

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**



**Bu sayı Amerika Birleşik Devletleri Türkiye Büyükelçiliği'nin
katkılarıyla yayımlanmıştır**

**11 Eylül 2001 tarihindeki terör eyleminde hayatını kaybedenlere
ve yakınlarına ithaf edilmiştir.**

Cilt : 9

Sayı : 1-2

Yıl : 2001

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ



Yayın Kurulu

Prof Dr. Zehra ODYAKMAZ

Doç. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ - Doç. Dr. Vahit DOĞAN

Yrd. Doç. Dr. M. Fatih UŞAN - Yrd. Doç. Dr. M. Okan TAŞAR

Hakem Heyeti

Yayın İlkemiz gereği Hakem Heyeti üyelerinin ismi gizli tutulmaktadır.

Editör

Dr. Ali Şafak BALI

Haberleşme Adresi

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 Kampüs/KONYA

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

E-mail : fusan@selcuk.edu.tr, abali@selcuk.edu.tr

© Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Bu yayının hiçbir bölümü Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesinin yazılı izni olmaksızın çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz. Bu yayında yer alan makalelerdeki görüşler yazarlara aittir. Fakültenin görüşünü yansıtmaz. Yayın ilkeleri en son sayfada yer almaktadır.

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	3
-------------------	---

MAKALELER / ÖZEL HUKUK

HUKUK EĞİTİMİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER.....	9
Doç. Dr. Şahin AKINCI	

GELİŞMEKTE OLAN ÜLKELERDE VE TÜRKİYE'DE ÇOCUK İŞGÜCÜ KULLANIMI (ÇOCUK İŞÇİLİĞİNİ ÖNLEME ULUSLARARASI PROGRAMI –IPEC)	49
Yrd. Doç. Dr. Cem KILIÇ	

İSLÂM HUKUKUNDA MAHKEME KARARLARININ KONTROLÜ...	65
Doç. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ	

MEDENİ USUL HUKUKU AÇISINDAN FAKS METİNLERİNİN ÖNEMİ VE DELİL NİTELİĞİ.....	159
Yrd. Doç. Dr. Recep AKCAN	

PATENT HUKUKUNDA YENİLİK KAVRAMI ve YENİLİĞİN BELİRLENMESİ	189
Dr. Tahir SARAÇ	

MAKALELER / KAMU HUKUKU

**THE MAIN FEATURES OF 1982 TURKISH CONSTITUTION AND
RECENT CONSTITUTIONAL CHANGES IN TURKEY215**
Doç. Dr. Yavuz ATAR

**MAHALLİ İDARELERDE ÖZERKLİKLİĞE YÖNELİK TEHDİTLER
VE MERKEZİLEŞME EĞİLİMLERİ.....237**
Doç. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

RAWLS' THEORY of JUSTICE II: RAWLS' POLITICAL TURN261
Dr. Ali Şafak BALI

**RADYO–TELEVİZYON ÜST KURULU VE İDARİ TEŞKİLAT
İÇİNDEKİ YERİ281**
Arş. Gör. S. Burak AÇDOYURAN

MAKALELER / EKONOMİ-MALİYE

1929 DÜNYA EKONOMİ BUHRANI VE TÜRKİYE301
Yrd. Doç. Dr. Yaşar SEMİZ / Yrd. Doç. Dr. Osman AKANDERE

METİNLER / SEMİNER-KONFERANS

**YARGI REFORMLARI: TRENDLER, SORUNLAR VE STRATEJİLER
.....317**
Prof. Hiram CHODOSH

HUKUK EĞİTİMİ: TRENDLER, SORUNLAR VE STRATEJİLER.....327
Prof. Hiram CHODOSH

ERMENİ SORUNU, ERMENİSTAN VE TÜRKİYE337
Prof. Dr. Osman Metin ÖZTÜRK

**RELATIONS BETWEEN THE UNITED STATES AND TURKEY IN
THE POST-COLD WAR ERA347**
Prof. Dr. Birol YEŐILADA

KARAR İNCELEMELERİ

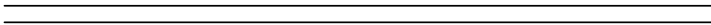
**HUKUK USULÜ MUHAKEMELERİ KANUNU m. 87/son HÜKMÜNÜN
İPTALİ.....363**
Doç. Dr. Ömer ULUKAPI

TEZ ÖZETLERİ

**TÜRK DIŞ POLİTİKASINDA BELİRLEYİCİ FAKTÖRLER
EKSENİNDE ÖZAL'IN DIŞ POLİTİKA KONSEPTİ.....377**
Hasan MOR

**TÜRK ÖZEL HUKUKUNDA EVLİLİK DIŞ DOĞAN ÇOCUKLARIN
HUKUKİ DURUMU.....389**
Arş. Gör. Mehmet ALTUNKAYA

makaleler



özel hukuk

HUKUK EĞİTİMİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Doç. Dr. Şahin AKINCI*

GİRİŞ

Türkiye'nin en gözde fakülteleri arasında yer alan hukuk fakülteleri, binlerce öğrenciye hitap eden ve mülkün temeli olan adaleti gerçekleştirecek insanları yetiştiren en önemli kurum durumundadırlar.

İyi bir adalet, şüphesiz iyi hukukçularla mümkündür. Bir ülkenin hukuk sistemi ne kadar mükemmel olursa olsun, onu uygulayacak bilgi ve yeteneğe sahip hukukçular olmazsa adaletin gerçekleştirilmesi mümkün olmayacaktır. Fakat iyi yetişmiş ve kendini mesleğine adanmış hukukçuların bulunduğu bir ülkede, hukuk sistemi mükemmel olmasa da, eksiklikleri ve zaafı önemli sorunlara yol açmayacaktır. Bunun en güzel örneğini Roma İmparatorluğu'nda görmek mümkündür. Küçük bir şehir devleti olarak kurulan Roma, büyük bir imparatorluğa dönüşünce, Ius Civile'nin hükümleri yetersiz kalmaya başlamıştır. Kanunu değiştirmek kolay olmadığı için iş hukukçulara düşmüş, Roma'nın büyük hukuk dehalari, eskiden ve ihtiyaçlara cevap veremeyen kuralları, günün ve toplumun ihtiyaçlarına göre yeniden yorumlayarak hakkaniyete uygun çözümler üretmişlerdir. Roma'nın hukuk uygulayıcıları olan Praetor'ların yapmış oldukları katkılar sebebiyle Roma Hukuku gelişerek tüm Avrupa'yı etkilemiştir. Roma Hukukunun bu seviyeye gelmesinin en önemli sebebi, hiç şüphe yok ki, Romalı hukukçulardır.

İyi bir hukukçu nasıl olmalıdır? Bu soruya pek çok doğru cevap verilebilir. Fakat verilebilecek ortak cevaplardan bazıları şunlardır:

- i) İyi bir hukukçu iyi bir hukuk bilgisine sahip olmalıdır.
- ii) Hukuk kurallarını doğru bir biçimde yorumlayıp olaylara uygulayabilecek hukuk tekniğine sahip olmalıdır.
- iii) Önüne gelen karmaşık bir olayı, hakkaniyete uygun bir biçimde çözebilecek hukuk nosyonuna sahip olmalıdır.
- iv) Hiç bir etki ve baskı altında kalmadan objektif kararlar verebilmelidir.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.
sakinci@selcuk.edu.tr

v) Mesleğini sevmeli, hukukun üstünlüğüne inanmalı, idealist olmalı, meslekî idealleri kişisel çıkarlarının üstünde olmalıdır.

Bu soruya verilebilecek başka cevaplar da vardır. Örneğin, çağdaş ülkelerdeki gelişmeleri takip edebilecek yabancı dil bilgisine sahip olmalı, düzgün bir Türkçe ile konuşmalı ve yazmalı, insanlarla iyi ilişkiler kurabilmeli, sosyal olmalı, ufku geniş olmalı, entelektüel seviyesi yüksek olmalı gibi¹...

İdeal bir hukukçunun, bu saydıklarımızın yanı sıra daha pek çok olumlu özelliğe sahip olması gerekmektedir. Fakat acaba Türkiye'deki hukukçuların yüzde kaç bu özellikleri taşımaktadır? Ya da iyi hukukçu olarak nitelendirilen kimseler bu özelliklerden yüzde kaçına sahiptir? Bunun cevabını vermek oldukça güçtür. Fakat bu sorulara çok olumsuz cevaplar vermek, büyük fedakârlıklarla adalet hizmeti veren değerli hukukçularımıza haksızlık etmek olur. Toz pembe bir tablo çizmek ise, yanlışlarımızı ve hatalarımızı görmememize neden olacağı için, bunları ortadan kaldıracak çözümlerin üretilmesini de engelleyecektir.

Gerçek şu ki, özellikle diğer meslek dalları ile karşılaştırıldığında hukukçular, pek çok açıdan hiç de fena sayılmayacak hatta belki de gıpta edilecek bir konumdadırlar. Ama bu konuda arzu edilen düzeyin çok altında olduğumuz da bir gerçektir. Özellikle son yıllarda hukukçuların sayısında gözle görülür bir artış olmakla beraber, kalitenin de aynı oranda arttığını söylemek mümkün değildir. Tam tersine kalitede düşme olduğu son zamanlarda değişik ortamlarda sık sık telaffuz edilmeye başlanmıştır.

Hemen ifade edelim ki kalitede bir düşme olduğu fikrine biz de katılıyoruz. Bu makaleyi kaleme alış sebebimiz de budur. Bununla beraber, kalitedeki düşüşü bir ya da bir kaç sebebe indirgemek, özellikle de tek sebep olarak hukuk fakültelerinde verilen eğitimin yetersizliğini göstermek doğru değildir. Bu gerilemenin pek çok sebebi vardır ve hukuk fakültelerinde verilen eğitimin yeterli olmaması bunlardan sadece bir tanesidir. Ancak unutmamak gerekir ki hukuk eğitimi, fakülte öncesi ve sonrasını da içine alan bir bütündür. Fakülte eğitimi bu bütünün halkalarından sadece bir tanesini oluşturmaktadır². O halde sağlıklı bir çözüme ulaşabilmek için bu sorunu bir bütün olarak incelemek gerekmektedir.

Bu makalede, hukuk eğitiminin sorunları incelenirken, fakülte öncesi sorunlar, fakülte eğitimi sırasında karşılaşılan sorunlar ve mezuniyet sonrası ortaya çıkan sorunlar ayrı ayrı ele alınarak incelenmiştir. Her bir sorunun sebepleri üzerinde durulmuş ve değişik çözüm önerileri ortaya atılmıştır. Amacımız hiç bir kişi ya da kurumu yermek ya da övmek değildir. Tek amacımız sorunların tespiti-

¹ Benzer düşünceler için bak. Çelebican, 3 – 4; Karayalçın 619, Güven, 107- 108.

² Ansay, Sempozyum, 16.

tine ve çözümüne az da olsa katkı sağlayabilmektir. Özellikle teklif ettiğimiz çözümler pek çok hukukçu tarafından eleştirilebilir hatta ütöpik bulunabilir. Fakat iyiye, doğruya ve güzele ulaşmanın yolu, her türlü fikri ön yargısız olarak tartışmaktan geçer. Kişisel inancımız odur ki, burada ortaya attığımız fikirlerin içinde, eleştirilenler kadar desteklenenler de olacaktır. Eleştirilenlerin ise, kabul görmeseler bile, bazı konuların tartışmaya açılması bakımından yararlı olacağına inanıyoruz.

I. FAKÜLTE ÖNCESİ SORUNLAR VE ÇÖZÜM YOLLARI

1) Orta Öğretimin Yetersizliği, Matematik Puanı İle Öğrenci Alınması ve Meslek Liselerinin Durumu

Hukuk Fakültelerinde iyi bir hukuk eğitiminin verilebilmesi için, hukuk fakültelerini kazanan öğrencilerin belli bir bilgi ve zekâ seviyesinin altında olmamaları gerekir. Bunun dışında okuma alışkanlığı kazanmış, kitap okumayı seven, okuduğunu anlayabilen, duygu ve düşüncelerini sözle ya da yazıyla ifade edebilen, karmaşık hayat olaylarını birbirinden ayırarak çözebilecek bir mantığa sahip olan öğrenciler olmalıdır.

Ne yazık ki uzun yıllardan beri bu konularda önemli bir gerileme olmuştur. Liseden mezun olarak hukuk fakültesini kazanan gençlerin büyük bir çoğunluğunun okuma alışkanlığının olmadığı gözlenmiştir. Üç yüz sayfalık bir romanı bile okumaktan sıkılan öğrenci sayısı az değildir. Böyle bir öğrencinin beş yüz sayfalık bir hukuk kitabını okuyup anlaması elbette ki kolay olmayacaktır. Bunun da ötesinde hukuk fakültesi öğrencilerinin duygu ve düşüncelerini açıklamakta da büyük sıkıntılar içinde olduklarını rahatlıkla söyleyebiliriz. Pek çok öğrenci, konuşurken zorlanmakta, duygu ve düşüncelerini aktaracak kelimeler bulamamaktadır. Klâsik usulde yapılan yazılı sınavlarda bunu daha açık ve çarpıcı bir şekilde görmek mümkündür. Sınav kâğıtları incelendiğinde öğrencilerin büyük bir çoğunluğunun, yazım hataları bir yana cümle kurmakta bile zorlandıkları göze çarpmaktadır. Özellikle birinci sınıf öğrencilerinde bu sorun daha çarpıcı bir şekilde karşımıza çıkmaktadır. Fakülte eğitiminin sonlarına doğru öğrenciler bu konuda çok önemli bir mesafe kat etmektedirler. Fakat arzulanan düzeye geldiklerini söylemek oldukça güçtür.

Bu sorunun nedeni, orta dereceli okullarda verilen eğitimin yeterli olmamasıdır³. Maalesef orta dereceli okullarımızda iyi bir Türkçe eğitimi verilememektedir. Kendi dilini bilmeyen ve konuşamayan bir nesil yetişmektedir. Gençlerin kelime dağarcığı son derece yetersizdir. Bu nedenle de konuşmakta ve

³ Aynı görüşte, Akıntürk, 604; Uygun, 361; Okay, 58, Dinçer, 84.

yazmakta zorluk çekmektedirler⁴. Orta dereceli okullarda gençlere okuma alışkanlığı da kazandırılmamaktadır. Bu alışkanlığı kazanan öğrencilerin bir kısmı kendi çabaları ya da ailelerinin destekleri veya bazı idealist öğretmenlerin sayesinde kazanmaktadır⁵.

Öteden beri var olan bu sorun, son bir kaç yıldır hukuk fakültelerinin Eşit ağırlıklı (EA) puan ile öğrenci almaya başlamasıyla iyice belirgin hale gelmiştir. Bilindiği gibi, 1999 yılına kadar hukuk fakülteleri sosyal/sözel (S) puanla öğrenci almışlardır. Fakat bu yıldan itibaren eşit ağırlıklı puana dönmüştür. Bunun nedeni, matematik bilgisine sahip olan öğrencilerin hukuk fakültelerindeki başarılarının artacağı düşüncesidir⁶. Çünkü eşit ağırlıklı puana, matematik puanı önemli ölçüde etki etmektedir. Bu düşünceye göre matematik bilgisi, öğrencinin problem çözme yeteneğini geliştirir. Matematik problemlerini çözebilecek yetenek ve mantığa sahip olan bir öğrenci hukukî sorunların çözümünde de zorlanmayacaktır. Bu düşünce temelde yanlış bir düşünce değildir. Problem çözme yetenek ve mantığının gelişmesinde matematik bilgisinin faydası göz ardı edilemez. Fakat öğrenci aynı zamanda, başta Türkçe olmak üzere, sosyal derslerde de başarılı olmalıdır. Hatta sosyal derslere olan yatkınlığı ve başarısı matematiğe göre çok daha üst seviyede olmalıdır. Ancak iyi bir sosyoloji, psikoloji, tarih, edebiyat, dil ve hatta felsefe eğitimi görmüş olan kimseler hukuk fakültelerinde başarılı olabilirler⁷. Sözü edilen dersler, hukuk eğitimi açısından matematiğe nazaran çok daha önemli ve elzemdir. Oysa denge bozulmuş, matematiğe verilen önem gereğinden fazla abartılmış, bu yanlışlık orta eğitimimizin yetersizlikleri ve üniversiteye giriş sınavlarındaki yanlış uygulamalar ile de birleşince hiç de arzu edilmeyen sonuçlar ortaya çıkmaya başlamıştır.

Öncelikle, sayısal derslerde ve özellikle matematikte başarılı olan öğrenciler, haklı olarak üniversitelerimizin fen bölümlerini tercih etme eğilimindedirler. Bu öğrencilerin tercihleri arasında hukuk fakülteleri yer almamaktadır. Hukuk fakültelerini tercih eden öğrenciler ise daha az matematik bilgisine sahip

4 Ne yazık ki, hukuk fakültelerinin birinci sınıfında, asıl konuların yanında zaman zaman öğrencilere dil dersleri de vermek zorunda kalmaktayız.

5 Bu konuda öğretmenlere de haksızlık yapmamak gerekir. Çünkü öğretmene önem verilmeyen bir ülkede başka bir sonuç beklenemez. Öğretmenin kafasını işinden çok geçim derdi meşgul ediyorsa, kendisinden yüksek başarı beklemek haksızlık olur.

6 Çelikel 608, Çetintemel, 35; Selçuk, 29; Uygun, 363. Nitekim, bundan bir kaç yıl önce yapılan dekanlar toplantısında aynı görüş dile getirilmiş ve alınan tavsiye kararı doğrultusunda eşit ağırlıklı puana geçilmiştir.

7 Dinçer, 81.

olan ve sosyal derslerde de yeterince iyi olmayan öğrencilerdir. *Diğer bir deyişle 1999 yılından bu yana hukuk fakültelerini tercih eden öğrenciler ne sayısal ne de sözelde en iyi olan öğrencilerdir.* Üniversiteye giriş sisteminin değişmesiyle biraz sayısal biraz da sözel bilgisi ile hukuk fakültelerine girebilmek mümkün hale gelmiştir. Böylece, istenilen seviyede matematik bilse bile, sosyal dersleri zayıf olan öğrenciler hukuk fakültelerini kazanmaya başlamışlardır. Bu da yukarıda sözünü ettiğimiz ve zaten var olan sorunun artarak devam etmesine yol açmıştır.

Bunun dışında, üniversiteye giriş sınavlarında son yıllarda yapılan değişiklikler hem bazı haksızlıklara⁸ hem de hukuk fakültelerinin giriş puanlarının anormal bir biçimde düşmesine neden olmuştur. Örneğin, 1997 yılında yüzde 01'lik dilimden öğrenci alan Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinin giriş puanı 2000 yılında yüzde 8.5'e, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinin puanı ise, yüzde 02'den 14.2'ye düşmüştür. Diğer hukuk fakültelerinde de durum aynıdır⁹.

Hukuk fakültelerinin puanlarının düşmesi de, öğrenci seviyesine etki etmiştir. 1999 yılına kadar sosyal puanla öğrenci alan fakülteler içinde, en yüksek puana sahip olan fakülteler arasında hukuk fakülteleri vardı. Bu nedenle, sosyal bölümleri tercih eden öğrenciler içinden en başarılıları hukuk fakültelerini kazanıyordu. Oysa bu yıldan itibaren hukuk fakültelerinde önemli bir gerileme gözlenmiş örneğin *Türkçe eğitim yapan iktisadî ve idari bilimler fakülteleri dahi, hukuk fakültelerinin önüne geçmiştir.* Bunun iki önemli nedeni vardır.

Birincisi, meslek lisesi mezunlarının (örneğin normal meslek liseleri, teknik liseler, Anadolu teknik liseleri, ticaret liseleri, Anadolu ticaret liseleri tapu kadastro liseleri, adalet meslek liseleri, imam hatip liseleri ve Anadolu imam hatip liseleri gibi) hukuk fakültelerini tercih edemeyişidir. Bilindiği gibi, meslek liseleri aleyhine getirilen bu düzenlemelerin en önemli sebebi, imam hatip liselerinin son zamanlarda rejim için tehlike arz ettiği düşüncesidir. Fakat böyle bir düşünce ile tüm meslek liselerinin önünün kesilmesi de doğru değildir. Örneğin bir sağlık meslek lisesi mezununun tıp fakültesini tercih ettiği zaman puanının kırılması asla tasvip edilemez. Bu nedenle, eğer imam hatip liseleri rejim için tehlikeli ise sadece bu liselerden puan kırılmalı ya da daha radikal tedbirler alınarak bu okullar tamamen kapatılmalıdır. Fakat bu yüzden tüm meslek liseleri kurban edilmemelidir.

