıdır.

Jefferson jüriyi; demokrasinin, yasa koyucuların seçimle işbaşına gelmesinden bile daha hayati bir parçası olarak görmüştür. Tocqueville ise jüriyi halk egemenliğinin bir şekli ve vatandaşların haklarını öğrendiği bir okul olarak tanımlamıştır. 20. yüzyılın sonlarına gelindiğinde, toplulukçu bu kurumdan geriye ancak gölgesi kalmıştır.

Yakın zamanda içimizden biri, jüri görevi yapmak üzere davet edilmiş ve sonrasında düzinelerce hemşerisiyle içeride iki televizyon seti farklı kanallarda çalar vaziyette, jüri odasında bir gün geçirmiştir. Odadaki arkadaşlardan biri, bir taksi şoförü, bu olay için özel bir gömlek aldığını belirtmiştir. Ancak ne bu taksi şoförü ne de odadaki başka bir kişi, toplum için hayati önem arz eden meselelerdeki bilgisini göstermek üzere jüri odasından çağırılmamıştır. Belki de bu odada bütün gün bekleyen insanlardan bazıları, kamu meselelerine yardım eden bir vatandaşın hissettiği ıftiharı (ya da feyzi) tecrübe etmiş olabilir. Görev için hazır bulunmamız sebebiyle bize verilen bilgilendirme mektubunun son cümlesinde de bu hissi hak ettiğimiz belirtilmiştir. Bu cümle şu şekildedir:

*Lütfen emin olunuz ki, bir yargılamada görev almanız bile, sırf burada hazır bulunmakla dava taraflarının jürisiz bir yargılama yöntemine başvurmasını, anlaşmalarını, ceza pazarlığını, davadan feragat etmesini vs. gerekli kıldınız ve bu sayede mahkemenin zamanından tasarruf ettiniz, adalet sistemimizin işlemlerini mümkün kıldınız.*

## KAYNAKÇA<sup>114</sup>

- Abel, Richard L.: Introduction, in Abel, Richard L., (ed), 2 The Politics of Informal Justice: Comparative Studies, 1-13, (Academic Press, 1982).
- Adams, Willi Paul: The First American Constitutions: Republican Ideology and the Making of the State Constitutions in the Revolutionary Era, 199, (North Carolina, 1980).
- Alexander, James: A Brief Narrative of the Case and Trial of John Peter Zenger, Printer of The New York Weekly Journal, (Harvard, 1963).
- Alschuler, Albert W.: Plea Bargaining and Its History, 79 Colum L Rev 1 (1979).
- Alschuler, Albert W.: The Supreme Court and the Jury: Voir Dire, Peremptory Challenges, and the Review of Jury Verdicts, 56 U Chi L Rev 153, 154 (1989).
- Amar, Akhil Reed: Fourth Amendment First Principles, 107 Harv L Rev 757, 777 (1994).
- Archbold, John Frederick: Pleading and Evidence in Criminal Cases, 73-74 (New York, 1<sup>st</sup> Am ed 1824).
- Avins, Alfred: The Fourteenth Amendment and Jury Discrimination: The Original Understanding, in Civil Rights: Hearings before the Subcommittee on Constitutional Rights of the Senate Committee on the Judiciary, 89<sup>th</sup> Cong, 2d Sess 615, 641 (1966).
- Ayers, Edward L.: Vengeance and Justice: Crime and Punishment in the Nineteenth-Century American South, 113, (Oxford, 1984).
- Babcock, Barbara Allen: A Place in the Palladium: Women's Rights and Jury Service, 61 U Cin L Rev 1139, 1166-68 (1993).
- Baker, Beverly G.: Chinese Law in the Eighties: The Lawyer and the Criminal Process, 46 Albany L Rev 751, 753-64 (1982).
- Bancroft, Hubert Howe: 38 The Works of Hubert Howe Bancroft, 301 (History, 1890).
- Beattie, J. M.: Crime and the Courts in England, 1660-1800 336-37, (Princeton, 1986).
- Bishop, Katherine: Diverse Group Wants Juries to Follow Natural Law, NY Times B16, (Sept 27, 1991).
- Blackstone, William: 3 Commentaries App 64 (St. George Tucker, ed) (Birch and Small, 1803).
- Bodenhamer, David J.: The Pursuit of Justice: Crime and Law in Antebellum Indiana 83-88 (Garland, 1986).
- Botein, Stephen: Early American Law and Society, 57, (Knopf, 1983).
- Botein, Stephen: ed, 'Mr. Zenger's Malice and Falshood" Six Issues of the New York Weekly Journal, 1733-34, (American Antiquarian Society, 1985).
- Boyarsky, Bill: Ashes of a Mayor's Dream, LA Times B2 (May 1, 1992).

---

<sup>114</sup> Makalenin orijinalinde bir kaynakçaya yer verilmemiştir. Ancak tercümede kaynak atıflarına ve ayrıntılı bilgi için bakılması tavsiye edilen eserlere dipnotlarda yer verilmediği için, faydalı olabileceği düşüncesiyle, bu kaynakça oluşturulmuştur.

- Brady, James: *The Revolution Comes of Age: Justice and Social Change in Contemporary Cuba*, in Colin Sumner, ed, *Crime, Justice, and Underdevelopment* 248 (Heinemann, 1982).
- Bryan, Penelope E.: *Killing Us Softly: Divorce Mediation and the Politics of Power*, 40 *Buff L Rev* 441 (1992).
- Burke, Edmund: *Letter to the Sheriffs of Bristol*, in 2 *The Works of The Right Honorable Edmund Burke* 189, 192 (Little, Brown, 9<sup>th</sup> ed 1889).
- Buursma, Bruce: *LA Child Abuse Case Ends in Acquittals*, *Chi Trib C1*, (Jan 19, 1990).
- Carp, Robert A.: *The Harris County Grand Jury-A Case Study*, 12 *Houston L Rev* 90, 93-97 (1974).
- Carson, Hampton L.: 1 *The History of the Supreme Court of the United States* 169 n1 (Ziegler, 3d ed 1902).
- Carter, Dan T.: *Scottsboro: A Tragedy of the American South* (Louisiana State, 1969).
- Chafee, Zechariah Jr.: *Freedom of Speech in War Time*, 32 *Harv L Rev* 932, 946-47, (1919).
- Chipman, Daniel: Quoted in Mark DeWolfe Howe, *Juries as Judges of Criminal Law*, 52 *Harv L Rev* 582, 591 (1939).
- Cockburn, J. S. / Green, Thomas A.: (eds), *Twelve Good Men and True: The Criminal Trial Jury in England, 1200-1800* (Princeton, 1988).
- Coke, Sir Edward: *The First Part of the Institutes of the Laws of England Lib 2, Cap 12 § 234 at 155(b)* (Hargrave and Butler, 16<sup>th</sup> ed 1809).
- Comfort, William Wistar: *William Penn, 1644-1718: A Tercentenary Estimate* 172-73, (Pennsylvania, 1944).
- Constable, Marianne: *The Law of the Other: The Mixed Jury and Changing Conceptions of Citizenship, Law, and Knowledge*, (Chicago, 1994).
- Currie, David P.: *The Constitution in the Supreme Court: The First Hundred Years, 1789.1888* 384 & n 118, (Chicago, 1985).
- Dahl, Dick: *Group Aims for 'Conscientious' Juries*, *Mass Lawyers Weekly* 35, (Mar 4, 1991).
- Davis, John C. B.: *The Massachusetts Justice: A Treatise upon the Powers and Duties of Justices of the Peace* 232, (Warren Lazell, 1847).
- Debates and Proceedings of the Massachusetts Constitutional Convention of 1853* 430-31, 499-500, 504 (White & Potter, 1853).
- Delgado, Richard: et al, *Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution*, 1985 *Wis L Rev* 1359.
- Delgado, Richard: *Critical Legal Studies and the Realities of Race-Does the Fundamental Contradiction Have a Corollary?*, 23 *Harv CR-CL L Rev* 407 (1988).
- Dickens, Charles: *Bleak House*, (Oxford, 1966).
- Drago, Edmund L.: *Black Politicians and Reconstruction in Georgia: A Splendid Failure* 40-41, 96-97 (Louisiana State, 1982).