İkinci önemli neden ise, normal liselere devam eden öğrencilerin, sadece Türkçe – Matematik (TM) bölümlerinde okuyanlarının hukuk fakültelerini tercih

⁸ Benzer bir görüş için bak. Okay, 58.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bak. Gözler, 39 vd.

edebilmeleridir. Gerçi diğer bölümlerde okuyan öğrenciler de tercihleri arasına hukuk fakültelerini yazabilirler. Fakat Türkçe Matematik bölümünde okuyan bir öğrenci hukuk fakültesini tercih ettiği zaman puanı 0.5 ile, diğer bölümlerde örneğin sosyal bölümde okuyan öğrenci tercih ettiği zaman 0.2 ile çarpılmaktadır. Bu nedenle, TM bölümü dışında bir bölümde okuyan öğrencilerin hukuk fakültesini kazanması, diğer bölümde okuyan öğrenciye göre daha çok doğru cevabı olsa bile fiilen imkansız hale gelmektedir. Böylece, üniversite giriş sınavlarında hukuk fakültelerini tercih edebilen öğrenci sayısında önemli bir düşüş meydana gelmiştir. Zira, liselerde, Türkçe - matematik bölümünü tercih eden öğrencilerin sayısı da, fen bölümünü tercih eden öğrencilere göre çok düşüktür. Hukuk fakültelerini tercih edebilen öğrencilerin sayısındaki düşüş rekabeti azaltmış, hukuk fakültesi öğrencileri daha az sayıda öğrenci arasından seçilerek bu fakültelemeye başlamışlardır. Üniversite giriş puanları ile ilgili olarak yapılan bu değişiklik sadece hukuk fakültelerinin puanlarını düşürmemiş çok büyük haksızlıklara da yol açmıştır. Örneğin hukuk fakültesinin sosyal puanla öğrenci aldığı düşünerek, okuduğu lisenin sosyal bölümünü tercih eden bir öğrenci, üniversite sınavına gireceği zaman sistem değişmiş ve kendisinin hukuk fakültesini tercih edemeyeceği gerçeği ile yüz yüze gelmiştir. Aynı durum meslek liselerinde okuyan öğrenciler için de geçerlidir¹⁰. Bu ani değişiklik, devlete olan güveni ve adalet duygusunu da sarsmıştır. Bugün dahi, liselerde bölüm tercihi yapan öğrenciler ve velileri, yarın ne gibi bir değişiklik yapılacağını bilemedikleri için tereddütler yaşamaktadırlar. Bugünkü hukukî durumu ve sınav sistemini gözetenek, belli bir fakülteyi kazanabilmek için belli bir bölüme kaydolun öğrenci, üniversiteye girişte o bölümü tercih edip edemeyeceğinden emin değildir.

Bu sorunun çözülebilmesi için kısa vadede yapılması gerekenler şunlardır:

1) Orta dereceli okullarda iyi bir Türkçe eğitimi verilmeli ve gençlere okuma alışkanlığı kazandırılmalıdır. Bu sadece hukuk fakülteleri açısından değil, tüm fakülteler açısından hayati önem taşımaktadır.

2) Üniversite giriş sınavında yapılan yanlışlar bir an önce düzeltilmelidir. Hukuk fakülteleri eşit ağırlıklı puan ile öğrenci almamalı, tekrar sosyal puana dönülmelidir. Ayrıca, liselerde diğer bölümleri tercih eden öğrencilerin de hukuk fakültelerini tercih edebilmeleri sağlanmalıdır. Liselerde belli bir bölümde okuyan öğrencilerin kendi alanlarının dışında bir tercih yapmaları halinde puanları kırılmamalıdır. Ayrıca liseler arasında ayırım yapılmamalı, meslek liselerinin de önü açılmalıdır. Bu bir yandan hukuk fakültelerini tercih eden öğrencilerin sayısının artmasına ve tam rekabetin oluşmasına neden olacak diğer taraftan da gençleri ilgi duydukları alanları tercih etme imkânından mahrum etmeyecektir.

¹⁰ Gözler, 50 vd.

tir. Unutmamak gerekir ki liselerde bölüm tercihi yapan öğrenciler henüz 15 veya 16 yaşlarındadır. Böyle bir öğrencinin, kendisinin hangi alana daha yatkın olduğunu düşünerek bilinçli bir tercih yapması mümkün değildir. Bunu velisi de bilemeyebilir. Üst seviyede rehberlik hizmetlerinin verildiği ve öğrencilerin daha orta okuldan itibaren yeteneklerinin tespit edilerek belli alanlara yönlendirildiği ülkelerde bugünkü uygulama yarar sağlayabilir. Fakat ülkemizde iyi bir rehberlik hizmeti verildiği söylenemez. Bu nedenle bir öğrencinin hangi alana daha yatkın olduğunu ne öğrencinin kendisi ne de velisi bilebilmektedir. Sonuçta, öğrencinin sosyal alanlarda mı yoksa fen bilimlerinde mi daha başarılı olduğu tespit edilmeden liselerde bölüm tercihi yapılmaktadır. Daha sonra öğrenci kendisini o alanda başarısız hissettiği zaman iş iştin geçmiş olmaktadır. Bu durum meslek liseleri için daha çarpıcı bir şekilde kendini göstermektedir. Meslek liselerine giren gençler henüz 14 yaşındadırlar ve kendilerinin o alanda yetenekli olup olmadığını ne kendileri ne de yakınları bilmektedir. El becerilerinin olmadığını ya da diğer alanlarda daha başarılı olduklarını anladıkları zaman ise, değişiklik yapma şansları kalmamakta, daha çocuk yaşta iken yapılan bir yanlış tercihin kurbanı olmaktadır.

2) Vakıf Üniversitelerinin Puan Durumu

Bu noktada vakıf üniversitelerinin durumuna da bir göz atmak gerekir. Ülkemizde son yıllarda vakıf üniversitelerinin sayısında önemli bir artış olmuştur. Buna paralel olarak hukuk fakültelerinin sayısı da artmıştır. Bu, rekabet ortamının doğması ve hukuk öğrenimi görmek isteyen gençlere yeni imkânlar sunması bakımından sevindirici ve desteklenmesi gereken bir gelişmedir¹¹ Fakat bazı vakıf üniversitelerinin puanı ne yazık ki son derece düşüktür. Hiç bir devlet üniversitesini kazanamayan öğrencilerin bazı vakıf üniversitelerinin hukuk fakültelerine girebildikleri görülmektedir¹². Bu nedenle, hukuk fakültelerinin puanlarındaki düşüşün çözüm yolları araştırılırken, vakıf üniversiteleri göz ardı edilmemelidir.

Bir kısım vakıf üniversiteleri puanlarını yükseltebilmek için çeşitli çarelere baş vurmakta, örneğin fakültelerinin tanıtımına ağırlık vermektedirler. Fakat bu tedbirler her zaman istenilen sonuçları vermemektedir. Bu nedenle bize göre, hukuk fakülteleri için bir asgari puan ya da yüzdelerle sıra belirlenmeli ve bu puanı alamayan yüzdelerle dilime giremeyen öğrenciler hiç bir hukuk fakültesine girememelidir. Bu çözüm tarzı değişik açılardan eleştirilebilir. Fakat kısa vadede

11 Kars. Karayalçın, 621, Arslan, 636.

12 Aynı görüşte, Uygun, 386.

sorunun çözülebilmesi ve iki yıllık bir meslek yüksek okulunu bile kazanamayan öğrencilerin hukuk fakültelerine girmelerinin önüne geçilebilmesi için en kesin ve radikal çözümün bu olduğuna inanıyoruz. Unutmamak gerekir ki, eğitimin kalitesinin yükseltilmesi öğrencinin kapasitesi ile doğru orantılıdır. Bir fakültenin hocaları ne kadar kaliteli, sahip olduğu imkânlar ne kadar geniş olursa olsun, öğrenci seviyesi düşükse istenilen başarı elde edilemeyecektir.

3) Uzun Vadeli Bir Çözüm Önerisi: Adalet Meslek Yüksek Okullarından Öğrenci Alınması

Bu sorunun uzun vadede kalıcı olarak çözülebilmesi için, hukuk fakültelerine normal liselerden değil, adalet meslek yüksek okullarından öğrenci alınmalıdır¹³. Bilindiği gibi Türkiye'de hukuk eğitimi 4 yıldır ve bu sürenin az olduğu sık sık dile getirilmektedir¹⁴. Gerçekten de bazı gelişmiş ülkelerde bu süre daha uzundur. Örneğin Almanya'da, 13 yıllık bir orta öğrenimden sonra 3.5 yıllık bir hukuk eğitimi verilmekte fakat bu eğitim, fakülte sonrası staj ile birlikte değerlendirildiğinde 5.5 - 6 yıla uzamaktadır. Böylece, hukuk fakültesinden mezun olarak avukatlık ya da hâkimlik yapmak isteyen bir kimse asgari 28 yaşına ulaşmaktadır. Diğer bir deyişle bu yaşa kadar eğitim devam etmektedir. Amerika Birleşik Devletlerinde ise orta öğrenimden sonra 4 yıllık bir yüksek okulu bitiren kişiler hukuk fakültelerine girebilmektedir¹⁵. Görüldüğü gibi ülkemizde, hem hukuk fakültelerine giriş hem de mesleğe başlama yaşı daha düşüktür. Öğrenci belirli bir olgunluğa ulaşmadan hukuk fakültesine girmekte ve yine belirli bir bilgi ve olgunluk seviyesine ulaşmadan meslek hayatına atılmaktadır. Bir öğrencinin 20 yaşını bitirmeden hukuk fakültesinden mezun olması 21 yaşında ise avukatlığa başlaması mümkündür. Oysa Amerika Birleşik Devletleri'nde olduğu gibi, hukuk fakültelerine girebilmek için daha önce bir yüksek okuldan mezun olma şartı arandığı taktirde, hem öğrenci belirli bir olgunluğa ulaşmış olacak, hem de yukarıda sözünü ettiğimiz sorunlar çözülebilecektir.

Her şeyden önce adalet meslek yüksek okullarından gelen öğrenciler belirli bir bilgi seviyesine ulaşmış olarak hukuk fakültelerine gireceklerdir. Bu okullarda öncelikle bir asgari hukuk bilgisi verilecektir ve hukuk fakültesine giren öğrenci yabancılık çekmeyecektir. Bunun dışında, öğrencinin dil bilgisi ve okuma alışkanlığı konusundaki eksikliklerinin de bu okullarda giderilmesi

¹³ Karş. Uygun, 362; Okay, 58, Dinçer, 86.

¹⁴ Bu konuda bak. Akıntürk, 604, 605, Çelikel, 609. Aksi görüş için bak. Karayalçın, 620; Erzurumluoğlu, 616.

¹⁵ Ansay, 14 – 15, Ansay, Sempozyum, 19; Akıntürk, 602; Çelikel, 608.

mümkün olabilir. Dahası, hukuk fakültesi öğrencisinin belli seviyede matematik bilmesi isteniyorsa, adalet meslek yüksek okullarında bu amaca uygun olarak matematik dersi de okutulabilir. Böylece, öncelikli olarak hukuk başlangıcı, hukuk felsefesi ve sosyolojisi gibi temel hukuk derslerini bu okullarda okutmak mümkün olabilecektir. Bunun dışında yazım kuralları ve hitabet türünden derslerin de okutulması mümkündür. Bu yapıldığı takdirde, hukuk fakültesini kazanan bir öğrenci kendisi için gerekli olan bilgilerin pek çoğunu daha fakülteye girmeden öğrenmiş olacaktır¹⁶ Fakülte eğitimi sırasında ise daha üst seviyede bilgiler öğretilenilecektir. Nitekim, adalet meslek yüksek okulu öğrencilerinden dikey geçiş yolu ile hukuk fakültelerine giren öğrencilerin yabancılık çekmedikleri, fakülteye daha kolay intibak edebildikleri ve daha başarılı oldukları gözlenmektedir.

Bu sistemin bir diğer faydası da, tüm üniversitelerde okutulması zorunlu olan yabancı dil, Türk dili, Atatürk İlkeleri ve İnkılâp Tarihi ve Bilgisayar derslerinin adalet meslek yüksek okullarında okutulacak olmasıdır. Böylece hukuk fakültelerinin programlarında bu derslere yer verilmeyecek ve programda önemli bir rahatlama sağlanmış olacaktır. Zira bu dersler ağırlıklı olarak 1. sınıfta okutulmakta ve haftalık toplam saatleri 12 saati aşmaktadır. Bu da programın sıkışmasına yol açmakta ve öğrencilere boş zaman bırakmamaktadır.

Sistemin sağlıklı yürüyebilmesi için öncelikle adalet meslek yüksek okullarının yaygınlaştırılması gerekir. Bu amaçla, her hukuk fakültesinin bünyesinde bir adalet meslek yüksek okulu açılması düşünülebilir. Kontenjan tespit edilirken, o hukuk fakültesinin kontenjanın 1.5 veya iki katı bir kontenjan belirlenebilir. Adalet meslek yüksek okulunu bitiren öğrenciler yeniden üniversite sınavlarına ya da bu amaçla açılan hukuk fakültelerine giriş sınavlarına girerek fakülte tercihlerini yaparlar. Fakat unutmamak gerekir ki, bu okullarda giren öğrencilerin tamamı mezun olamayacaktır. Mezunların bir kısmının üniversiteye devam etmek istemeyeceği, bir kısmının ise başka fakültelerde (örneğin işletme, iktisat vs.) okumak isteyebileceği düşünülürse, adalet meslek yüksek okullarının kontenjanlarının, hukuk fakültelerinin kontenjanının iki katı kadar olmasında yarar vardır. Bu uygulamada, adalet meslek yüksek okullarından mezun olan ve hukuk fakültesi ya da başka bir fakülteye giremeyen öğrencilerin, adliyelerde istihdam edilmeleri mümkün olacaktır. Yani verilen eğitim boşa gitmeyecektir.

Bu çözüm tarzı kısa vadede uygulamaya konulabilecek bir çözüm tarzı değildir. Bir yandan adalet meslek yüksek okullarının yaygınlaştırılması, diğer taraftan da hukuk fakültesine girmeyi düşünen öğrencilerin sisteme hazırlanması gerekir. Ayrıca yeni bir uygulama ile yeni haksızlıklara da yol açılmamalıdır. Bu

¹⁶ Kars. Dinçer 86, Aşçıoğlu 98.

nedenle, sözünü ettiğimiz sisteme kademeli olarak geçilmelidir. Önce hukuk fakültelerinin kontenjanı ikiye ayrılmalı, genel kontenjan yanında bir de adalet meslek yüksek okulu kontenjanı belirlenmelidir. Genel kontenjana liselerden öğrenci alınmaya devam edilmeli, adalet meslek yüksek okulu kontenjanına ise sadece bu okullardan mezun olan kişiler, üniversite giriş sınavı ile alınmalıdır. Başlangıçta adalet meslek yüksek okullarının kontenjanları düşük tutulmalı, daha sonra zaman içinde arttırılmalı, belli bir süre sonra liseden öğrenci alınmamalıdır. Örneğin ilk iki yıl için adalet meslek yüksek okullarının kontenjanı % 20 olarak belirlenebilir. Üçüncü yıl bu oran % 30'a, dördüncü yıl % 70'e beşinci yıl % 100'e çıkarılır. Böylece, bir yandan bu süre içinde adalet meslek yüksek okullarının kuruluş çalışmaları tamamlanır (ki uygulamaya hemen geçilmesi halinde bile bu çalışmaların tamamlanıp yeni kurulan adalet meslek yüksek okullarına öğrenci alınabilmesi için yaklaşık iki yıl geçmesi gerekir), diğer taraftan da bu okullara giren öğrenciler mezun olmaya başlarlar. Ayrıca orta öğretimde okumakta olan ve hukuk fakültesine girmeyi düşünen öğrenciler de kendilerini bu sisteme göre hazırlama imkânına sahip olurlar. Örneğin hukuk fakültesinin yanında ikinci tercih olarak adalet meslek yüksek okullarını da yazmayı düşünebilirler.

Uygulamanın hayata geçirilmesinden sonra hukuk fakültelerine dikey geçiş yoluyla öğrenci alınmasına da gerek kalmayacaktır.

II. HUKUK FAKÜLTELERİNDE VERİLEN EĞİTİMİN YETERSİZLİĞİ

Hukuk eğitiminin en önemli bölümünü hukuk fakültelerinde verilen eğitim oluşturmaktadır. Acaba bu eğitim ne kadar yeterlidir?

Bu soruyu cevaplandırmadan önce, üniversite eğitimin amacı nedir ve hukuk eğitimi nasıl olmalıdır sorularının cevaplarının aranması gerekir.

Bir görüşe göre¹⁷ eğitimin¹⁸ amacı, sorumlu ve kişilik sahibi insanlar yetiştirmektir. Eğitimde verilecek olan sevgiye dayalı bilgi, özgürlüğe dayalı so-

17 Aral, V.: Eğitimde Amaç, Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 29 - 30.

18 Bir görüşe göre, eğitim fikrinden vazgeçip, öğretime yönelmeliyiz. İnsanlar eğitilemez ve devlet insanları belli kalıplara sokamaz. Devletin işi, bilimin verilerini insanlara olduğu gibi sunabilmektir. (Selçuk, s. 28). Bazı yazarlar ise ahlâk (Güngör, E.: Ahlâk Psikolojisi ve Sosyal Ahlâk, İstanbul 1998, s. 24 vd.), önyargı, korku, nefret, sorumluluk ve hatta sevginin (Buscaglia, L.: Yaşamak, Sevmek ve Öğrenmek (Çev. Nesrin Kasap, İstanbul 1982, s. 48) bile bir öğrenme işi olduğu düşüncesindedirler. Bu düşünceler de öğretimi ön plâna çıkararak fikri desteklemektedir. Biz bu görüşlere katılmakla birlikte, eğitim düşüncesinden de büsbütün uzaklaşmamak gerektiğine inanıyoruz. Çünkü insanlar öğretilirken aynı zamanda bir eğitimden de geçmektedirler. Çoğu zaman

rumluluğu da beraberinde getirir. Çünkü özgürlük, sorumluluk demektir. Özgürlüğün bulunduğu yerde sorumluluk, sorumluluğun bulunduğu yerde de özgürlük vardır. Pek çok insanın özgürlükten kaçmasının nedeni, aslında sorumluluktan kaçmaktır. Özellikle gençler, sorumluluk almaktansa, karar verme yetkisini ve dolayısıyla özgürlüklerini devretmeyi tercih etmektedirler. O halde eğitim, sorumlu, özgür ve kişilik sahibi bireyler yetiştirmeyi amaçlamalıdır. Bunun da yolu, insanın öncelikle kendini tanıması ve insan olma yolunda kendini geliştirmesinden geçer¹⁹.

Ünlü mutasavvıf Yunus Emre'nin şu dörtlüğü de bu görüşü doğrulamaktadır:

İlim ilim bilmektir / İlim kendin bilmektir.

edindiğimiz bilgiler doğrultusunda hayatımızı ve davranışlarımızı şekillendirir ya da yeni davranış modelleri geliştiririz. Verilen bilgilerin objektifliği kadar nelerin verildiği de önem taşır. Bir fert olarak sahip olduğumuz bilgiler, bilmediklerimizin yanında son derece azdır. Hayatımızı şekillendiren şey ise bu sınırlı bilgidir. Devletin belli kalıplara uygun insan yetiştirmesi demokratik toplumlarda elbette ki düşünülemez. Demokratik toplumlarda devlet, insanlara bilgiyi ulaştırmalı ve herkes bu bilgiler doğrultusunda hayatını şekillendirmelidir. Atatürk'ün dediği gibi, "fikri hür, vicdani hür, irfanı hür" bireyler ancak bu şekilde yetişir. Fakat her türlü bilgiyi aktarmak mümkün olmayacağına göre, bu konuda da ister istemez seçici olmak gerekecektir. Böylece devlet, istese de istemesi de insanları yönlendirecek ve belli bir eğitim fonksiyonunu ifa edecektir. Öte yandan, özellikle ilkokul çağındaki çocukların öğretim kadar eğitime de ihtiyacı vardır. Yerlere tükürmenin ya da çöp atmanın yanlış olduğunu öğretebiliriz. Fakat çocukların bu tür davranışlardan kaçınmaları bir eğitim işidir. Kırmızı ışıkta geçmenin yanlış olduğunu herkes bilir. Fakat bu kurala uymak da ancak eğitimle olur. Bu nedenle, yukarıda zikredilen fikirlere genel olarak katılmakla birlikte eğitim fikrinden tamamen vazgeçmenin de doğru olmayacağını düşünüyoruz.

- 19 Buscaglia'nın şu sözleri bizce çok anlamlıdır: "Öğrenim yıllarınız boyunca size kendinizi öğreten kaç dersiniz oldu? Ama, matematik öğretilmiştir mutlaka. Gereksiz olduğunu söylemiyorum, ama matematik olmadan da yaşayabilirsiniz. Biliyor muydunuz bunu? Matematik bilmek hoş bir şeydir! Okuyabilmek hoş bir şeydir, ama matematik ya da okumayı bilmeseniz de mutlu yaşamanız olmayacak iş değildir". Buscaglia, 71. Aynı konuda Buscaglia, Haim Ginott'tan yaptığı bir alıntıyı şu şekilde aktarır: "Bir toplama kampından sağ kurtulmuş bir insanım. Gözlerim, hiç bir insanın görmemesi gereken şeyler gördü. Bilgili mühendisler tarafından yapılan gaz odaları. İyi öğrenim görmüş doktorlar tarafından zehirlenen çocuklar. Eğitilmiş hemşireler tarafından öldürülen bebekler. Bu nedenle, öğrenim olgusuna kuşkuyla bakıyorum. Sizden tek dileğim şu: Öğrencilerinize insan olmayı öğretin. Çabalarınız bilgili canavarlar, yetenekli ruh hastaları ya da eğitilmiş Eichmannlar yaratmamalı. Okuma - yazma, yazım, tarih ve matematik, ancak öğrencilerimizin insan olmasını sağlarsa önem kazanırlar". Buscaglia, 126.

Sen kendini bilmezsen / Bu nice okumaktır?

Bir başka yazara²⁰ göre ise eğitim, kişinin mesleğini ve toplumdaki statüsünü, kendi ailesine sağlayacağı imkânları ve itibarı belirler. İyi bir eğitim, hayat standardının yükselmesini ve hayattan alınan zevkin artmasını sağlar, kişide yeni ilgi alanlarının gelişmesine yardım ederek hayatı zevkli ve ilginç hale getirir. Eğitim, insanın bilerek düşünce üretmesine, kafasındaki dar kalıpların kırılmasına ve hayata daha geniş bir açıdan bakmasına imkân verir. Yüzeyselliği aşmak ancak eğitimle, okumakla ve okuduğunu özümsemekle olur. Yeni bilgiler edinmek insanın hayata bakışını, ufkunu ve kişiliğini geliştirir. Yüksek öğretim, kişilere, farklı görüş, düşünce ve inançlara sahip başka insanlarla bir araya gelme imkânını verir. Kişiyi daha büyük bir güven, sorumluluk ve inisiyatif kazandırır. Bağımsız düşünme becerisini kazanmada yardımcı olur.

O halde iyi bir eğitim, gençlere bu özellikleri kazandıracak nitelikte olmalıdır.

Eğitimin amacı hakkında söylenenlerin tamamına katılıyoruz. Elbette ki bu konuda pek çok şey söylenebilir. Fakat bu düşünceler çerçevesinde özellikle hukuk eğitimi ile ilgili olarak şunları eklemek mümkündür:

Her fakülte gibi hukuk fakültelerinin de birinci amacı, öğrencilere bir meslek edindirmektir. Bu bakımından hukuk eğitimi öğrenciye, hukuk bilimini öğretmeye yönelik olmalıdır. Bir yandan üst seviyede hukuk bilgisi verilirken diğer taraftan hukuk formasyonu kazandırılmalıdır. Fakülte eğitimi sırasında hukuk biliminin tüm ayrıntıları ile öğretilmesi mümkün olmadığına göre, öğrencilere bilgiye nasıl ulaşacaklarının, diğer bir deyişle araştırma yapma tekniklerinin de öğretilmesi gerekmektedir.

Hukuk fakültesinden mezun olan öğrenciler kural olarak bu alanda bir meslekî faaliyet yürüteceklerine göre, bilginin yanı sıra meslek ahlakının da öğretilmesi gerekmektedir. Hukukçu, "vicdanı ile cüzdanı arasında" sıkıştığı durumlarda vicdanının sesini dinlemeyi hukuk fakültesi sıralarında öğrenmelidir.

Bütün bunların yanı sıra hukuk eğitiminin amacı, öğrencileri, hür düşünceli, sorumluluk ve kişilik sahibi bireyler olarak yetiştirmek olmalıdır. Yüzeysel olmayan, hayata ve olaylara geniş bir perspektiften bakabilen, ufku geniş, entelektüel seviyesi yüksek, okumayı ve araştırmayı seven, farklı görüş ve düşüncelere saygılı, kendine güvenen, düşüncesini korkmadan ifade edebilen, inandığı doğrular uğruna mücadele etmekten çekinmeyen, toplum içinde saygınlığı olan, sosyal yönü güçlü, iletişim problemi olmayan insanlar yetiştirmek hukuk eğiti-

²⁰ Baltaş, A.: Stres Altında Ezilmeden Öğrenmede ve Sınavlarda Üstün Başarı, 18. Basım, İstanbul 2000, s. 13 - 16.

minin başlıca amaçlarından olmalıdır²¹. Hepsinden önemlisi, mezun olduğu zaman insana hizmet edecek olan hukuk fakültesi öğrencisine, insan olmayı, insan olmanın anlamını, insanca yaşamayı, "ben bir insanım" demenin mutluluğunu, her insanın, bir benzeri daha olmayan kutsal bir varlık olduğunu öğretmek gerekmez mi²²?

Şimdi şu soruyu sorabiliriz: Acaba hukuk fakültelerinde bu niteliklere sahip öğrenci yetiştirebiliyor muyuz? Bu soruya ne yazık ki olumlu cevap veremiyoruz.

Bilindiği gibi, son yıllarda Türkiye'de hukuk fakültelerinin sayısının artması, buna paralel olarak öğrenci sayısının yükselmesi ve fizikî imkânların yetersizliği eğitime de yansımış ve bazı sorunları beraberinde getirmiştir. Bunun dışında, anlatıma dayalı klâsik eğitim metodu da son zamanlarda tartışılmaya başlanmıştır. Hukuk eğitimi konusunda karşılaşılan sorunların en önemlilerini şu şekilde sıralamak mümkündür:

- 1) Sınıfların kalabalık olması ve derslere aktif katılımın sağlanamaması
- 2) Seçimlik derslerden beklenen yararın elde edilememesi
- 3) Kredili sistemin uygulanmaması ve yarıyıl esasının getirdiği sorunlar
- 4) Klâsik ders anlatma metodunun sakıncaları
- 5) Ders dışında, öğrencilerin entelektüel seviyesini yükseltecek bilimsel toplantıların, seminerlerin ve benzer faaliyetlerin yürütülememesi,
- 6) Ders programlarındaki sıkışıklık sebebiyle öğrenciye, araştırma yapmak ve sosyal faaliyetlerde bulunmak için yeterli zamanın kalmaması,
- 7) Öğrenciye, uygulamaya yönelik bilgilerin verilememesi, teori ile uygulamanın birbirinden kopuk olması.
- 8) Hukuk fakülteleri arasında sıkı ilişkilerin olmaması, koordinasyonsuzluk ve buna bağlı olarak ortaya çıkan program uyumsuzlukları; ders alma ve ders geçme sistemlerinin farklılığı, yönetmelikler arasındaki uyumsuzluklar.
- 9) Öğrenci sayısının fazlalığı karşısında fizikî imkânların yetersiz kalması,

21 Benzer düşünceler için bak. Karayalçın, 619; Uygun, 361.

22 Buscaglia, 126, 182.

- 10) Öğretim kadrolarının nicelik ve nitelik olarak yetersizliği,
- 11) Öğrenci ile öğretim üyesi diyalogunun iyi kurulamaması ve öğrencilerin karşılaştıkları sorunları çözecek bir organın olmaması.
- 12) Kalite denetiminin yapılmaması

Şimdi bu sorunlar ve çözüm yolları üzerinde ayrı ayrı duralım.

1) Sınıfların Kalabalık Olması ve Derslere Aktif Katılımın Sağlanması

Hukuk fakültelerinde eğitim kalitesini düşüren sebeplerin başında, sınıfların kalabalık olması gelmektedir²³ Pek çok hukuk fakültesinde iki yüz - üç yüz kişilik (bazılarında daha fazla) sınıflarda, sadece anlatıma dayalı olarak ders yapılabilmekte²⁴, öğrenci - öğretim üyesi diyalogu kurulamamakta, öğrencilerin derse katılımları sağlanamamakta, tartışma ortamı oluşturulamamaktadır. Öğrencilerin araştırmaya ve uygulamaya yönlendirilmesi ise hiç mümkün olmamaktadır²⁵. Bunun sonucunda pek çok öğrenci derse hiç devam etmeden, öğretim üyesini hiç görmeden, tanımadan, ders kitaplarını ezberlemek suretiyle mezun olmaktadır. Bazı fakültelele her yıl 600 civarında öğrenci alınmaktadır ve bu öğrencilerin en fazla yarısı derslere devam etmektedir. Diğer öğrenciler ise fakülteye hiç gelmeden mezun olabilmektedir²⁶. Bu durumda söz konusu fakültenin öğretim üyesi kadrosunun nitelik ve nicelik yönünden çok yeterli olmasının fazla bir önemi kalmamaktadır. Şu halde, istenilen vasıflarda hukukçu yetiştirebilmek için öncelikle öğrencinin derslere devamı sağlanmalıdır. Bunun yolu, derse devamı sıkı bir yoklama uygulaması ile kontrol etmek değildir. Derse devam etmek ile devam etmemek arasında fark yoksa, öğrenci devam etmemekte haklıdır. O halde bu haklılığı ortadan kaldırmak, derse devam etmeyen öğrencinin başarılı olamayacağı bir sistem kurmak gerekir²⁷. Fakat kurulacak sistem ne

23 Akıntürk, 603 – 604; Çelikel, 608; Asçıoğlu, 94.

24 Akıntürk, 603, 604; Uygun, 361; Çetintemel 34; Okay, 59.

25 Çetintemel, 34; Okay, 59.

26 Aynı görüşte, Uygun, 367 - 368. Aynı yazar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Genel Kamu Hukuku dersine kayıtlı olan yaklaşık 1000 öğrenciden sadece 300'ünün fakülteye devam ettiği bilgisini vermektedir. Uygun, 376.

27 Bu konuda yaptığımız bir araştırmada 2000-2001 yılında yürüttüğümüz Borçlar Hukuku Genel Hükümler dersinin final sınavında, derse devam eden öğrencilerin yaklaşık

olursa olsun, sorunun çözülebilmesi için sınıf mevcutlarının azaltılması, bu mümkün olmazsa kontenjan indirimine gidilmesi şarttır.

Eğitim kalitesinin yükseltilebilmesi için öğrencinin derslere aktif olarak katılması sağlanmalıdır²⁸. Fakat kalabalık sınıflarda yürütülen teorik derslerde bunun sağlanması mümkün değildir²⁹. Bu durumda hiç değilse uygulaması olan derslerde aktif katılımın sağlanması yoluna gidilebilir. Bu amaçla, fizikî imkânları uygun ve öğretim kadrosu yeterli olan fakültelerde ders saatleri teorik ve uygulama olmak üzere iki gruba ayrılabilir. Uygulama saatlerinde öğrenciler gruplara ayrılarak her gruba ayrı bir saatte ve sınıfta uygulama yaptırılır. Örneğin 200 kişilik bir sınıf 50'şer kişilik 4 gruba ayrılabilir. Teorik derslerde gruplar birleştirilir. Uygulama saatlerinde ise her grup farklı bir saatte ve derslikte uygulama yapar. Böylece hem öğrencilerin uygulama saatlerinde derslere devam edip etmedikleri sağlıklı bir biçimde kontrol edilebilir hem de aktif katılım daha kolay sağlanır. Fakat bu yöntem, başta da söylediğimiz gibi fizikî imkânların ve öğretim kadrosunun yeterli olması halinde mümkündür.

2) Seçimlik Derslerin ve Bu Konudaki Standartların Yetersizliği

Seçimlik derslerin artırılması ve öğrencilerin ilgi duydukları alanlara yönelmelerinin sağlanması da kaliteyi arttıran unsurlardan bir tanesidir³⁰. Fakat hukuk fakültelerinde seçimlik dersler bu amacı gerçekleştirmekten uzaktır. Öğrenciler ders seçimi yaparken kolay olan dersleri ya da notu bol olan hocaları tercih etmektedirler. Zor olan bir dersi seçen öğrenciler yok denecek kadar azdır. Bu da, kendi derslerinin seçilmesini isteyen öğretim üyelerini, dersi kolaylaştırmaya ve bol not vermeye sevk etmektedir. Sonuçta seçimlik dersler bir formalite halini almaktadır. Fakat bu problem, seçimlik ders düşüncesinden vazgeçmemizi de gerektirmemelidir. Bize göre seçimlik derslerin sayısı artırılmalı ve öğrencilerin daha çok ders arasından seçim yapmaları sağlanmalıdır. Seçimlik dersler

²⁸ %50'sinin, devam etmeyenlerin ise yaklaşık %17'sinin başarılı olduğunu tespit ettik. Böyle bir sonuç öğrencinin derse devamını arttıran önemli bir faktördür.

²⁸ Aynı görüşte, Uygun, 365 vd.

²⁹ Nitekim, bu konuda, 1997 - 1998 öğretim yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde bazı öğretim üyeleri ile birlikte, aktif katılımı sağlamaya yönelik bir çalışma yürüttüklerini ifade eden Uygun, aktif katılımın pek çok açıdan faydalı olduğunun ortaya çıktığını belirttikten sonra, 700'ün üzerinde kayıtlı öğrenciden sadece 150'sinin derslere devam ettiğini ve bunların içinden yaklaşık 50 öğrencinin derse aktif olarak katıldığını ifade etmektedir.

³⁰ Dinçer, 86.

belirlenirken titiz davranılmalı, öğretim üyesine göre değil, uzmanlaşmaya yönelik dersler konulmalıdır³¹. Öğrencinin kolaycılığa kaçmaması için gerekli olan önlemler alınmalıdır. Bu amaçla örneğin, seçimlik dersler gruplara ayrılarak öğrencilerin her gruptan en az bir ders seçmeleri zorunluluğu getirilebilir. Bunun dışında, seçimlik derslerin nasıl yürütüldüğü idare tarafından gözlenerek, kolay sınıf geçilen ve bu sebeple öğrenciler tarafından en çok tercih edilen derslerin hocaları uyarılabilir. Bir seçimlik dersin ancak belli sayıda öğrenci tarafından seçilebileceği de kararlaştırılabilir. Örneğin 200 kişilik bir sınıfa yönelik olarak konulan A, B, C ve D olmak üzere dört seçimlik ders varsa, her bir dersin öğrenci sayısının 70'nin üzerinde olamayacağı kuralı benimsenebilir. Öğrencilere seçim yaparken, asıl seçmek istedikleri dersin yanında bir ya da iki tane de yedek ders seçtirilir. Bu derslerden A dersini seçen 100 öğrenci olmuşsa, fazla olan 30 öğrenci kur'a ile tespit edilerek ikinci tercihlerine yerleştirilir. İkinci olarak tercih edilen ders B dersiye ve bu yerleştirmenin sonucunda B dersini alan öğrenci sayısı 70'nin üzerinde ise, fazla olan öğrenciler üçüncü tercihlerine yerleştirilirler. Bu derslerden bir tanesi, örneğin D dersini seçen öğrenci hiç yoksa o ders açılmaz. D dersini seçen öğrenci sayısı çok az ise (üç - beş kişi gibi), bu öğrenciler de ikinci ya da duruma göre üçüncü tercihlerine yerleştirilirler. Böylece az sayıda öğrenci için ders açılmamış olur. Böyle bir çözümün benimsenmesi halinde, öğrencilerin hiç ilgi duymadıkları halde yazmak zorunda kaldıkları ikinci ya da üçüncü tercihlerine yerleştirilmelerinin doğuracağı sakıncayı giderilebilir. Böylece öğrenci, ikinci ve üçüncü tercihini de ilgi duyduğu dersler arasından bir seçim yaparak kullanabilir. Şüphesiz, bu konuda başka çözümler de düşünülebilir. Fakat bugünkü uygulamanın aynen devam etmesi halinde seçimlik derslerin faydalı olabileceğine inanmıyoruz.

3) Kredili Sistem ve Derslerin Yıllık Olarak Okutulması

Bütün hukuk fakültelerinde kredili sisteme geçilmeli ve bir öğrencinin fakülteden mezun olabilmek için almak zorunda olduğu kredi miktarı belirlenmelidir. Bu derslerin bir kısmı mecburî, bir kısmı ise seçimlik ders olarak plânlanmalıdır. Fakat seçimlik derslerle ilgili yukarıda sözünü ettiğimiz problem mutlaka çözümlenmelidir.

Hukuk Fakültelerinde yakın zamanlara kadar dersler yıllık olarak okutulmuştur. Fakat bazı fakültelerde yarı yıl esasına geçilmiştir. Dersler, I. yarıyıl

³¹ Benzer düşünceler için bak. Çelikel, 610; Okay, 59.

ve II. yarıyıl dersleri olarak bölünmeye başlanmıştır. Fakat bize göre bu sistem hukuk fakültelerinin bünyesine uygun düşmemektedir³².

Her şeyden önce derslerin pek çoğu bu şekilde bölünmeye uygun değildir. Örneğin ticaret hukuku dersi, "şirketler hukuku, kıymetli evrak hukuku, sigorta hukuku, deniz ticaret hukuku" gibi bölümlere ayrılabilir. Fakat borçlar hukuku genel hükümler dersi hangi kıstasa göre ikiye bölünecektir? Nitekim yarı yıl esasına göre program yapan fakülteler, kesin kıstaslar bulamadıkları için, "borçlar hukuku I" ve "borçlar hukuku II" gibi ayrımlar yapmaktadırlar³³.

Öte yandan hukuk fakültelerinde anlatılan konuları birbirinden ayrı düşünmek mümkün değildir. Yarı yıl esasına göre bir düzenleme yapıldığında, birinci dönemde anlatılan konulardan sınav yapıldığı ve öğrenci o dersi geçtiği için, artık o konulardan soru sorulamayacaktır. Örneğin, kişiler hukuku birinci dönem, aile hukuku ikinci dönem okutuluyorsa, aile hukuku dersinde ehliyet ya da kişiliğin korunması gibi konulardan soru sormamak gerekir. Çünkü öğrenci o konuları kapsayan dersi almış ve başarılı olmuştur. Oysa sözünü ettiğimiz konular bir bütündür. Özellikle öğrenciye sınav sorusu olarak bir olay sorulduğunda bu olay, pek çok konuyu içerebilir. Bu konuların birbirinden ayrılması mümkün değildir³⁴.

4) Klâsik Ders Anlatma Metodunun Sakıncaları

Yukarıda da belirtildiği gibi hukuk fakültelerinde dersler, klâsik metot olarak adlandırabileceğimiz anlatıma dayalı metot ile yürütülmektedir³⁵. Bu metot öğretim üyesinin derse hazırlanması açısından kolay ve rahat bir metot olmakla birlikte, öğrencinin konuyu iyi kavrayabilmesi açısından faydalı değildir. Araştırmalar³⁶ göstermiştir ki, gözden beyine giden sınırlar kulaktan beyine gidenlere nazaran yirmi beş kat daha büyüktür. Bu nedenle, anlatılanların iyi anlaşılabilmesi ve hafızada kalıcı bir yer edinebilmesi için, dinleyicilerin gözüne hitap etmek, kulağına hitap etmekten daha önemlidir. Bir başka araştırmaya gö-

32 Aynı görüşte, Çelikel, 610 – 611; Akıntürk, 605; Farklı görüş için bak. Çetintemel 37.

33 Aynı görüşte, Akıntürk, 605; Çelikel, 610 – 611.

34 Aynı görüşte, Akıntürk, 605.

35 Çelikel, 609; Erzurumluoğlu, 615.

36 Carnegie C.: Söz Söyleme İş Başarma Sanatı (Çev. Sema Kunt), İstanbul, s. 80, 223.

re³⁷, iletişimde kelimelerin önemi % 10, ses tonunun önemi % 30, beden dilinin önemi ise % 60'tır. Görüldüğü gibi, dinleyicinin en zayıf organı kulağıdır ve klâsik eğitimde sadece kulağa hitap edilmektedir. Bu metot, öncelikle öğrencinin dikkatinin dağılmaması ve ilgisinin canlı tutulabilmesi açısından iyi bir metot değildir. Oysa ortalama 45 dakika kadar süren bir derste öğrencinin dikkatinin dağılmaması ve dersin başındaki ilginin sonuna kadar aynı şekilde devam etmesi neredeyse imkânsızdır. Özellikle derslerin tek taraflı olarak anlatıldığı, öğrencinin derse aktif olarak katılmadığı, beden dilinin ve ses tonunun iyi kullanılmadığı derslerde bu sonuç kaçınılmazdır. Bir öğretim üyesi, bilimsel olarak ne kadar yeterli olursa olsun, dersi ilgi çekici hale getiremiyor, öğrencinin dikkatini derse yoğunlaştırmasını sağlayamıyor, hafızada kalıcı olacak bir şekilde konuları anlatamıyorsa, öğretimin kalitesi ister istemez düşecektir. Nitekim kişisel gözlemlerimize göre de, öğrencinin derse katılmadığı ve dersin monoton bir şekilde anlatıldığı hallerde, dikkat, ilgi ve verim son derece azalmakta; sonuçta öğrenciler, bu tür derslere girmemeyi tercih etmektedirler³⁸.