- Dyke, Jon M. Van: Jury Selection Procedures: Our Uncertain Commitment to Representative Panels, 86, (Ballinger, 1977).
- Eaton, Amasa M: The Development of the Judicial System in Rhode Island, 14 Yale L J 148, 153 (1905).
- Eberle, Paul / Eberle, Shirley: The Abuse of Innocence: The McMartin Preschool Trial (Prometheus, 1993).
- Ellis, Richard E.: The Jeffersonian Crisis: Courts and Politics in the Young Republic 115 (Oxford, 1971).
- Fairman, Charles: History of the Supreme Court of the United States: Reconstruction and Reunion, 1864-88 pt 2, 442 (Macmillan, 1987).
- Federalist 83 (Hamilton), in Clinton Rossiter, ed, The Federalist Papers 491, 499 (Penguin, 1961).
- Feeley, Malcolm: The Process is the Punishment, 9, (Russell Sage, 1979).
- Finkelman, Paul: The Zenger Case: Prototype of a Political Trial, in Michal R. Belknap, (ed), American Political Trials 21, (Greenwood, 1981).
- Finley, Lucinda M.: Breaking Women's Silence in Law: The Dilemma of the Gendered Nature of Legal Reasoning, 64 Notre Dame L Rev 886, (1989).
- Foner, Eric / Garraty, John A.: eds, The Reader's Companion to American History 1044, (Houghton Mifflin, 1991).
- Foner, Eric: Reconstruction: America's Unfinished Revolution, 1863-1877 594, (Harper and Row, 1988).
- Forman, James Jr.: History and the Right to Jury Trial: From Abolition to Reconstruction 46 n 121 (unpublished paper, Yale Law School, 1992) (on file with U Chi L Rev).
- Franklin, John Hope: From Slavery to Freedom: A History of the American Negroes 217, (Knopf, 1947).
- Freedman, Monroe: For the Poor, Criminal Defense a Matter of Third World Justice, Legal Times 34, (Feb 11, 1991).
- Friedman, Lawrence M.: Crime and Punishment in American History 245-47, (Basic, 1993).
- Friedman, Lawrence M.: A History of American Law 126 (Simon and Schuster, 2d ed 1985).
- Fukuda, Moritoshi: Legal Problems of Japanese-Americans: Their History and Development in the United States 6-8, 10 (Keio Tsushin, 1980).
- Gilligan, Carol: In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development 17-19 (Harvard, 1982).
- Goodman, James: Stories of Scottsboro, (Pantheon, 1994).
- Green, Thomas Andrew: Verdict According to Conscience: Perspectives on the English Criminal Trial Jury, 1200-1800, (Chicago, 1985).
- Greenberg, Douglas: Crime and Law Enforcement in the Colony of New York, 1691-1776, 172-73 (Cornell, 1974).
- Greenberg, Jack: Race Relations and American Law 328-29, 405-12, (Columbia, 1959).

- Grillo, Trina: *The Mediation Alternative: Process Dangers for Women*, 100 Yale L J 1545 (1991).
- Grimes, Alan P.: *Democracy and the Amendments to the Constitution* 57 (Lexington Books, 1978) (quoting Representative Butler).
- Hall, David D.: John M. Murrin, and Thad W. Tate, eds, *Saints and Revolutionaries: Essays on Early American History* 152, (Norton, 1984).
- Harrison, Gladys: *Re-Fighting an Old Battle*, NY Herald Trib Mag 10, (Feb 9, 1930).
- Hawkins, William: *1 A Treatise of the Pleas of the Crown* 194 (Garland, 1978) (reprint of the 1716 original).
- Hay, Douglas: *The Class Composition of the Palladium of Liberty: Trial Jurors in the Eighteenth Century*.
- Hebard, Grace Raymond: *The First Woman Jury*, 7 J Am Hist 1293, 1301-04, 1325-26 (1913).
- Heffernan, William C.: *Comments: The Majoritarian Threat Posed by the Jury*, 25 Crim L Bull 79 (1989).
- Heller, Francis H.: *The Sixth Amendment to the Constitution of the United States: A Study in Constitutional Development* 25, (Kansas, 1951).
- Helmholz, R. H. / Green, Thomas A.: *Juries, Libel, & Justice: The Role of English Juries in Seventeenth -and Eighteenth- Century Trials for Libel and Slander*, (UCLA, 1984).
- Hoff, Joan: *Law, Gender, and Injustice: A Legal History of U.S. Women* 3-9 (NYU, 1991).
- Horwitz, Morton J.: *The Transformation of American Law, 1780-1860* 140-59 (Harvard, 1977).
- Hyman, Harold M. / Tarrant, Catherine M.: *Aspects of American Trial Jury History*, in Rita James Simon, ed, *The Jury System in America: A Critical Overview* 21, (Sage, 1975).
- Journal of Debates and Proceedings in the Convention of Delegates Chosen to Revise The Constitution of Massachusetts, 1820-21* 539-42 (Boston Daily Advertiser, 1853), quoted in Note, *The Changing Role of the Jury in the Nineteenth Century*, 74 Yale L J 170, 175 (1964).
- Journals of the Continental Congress: 1774-1789* 69 (Oct 14, 1774) (US GPO, 1904).
- Juror Information, Circuit Court of Cook County, Doe No CCL-0524* (1993).
- Kadish, Mortimer R. / Kadish, Sanford H.: *Discretion to Disobey: A Study of Lawful Departures from Legal Rules* 50, (Stanford, 1973).
- Kent, James: *Commentaries on American Law* 38-39, (Little, Brown, 10<sup>th</sup> ed 1860).
- Kerber, Linda K.: "A Constitutional Right to be Treated Like... Ladies": Women, Civic Obligation and Military Service, 1993 U Chi L Sch Roundtable 95.
- Kershen, Drew L.: *The Jury Selection Act of 1879: Theory and Practice of Citizen Participation in the Judicial System*, 1980 U Ill L F 707, 756.
- Kettner, James H.: *The Development of American Citizenship, 1608-1870* 213-32 (North Carolina, 1978).