Şu halde, dersten beklenen verimin arttırılabilmesi için, dersi sıkıcı olmaktan çıkaracak ve öğrenmeyi kolaylaştıracak metotlar kullanılmalıdır. Bunların başında ise kulakla birlikte göze de hitap etmek gelir. Teknik gelişmeler bu konuda bizlere pek çok imkânlar sunmaktadır. Tepe göz ya da bilgisayar aracılığı ile, anlatılan konuları şematize etmek hatta resimler halinde öğrenciye sunmak artık çok kolaydır. Üstelik çok büyük masrafları da gerektirmemektedir. Bu yolla, teorik olarak anlatılan konular, resimler, grafikler hatta hareketli görüntüler halinde öğrencilere sunulabilir. Örneğin dava dilekçesinin unsurları anlatılırken, önceden yazılmış bir dilekçe, çekin unsurları anlatılırken, keşide edilmiş bir çek ekrana getirilebilir.

Öğrencinin dersi iyi kavrayabilmesi için konuların açık ve sade bir üslupla anlatılmasının yanı sıra, dersin eğlenceli olması, değişik olması, hayal gücünü harekete geçirmesi ve sağlam bir mantıksal temele oturtulması da son derece önemlidir³⁹. Öğrenciyi kolayca uyutan, ciddî ve asık suratlı eğitim metotları yerine daha eğlenceli ve katılımı arttıran metotlar tercih edilmelidir⁴⁰. Mümkün olduğunca farklı ve alışılmamış örnekler vermek, sık sık karşılaştırmalar yapmak, özel olaylardan söz etmek gibi ifade teknikleri de ilgiyi canlı tutmaya yarayan önemli metotlardır. Dersin hikâyeleştirilerek anlatılması da hiç şüphesiz,

37 Baltaş, 214.

38 Kars. Çelikel, 609; Erzurumluoğlu, 615; Güven, 109.

39 EKÜ prensibi: Einfachheit, Klarheit, Übersichtlichkeit.

40 Baltaş, 209.

öğrencinin uyanık kalmasını, dersi sevmesini ve anlatılanları kolayca anlayıp hatırlayabilmesini sağlayacak metotlardan biridir⁴¹.

Dersin sevdirilebilmesi, ilginin canlı tutulabilmesi, öğrenci ile iyi bir iletişim kurulabilmesi ve anlatılanların kalıcı olmasının sağlanabilmesi için daha pek çok metot önerilebilir. Şüphesiz bu metotların hepsi her ders ya da her öğretim üyesi için geçerli değildir. Yapılması gereken, her öğretim üyesinin kendi özelliklerine ve anlattığı dersin muhtevasına uygun metotlar tespit ederek uygulamasıdır. Bu metotları her öğretim üyesi kendisi geliştirebileceği gibi, bu alanda yazılan kitaplardan da yararlanabilir. Bu bir tercih sorunudur. Fakat hangi yol ya da metot tercih edilirse edilsin, artık çağ dışı kalmış olan, öğrenciyi dersin ilk yirmi dakikasından sonra rüyalar ya da hayaller alemine götüren klâsik metot hızla terk edilmelidir.

5) Öğrencilerin Entelektüel Seviyesini Yükseltecek Faaliyetlerin Yürütülmemesi

Üniversite eğitiminin amacı sadece öğrencilere meslekî bilgileri öğretmek değil, aynı zamanda ufku geniş ve entelektüel seviyesi yüksek gençler yetiştirmektir. Bunun da yolu, genelde üniversitelerin, özel olarak da hukuk fakültelerinin, bu amaca yönelik bilimsel toplantılara ağırlık vermeleridir. Gerçi bu konuda bazı hukuk fakültelerinin oldukça iyi bir durumda olduğunu söylemek mümkündür. Örneğin mensubu bulunduğum Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi her yıl en az 8 - 10 tane bilimsel ya da kültürel faaliyeti gerçekleştirmektedir. Fakat bu tür faaliyetlerin tüm fakülteler tarafından gerçekleştirilmesi ve hukuk fakülteleri arasında bu konuda bir dayanışmanın da olması gerekir. Ne yazık ki bilimsel ve kültürel faaliyetler konusunda tüm hukuk fakültelerinin aynı düzeyde olduğunu söyleyemiyoruz. Ayrıca hukuk fakülteleri arasında iyi bir diyalog olmaması sebebiyle yapılan faaliyetler genellikle ilgili fakülte ile sınırlı kalmaktadır. Oysa bu tür faaliyetlere diğer fakültelerin öğretim üyelerinin de konuşmacı ya da dinleyici olarak katılmaları, öğrencilerin başka fakültelerin öğretim üyelerini de tanımaları açısından yararlı olacaktır.

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir diğer husus da, bilimsel ve kültürel faaliyetlere öğrencilerin katılımının sağlanmasıdır. Zaman zaman üni-

⁴¹ Armand Herscovici'nin Matematik Masalları adlı kitabı bu konuda yapılmış örnek çalışmalarından biridir. Yazar bu eserde, matematik gibi, öğrencilerin genellikle korkarak yaklaştıkları bir dersin bile masal gibi anlatılabileceğini ve bu yolla öğrenmenin hem daha kolay hem de kalıcı olacağını göstermektedir. Kitap, Ercüment Akad tarafından Türkçe'ye çevrilmiş ve ikinci baskısı Güncel Yayıncılık tarafından (İstanbul) 2001 yılında yapılmıştır.

versite öğrencilerinin bu tür faaliyetlere katılmaya zorlandıklarına şahit olmaktadır. Oysa öğrencilerin bu tür faaliyetlere katılmalarının zorlanması beklenen faydayı temin etmeyecek, tam tersine bir reaksiyon oluşmasına sebep olacaktır. Yapılması gereken zorlayıcı değil, özendirici olmalıdır. Öğrencilere bu tür faaliyetlerin öneminin anlatılması ve ilgi duydukları konuların işlenmesi halinde beklenen sonucun elde edileceğine inanıyoruz. Ayrıca, öğrencilerin bu tür faaliyetlerde, organizatör ya da konuşmacı olarak aktif rol alması da sağlanabilir. Böyle bir uygulama bir yandan öğrencilerin yapılan faaliyeti sahiplenmeleri ve yüksek oranda katılımlarını sağlayacak, öte yandan bilgi, görgü ve tecrübelerinin artmasına sebep olacaktır⁴².

Nihayet, öğrencinin entelektüel seviyesinin yükseltilebilmesi için üniversite ortamının ve üniversitenin bulunduğu şehrin imkanlarının da uygun olması gerekmektedir. Aksi halde, fakültelerin çabaları her zaman yeterli olmayacaktır.

6) Öğrenciye, Araştırma Yapmak ve Sosyal Faaliyetlerde Bulunmak İçin Yeterli Zamanın Kalmaması

Arzu edilen başarının yakalanabilmesi için öğrencilerin araştırmaya teşvik edilmesi şarttır. Ders kitaplarını ezberlemek yerine belli konularda araştırmalar yapmak, ödevler ya da seminerler hazırlamak, öğrencilere bir yandan araştırmanın nasıl yapılacağını öğretmek diğer taraftan da derslere aktif olarak katılmalarını sağlayabilmek açısından önemlidir. Ayrıca belli bir konuyu araştırarak öğrenen öğrencinin o konuyu kısa sürede unutması oldukça zordur.

Öte yandan üniversiteler, öğrencilerin sosyal ve kültürel yönden gelişmesini sağlayan ortamlar olmalıdır. Dört yıl boyunca fakülte ile yurt arasında gidip gelen, hiç bir sosyal aktiviteye katılmayan, bulunduğu şehirdeki kültür ve sanat faaliyetlerini takip edemeyen bir öğrenci, üniversiteyi bitirse bile üniversiteyi öğrenemez⁴³.

Bu noktada, hukuk fakültesi öğretim üyelerine ve yöneticilerine düşen ilk görev, öğrencileri araştırmaya ve incelemeye teşvik etmek, onları kütüphane ile

⁴² Bu konuda, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi bünyesinde kurulan Sosyal Faaliyetler Kurulu iyi bir örnektir. 1991 yılında kurulan Sosyal Faaliyetler Kurulu, geçtiğimiz on yıl içinde sanat, kültür ve bilim alanında pek çok organizasyon ve faaliyeti başarıyla gerçekleştirmiştir. Organizasyonların tamamı öğrenciler tarafından ve yine öğrencilerin yüksek oranda katılımı ile gerçekleştirilmiştir. Kanaatimizce bu tür öğrenci kulüplerinin, ideolojik bir çehreye bürünmemek kaydıyla her fakültede kurulmasında ve öğrencilerin yapılacak faaliyetlerde aktif olarak rol almasında fayda vardır.

⁴³ Kars. Aşçıoğlu, 94.

tanıştırmak ve bir araştırmanın nasıl yapılacağını öğretmek olmalıdır. Bunun dışında öğrenciler, sosyal ve kültürel faaliyetlere katılmaya da özendirilmelidir. Fakat Teşvik etmek ya da özendirmek yetmez. Öğrencilerin bu tür faaliyetler için ayıracak zamanları da olmalıdır. Ders programlarındaki sıkışıklık maalesef buna imkân vermemektedir. Öğrenciler isteseler de araştırma ve inceleme yapmamakta, kütüphanelerin imkânlarından yeterince yararlanamamaktadırlar. Bu sorunun çözülebilmesi için dersler en geç 14.00 ya da 14.30'da bitirilmeli (mümkünse sadece öğleye kadar ders konulmalı) ve öğrenciye boş zaman bırakılmalıdır⁴⁴. Ayrıca öğrencilere, kitap okuyabilecekleri uygun ortamlar sunulmalı ve kütüphanelerin imkânlarından yararlanmaları sağlanmalıdır⁴⁵.

7) Öğrencilere Uygulamaya Yönelik Bilgilerin Verilememesi ve Teori İle Uygulamanın Birbirinden Kopuk Olması.

Hukuk fakültelerinde öğrencilere genellikle teorik bilgiler verilmekte, uygulamada karşılaşılan sorunlar gelişmeler yeterince aktarılamamaktadır. Bu nedenle, sık sık ifade edildiği gibi, hukuk fakültesini bitiren bir öğrenci, dava dilekçesi bile yazamayacak kadar uygulamadan habersiz olmaktadır.

Bunun bir eksiklik olmadığı, uygulamanın staj esnasında öğrenileceği, fakülte eğitimi sırasında ise teorik bilgilerin verilmesi gerektiği savunulabilir. Fakat teorik bilgilerin sağlıklı bir biçimde öğretilmesi için de öğrencinin uygulama hakkında bilgi sahibi olması, diğer bir deyişle, derste öğrendiklerini, hayatta karşılaşılanlarla mukayese etme imkânına sahip olması gerekir. Bu bağlantıyı kuramayan öğrencinin yapabileceği tek şey, anlatılanları ezberlemek olacaktır. Öte yandan, staj esnasında da uygulamanın öğrenilmesi genellikle mümkün olmamaktadır. Çünkü, özellikle avukatlık stajı yapan öğrenciler, çoğu zaman doğru dürüst devam etmeden stajlarını bitirebilmektedirler. Hakimlik stajlarında da beklenen faydanın temin edildiği söylenemez⁴⁶. Şu halde, gerek teorik bilgilerin sağlıklı bir biçimde verilebilmesi, gerekse öğrencilerin hayata hazırlanabilmesi için, fakülte eğitimi sırasında teorinin yanı sıra uygulamaya da ağırlık verilmelidir.

44 Bu konuda, yukarıda sözünü ettiğimiz, Adalet Meslek Yüksek Okullarından öğrenci alınması modeli uygun bir çözüm olabilir. Çünkü bu sistemde, hukuk fakültelerinde öğretim süresi otomatik olarak altı yıla çıkacağı için, derslerin dört yıla sıkıştırılmasından doğan sakıncalar da giderilmiş olacaktır.

45 Benzer düşünceler için bak. Uygun, 383 vd.

46 Çetintemel, 45 vd.

Bu konuda, son sınıf öğrencilerinin özellikle ikinci yarı yılda adliyeye götürülerek uygulama ile tanıştırılması düşünülebilir. Fakat böyle bir çözüm tarzının beklenen faydayı temin etmesi mümkün değildir. Çünkü her şeyden önce duruşma salonları, çok sayıda öğrenciyi dinleyici olarak alabilecek kapasitede değildir. Bunun dışında, ülkemizde en basit davaların bile bir yıldan daha uzun sürdüğü düşünülecek olursa, bir öğrencinin belli bir davayı başından sonuna kadar takip etmesi mümkün değildir. Üstelik, uygulama yapmak isteyen öğrenci farklı mahkemelerde farklı davaları izlemek zorunda kalacaktır. Bu ise büyük bir kopukluğun ortaya çıkmasına yol açacaktır. Nitekim bugün adliyelerde yapılan avukatlık stajlarında da aynı tablo ile karşılaşılmaktadır. Örneğin sulh hukuk mahkemesinde on beş gün staj yapacak olan stajyer, herhangi bir davanın herhangi bir aşamasında bulunacak (bu aşama delillerin toplanmasına ilişkin süre verilmesinden ibaret de olabilir) ve o dava ile ilgili hiçbir şey öğrenemeyecektir.

Uygulamaya yönelik bilgilerin mevcut şartlarda fakültelerde verilmesi de mümkün değildir.

Her şeyden önce, uygulamayı yaptıracak olan öğretim elemanın uygulamayı kendisinin iyi bilmesi gerekir. Oysa hukuk fakültelerindeki öğretim elemanlarının pek çoğu uygulamadan kopuktur. Çünkü Avukatlık Kanunu, hukuk fakültelerindeki araştırma görevlilerine staj yapma hakkı dahi tanınmamaktadır. Böylece fakülteden mezun olduktan sonra staj yapamadan araştırma görevlisi olan bir öğretim elemanı, uygulama ile tanışma fırsatı dahi bulamamaktadır.

Gerçi Avukatlık Kanunu öğretim üyelerine avukatlık yapma hakkını tanımaktadır. Fakat Yüksek Öğretim Kanunu bu hakkı beş yıllık doçentlere, kısmi statüye geçme şartıyla vermiştir. Bu ise profesörlüğe tekabül etmektedir. Böylece hukuk fakültelerindeki öğretim üyelerinin profesörlüğe kadar uygulama ile ilişkileri kesilmiş olmaktadır. Bunun sonucunda uygulamadan yeterince haberdar olamayan öğretim üyeleri, öğrencilere de uygulamaya ilişkin bilgileri ve yeni gelişmeleri yeterince aktaramamaktadırlar. Bunun sonucunda da, teori ile uygulama arasındaki bilinen kopukluklar ortaya çıkmaktadır. Nitekim bugün, avukat ya da hakim olarak göreve yeni başlayanlar, sık sık, derslerde aldıkları bilgilerin ve gördükleri konuların pek çoğunun uygulama ile hiç ilgisinin olmadığını, uygulamanın çok farklı olduğundan yakınmaktadırlar.

Araştırma görevlilerine ve öğretim üyelerine staj ve avukatlık hakkının verilmemesinin bir diğer sakıncası da, başarılı öğrencilerin genellikle, ekonomik sebeplerden dolayı araştırma görevliliği mesleğini tercih etmemeleri şeklinde kendini göstermektedir. Oysa bu hakkın tanınmış olması, araştırma görevliliğini de cazip hale getirecek ve başarılı öğrencilerin bu alana daha çok yönelmelerini sağlayacaktır.

Sonuç olarak, uygulama eksikliğinin giderilebilmesi için;

- a) Araştırma görevlilerine staj yapma hakkı verilmelidir.
- b) Doktoradan sonra öğretim üyelerine, derslerini ve fakültedeki görevlerini aksatmamak kaydıyla avukatlık yapma imkânı sağlanmalıdır. Bunun için kısmî statüye geçme şartı aranmamalıdır. Zaten uygulamada pek çok öğretim üyesi hukuka aykırı olarak avukatlık yapmakta ve fakülte yönetimleri de bu duruma göz yummaktadır. Yapılması gereken bu illegal durumu legal hale getirmektir. Böylece bir yandan tüm öğretim üyeleri hukuka aykırı davranma endişesi taşımadan avukatlık yapma ve uygulama ile tanışma imkânı bulacak, diğer yandan da fakülte idareleri hangi öğretim üyesinin hangi adreste mesleğini icra ettiğinden haberdar olacaktır. Ayrıca öğretim üyeleri kendi adlarına büro açacakları için devletin vergi kaybı da olmayacaktır⁴⁷.
- c) Doçent ve profesörlerin, buldukları şehirlerde, kendi alanlarıyla ilgili mahkemelerde hakim olarak görev yapmalarına imkân sağlayan kanunî düzenlemeler gerçekleştirilmelidir. Böylece, hakimlik yapan öğretim üyeleri, hem öğrencileri, hem de asistanlarını, yeni gelişmelere paralel olarak yetiştirme ve uygulamadan haberdar etme imkânına sahip olacaklardır. Ayrıca teori ile uygulama arasında bir köprü kurulacak ve teorik gelişmelerin uygulamaya aktarılması, uygulamadaki gelişmeler doğrultusunda da yeni görüşlerin ve teorilerin ortaya atılması ve geliştirilmesi sağlanmış olacaktır.
- d) Derslerin kredileri tespit edilirken, belli derslerin en azından haftada bir saati uygulama için ayrılmalıdır. Ancak kredi saatlerinin azaltılması yoluna gidilmemelidir. Aksi halde teorik bilgilerin aktarılması için zaman kalmayabilir.
- e) Hakimlerin, savcılarının ve avukatların fakültelelere davet edilerek pratik çalışmalara katılmalarını sağlayacak hukukî düzenlemeler gerçekleştirilmelidir. Özellikle hakim ve savcılarının bu konuda karşılığın çıkarılan hukukî engeller kaldırılmalı ve bu çalışmalarının karşılığını ders ücreti olarak almaları sağlanmalıdır. Fakülte de kurulan ve gerçek hâkimlerin, savcılarının ve avukatların rol aldığı farazî (sanal) mahkeme-

⁴⁷ Aslında bu sorun diğer fakültelerin öğretim üyeleri açısından da mevcuttur. Bu nedenle, Yüksek Öğretim Kanunu'nda bir değişiklik yapılarak, öğretim üyelerinin, fakültelerine bilgi vermek ve üniversitedeki görevlerini aksatmamak şartıyla, kendi alanları ile ilgili gelir getirici faaliyetlerde bulunabileceklerinin kabul edilmesinin gerekli olduğuna inanıyoruz.

lerde⁴⁸, bir davanın bütün aşamaları öğrencilere tanıtılmalıdır⁴⁹. Ayrıca, öğrencilerin de bu davalarda rol almaları sağlanmalıdır⁵⁰.

- f) Uygulamaya ilişkin bilgilerin verilebilmesi için, avukatlık hukuku ve adli yazışma usulleri gibi bazı derslerin zorunlu ya da seçimsel olarak okutulması da düşünülebilir.

8) Hukuk Fakülteleri Arasındaki Koordinasyonsuzluk ve Farklı Uygulamalar

Hukuk eğitiminin önemli sorunlarından biri de, hukuk fakülteleri arasında arzu edilen ilişkilerin kurulamamasıdır. Bilindiği gibi 1978 yılına kadar Türkiye'de sadece iki, 1982 yılına kadar üç tane hukuk fakültesi vardı ve böyle bir sorunla da karşılaşılıyordu. Fakat 1982 yılından itibaren fakülte sayısındaki artış, ilişkilerin zayıflamasına neden olmuştur. Hatta bu fakültelerin bazılarında diğer fakültelerin ve öğretim üyelerinin haberi dahi yoktur. Hukuk fakültelerindeki öğretim üyelerine, Türkiye'de şu anda kaç tane hukuk fakültesi olduğu sorusu yöneltirse, bu soruya doğru cevap verebilecek öğretim üyesi son derece azdır. Mevcut fakültelerin isimlerini ve kuruldukları şehirleri tam olarak bilen bir öğretim üyesi olduğuna da ise ihtimal veremiyoruz⁵¹.

Bunları yazmaktaki amacımız, hukuk fakültelerinin çokluğuna değil, aralarındaki ilişkilerin zayıflığına işaret etmek içindir. Fakülteler arasındaki diyalog eksikliği, bazı sorunların da yaşanmasına sebep olmaktadır. Örneğin, her fakültede uygulanan ders alma ve sınav yönetmeliği farklıdır. Bazı fakültelerde dersler yıllık, bazılarında yarı yıllıktır. Okutulan derslerin isimleri ve kredilerinde önemli farklılaşmalar meydana gelmeye başlamıştır. Bu durum, yatay geçişlerde de bazı sorunların yaşanmasına sebep olmaktadır.

48 Aynı görüste Çelikel, 609.

49 Geçtiğimiz yıllarda bu amaca yönelik olarak, Konya Barosu ile birlikte gerçekleştirdiğimiz bir uygulama öğrencilerden büyük ilgi görmüştür. Bu uygulamada Konya Barosu avukatlarından bazıları, kesinleşmiş bir davayı senaryolaştırarak, sınıfta kurdukları farazi mahkemede canlandırdılar ve duruşmanın tüm aşamaları ile ilgili olarak öğrencilere bilgiler verdiler. Uygulamaya Konya adliyesinden hâkim ve savcılar da davet ettiğimiz halde, Adalet Bakanlığı'ndan izin alamadıkları için maalesef katılamadılar.

50 Kars. Akintürk, 628. Amerika Birleşik Devletleri'ndeki benzer uygulamalar için bak. Ansay, Sempozyum, 23.

51 Kars. Erzurumluoğlu, 613.

Daha iyi bir hukuk eğitimi için hukuk fakülteleri arasında uyum, iş birliği ve koordinasyon şarttır. Bunun sağlanabilmesi için geçtiğimiz yıllarda yapılan dekanlar toplantısı sürekli hale getirilmelidir. Her yıl en az bir defa ve mümkünse her seferinde bir başka hukuk fakültesinin ev sahipliği ile bu toplantılar gerçekleştirilmelidir. Toplantıların ve ilişkilerin devamlılığını sağlamak amacıyla sürekli olarak görev yapacak bir sekreteryaya oluşturulmalı ve bu sekreteryaya koordinasyonu sağlamalıdır.

Bu toplantılarda hukuk fakültelerinin ve hukuk eğitiminin sorunları görüşülerek ortak çözümler benimsenmelidir. Bu çözümlerin hayata geçirilebilmesi için kanun çıkarmak gerekiyorsa, YÖK ve ilgili bakanlıklarla görüşülerek gerekli kanunların çıkarılması sağlanmalıdır. Tüm hukuk fakültelerinin dekanlarının ortaklaşa aldığı bir karar doğrultusunda yapılan tekliflerin yasama organı tarafından göz ardı edilebileceğini zannetmiyoruz. Fikir ve güç birliği edildiği takdirde tüm zorlukların üstesinden gelinebileceğine inanıyoruz.

Dekanlar toplantısında ilk olarak bir ortak yönetmelik çıkarılması hususu gündeme getirilmelidir. Bilindiği gibi, özerkliği olmadığı için fakülteler kendi yönetmeliklerini çıkaramamaktadır. Yönetmelik çıkarma yetkisi üniversitelere aittir. Fakat bu durum bazı sakıncaların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Merkeziyetçi bir anlayışa sahip olan üniversiteler, tüm fakülteler için geçerli olacak yönetmelikler çıkarmakta, fakültelerin kendi yönetmeliklerini yapmalarına sıcak bakmamaktadırlar. Bunun sonucunda, örneğin ziraat fakültesi, meslekî eğitim fakültesi, hukuk fakültesi, diş hekimliği fakültesi gibi birbiri ile hiç bir benzerliği olmayan pek çok fakülte ve meslek yüksek okulu aynı yönetmeliğe tâbi olmaktadır. Oysa bu fakültelerin her birinin yapısı farklıdır. Dolayısıyla tâbi olacakları kuralların da farklı olması gerekir. Ziraat fakültesinin bünyesine uygun düşen bir eğitim öğretim ve sınav yönetmeliği, hukuk fakültesinin bünyesine uygun düşmeyebilir. Nitekim bu sorunlar son yıllarda sık sık yaşanmaya başlanmıştır. O halde yapılması gereken, hukuk fakültelerinin bünyesine uygun bir çerçeve yönetmeliğin dekanlar kurulu tarafından hazırlanması ve bunun kabulü için üniversitelerin senatolarına teklif götürülmesidir. Bu konuda gerekirse Yüksek Öğretim Kurulu'nun desteği de alınabilir.

Ders programlarındaki farklılıkların giderilebilmesi için okutulması zorunlu olan dersler ve bunların kredileri belirlenmelidir. Ayrıca bir de seçimlik ders listesi oluşturulmalı ve her fakülteye, asgari sayı ve kredi saati sabit olmak şartıyla bu derslerden istediğini açma yetkisi verilmelidir.

Her yıl yapılan dekanlar toplantısında alınan kararların uygulanıp uygulanmadığı ve varsa aksaklıkların neler olduğu gözden geçirilmeli, eksikliklerin giderilmesi ve ortaya çıkan sorunların çözümü için çareler araştırılmalıdır.

İlişkilerin arttırılabilmesi için, bir fakültenin öğretim üyesinin bir başka fakültede, misafir öğretim üyesi sıfatıyla yılda bir veya iki defa ders anlatması düşünülebilir. Gerekli görülürse bu husus, dekanlar toplantısında görüşülerek bir protokole bağlanabilir.

Yapılacak toplantılarda hiç bir somut karar alınmаса ya da alınan kararlar hayata geçirilemесе bile (ki buna ihtimal vermiyoruz), yılda bir defa fakülte dekanlarının bir araya gelip görüş alış verişinde bulunması dahi, bu konuda önemli bir adımın atılması demektir. Bu nedenle, vakit geçirmeden bu tür toplantıların organizasyonuna başlanması gerektiğini düşünüyoruz.

9) Öğrenci Sayısının Fazlalığı Karşısında Fizikî İmkânların Yetersiz Kılması

Buraya kadar üzerinde durduğumuz sorunların temelinde yatan en önemli sebep, hukuk fakültelerine alınan öğrencilerin fazla olmasına karşılık, fizikî imkânların yetersiz olmasıdır. Yeterli sayıda amfisi, kütüphanesi, okuma salonu, bilgisayar laboratuvarı, konferans salonu bulunmayan bir fakültede eğitimin kalitesini yükseltebilmek için alınması gereken tedbirlerin pek çoğunun hayata geçirilmesi oldukça zordur. Fakat fizikî imkânların iyileştirilmesi bütçe imkânları ile sınırlıdır. Bu nedenle, fizikî imkânları iyi olmayan fakültelerin, imkânları ile orantılı olarak öğrenci almasında yarar görüyoruz. Bu sorunları aşabilmek için, ikinci öğretim programının açılması ve alınacak öğrencilerin bir kısmının ikinci öğretim programına alınması bir çözüm olabilir. Bu uygulamada bir yandan, aynı fizikî imkânlardan iki misli öğrencinin faydalanması sağlanacaktır. Örneğin 100 kişilik bir derslikten, öğleden önce 100, öğleden sonra 100 olmak üzere iki yüz öğrenci yararlanabilecektir. Diğer taraftan da ikinci öğretimden elde edilen gelirlerle fakülteler fizikî eksiklerini tamamlama imkânına önemli ölçüde sahip olabileceklerdir. Fakat bu uygulamanın yeterli öğretim üyesine sahip olan fakülteler tarafından yapılabileceğini de gözden uzak tutmamak gerekir.

10) Öğretim Kadrolarının Nicelik ve Nitelik Olarak Yetersizliği

Hukuk eğitiminin temel sorunlarından biri de öğretim kadrolarının nicelik ve nitelik olarak yetersizliğidir. Buraya kadar anlattığımız sorunların tamamı çözülsе bile, öğretim kadrosu yeterli olmayan bir hukuk fakültesinin eğitim kalitesinin yüksek olması düşünülemez⁵².

52 Asçıoğlu, 94 – 95.

Bu sorun, 1982 yılından sonra ortaya çıkmış ve giderek belirgin hale gelmeye başlamıştır⁵³. Çünkü daha önce hukuk fakültesi sayısı bu kadar çok değildi ve mevcut fakülteler de kendilerine yetecek kadar öğretim üyesine sahipti. 1982 yılından sonra kurulan hukuk fakültelerinin pek çoğu, bir kaç tane öğretim üyesi ile kurulmuş ve eğitime başlamıştır. Türkiye'de yeterli sayıda hukukçu öğretim üyesi bulunmadığından ve mevcut öğretim üyeleri de Ankara ve İstanbul'da yoğunlaşmış olduğundan, yeni açılan fakülteler öğretim üyesi temininde önemli güçlükler yaşamışlardır. Bu sorun, bir ara rotasyon yoluyla çözülmeye çalışılmışsa da başarılı olunamamıştır. Ankara ya da İstanbul'a yakın olan fakülteler, belli bir süre, Ankara ve İstanbul Hukuk Fakültelerinden ders vermek üzere haftada ya da on beş günde bir hoca getirmek suretiyle bu sorunu çözmeye çalışmışlardır. Örneğin, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi kurulduğu ilk yıllarda hoca sorununu bu şekilde çözmüştür. Bu kadar şanslı olmayanlar ise, yeni göreve başlamış asistanlara ve avukatlara ders verdimişlerdir. Şu anda başta Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi olmak üzere, 1982 yılında kurulan pek çok hukuk fakültesi bu sorunu önemli ölçüde çözmüştür. Ancak bir kısım hukuk fakültelerinin henüz istenen seviyeye gelemediği de bir gerçektir.

Öte yandan Türkiye'nin ilk hukuk fakülteleri olan Ankara ve İstanbul Hukuk Fakültelerinde de yavaş yavaş aynı sorun ortaya çıkmaya başlamıştır. Öğretim üyelerinin maaşlarının işçi ücretlerinin bile altında kalmaya başlamasıyla pek çok öğretim üyesi ya mesleği bırakmaya ya da vakıf üniversitelerine geçmeye başlamışlardır. Böylece devlet üniversitelerinden bir kaçış başlamıştır. Bu kaçış Ankara ve İstanbul Hukuk Fakültelerinde daha fazla görülmektedir. Çünkü bu fakültelerde emeklilik hakkını elde etmiş öğretim üyeleri, genç yaşta emekliliklerini isteyerek vakıf üniversitelerine geçmektedirler⁵⁴.

Bu sorunun çözülebilmesi için, mali iyileştirme dışında yapılması gereken, bundan sonra kurulacak hukuk fakültelerine, öğretim kadrosunu tamamlamaya kadar öğrenci alınmamasıdır. Bir araştırma görevlisinin doktorasının tamamlayıp öğretim üyeliğine atanması ortalama beş - altı yılı bulmaktadır. Bu durumda yeni açılan bir hukuk fakültesi, yaklaşık altı yıl sonra öğrenci almaya başlayacaktır. Bu süre içinde de fizikî alt yapısını kurma ve geliştirme imkânına sahip olacaktır. Biz bu konuda, öğretim kadrosu ve fizikî alt yapısı tamamlanmadan üniversite kurulmamalıdır yolundaki görüşlere katılmıyoruz. Özellikle Türkiye şartlarında fizikî alt yapı ve öğretim kadrosu genellikle üniversite ku-

53 Aynı görüste Akintürk, 602.

54 Akintürk, 604, Çelikel, 607; Erzurumluoğlu, 614.

rulduktan sonra tamamlanır. Bu nedenle üniversite kurulmalı fakat istenilen standartlar sağlanıncaya kadar öğrenci alınmasına izin verilmemelidir.⁵⁵

Ayrıca, öğretim üyesi kadrosu yeterli olmayan bazı fakültelerde bir kısım dersler, farklı ana bilim dallarında görev yapan öğretim üyelerine verdirilmektedir. Örneğin bir öğretim üyesi hem özel hukuk hem de kamu hukukuna ait dersleri anlatabilmektedir. Görünürde dersler boş geçmemekte ve hatta derse profesör ya da doçentler girmektedir. Fakat böyle bir dersten beklenen verimin alınabilmesi elbette ki mümkün olmamaktadır⁵⁶. Bunun dışında, dersi yürütmek üzere bir öğretim üyesi görevlendirildiği halde, öğretim üyesinin yerine araştırma görevlisinin derse girdiği de görülmektedir. Pratik çalışmaların araştırma görevlileri tarafından yürütülmesi mümkün ve hatta yetiştirmeleri açısından gereklidir. Çünkü araştırma görevlileri bu yolla yavaş yavaş derse ısındırılmakta ve kendilerini geliştirme imkânı bulmaktadırlar. Fakat teorik derslerin araştırma görevlileri tarafından anlatılması ve bu durumun süreklilik arz etmesi tasvip edilemez. Fakat maalesef bazı öğretim üyelerinin, kendilerinin yerine sık sık araştırma görevlilerini derse gönderdikleri de bilinen bir gerçektir. Bu konuda asıl iş fakülte idarelerine düşmektedir. Bir dersin görevli öğretim üyesi tarafından yapılıp yapılmadığı dekanlıklar tarafından takip edilmeli ve derse girmeyen öğretim üyelerine gerekli müeyyideler uygulanmalıdır.

Kadro sorununun çözülebilmesi için iyi bir denetim mekânizmasının kurulması gerekmektedir. Öncelikle bir fakültenin yeterli sayıda öğretim üyesine sahip olup olmadığı kontrol edilmelidir. Bunun dışında, kendi uzmanlık alanı ile hiç ilgisi olmayan derslere giren öğretim üyeleri ve buna izin veren fakülteler uyarılmalıdır. Bu denetimin esasları ve şekli, dekanlar kurulu toplantısında kararlaştırılarak bu amaçla bir komisyon kurulması düşünülebilir. Denetim sonucunda yeterli görülmeyen ve yapılan uyarılara rağmen durumunu düzeltmeyen fakültelerin YÖK'na bildirilerek bir sonraki yıl öğrenci almalarının durdurulması teklif edilebilir.

Vakıf üniversitelerinin kadro sorunlarını çözebilmeleri için her anabilim dalında belli sayıda araştırma görevlisi istihdam etmeleri zorunlu hale getirilmelidir. Diğer bir deyişle, vakıf üniversiteleri sadece devlet üniversitelerinde yetişen elemanları transfer etmek suretiyle değil aynı zamanda öğretim üyesi yetiştirmek suretiyle kadro sorunlarını çözmeye yoluna gitmelidirler⁵⁷. Ayrıca, vakıf üniversitelerinin daha verimli hale gelebilmeleri için önlerinde bulunan hukukî

55 Karş. Armağan., 9 - 10, 12.

56 Bak. Kocaoglu, 631.

57 Kars. Erzurumluoglu, 614.

sorunları mutlaka çözümlenmelidir. Öğretim üyesi sıkıntısı çeken vakıf üniversitelerinin devlet üniversitelerinden ücret karşılığında ders vermek üzere öğretim üyesi talep etmeleri durumunda gerekli kolaylıklar sağlanmalı, bu amaçla gerekli hukukî düzenlemeler yapılmalıdır.

Kadro yetersizliği sorunu kısa vadede alınacak bazı tedbirlerle çözüle bile, uzun vadede bu sorunun çözümü için daha kapsamlı tedbirlerin alınması gerekmektedir. Öğretim kadrolarının nitelik ve nicelik olarak mutlaka iyileştirilmesi gerekir. Bunun için yapılması gereken en önemli şey, öğretim üyelerinin durumlarının iyileştirilmesidir⁵⁸. Araştırma görevlilerinin ve öğretim üyelerinin maaşlarının düşüklüğü, öğretim üyeliği mesleğini cazip olmaktan çıkarmıştır⁵⁹. Verilen maaş, bu mesleği çekilir hale getirebilmek için bile yeterli değildir. Yukarıda da belirtildiği gibi, ülkemizde işçi maaşları bile öğretim üyelerinin maaşlarından daha yüksektir. Kamu kesiminde çalışan işçilerin pek çoğu, mezun olduktan sonra 7 - 8 sene görev yapmış ve doktorasını bitirmiş bir araştırma görevlisinin aldığı maaşın iki - iki buçuk katı daha fazla maaş almaktadır. Bu nedenle, hukuk fakültesi mezunlarının tercih ettiği en son meslek araştırma görevliliği olmaktadır. Verilen kadro ilânlarına çoğu zaman hiç başvuru olmamakta ya da çok az başvuru olmaktadır⁶⁰. Göreve başlayan araştırma görevlileri ise kısa bir süre sonra istifa ederek kendileri için daha cazip mesleklere geçmektedirler. Oysa araştırma görevliliğine alınacak kimselerde bazı üstün vasıflar aranmaktadır. İyi bir yabancı dil bilgisi, fakülteyi yüksek not ortalaması ile bitirmek, hitabetinin ve hatta fizyolojisinin düzgün olması gibi daha pek çok özelliklere bakılarak seçim yapılmaktadır. Dorusu da budur. Fakat bu niteliklere sahip olan bir hukuk fakültesi mezununun araştırma görevliliğini tercih etmesi için hiç bir sebep yoktur. Bilim aşkı hariç. Fakat aç karına bilim de yapılamayacağı için, para çoğu zaman aşka galip gelmektedir. Bu nedenle araştırma görevliliğine istenilen vasıfları taşıyan adaylar müracaat etmemektedir⁶¹. Fakülteler ciddi anlamda kan kaybetmektedir. Bir yandan kaynak kururken, diğer yandan da kaçış başlamıştır. Bunun nedeni, Atatürk'ün, "en hakiki mürşit" olarak gösterdiği bilime, her fırsatta "Atatürk ilke ve inkılaplarının yılmaz bekçileri olduklarını" söyleyen yöneticilerin sırt çevirmeleri, bilime ve bilim adamına değer verilmeyişidir. 7. Cumhur-

58 Asçıoğlu, 94.

59 Kars. Akintürk, 604.

60 Kars. Çelikel, 607; Erzurumluoğlu, 613. Nitekim, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesinde geçtiğimiz yıl ilan edilen 6 araştırma görevliliği kadrosuna 3, daha sonra ilan edilen 12 araştırma görevliliği kadrosuna 6 başvuru olmuştur.

61 Kars. Kocaoğlu, 631.

başkanımız Kenan Evren'in, "üniversite hocaları, bayrağı yerden kaldırın dersenez para isterler" yolundaki sözleri⁶² bu anlayışın bir göstergesidir.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, öğretim üyelerinin hem nitelik hem de nicelik yönünden belli standartların üstünde olması gerekir. Son zamanlarda öğretim üyelerinin niteliklerine ilişkin tartışmalar da artmaya başlamıştır. Yapılan eleştirilerin başında, üniversite hocalarının yabancı dil bilmedikleri, yayınlarının yetersiz olduğu, ülke sorunlarına çözüm getiren çalışmalar yapmadıkları, günlük politikalar ile uğraştıkları ve politikayı işlerine karıştırdıkları, ilmi paraya feda ettikleri ve kişilik sahibi olmadıkları gelmektedir⁶³. Bu eleştirilerde haklılık payı bulunabilir. Fakat araştırma görevlileri, istenilen vasıfları taşıyan adaylar arasından seçilerek alınmıyor ve kendisini geliştirebilmesi için yeterli maaş ödenmiyorsa, öğretim üyelerinden ve araştırma görevlilerinden fazla bir şey de beklenmemelidir. Türkiye'de aldığı maaşın önemli bir kısmını mesleğini icra etmek için harcayan tek grup belki de araştırma görevlileri ve öğretim üyeleridir. Özellikle, bugünkü rakamlarla yaklaşık üç yüz milyon lira civarında maaş alan bir araştırma görevlisi, bu maaşın küçümsenmeyecek bir kısmını yabancı dil kursu ve kitap alımı için harcamaktadır. Araştırma yapmak için başka şehirlere gitmek, fotokopi çektirmek, tez yazmak, yazdıkları tezleri çoğaltmak ve bastırmak için yaptıkları masrafları da düşünecek olursak alınan maaşın büyük bir kısmı mesleğin icrası için harcanmaktadır. Durum, öğretim üyeleri bakımından da farklı değildir? Acaba hangi devlet memuru aldığı maaşını işini yürütebilmek için harcamaktadır? Acaba bu işlerin hakkıyla yürütülebilmesi için ne kadar masraf yapılması gerekir? Örneğin bir araştırma görevlisi ya da öğretim üyesinin kendi alanı ile ilgili tüm yayınları takip edebilmesi, yapılan yurt içi ve yurt dışı bilimsel toplantılara katılabilmesi, zaman zaman yurt dışına çıkarak uluslararası gelişmeleri takip edebilmesi için kaç paraya ihtiyacı vardır? Hemen ifade edelim ki, verilen maaşın tamamı bu amaçlar için harcansa bile yeterli olmayacaktır. Bu durumda, kıt kanaat geçinmesine ancak yetecek kadar bir maaş alan öğretim üyesi ve yardımcılarından olağan üstü başarılar beklemek doğru değildir.