- King, P. J. R.: Illiterate Plebeians, Easily Misled: Jury Composition, Experience, and Behavior in Essex, 1735-1815.
- Landsman, Stephan: The Rise of the Contentious Spirit: Adversary Procedure in Eighteenth Century England, 75 Cornell L Rev 497 (1990).
- Langan, Patrick A. / Dawson, John M.: Felony Sentences in State Courts, 1988 1, (US Dept of Justice, Bureau of Justice Statistics, 1990).
- Langbein, John H.: Chancellor Kent and the History of Legal Literature, 93 Colum L Rev 547, 571 n 117, (1993).
- Langbein, John H.: On the Myth of Written Constitutions: The Disappearance of Criminal Jury Trial, 15 Harv J L & Pub Pol 119, 121 (1992).
- Langbein, John H.: Shaping the Eighteenth-Century Criminal Trial: A View from the Ryder Sources, 50 U Chi L Rev 1 (1983).
- Langbein, John H.: The Criminal Trial before the Lawyers, 45 U Chi L Rev 263, (1978).
- Letter of Thomas Hutchinson to John Sullivan, March 29, 1771, quoted in Wroth, L. Kinvin / Zobel, Hiller B.: Introduction, eds, 1 Legal Papers of John Adams xli (Belknap, 1965).
- Letter to the Abbd Arnoux, July 19, 1789, in Julian P. Boyd, ed, 15 The Papers of Thomas Jefferson 282, 283 (Princeton, 1958).
- Leung, Frankie Fook-Lun: The Re-Emergence of the Legal Profession in the People's Republic of China, 6 NY L Sch J Intl & Comp L 275, (1985).
- Levy, Leonard W. / Karst, Kenneth L. / Mahoney, Dennis: eds, 2 Encyclopedia of the American Constitution 725-26, (Macmillan, 1986).
- Levy, Leonard W.: Bill of Rights, in Leonard W. Levy, ed, Essays on the Making of the Constitution 258, 269 (Oxford, 2d ed 1987).
- Levy, Leonard W.: Emergence of a Free Press 17, (Oxford, 1985).
- Levy, Leonard W.: Judgments: Essays on American Constitutional History 312 n 48, (Quadrangle Books, 1972).
- Litwack, Leon F.: Been in the Storm So Long: The Aftermath of Slavery 505, (Vintage Books, 1980).
- Litwack, Leon F.: North of Slavery: The Negro in the Free States, 1790-1860 94, (Chicago, 1961).
- Maltz, Earl M.: Civil Rights, the Constitution, and Congress, 1863-1869 154, (Kansas, 1990).
- Mann, Bruce H.: Neighbors and Strangers: Law and Community in Early Connecticut 67-100, (North Carolina, 1987).
- Margolick, David: As Venues Are Changed, Many Ask How Important a Role Race Should Play, NY Times 7, (May 23, 1992).
- McConnell, Michael W.: Originalism and the Desegregation Decisions (unpublished paper on file with U Chi L Rev).