Bu sorunun çözülebilmesi için araştırma görevliliği ve öğretim üyeliği mesleğinin cazip hale getirilmesi gerekir⁶⁴. Pek çok mal ve hizmetin fiyatının Avrupa standartlarında olduğu bir ülkede, öğretim üyelerinin maaşları da aynı standartlarda olmalıdır.

⁶² Armağan, 17.

⁶³ Armağan, 16 - 17.

⁶⁴ Çelikel, 608; Erzurumluoğlu, 614.

Bunun dışında her araştırma görevlisine, en az iki yıl, devlet bursu ile yurt dışına çıkma imkânı tanınmalıdır. Aynı imkân öğretim üyelerine de tanınmalı, her öğretim üyesinin hiç değilse yılda bir defa, iki ya da üç ay yurt dışına çıkabilme imkânı olmalıdır. Pek çok kamu görevlisine ve bürokrata hiç de elzem olmadığı halde bu imkân tanınırken, herkesten daha fazla yurt dışına çıkması gereken araştırma görevlileri ve öğretim üyeleri söz konusu olduğu zaman ne yazık ki cimri davranılmaktadır.

Bir başka şehirdeki ya da yurt dışındaki bilimsel toplantılara katılmak isteyen araştırma görevlileri ve öğretim üyelerinin (sadece dinleyici olarak katılsalar bile), yolluklu ve yevmiyeli olarak görevlendirilmeleri sağlanmalıdır.

Tüm öğretim elemanlarına, maaşlarının %15'i tutarında kitap yardımı yapılmalıdır. Fakat bu yardım, maaşın bir unsuru olarak düşünülmemelidir. Kitap, dergi ya da gazete gibi basılı eserleri satın alan öğretim elemanları, faturalarını ibraz ederek, bir sonraki ay bu parayı alabilmelidirler. Bu yolla hem öğretim elemanlarının kitap almaları kolaylaştırılacak ve kendilerine destek olunacak, hem de kitap almaya teşvik edileceklerdir. Sonuçta, kitap ve gazete sektöründe de bir canlanma yaşanacaktır.

Yabancı dil kursuna devam eden araştırma görevlilerinin hiç değilse belli bir süre için (bir ya da bir buçuk yıl gibi) kurs ücreti devlet tarafından ödenmelidir.

Fakat devletin zaten kısıt olan ve bütçedeki kara delikler sebebiyle her geçen gün biraz daha azalan imkânlarıyla öğretim üyelerinin durumu düzeltilemiyorsa ya da öncelikli (!) harcama kalemleri olması dolayısıyla üniversitelere sıra gelmiyorsa, devleti yük altına sokmayacak başka çareler bulunmalıdır.

Bu amaçla örneğin, yukarıda sözünü ettiğimiz, öğretim üyelerinin kısmi statüye ayrılmaksızın⁶⁵ kendi alanları ile ilgili gelir getirici faaliyetlerde bulunmalarına izin verilmesi düşünülebilir. Hukuk fakülteleri açısından konuya yaklaşacak olursak, araştırma görevlilerine staj yapma izni mutlaka verilmelidir. Bunun dışında, doktora sonra her öğretim üyesi kendi bürosunu açarak avukatlık yapabilmelidir⁶⁶. Ayrıca, doçentlikten sonra öğretim üyelerine dilerlerse buldukları şehirlerde hâkimlik yapma yetkisi de verilmeli ve bu yolu tercih eden öğretim üyelerine aynı zamanda hâkim maaşı da ödenmelidir. Böylece bir yandan öğretim üyelerinin durumu, devletin fazla bir masraf yapmasına gerek kal-

⁶⁵ Kars. Çelikel, 608. Bu konuda ayrıca bak. Yüksek Öğretim Kanunu'nda Yer Alması Gereken Temel İlkeler Hakkında Rapor, A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 43, S. 1 – 4, 1993, s. 12.

⁶⁶ Aksi görüş için bak. Asçıoğlu, 95.

madan düzeltilmiş olacak ve öğretim üyeliği yeniden cazip hale gelecek diğer taraftan da teori ile uygulama arasındaki kopukluk giderilmiş olacaktır. Hâkimlik yapan öğretim üyeleri, terfi endişesi taşımayacakları için daha cesur kararlar verebilecekler ve böylece bir yandan Yargıtay'a yol göstermiş olacaklar, diğer taraftan da teorik gelişmeler uygulamaya daha kolay aktarılacaktır⁶⁷.

Üniversitelerin proje yaparak kaynak yaratması da son derece önemlidir. Özellikle fen bilimlerinde bu usul yaygın olarak kullanılabilir. Nitekim özellikle ABD'de pek çok üniversite bu yolla büyük paralar kazanmaktadır. Fakat hukuk fakültelerinin özel sektöre proje yapmaları çok zordur. Bununla beraber, devlet için projeler üretilebilir. Örneğin sağlıklı bir imar mevzuatının hazırlanması, sosyal güvenlik kurumlarının ıslahı, sağlık reformu gibi kangren olmuş pek çok konuda üniversitelere görev verilerek proje üretmeleri ve kanun tasarıları hazırlamaları istenebilir. Bu yolla hem ilgili fakülte hem de projeyi yürüten öğretim üyeleri belli bir gelire de kavuşmuş olur. Fakat ülkemizde böyle bir alışkanlık da maalesef yerleşmiş değildir. Kanun tasarıları hazırlanırken bırakın bu işi üniversitelere havale etmeyi, hukukçuların görüşü bile çoğu zaman sorulmamaktadır. Ehil olmayan kişilerin hazırladıkları kanunların yol açtığı sorunları çözme işi de sonuçta yine hukukçulara kalmaktadır.

11) Öğrenci İle Öğretim Üyesi Diyalogunun İyi Kurulamaması ve Öğrencilerin Karşılaştıkları Sorunları Çözecek Bir Organın Olmaması.

Eğitimde başarının temel şartlarından biri de öğretim üyesi ve öğrenci diyalogunun kurulabilmesidir. Eğer öğrenci dersle ilgili her türlü konuyu hocasından sorup öğrenme imkânına sahip olursa, şüphesiz bu durum öğrencinin başarısını olumlu yönde etkileyecektir. Fakat öğrenci, derste ya da ders dışında hocasına soru sormuyor, soru sormaktan çekiniyor, sorduğu soruya cevap alamıyor ya da hocasını fakültede bulamıyorsa elbette ki o derste beklenen başarı elde edilemez.

Hukuk fakültelerinde bir kısım öğretim üyeleri gerek derslerde gerek ders dışında öğrencilerle iyi bir diyalog içindedir ve öğrencilerin her türlü sorusuna cevap verme gayreti içindedir. Fakat bu diyalogu kurmayan ya da kuramayan öğretim üyeleri de mevcuttur. Gerek öğrencilik gerekse hocalık hayatımda, öğrencilere ders esnasında dahi soru sordurmayan, öğrencileri azarlayan, korkutan hatta hakaret eden ve sindiren öğretim üyelerine de şahit oldum. Böyle bir baskı ortamında başarı beklemek mümkün değildir. Bir ders ne kadar demokratik bir ortamda işleniyor, öğrenciler öğretim üyesi ile ne kadar iyi ilişkiler kurabiliyorlarsa, öğrencinin başarısı da o ölçüde yükselecektir. Bu iyi ilişkiler sadece derste

⁶⁷ Benzer düşünceler için bak. Asçıoğlu, 95.

değil, ders dışında da devam etmelidir. Öğretim üyeleri, öğrencileri her zaman kabul edebilecek geniş bir zamana sahip değillerse, haftanın belli gün ve saatlerini öğrenci ile görüşme saati olarak belirleyip ilân etmelidirler. Ve en önemlisi öğrenci, hocasının odasına korkmadan, çekinmeden gidebilmeli, düşüncelerini hocası ile paylaşabilmeli, hatta tartışabilmelidir. Hukuk fakültelerinin bu konuda istenilen düzeyde olduğunu söylemek maalesef mümkün değildir. Öğretim üyesini öğrenci ile ilgilenmeye ve ona zaman ayırmaya zorlayacak bir mekânizma da yoktur. İlişki kurup kurmamak ya da bu ilişkiyi şekli belirlemek tamamen öğretim üyesinin inisiyatifindedir. Fakülte yönetiminin elinde öğretim üyesi - öğrenci diyalogunu sağlamaya yönelik hukukî imkânlar yok denecek kadar azdır. Fakat bu konuda en azından, fakülte kurullarında, her öğretim üyesinin belli gün ve saatleri görüşme saati olarak ilân etmeleri ve bu zamanı öğrenciye ayırmaları konusunda kararlar alınabilir.

Öğrencinin başarısının artması, karşılaştıkları sorunların çözümü ile de yakından ilgilidir. Bu sorunlar sadece derslerle ya da fakülte ile değil, fakülte dışı sorunlar da olabilir. Örneğin maddî sorunlar, yurt sorunu, psikolojik sorunlar, taşradan gelen öğrencilerin büyük şehre intibak edememesinden kaynaklanan sorunlar bu sorunların başlıcalarıdır. Öğrencilerin bu sorunlarını çözemediğimiz müddetçe başarı beklemek oldukça zordur. Fakat ne yazık ki, üniversitelerimizde bu sorunları çözecek bir merci de bulunmamaktadır. Bazı üniversiteler bu amaçla danışmanlık sistemi kurarak her öğretim üyesi ya da araştırma görevlisini belli sayıda öğrenciye danışman tayin etme yoluna gitmişlerdir. Böylece danışmanların öğrencilerin sorunlarının çözümünde yardımcı olmaları amaçlanmıştır. Fakat bu sistem beklenen faydayı sağlayamamıştır. Çünkü bir danışmanın öğrenciye faydalı olabilmesi için öncelikle kendisinin bu iş için gönüllü olması, ikinci olarak da belli bir bilgi ve tecrübe birikiminin bulunması gerekir. Maalesef danışmanlık sistemi pek çok öğretim üyesi ve araştırma görevlisi tarafından bir angarya olarak görülmüş ve danışmanların pek çoğu, öğrencilerin ders kayıt formlarının doldurulmasına ve ders seçmelerine yardımcı olmak gibi hukukî formalitelerin dışında danışmanlık hizmeti yapmamışlardır. Bu uygulamalar göstermiştir ki, zorunlu danışmanlık hiç bir fayda sağlamamaktadır.

Bu konuda yapılması gereken, öğrencilerin danışabilecekleri ve yardım alabilecekleri bir kurulun oluşturulmasıdır. Bu kurul, gönüllü olarak danışmanlık hizmeti yürütecek olan öğretim üyeleri ya da araştırma görevlilerinden oluşturulur. Öğrenciler belli zamanlarda kurula ya da kurulda görev alan öğretim elemanına müracaat ederek sorunlarını iletebilirler. Bu sorunlar, fakülte ve derslerle ilgili olabileceği gibi fakülte ile ilgisi olmayan sorunlar da olabilir. Danışma kurulu, fakülte ile ilgili sorunları dinleyerek, gerekli görürse, sorunun çözümü için idareye müracaat edebilir. Fakülte dışı sorunlarda ise, sorun çözülemiyorsa en azından öğrenciye yol gösterilir ve tavsiyelerde bulunulur. Böylece, sorun çözülemese bile en azından öğrenciye moral verilir, manevi destek sağlanır.

12) Kalite Denetiminin Yapılmaması

Hukuk eğitiminin istenilen seviyeye ulaşabilmesi için kalite denetimi şarttır⁶⁸. Bugün hangi fakültenin ne ölçüde iyi eğitim verdiğini gösteren her hangi bir somut veri bulunmamaktadır. Her fakülte kendisinin diğerlerinden daha iyi olduğunu iddia etmektedir. Hukuk fakültelerinin sayısının artması, rekabet ortamının doğması açısından faydalıdır⁶⁹. Rekabetin olmadığı bir ortamda başarının olması da mümkün değildir. Fakat bunun için sağlıklı bir rekabet ortamının da oluşturulması gerekir. Bu da, hukuk fakültelerinin mezunlarının eğitim kalitesinin tespiti ile mümkündür. Gerçi böyle bir değerlendirmeyi hatasız olarak yapmak mümkün değildir. Fakat yüzde yüz isabetli olmasa da belli bir yanlışla payı ile doğruya yakın sonuçlara ulaşılması da mümkündür.

Bu konuda, kamu kesiminde açılan sınavlar önemli bir gösterge sayılabilir. Bunların başında, hâkimlik ve savcılık sınavları gelir. Bunun dışında, yeni avukatlık kanunu ile kabul edilen ve avukatlığa başlayabilmek için başarılması zorunlu olan avukatlık sınavı da bir ölçü olarak kabul edilebilir. Fakülteler, mezunlarının bu sınavlarda gösterdikleri başarıya göre bir sıralamaya tâbi tutulabilirler. Fakat şu hususun altını çizmek gerekir. Bir hukuk fakültesinin tek amacı öğrenci yetiştirmek değildir. Belki de en önemli amaç bilimsel faaliyetlerde bulunmaktır. Fakülteler ve daha genel anlamda üniversiteler, öğretim üyelerinin sayısı, niteliği, fizikî imkânları gibi pek çok kıstas gözetilerek bir değerlendirilmeye ve sıralamaya tâbi tutulabilir. Nitekim başta ABD. olmak üzere gelişmiş ülkelerde bu tür kalite sıralamaları yapılmaktadır⁷⁰. Türkiye'de sağlıklı kıstaslar kullanılarak bu tür sıralamaların yapılmasında ve yayınlanmasında fayda görüyoruz. Fakat bizim burada sözünü ettiğimiz husus, bir üniversite ya da fakültenin bütün yönleri ile ele alınıp değerlendirildiği bir sisteme göre sıralanması değil, sadece eğitim kalitesine göre yapılacak bir sıralamadır. Kanaatimizce böyle bir sıralama, bu amaçla oluşturulacak bir komisyon tarafından her yıl kolaylıkla yapılabilir. Bunun için, o yıl açılan sınavların sonuçlarına göre hangi fakültenin ne ölçüde başarılı olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Bu tespit iki şekilde yapılabilir. İlk olarak bir fakültenin mezunlarından o sınava giren öğrencilerin yüzde kaçının başarılı olduğuna bakılır. Örneğin A fakültesi mezunu 100, B fakültesi mezunu 80, C fakültesi mezunu 50 öğrenci avukatlık sınavına girmiş, A fakültesi mezunlarından 70, B fakültesi mezunlarından 40, C fakültesi mezunlarından 30 öğrenci başarılı olmuşsa, A fakültesinin başarı oranı % 70, B fakülte-

68 Köksoy, 1.

69 Kars. Karayalçın, 621.

70 Bak. Köksoy, 30 vd.

sinin % 50, C fakültesinin ise % 60'tır. Böylece bu fakülteler başarı sıralamasına göre kendi aralarında A, C ve B olarak sıralanırlar. Aynı yıl hâkimlik sınavları da açılmışsa, bu sınavın sonuçları da hesaba dahil edilir. Bu durumda örneğin A fakültesinin hâkimlik sınavlarındaki başarı oranı % 50 olmuşsa, bu fakültenin o yılki genel başarı ortalaması % 60 ($70 + 50 : 2 = 60$) olarak kabul edilir.

İkinci bir hesaplama metodu ise, sınava giren adayların aldıkları tüm puanların hesaba dahil edilmesidir. Bu metotta ise, örneğin A fakültesinden 100 öğrenci sınava girmişse, bu öğrencilerin aldıkları puanlar (başarılı olamayanlar da dahil olmak üzere) alt alta yazılarak toplanır ve çıkar rakam 100'e bölünür. Bu durumda, 100 öğrencinin aldığı toplam puan 7000 ise, fakülte ortalaması 70 olacaktır. Aynı şekilde o yıl açılan diğer sınavlarda ortaya çıkan diğer sonuçlar da ortalamaya katılarak o yılın başarı ortalaması bulunur.

Böyle bir uygulama, her fakültenin, eğitim açısından hangi noktada olduğunu görmesi ve eksikliklerini giderilmesi açısından faydalı olacaktır. Ayrıca, üniversite sınavına giren öğrencilerin fakülte tercihi yaparken daha bilinçli tercihler yapmalarını sağlayacaktır.

Fakat bu metodun sağlıklı olabilmesi için, özellikle hâkimlik ve savcılık sınavlarında hazırlanacak soruların belli fakültelerin öğretim üyelerine değil, bu amaçla kurulacak bir ortak komisyona hazırlanması gerekir. Aksi halde, kendi hocalarının soru stillerine alışmış ve bu hocaların görüşlerini öğrenerek mezun olmuş adaylar daha şanslı bir konumda olacaklardır. Nitekim hâkimlik savcılık sınavlarının ÖSYM'ye yaptırıldığı ilk yıl çok şaşırtıcı bir sonuç ortaya çıkmış, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunlarının başarı oranı % 52 olurken, diğer tüm fakülteler % 48'lik bir başarı gösterebilmişlerdir.

Kalite denetiminin sadece fakülteleri değil, aynı zamanda öğretim üyelerini de kapsamı gerekir. Bugünkü üniversite yapısı içinde, öğretim üyesinin derste başarılı olup olmadığını sağlıklı olarak ölçecek bir sistem mevcut değildir. Bu amaçla öğrenciye yönelik anketler hazırlanması düşünülebilir. Fakat anket sorularının iyi seçilmemesi, öğrencilerin sorulara objektif cevaplar vermemesi halinde doğru sonuçların alınması mümkün olmayacaktır. Ayrıca hukuk fakültelerinde öğrencilerin derse devamı az olduğu için böyle bir anketin yüzde yüz sağlıklı sonuçlar vermesi çok zordur. Ancak bütün bunlar, anket uygulamasından vazgeçmeyi de gerektirmez. İyi hazırlanmış ve uygulanmış bir anket, yüzde yüz doğru sonuçlar vermese de öğretim üyesi hakkında belli bir fikir edinilmesini sağlayabilir.

Bu konuda, ÖSYM ile işbirliği yapılarak öğretim üyeleri hakkında bir fikir sahibi olunabilir. Bu amaçla, avukatlık, hakimlik ve savcılık sınavlarında, bilgisayar yardımı ile, hangi fakültelerin mezunlarının hangi derslerde başarılı, hangilerinde başarısız olduğu tespit edilebilir. Hatta belli grafikler çıkarılabilir.

Eğer belli bir fakültenin öğrencileri bir dersten sürekli başarısız oluyorsa, ilgili öğretim üyesi fakülte idaresi tarafından uyarılabilir, gerekirse o öğretim üyesine o ders bir daha verilmeyebilir. Söz konusu fakültede iki şube bulunmakta ve öğrencilerin başarısız oldukları ders her şubede başka bir öğretim üyesi tarafından anlatılmakta ise, sınava giren öğrencilerin isim ve numaralarından hareketle şubeleri tespit edilerek hangi öğretim üyesinin başarılı, hangisinin başarısız olduğu kolayca bulunabilir. Bu sonuçlar ilan edilerek aleniyet de sağlanabilir.

III. MEZUNİYET SONRASI KARŞILAŞILAN SORUNLAR

Makalemizin başında da belirttiğimiz gibi, hukuk eğitimi, fakülte öncesi ve sonrasını da içine alan bir bütündür. Fakültede verilen eğitim, bu zincirin önemli bir halkasıdır. Zincirin son halkası ise mezuniyet sonrası verilen eğitimidir. Bu eğitim staj yoluyla gerçekleştirilmektedir. Hukuk fakültesi mezunları, pek çok ülkede olduğu gibi ülkemizde de, seçtikleri mesleğin türüne göre bir staja tâbi tutulmaktadırlar. Hâkimlik veya savcılık mesleğini seçenlerin tâbi oldukları staj iki yıl, avukatlık mesleğini tercih edenlerin stajı ise bir yıl devam etmektedir. Her iki staj da mezunların meslekî bilgilerini pekiştirmeye ve uygulamayı öğrenmelerini sağlamaya yöneliktir. Fakat hukuk eğitiminin her aşamasında olduğu gibi bu aşamasında da karşılaşılan pek çok sorun mevcuttur ve bu nedenle stajdan beklenen yararlar tam olarak elde edilememektedir.

Avukatlık stajı iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm altı aylık adliye stajıdır. Avukat adayı, başta cumhuriyet savcılığı olmak üzere çeşitli mahkemelerde bu bölümü tamamlamaktadır. Savcılıkta geçirilen süre bir aydır. Mahkemelerde geçirilen süre ise on beş gün ile bir ay arasında değişmektedir. Uygulamada, stajyer avukatlar genellikle adliyeye gitmeden ya da mahkeme değişikliği yapılacağı zaman gidip imza atmak suretiyle altı aylık dönemi tamamlamaktadırlar. Devam eden stajyerler ise bu devamın fazla bir faydasını görmemektedirler. Çünkü, daha önce de belirtildiği gibi, belli bir mahkemede, belli duruşmaların en çok tek bir aşamasında bulunabilmekte ve o dava hakkında doğru dürüst bir kanaate sahip olamamaktadırlar. Şayet staj yapılan mahkemenin hâkimi stajyerlerle yakından ilgilenirse, stajyerlerin bir şeyler öğrenme şansı vardır. Fakat genellikle hâkimler, yoğun iş yükü altında ezildiklerinden stajyerlerle ilgilenen zaman da bulamamaktadırlar.

Bunun dışında, avukatlık stajında idari yargıya gidilmemesi de önemli bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır.

Avukat yanında geçen altı aylık süre de farklı değildir. Eğer stajyer bu stajı bir formalite olarak görürse, avukatın yanına bile uğramadan bu süreyi tamamlayabilmektedir. Bir kısım avukatlar ise stajyerleri sadece çalıştırmayı düşünmekte, yetişmeleri için gerekli katkıyı sağlamamaktadırlar. Eğer avukat iyi niyetli, bilgili, dava dosyası fazla bir avukatsa, stajyer de kendisini geliştirmek istiyorsa, o zaman stajyerin bir şeyler öğrenme şansı vardır. Aksi halde, staj

aşamasında da uygulama hakkında bilgi sahibi olmayan bir avukat, meslek hayatına atıldıktan sonra pek çok şeyi el yordamıyla, deneme yanılma yoluyla ya da tecrübeli meslektaşlarına sorarak öğrenmek zorunda kalacaktır. Bu arada yaptığı basit hatalar sebebiyle hâkimlerin eleştirilerine, kalem memurlarının alaycı tavırlarına ve meslektaşlarının dedikodularına muhatap olmaktan kurtulamayacaktır. Daha da kötüsü, bu hatalar sebebiyle belki de pek çok müvekkilin hakkı haleldar olacaktır. İçinde bulunduğumuz tablo ne yazık ki, önemli ölçüde bu şekildedir.

Bu alanda karşılaşılan olumsuzluklardan biri de, bir avukatın aynı zamanda on - on beş tane stajyerinin olmasıdır. İş yükü ne kadar az olursa olsun bir avukatın bu kadar çok stajyerle ilgilenmesi mümkün değildir. Böyle bir stajın ise beklenen faydayı temin etmeyeceği açıktır. Bu nedenle, avukatların yanlarına alabilecekleri stajyer sayısına bir sınırlama getirilmelidir.

Avukatlık stajının sağlıklı bir şekilde yürütülmesine sağlama görevi barolara düşmektedir. Barolar tarafından stajyerler kontrol edilmeli, adliye stajı esnasında bir takım eğitim çalışmaları ve seminerler düzenlenerek staj aşamasında avukat adayları mesleğe hazırlanmalıdır.

Hemen ifade edelim ki, bazı barolar bu konuda çeşitli çalışmalar yapmakta ve bu çalışmalarının sonucunu da zaman içinde almaktadırlar. Ayrıca, Avukatlık Kanunu'nda yapılan değişiklik ile stajyerlere kredi verilmesinin öngörülmesi de son derece olumlu bir gelişmedir. Ekonomik sorunlarını bu yolla kısmen de olsa çözebilen stajyerin, stajını daha ciddi yapması beklenebilir.

Avukatlık stajı hakkında söylediklerimiz önemli ölçüde hâkimlik ve savcılık stajı hakkında da geçerlidir. Bu stajın da özellikle adliye bölümünün faydalı olması, önemli ölçüde stajyere ve staj yaptığı mahkemenin hâkimine bağlıdır. Eğer belirli bir mahkemede staj yapan stajyer sayısı fazla ise, hâkimin tüm stajyerlerle tek tek ilgilenmesi pek mümkün olmamaktadır.

Mezuniyet sonrası karşılaşılan bir başka sorun ise, mesleğe giriş sınavlarının objektifliğinin sık sık tartışmalara konu olmasıdır. Hâkimlik ve savcılık sınavlarının ÖSYM.'ne yaptırılması olumlu bir gelişmedir. Avukatlık Kanunu'nda da yapılacak sınavın, Türkiye Barolar Birliği tarafından ÖSYM.'ne yaptırılacağı öngörülmüştür. Fakat sınavın ÖSYM.'ne yaptırılması kadar, soruların kimler tarafından nasıl hazırlandığı da önemlidir. Yukarıda da belirtildiği gibi, soruların belli bir ya da bir kaç fakültenin hocalarına hazırlattırılması bazı haksızlıklara ve eleştirilere sebep olmaktadır. Bu sakıncanın giderilebilmesi için, her fakülteden soru istenmeli ve oluşturulacak soru bankasından bilgisayar tarafından seçilecek sorular sorulmalıdır. Örneğin, Anayasa Hukukundan avukatlık sınavında 10 soru sorulacaksa, her fakülteden 100 tane Anayasa Hukuku sorusu istenir. Böylece yaklaşık 3000 tane soru birikmiş olur. Anayasa hukukçularından kurulu bir ko-

misyon bu soruları inceleyerek hatalı, yanlış ya da birbirinin aynısı olan soruları çıkarır, kalan sorular bilgisayara yüklenir. Bilgisayar tarafından bu soruların içinden 10 tanesi seçilerek sorulur. Böylece objektiflik tam anlamıyla sağlanmış olur.

Mesleğe giriş sınavlarında karşılaşılan bir diğer olumsuzluk ise mülâkat sınavlarında yaşanmıştır. Pek çok aday, yazılı sınavda oldukça yüksek notlar aldığı halde, mülâkatta başarısız sayılmıştır. Bunun en önemli sebebi, mülâkat şeklinde yapılan sınavlarda ideolojik yaklaşımlar sergilenmesidir. Ne yazık ki ülkemizde bu tür yaklaşımlar son zamanlarda meşru addedilmeye başlanmıştır. Nitekim bir sayın Adalet Bakanımız, bundan 5 yıl kadar önce, partisine hizmet etmediği gerekçesiyle kendisini eleştiren seçmenlerine hitaben, kendi partisine mensup olan ya da ideolojik olarak aynı görüşü paylaşan 5000 kişiyi hâkim yaptığını televizyonlardan söyleyebilmiş ve "böyle yapmayıp da falanca partinin yandaşlarını mı hâkim yapsaydık" şeklinde sözler sarf edebilmiştir. Bu sözler, mülâkat sınavlarının ne denli objektiflikten uzak olduğunun en açık göstergesidir. Bu nedenle, haksızlıklara neden olmamak için ya mülâkat sınavları tamamen kaldırılmalı ya da sadece, adayın o mesleği yürütmesine engel olacak bedeni bir özrünün bulunup bulunmadığına bakılmalıdır. Fakat bu husus en iyi doktor raporu ile belirlenebileceği için yapılması gereken en doğru şey, mülâkat sınavını tamamen kaldırmak olmalıdır.

Bu konuda üzerinde durulması gereken son bir husus da yüksek lisans ve doktora programlarıdır. Doktora programlarına devam edenler genellikle akademisyenliği meslek olarak seçen araştırma görevlileridir. Yüksek lisans programları ise daha geniş bir kitleye hitap etmektedir. Fakat, belli bir alanda uzmanlaşmak isteyen (ya da bazen sırf askerliğini erteletmek için bir yüksek lisans programına kaydolan) kimselerle, akademisyen olmak isteyen kimseler aynı programa tâbi olmaktadır. Bize göre gerekçesi ne olursa olsun, pek çok kişiye lisans üstü çalışma yaptırmakta fayda vardır. Fakat araştırma görevlileri için ayrı, belli bir alanda uzmanlaşmak isteyenler için ayrı yüksek lisans programları açılmalıdır. Araştırma görevlisi olmayanlar genellikle avukatlık, hâkimlik, savcılık, kaymakamlık gibi meslekleri icra ettikleri için bu kişilerin derslere devam etmeleri son derece güç, hatta bazen imkânsız olmaktadır. Bu yüzden pek çok yüksek lisans öğrencisinin kaydı silinmektedir. Bu durumda olan yüksek lisans öğrencileri için devam şartı yumuşatılmalıdır. Eğer mümkünse dersler hafta sonuna alınmalı ya da bu programa kaydolan öğrenciler devamdan tamamen muaf tutularak, seminer ve ödevler verilmek suretiyle ders dönemi tamamlatılmalıdır. Tezsiz yüksek lisans uygulamaları da bu konuda bir çözüm olarak düşünülebilir.

Bir başka fakülteden, örneğin iletişim ya da İktisadi İdari Bilimler Fakültelerinden mezun olanların bir hukuk programında yüksek lisans ya da doktora yapması hukuken mümkündür. Fakat hukuk fakültesi mezunu olmayanların hukuk programlarına kaydedilmelerinin beraberinde getirdiği bazı olumsuzluklar

bulunmaktadır. Her şeyden önce yeterli hukuk bilgisine sahip olmayan kişilerin yüksek lisans programında başarılı olma şansları son derece zayıftır. Bu nedenle yüksek lisans ve doktora programına kaydolabilmek için hukuk fakültesi mezunu olma şartı aranmalıdır. Ya da en azından, ders aşaması iki yıl olarak düşünülmeli, bunun birinci yılında lisans seviyesinde alınması gereken derslerin tamamlanması yoluna gidilmelidir.

Nihayet, hukuk fakültesi mezunu olmayanların idari yargıda hakim olabilmeleri de ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 8. maddesinde, hukuk fakültesi mezunlarının yanı sıra hukuk bilgisine programlarında yeterince yer veren siyasi bilimler, idari bilimler, iktisat ve maliye alanlarında en az dört yıllık yüksek öğrenim yapmış olanlar da idari yargı hakimi olabilmektedirler. Fakat kanunda açıkça, "hukuk bilgisine programlarında yeterince yer veren" ibaresi bulunmasına karşılık gerekli araştırma yapılmaksızın Türkiye'deki tüm siyasi bilgiler ve iktisadi idari ve bilimler fakültesi mezunlarına bu hak tanınmıştır. Oysa, özellikle iktisadi ve idari bilimler fakültelerinin bir kısmının programlarında hukuk derslerine çok az yer verilmekte ve bu derslerde hukuk kökenli olmayan öğretim görevlilerine anlatılmaktadır. Örneğin Selçuk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesinde hukuk derslerinin pek çoğu kaldırılmıştır. İdare hukuku dersine ise yeterince yer verilmemektedir. Bu nedenle idari yargı anlatılamamaktadır. Fakat teorik de olsa bu fakülteden mezun olan öğrencilerin idari yargıda hakim olma şansları bulunmaktadır. Problemin çözümü için ya bu fakültelerde okutulması gereken hukuk derslerinin neler olduğu açıkça belirlenmeli ya da hukuk fakültesi mezunu olmayanlara hakimlik hakkı tanınmalıdır⁷¹.

SONUÇ

Hukuk eğitimindeki gerilemenin önüne geçilebilmesi ve kalitenin artırılabilmesi için, öncelikle fakülte öncesi karşılaşılan sorunların çözülmesi gerekmektedir. Bu sorunların başında, orta dereceli okullarda iyi bir eğitim verilememesi gelmektedir. Ayrıca, hukuk fakültelerine Türkçe Matematik puanı ile öğrenci alınması ve tam rekabetin olmaması, hukuk fakültelerinin puanının ve öğrenci kalitesinin düşmesine yol açmıştır. Vakıf üniversitelerinin bir kısmı ise son derece düşük puanlarla öğrenci almaktadırlar. Bu olumsuzluklar bir an önce giderilmelidir.

Fakülte eğitimi sırasında karşılaşılan sorunlar ise, her yıl düzenli olarak yapılacak olan dekanlar toplantısında görüşülerek çözüme kavuşturulmalıdır. Eğitimin kalitesi, öğretim üyesinin kalitesiyle doğru orantılıdır. Öğretim üyesi kalitesinin artırılabilmesi için başta araştırma görevlileri olmak üzere tüm öğre-

⁷¹ Kars. Dinçer, 82.

Hukuk Eğitimi Üzerine Düşünceler

tim üye ve yardımcılarının özlük hakları iyileştirilmeli, öğretim üyeliği mesleği cazip hale getirilmelidir.

Mezunlara yönelik olan mesleğe giriş sınavlarının objektifliği sağlanmalı, staj esnasında karşılaşılan olumsuzluklar giderilmeli, yüksek lisans ve doktora programları akademisyen olanlar ve olmayanlar için ayrı ayrı açılarak şekillenmelidir.

**GELİŞMEKTE OLAN ÜLKELERDE VE
TÜRKİYE'DE ÇOCUK İŞGÜCÜ
KULLANIMI (ÇOCUK İŞÇİLİĞİNİ
ÖNLEME ULUSLARARASI PROGRAMI –
IPEC)**

Yrd. Doç. Dr. Cem KILIÇ*

GİRİŞ

Nedenleri ne olursa olsun çocukların erken yaşlarda çalıştırılmaları, çocukların çocukluklarını yaşayamamalarına, eğitimden uzaklaşmalarına, fiziksel ve ruhsal gelişimlerinin olumsuz etkilenmesi yanı sıra çeşitli istismara uğramalarına yol açmaktadır. Çocukların çalıştırılmaları biçimindeki istismar, çocuk istismarının en yaygın biçimidir. Denilebilir ki, bugünün ve geleceğin kaynağı olan çocukların gelişim ve eğitim çağında zor ve tehlikeli koşullarda çalıştırılmaları, uygulanmakta olan sosyo-ekonomik politikaların, her türlü ihmalin ve denetimsizliğin mağdurları durumuna düşmelerine neden olmaktadır (Işıklı, 1993:25).

Çocukların erken yaşlarda çalışma yaşamında yer almaları, giderek daha fazla çocuğun çeşitli alan ve işkollarında çalışması olgusu gerek gelişmekte olan ülkelerde ve gerekse Türkiye'de önemli bir toplumsal sorun olarak ağırlığını hissettirmektedir.

Çocuk emeğinin istismar edildiği bugünkü tablo, yeni gelişmelerinde incelenerek, çalışan çocuklar konusunun köklü biçimde ele alınmasını, çalışan çocukların sorunlarının çözümü yönünde yol ve yöntemler bulunmasını, çocuk işçiliğine karşı etkili mücadelede rolleri bulunan gerek ulusal gerekse uluslar arası kuruluşların çabalarını yoğunlaştırmaları gerekmektedir.

* Gazi Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü Öğretim Üyesi

I- ÇOCUK İŞGÜCÜ KULLANIMINA YÖNELİK DÜZENLEMELER

1) Uluslar arası Platformda Çocuk İşgücüne Yönelik Düzenlemeler

Çocuk işgücüne yönelik düzenlemeler genel olarak, uluslar arası düzeyde özellikle Birleşmiş Milletler düzenlemelerini içeren antlaşmalar ve yasalar ve ILO sözleşmeleri olmak üzere iki şekilde incelenebilir.

A) Uluslararası Antlaşmalar ve Yasalar

Çocuk işçilere ilişkin ilk düzenleme, 1802 tarihli “Çırakların Bedeni ve Manevi Sağlıkları Hakkında Yasa” dır (Tuna, 1970:6). 1890 yılında Berlin’de toplanan “Uluslar arası İş Mevzuatı Konferansı” nda , çocukların uluslar arası seviyede korunmasına dair ilk çalışmaları yapmış, bu konuda çeşitli kararlar alınmış, ancak tavsiye kararları dışında uygulanabilir uluslar arası antlaşmalar kabul edilememiştir (Talas,1981:103).

1923 yılında ilk çocuk hakları bildirisi olan “Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi” kabul edilmiştir. Ayrıca 1951 yılında çocuğun her türlü sömürüye karşı korunması ve eğitimini engelleyen, sağlığına ve gelişmesine zararlı hiçbir işte çalıştırılmamasını düzenleyen “Avrupa Çocuk Hakları Bildirisi” kabul edilmiştir (Çetinkaya, 1999:13).

Çocuk işgücüne yönelik olarak uluslar arası düzenlemelerin öncülüğünü Birleşmiş Milletler (BM) yapmaktadır. 20 Kasım 1989 tarihinde BM Genel Kurul’ unda oybirliği ile kabul edilen “Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi” BM’in bu konuda yaptığı genel düzenlemelerin başında gelmektedir. Bu sözleşme ile tüm ülkelerde, çocukların karşılaşılabilecekleri ihmal, istismar gibi fiili durumların önlenmesi hedeflenmiştir (TİSK, 1994:25).

B) ILO Sözleşmeleri

Uluslar arası Çalışma Örgütü (ILO) çocuk işgücüne yönelik olarak teşkilata üye ülkelerin onayladığı sözleşme ya da tavsiye kararları aracılığıyla çocuk işgücü konusunda toplumsal duyarlılığı sağlamaya yönelik faaliyetler yürütmektedir. ILO üyesi ülkelere kabul edilen sözleşmelerin başında 1972 tarihli 127 sayılı sözleşme gelmektedir. Bu sözleşmeye göre, sadece genç işçilerin (18 yaşından küçük işçiler) değil kadın işçilerinde “hafif olmayan ağır yükleri bedenen taşımaları” sınırlandırılacak, eğer taşıma yapıyorlarsa, taşıdıkları yüklerin azami ağırlığının erkek işçiler için kabul edilen ağırlıktan bariz ölçüde az olması gerekecektir (TİSK,1994:25). 1983 tarihli 77 sayılı ILO sözleşmesi ile de çocukların ve gençlerin sanayide işe elverişlilikleri yönünden sağlık kontrollerinin yapılması zorunlu kılınmıştır. Yine ILO üyesi ülkelere kabul edilen 59 sayılı sözleş-

meyle de çocukların çalıştırılma yaşına ilişkin sınırlandırmalar getirilmiş, sanayi işletmelerinde 15 yaşın altında çocukların istihdam edilmeleri yasaklanmıştır. ILO bir bakıma bu sözleşme ile çalışma yaşının başlangıcını da tespit etmektedir (Karabulut, 1996:6). Ayrıca maden işlerinde çalışanlar için de çalışma yaşı başlangıcı 16 yaş olarak belirlenmiştir. 1992 tarihinde kabul edilen 142 sayılı sözleşme ile de mesleki eğitim ve yönlendirmeye ilişkin olarak üye ülkelerin politikalar geliştirmesi zorunluluğu getirilmiştir (Çolak,1998:51). 138 sayılı “İstihdama Kabulde Asgari Yaşa İlişkin ILO Sözleşmesi”de, çocukların çok küçük yaşta çalışma hayatına girmelerini önleyecek nitelikte önemli sözleşmelerden birisidir (Çolak,1998:52).

Çocuk işgücüne yönelik olarak alınan uluslar arası önemli tedbirlerden birisi de “Avrupa Sosyal Şartı”dır. Bu Sosyal Şart içerisinde yedinci madde de yer alan “Çocukların ve Gençlerin Korunması Hakkı” ile sadece asgari çalışma yaşına ilişkin düzenlemeler değil, ayrıca çocukların ve genç işçilerin sağlık ve güvenliğine dair diğer hususlara da yer verilmiştir (TISK,1994:26).

Diğer yandan, bütün bu uluslar arası sözleşmelere ilave olarak Uluslar arası Çalışma Konferansı 17 Temmuz 1999 tarihinde yapılan 8. Oturumunda 182 sayılı “Çocuk İşçiliğinin En Kötü Biçimleri” sözleşmesi ile bu sözleşmeye ek olan 190 sayılı Tavsiye Kararı’nı oybirliği ile benimsemiştir. Bu sözleşme ve tavsiye kararı, çocuk işçiliğinin en kötü biçimlerini, çocukların sağlığı, ahlaki değerleri ve psikolojik esenlikleri üzerinde yıpratıcı etkileri olan ve çocuğun yetişkinliğe doğru normal gelişmesini ciddi biçimde engellemesi muhtemel işler olarak tanımlamaktadır. Bu tür etkinlikler arasında, örneğin madencilik gibi tehlikeli sınıai işler ya da fuhuş, pornografi ve uyuşturucu kaçakçılığı gibi yasa dışı işler, aşırı sıcak ve soğuk ortamlarda çalışma ve tehlikeli maddelerle kimyasal ilaçların etkisine açık işler yer almaktadır. Sözleşme, devletlerden, bu tür işleri yasaklamalarını ve çocuk işçiliğinin en kötü biçimlerinin ortadan kaldırılmasına yönelik programların hazırlanıp uygulanmasına öncelik tanımlarını istemektedir (ILO, 2001:13).