- McDonald, Forrest: *Novus Ordo Seclorum: The Intellectual Origins of the Constitution* 41, (Kansas, 1985).
- McKinley, Albert Edward: *The Suffrage Franchise in the Thirteen English Colonies in America* 475-76, (Penn, 1905).
- Miller, R. Justin: *The Woman Juror*, 2 Or L Rev 30, 38-39, (1922).
- Moore, Lloyd E.: *The Jury: Tool of Kings, Palladium of Liberties*, (Anderson, 2d ed 1988).
- Moran, Terence: *For Simi Valley Jurors, Cop Credibility was a Given*, NJ L J 17, (June 15, 1992).
- Morgan, Lewis Henry: *League of the Iroquois*, (Citadel, 1962).
- Morris, Richard B.: ed, *Encyclopedia of American History* 82, (Harper & Row, rev ed 1965).
- Morris, Thomas D.: *Free Men All: The Personal Liberty Laws of the North, 1780-1861* 73, (Johns Hopkins, 1974).
- Mydans, Seth: *After the Riots*, NY Times A20, (May 14, 1992).
- Myrdal, Gunnar: *An American Dilemma: The Negro Problem and Modern Democracy* 549-50, (Harper and Row, 2d ed 1962).
- National Commission on Law Observance and Enforcement, *Report on Criminal Procedure* 26-27, (US GPO, 1931).
- Nedelsky, Jennifer: *Private Property and the Limits of American Constitutionalism: The Madisonian Framework and Its Legacy*, (Chicago, 1990).
- Nelson, Harold L.: *Seditious Libel in Colonial America*, 3 Am J Legal Hist 160, (1959).
- Nelson, William E.: *Americanization of the Common Law: The Impact of Legal Change on Massachusetts Society, 1760-1830*, (Harvard, 1975).
- New York State Division of Criminal Justice Services, *1990 Crime and Justice Annual Report* 162 (Bureau of Criminal Justice Statistical Services, 1991).
- Newton, Jim: *Koon, Powell Get 2 Years in Prison*, LA Times A1, (Aug 5, 1993).
- Newton, Jim: *Racially Mixed Jury Selected for King Trial*, LA Times A1, (Feb 23, 1993).
- Olsen, Frances: *The Sex of the Law*, in David Kairys, ed, *The Politics of Law: A Progressive Critique* 453, (Pantheon, rev ed 1990).
- O'Neill, Timothy P.: *Wrong Place, Wrong Jury*, NY Times 23, (May 9, 1992).
- Parloff, Roger: *Maybe the Jury was Right*, Am Lawyer 7, (June, 1992).
- Parloff, Roger: *That Jury in California Still May Have Been Right*, NJ L J 15, (July 6, 1992).
- Peirce, Neal R.: *Look Homeward, City of Angels*, 24 Nat J 1250, (May 23, 1992).
- Platt, Anthony M.: *The Child Savers: The Invention of Delinquency* 137-75, (Chicago, 2d ed 1977).
- Pollock, Sir Frederick / Maitland, Frederic William: *The History of English Law: Before the Time of Edward I*, (Cambridge, 1968) (reprint of 2d ed 1898).
- Porter, Kirk H.: *A History of Suffrage in the United States* 48-49, (Greenwood, ed, 1969).
- Pound, Roscoe: *Justice According to Law*, 13 Colum L Rev 696, 699, 701, 706, (1913).

- Pound, Roscoe: *The Spirit of the Common Law* 113, (Marshall Jones, 1921).
- Provine, Doris Marie: *Judging Credentials: Nonlawyer Judges and the Politics of Professionalism* xi-xii, (Chicago, 1986).
- Quincy's Massachusetts Bay Reports, 1761-1772 557 n4 (Little, Brown, 1865) (letter from Governor Francis Bernard to Lords of Trade, Aug 21, 1761).
- Ramirez, Deborah A.: *The Mixed Jury and the Ancient Custom of "de medietate linguae"* (unpublished 1994) (on file with U Chi L Rev).
- Raper, Arthur: *Race and Class Pressures* 79, 80 (1940) (unpublished manuscript prepared for Myrdal's study).
- Reid, John Phillip: *In a Defiant Stance: The Conditions of Law in Massachusetts Bay, the Irish Comparison, and the Coming of the American Revolution*, (Penn State, 1977).
- Reid, John Phillip: *In a Rebellious Spirit: The Argument of Facts, the Liberty Riot, and the Coming of the American Revolution* 30-33, (Penn State, 1979).
- Roeber, A. G.: *Faithful Magistrates and Republican Lawyers: Creators of Virginia Legal Culture, 1680-1810* 128, (North Carolina, 1981).
- Salas, Luis: *The Emergence and Decline of the Cuban Popular Tribunals*, 17 *L & Society Rev* 587 (1983).
- Scales, Ann C.: *The Emergence of Feminist Jurisprudence: An Essay*, 95 *Yale LJ* 1373, (1986).
- Schioppa, Antonio Padoa: ed, *The Trial Jury in England, France, Germany: 1700-1900* 13, 41 (Duncker & Humblot, 1987).
- Schmidt, Benno C. Jr.: *Juries, Jurisdiction, and Race Discrimination: The Lost Promise of Strauder v. West Virginia*, 61 *Tex L Rev* 1401, 1414, 1432-33, (1983).
- Shakespeare, William: *Henry VI Part II*, 4.2. 86-87.
- Shugg, Roger Wallace: *Negro Voting in the Ante-Bellum South*, 21 *J Negro Hist* 357, 357-64, (1936).
- Siebert, Fredrick Seaton: *Freedom of the Press In England 1476-1776. The Rise and Decline of Government Controls* 365, (Illinois, 1952).
- Silberman, Linda J.: *Non-Attorney Justice in the United States: An Empirical Study*, (Institute of Judicial Administration, 1979).
- Simpson, A. W. Brian: *Cannibalism and the Common Law: The Story of the Tragic Last Voyage of the Mignonette and the Strange Legal Proceedings to Which It Gave Rise*, 208-10, (Chicago, 1984).
- Solari, Richard: *National Judicial Reporting Program*, 1988 47, Table 4.2a, (US Dept of Justice, Bureau of Justice Statistics, 1992).
- Sparling, Jon: *Jury Selection in a Criminal Case* (unpublished, undated manuscript on file with U Chi L Rev).
- Stanley N. Katz / Murrin, John M.: eds, *Colonial America: Essays in Politics and Social Development* 540, (Knopf, 3d ed 1983).
- Stephenson, Gilbert Thomas: *Race Distinctions in American Law* 253-72, (AMS Press, 1969).

- Stimson, Shannon C.: *The American Revolution in the Law: Anglo-American Jurisprudence Before John Marshall*, (Princeton, 1990).
- Thayer, James B.: "Law and Fact" in *Jury Trials*, 4 *Harv L Rev* 147, 148-49, (1890).
- Thayer, James Bradley: *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law* 47-182 (Augustus M. Kelley, 1969) (reprint of 1898 ed).
- Thomas, William H.: "The Negro and Crime" 7 (speech at the Southern Sociological Congress, Nashville, May 7-10, 1912).
- Timnick, Lois: *Buckey Jury Deadlocks; Mistrial is Declared; McMartin: D-.A Reiner Says He Won't Seek a Third Trial. Longest Criminal Case in History Comes to an End*, *LA Times A1* (July 28, 1990).
- Tooker, Elisabeth: *The League of the Iroquois: Its History, Politics, and Ritual*, in Bruce G. Trigger, ed, *15 Handbook of North American Indians: Northeast* 418, 424-29 (Smithsonian, 1978).
- Twain, Mark: *Roughing It* 342-43, (American, 1872).
- Ubbelohde, Carl: *The Vice-Admiralty Courts and the American Revolution* 208, (North Carolina, 1960).
- Uviller, H. Richard: in *Proceedings of the Fifty-Third Judicial Conference of the District of Columbia Circuit*, 145 *FRD* 149, 180, (1992).
- Wallace, Anthony F. C.: *The Death and Rebirth of the Seneca* 28-30, (Vintage, 1972).
- Warren, Charles: *1 The Supreme Court in United States History* 104, (Little, Brown, 1923).
- Whitehead, John: *The Supreme Court of New Jersey*, 3 *Green Bag* 401, 402 (1891).
- Whitehouse, S. Stewart: *Trial By Jury, As It Is and As It Should Be*, 31 *Albany L J* 504, 505-06, (1885).
- Williams, Juan: *Eyes on the Prize: America's Civil Rights Years, 1954-1965* 39- 57, (Viking, 1987).
- Williamson, Chilton: *American Suffrage: From Property to Democracy, 1760-1860*, 12-13, (Princeton, 1960).
- Williamson, Chilton: *Property, Suffrage and Voting in Windham*, 25 *Vt Hist* 135 (1957).
- Williamson, Joel: *After Slavery: The Negro in South Carolina During Reconstruction, 1861-1877* 329, (North Carolina, 1965).
- Wood, Diane P.: *Court-Annexed Arbitration: The Wrong Cure*, 1990 *U Chi Legal F* 421.