182 sayılı ILO sözleşmesi, ILO tarihinde üye devletlerce en hızlı kabul edilip onaylanan sözleşme olmuştur. Günümüz itibarıyla bu sözleşme halihazırda 60 devlet tarafından onaylanmıştır. Ülkemizde bu sözleşmeyi Ocak 2001 tarihi itibarıyla onaylamıştır. Sözleşme konusundaki genel görünüm, bu sözleşmenin BM Çocuk Hakları Sözleşmesi kadar evrensel ve uluslar arası kabul göreceği şeklindedir. Nitekim, gerek gelişmiş gerekse gelişmekte olan ülkeler açısından sözleşmenin genel kabul göreceği uzmanlar tarafından belirtilmektedir. Hatta bu konuda BM sözleşmesini onaylamayan iki ülkeden birisi olan A.B.D., 182 Sayılı sözleşmeyi onaylayan ilk ülke olmuştur (Tapiola, 2001:3).

1) Türkiye’de Çalışan Çocuklara Yönelik Yasal Düzenlemeler

Türkiye’de çalışan çocuklara yönelik olarak en önemli hukuk kuralı Anayasa’ mızın 50. Maddesidir. Yasa, “kimse ...yaşına uymayan işlerde çalıştırılmaz” ve “küçükler ...çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar” hükümleriyle, çocukların çalışma koşullarını düzenlemiştir.

1475 sayılı İş Kanunumuzun 49,67,69,78 ve 80. Maddeleri de çocuk işgücüne yönelik düzenlemeler getirmiştir. 49.madde de 18 ve daha küçük yaştaki işçilere verilecek yıllık izinlerin 18 günden az olamayacağı hükme bağlanmıştır. 67.madde de çalışma yaşının 15 olduğu belirtilmekte ancak 13 yaşını dolduran çocukların mesleki beceri ve yeteneklerini geliştirmeleri amacıyla eğitim programlarına devamları koşuluyla çalıştırılabilecekleri şartı bulunmaktadır. Kanunun 68,69 ve 78. maddeleri ile çocukların ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmaları yasaklanmıştır. İş Kanunumuzun 80. Maddesi ile de çocuk işgücüne yönelik sağlık açısından taşınması gerekli koşullar tespit edilmiştir.

1986 yılında çıkarılan 3308 sayılı Çıraklık ve Meslek Eğitimi Kanunu ise ülkemizdeki çocuk işgücünün bilgi ve becerisinin geliştirilmesine yönelik düzenlemeler getirmiştir. 3308 sayılı yasa çırak olarak “13 yaşını doldurmuş, 19 yaşından gün almamış olanlar” ı tarif etmiştir. Yine bu yasayla, 50 ve daha fazla işçi çalıştıran işyerleri, işçi sayısının %5’inden az olmamak, ancak %10’unu da geçmemek üzere meslek lisesi öğrencilerine becerilerini geliştirmek amacıyla eğitim verme yükümlülüğüne tabi tutulmuşlardır.

1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu ise ülkemizde çocuk işgücünün çalışma koşullarını belirleyen bir başka yasadır. Bu yasa ile 12-16 yaş arasındaki çocukların sekiz saatten fazla çalıştırılmayacağı hükme bağlanmış, ayrıca 12 yaşından küçük çocukların fabrika, imalathane gibi sanat müesseseleriyle, maden işlerinde amele ve çırak olarak çalıştırılmaları yasaklanmıştır.

II- GENEL OLARAK ÇOCUK İŞGÜCÜ KULLANIMININ SEBEPLERİ

Çocukların işgücü olarak kullanılması, dünya tarihi kadar eski bir olaydır. Tarihin her döneminde çocuklar işgücü içerisinde yer almışlardır. Özellikle endüstri devrimi süresince çocuk işgücünün maden, kömür ocağı gibi ağır işlerde kullanıldığı, uzun çalışma saatleri ve düşük ücretlerle çalıştırıldıkları bilinmektedir (Işık, 1993:26).

Zaman içerisinde çocuğu mümkün olduğu kadar çalışma hayatının dışında tutmak temel hedef olmakla beraber, çocukların çalışmamasını temenni etmek ve çalıştırılmalarını yasaklayan mevzuatı uygulamaya koymak; çocukların çalıştırılmalarını engellemeye yetmemekte, çalışan çocukların sayısı giderek artmaktadır. Özellikle, gelişmekte olan ülkeler açısından yoğun bir işgücü kulla-

nımı söz konusudur. Bu ülkelerde çocukların, çalışma hayatına erken girmelerine sebep olarak genelde “yoksulluk” kavramını ön plana çıkarıyoruz. Çocukların gelişmekte olan ülkelerde, henüz okul yaşında iken, ailelerinin ekonomik yaşamlarına destek olmak amacı ile tam zamanlı ya da kısmi süreli olarak çalışmaları, gelir düzeyinin düşük olmasının nedeni olduğu gibi aynı zamanda bir zorunluluk olmaktadır (Baştaymaz, 1990:5).

Çocuk işgücü kullanımının gelişmekte olan ülkelerde yaygın olmasının önemli sebeplerinden birisi de, yine yoksulluk ile bağlantılı olan, ailenin çocuğun eğitim giderlerini karşılayamayacak seviyede gelir elde etmesidir (Çolak, 1998:56). Bu ülkelerde eğitim devlet tarafından parasız olarak verilse bile, aileler çocuğun temel eğitim ihtiyaçlarını (kitap, üniforma, ulaşım vb.) karşılayamayacakları için düşük gelir düzeyine sahip ailelerin çocukları eğitim sisteminin dışında kalacaklardır. Bu ise doğrudan çocukların çalışma yaşamına girmelerine sebep olacaktır.

Çocuk işgücü artışı talep yönlü olarak etkileyen faktörlerde bulunmaktadır. Nitekim küçük yaşta çocukların sahip oldukları bazı beceriler çocuk işgücüne talebi artıran temel sebeplerden birisidir. Özellikle ev ve atölye tipi üretim tarzında durum böyledir. Dolayısıyla, çocuk işgücü kullanımı yasalar ile tamamen yasaklanmış olsa bile çocukların çalışmalarını engellemek ailelerin kültürel ve sosyal özelliklerinden dolayı mümkün değildir (Çolak, 1998:60).

Çocuk işgücü kullanımının talep yönlü önemli sebeplerinden birisi de, ailelerin çocuklarını kendi işletmelerinde ucuz işgücü olarak görmeleridir. Aileler çocuklarını kendi işletmelerinin gelecekteki yöneticileri olarak görmekte, aynı zamanda gelecekteki mesleklerine yönelik olarak beceri sahibi olmalarını arzu etmektedirler. Dolayısıyla aileleri yada çocuklarını, erken yaşta işgücüne girmenin olumsuzlukları konusunda ikna etmek oldukça güçtür.

III- DÜNYADA VE TÜRKİYE’DE ÇOCUK İŞGÜCÜNÜN GÖRÜNÜMÜ

1- Dünyada Çocuk İşgücü Kullanımı Alanları

21. Yüzyılın içinde bulunduğumuz bu dönemde sadece gelişmiş ülkelerde değil gelişmekte olan ülkelerde de çocuk nüfusun hakları büyük ölçüde güvence altına alınmaya başlanmıştır. Bugün dünya çocuklarının %96’sı çocuk haklarını korumak için yasal yükümlülük altına giren ülkelerde yaşamaktadır (UNICEF, 1997:10). Ancak bu gelişmeye rağmen, özellikle gelişmekte olan ülkelerde çocuk işgücü sürekli artış göstermektedir. ILO’nun gerek 1996 ve gerekse 1999 yıllarında yapmış olduğu çalışmalar da, dünya çapında çalışan çocuk sayısının yaklaşık 300 milyonu bulduğu belirtilmektedir (Çolak, 1998:62 ; ILO, 2000:231).

Dünya’da çocuk işgücü kullanımını yaygın bir durumda ve işgücüne katılan çocuk oranı sürekli artıyor iken, önemli bir gelişme de çalışan çocukların yaş oranlarının sürekli düşüyor olmasıdır. Mısır’ın kırsal kesimlerinde 6-11 yaş arasındaki çocukların %17’si, 12-14 yaş grubundaki çocukların %43’ü çalışmaktadır. Pakistan’da 10-14 yaş arasındaki erkek çocukların %31’i işgücüne katılmıştır (Çolak, 1998:62). Tayvan’da yine 6-11 yaş arasında bulunan çocukların %21’i, Endonezya’da ise %26’sı çalışmaktadır (Kanburte, 1999:11). Özellikle Çin’de küçük yaşta bulunan çocukların toplamın önemli bir bölümünü oluşturduğu da belirtilmektedir (UNICEF, 1997:29). Bu örnekleri daha da arttırmak mümkündür. Ancak bu kadarının bile bize genel bir fikir verdiğini söylemek mümkündür.

Dünya’da çocuk işgücü kullanımının sebepleri arasında “yoksulluk” kavramının en başta geldiğini belirtmiştik, ancak çocuk işgücü kullanımını sadece gelişmekte olan ülkelere özgü bir durum olarak kabul etmek de mümkün değildir. Nitekim gelişmekte olan ülkelerde de sanılanın aksine çocuk işgücü kullanımının yoğun olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

TABLO : I

AKTİF NÜFUS İÇİNDE ÇOCUK İŞGÜCÜ ORANI

Ülkeler	6-15 Yaş	15-19 Yaş
Hollanda	0.9	14.5
Portekiz	1.7	36.1
İngiltere	0.6	36.0
Kanada	-	41.2
Norveç	-	38.1
Polonya	-	23.1
Türkiye	16.5	39.8

Kaynak: ILO(1999) , UNICEF (1999)

Tablo I de görüldüğü gibi, gelişmiş ülkelerde de çocuk işgücü küçümsemeyecek seviyededir. Gelişmiş ülkeler içerisinde ön sıralarda yer alan, İngiltere, Kanada gibi ülkelerde 15-19 yaş arasında çalışan çocukların oranı %36-40’lar seviyesinde bulunmaktadır. Hollanda, Portekiz ve İngiltere’de 6-15 yaş grubunda bulunan çocukların oranı da % 1-2’ler seviyesindedir. Ancak gelişmiş ülkelerin büyük bir bölümünde bu yaş grubunda çalışan çocuklara rastlanmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri gibi yoğun göçe maruz kalan ve bu sebeple kaçak işçiliğin çok olduğu ülkelerde çocuklar daha fazla olarak tarım sektöründe çalıştırılmaktadır (Çolak,1998:63). A.B.D.’de yapılan bir çalışmaya göre,

“1983 ile 1990 yılları arasında çocuk istihdamı ile ilgili olarak yasal olmayan eylemlerin %250 artış gösterdiği sonucuna ulaşılmıştır.” (UNICEF,1997:21).

Çocuk işgücü kullanımının özellikle gelişmekte olan ülkeler açısından önemli sebeplerinden birisi, küresel ekonomi şartlarının ağırlık kazandığı 1980’li yıllardan itibaren “ihracata yönelik sanayileşme stratejileri” nin bu ülkeler tarafından benimsenmiş olmasıdır. Nitekim ihracata yönelik sanayileşme stratejisi içerisinde en önemli kavramlardan birisi “rekabet” kavramıdır. Yeni sanayileşmiş ülkelerin hem kendi aralarında hem de sınırlı da olsa gelişmiş ülke ekonomileri ile rekabet ederken rekabet açısından kullanabilecekleri temel enstrüman “düşük işgücü maliyetleri” olacaktır. Özellikle emek yoğun sektörlerde çocuk işgücü istihdamının artmasına neden olan bu durum, diğer yandan çocuk işgücü açısından bir sömürü aracı haline gelmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, ILO tarafından yapılmış araştırma sonuçlarına göre, gelişmekte olan ülkelerde çalışan çocukların sadece %5’lik bölümü ihracata yönelik sanayilerde çalıştırılmaktadır. Çalıştırılan çocukların önemli bir bölümü; sanayi ve plantasyon işleri, hizmetçilik, zorla çalıştırma, turizm ve eğlence sektörü, sokaklarda çalışma ve aile için çalışma şeklinde istihdam edilmektedir (Çolak,1998:68). Sanayi ve plantasyon işlerinde gerek gelişmiş gerekse gelişmekte olan ülkelerde çocuk istihdamı söz konusudur. Çin’de elektronik sanayiinde çalışanların %20’sini 16 yaş altındaki çocuklar oluştururken (UNICEF,1997:43), İtalya’nın Napoli bölgesinde deri işçiliğinde, Peru’da tuğla yapımında çocuk işçiliği kullanımı oldukça fazladır (Çolak, 1998:68). Endonezya, Tayvan’da çocuklar tekstil işyerlerinde ağırlıklı olarak kullanılmaktadırlar (UNICEF,1997:44).

Çocuk işgücü kullanımının en yoğun olduğu ve en eski sayılabilecek alan “ev hizmetçiliğidir”. Bu tip çalıştırma, özellikle Latin Amerika ve Asya ülkelerinde oldukça yaygın ve köleciliğe kadar varan bir görünümündedir. Ayrıca bu tip işlerde çalıştırılan çocukların sayılarını tespit etmek, çocuklara ulaşma zorluğu sebebiyle mümkün değildir.

Diğer yandan çocuk istihdamı konusunda önemli sayılabilecek bir husus da çocukların “zorla çalıştırılması” konusudur. Zorla çalıştırılan çocuklar daha çok geleneksel sosyo-ekonomik şartların bulunduğu ülkelerde görülmektedir.

Turizm sektörünün hızla gelişmesine paralel olarak, sektörde daha az beceriye sahip olan düşük maliyetli işgücüne olan ihtiyaç çocuk işgücü kullanımının artmasına neden olmuştur. Asya ülkeleri ve Hindistan’da 500 bin çocuk turizm sektörü içerisinde otel ve lokantalarda çalıştırılmaktadır (Çolak, 1998:70).

Çocukların genel de yoğun olarak çalıştıkları alan sokaklardır. Araba yıkayıcılığı, seyyar satıcılık, çöp toplayıcılığı yapmaktadırlar. UNICEF raporuna göre, özellikle Güney Asya ve Latin Amerika ülkelerinde çocukların % 20’ye yakın kısmı bu tip faaliyetlerde bulunmaktadır (UNICEF, 1997:44).

2- Türkiye’de Çocuk İşgücü Kullanımı

Türkiye çocuk işgücü açısından gelişmekte olan ülkelerin tipik özelliklerini göstermektedir. 1999 yılı verilerine göre nüfusun %36’sı, 0-14 yaş grubundadır. İşgücüne katılım oranı %38 seviyesindedir. Bu oranlar ülkemizde çocuk işgücü kullanımının ciddi boyutlarda olduğunu göstermektedir.

Çocukların çalışma yaşamına girme sebepleri genel olarak daha önce ifade edilmişti. Ülkemizde de, yapılan araştırma sonuçlarından yola çıkarak bir takım saptamalar yapabiliriz. Elde edilen veriler, çalışan çocukların aile yapılarının, çalışma hayatına girme nedenlerinin, çalışma ve eğitimi algılama ve beklentileriyle farklı niteliklere sahip gruplardan oluştuğuna dair bilimsel sonuçlar ortaya koymakla beraber, yoksulluk ve eğitim sistemine olan inançsızlık, beklentilerin azalması çocukların işgücüne dahil olmasında önemli faktörler olarak ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda “aile bütçesine gelir sağlamak ve bir meslek öğrenmek amacıyla çalış(tırıl)mak” durumu ön plana çıkmaktadır (Türk-İş, 1998:14). Diğer yandan elbette ki ülkemizde de çocukların ucuz işgücünü oluşturması, çocukların bazı işler için uygun olması, çocukların haklarını arayamaması, işverenlerin çocuk işgücünü tercih etme sebepleri olarak gösterilebilir. Ayrıca sosyolojik bir yaklaşım içerisinde, ihtiyaç durumu gözönünde bulundurulmadan gerek bazı aileler gerekse çocuk için “para kazanma” olgusu, büyüme, yetişkin olma olarak algılanmaktadır.

1999 yılı verilerine göre Türkiye’de nüfusun %25.4’ü 0-12 yaş arasında bulunmaktadır. İşgücüne katılma oranı ise %34.4’dür (DIE,1999:23). Bu rakamlar göstermektedir ki, Türkiye’de ekonomik anlamda faaliyette bulunan çocuk işgücü arzı azımsanmayacak düzeydedir.

Tablo II’ye göre, Türkiye genelinde 12-14 yaş arasında bulunan çocukların işgücüne katılım oranı % 13.4, 15-19 yaş arasında bulunan çocukların oranı %38.6, 20-24 yaş arasında ise %56.3’ü bulmaktadır.

TABLO: II

YAŞ, CİNSİYET VE İŞGÜCÜ DURUMUNA GÖRE ÇOCUK İŞGÜCÜ (1,000 Kişi)

Yaş Grubu ve Cinsiyet	12+ Nüfus	İşgücü	İşgücüne Katılmayanlar	İşgücüne Katılma Oranı	İstihdam Edilenler	İşsizlik Oranı
Genel Toplam	48,839	23,779	25,060	48.7	22,049	7.3
12-14	3,986	532	3,454	13.4	503	5.5
15-19	7,064	2,730	4,335	38.6	2,390	2.4
20-24	4,68	2,628	2,040	56.3	2,185	16.9

Erkek

Toplam	24,057	16,426	7630	68.3	15,167	7.7
12-14	2,116	307	1,809	14.5	280	8.7
15-19	3,533	1,687	1846	47.8	1,466	13.1
20-24	2,102	1,611	491	76.6	1,303	9.1

Kadın

Toplam	24,782	7,353	17,429	29.7	6,882	6.4
12-14	1,871	225	1,645	12.0	223	.1
15-19	3,531	1,043	2,489	29.5	924	1.4
20-24	2,566	1,017	1,549	39.6	882	13.3

Kaynak: DİE, Hanehalkı İşgücü Anketi Sonuçları Nisan 1999, s.39

Türkiye’de, DİE 1999 Nisan Hanehalkı İşgücü Anketi sonuçlarına göre istihdam edilenlerin eğitim düzeyi itibariyle dağılımı işgücünün beşeri sermaye gücünün oldukça zayıf olduğunu göstermektedir. DİE verilerine göre, istihdam edilenlerin % 9’u okur yazar olmayanlardan, %55’i ilkokul mezunlarından, %10’u ortaokul ve dengi, %13’ü lise ve dengi okul mezunu iken, sadece %7’si fakülte ve yüksek okul mezunudur. Genel olarak istihdam edilenler açısından var olan bu olumsuz tablo 12-24 yaş grubunda istihdam edilen çocuklar bakımından da oldukça belirgin bir durumdadır. Nitekim yine DİE verilerine göre 12-24 yaş grubundaki çocuk işgücünün %60’ı ilkokul mezunu, %15’i ortaokul ve dengi okul, % 17’si lise ve dengi okul mezunudur. Çocuk işgücü açısından eğitim düzeyinin bu denli düşük olması, çocuk işgücünün ülkemizde daha çok düşük beşeri sermayenin yani niteliksiz işgücünün kullanıldığı küçük ölçekli işletmelerde istihdam edildiği sonucunu ortaya çıkarmaktadır (Çolak, 1998:79). Tablo III’ den de izlenebileceği gibi, DİE verilerine göre 12-14 yaş grubunda bulunan çalışan çocukların %8’i 1-2 kişinin, %20’si 3 kişinin, %24’ü 4 kişinin, %41’i 5-9 kişinin, %2’si 10-24 kişinin, %2’si de 25’ten fazla kişinin çalıştığı yerlerde istihdam edilmektedir.

TABLO:III**İŞYERİ BÜYÜKLÜĞÜ VE YAŞ GRUBUNA GÖRE İSTİHDAM EDİLENLER**

(1,000 Kişi)

İşyeri Büyüklüğü	12-14	(%)	15-19	(%)	20-24	(%)
Toplam	503	-	2390	-	2185	-

1	7	1	33	1	76	3
2	40	7	262	10	248	11
3	100	20	462	19	335	15
4	120	24	494	20	308	14
5-9	208	41	778	32	634	29
10-24	15	2	162	7	231	10
25+	13	2	199	8	352	16

Kaynak: DİE Hanehalkı İşgücü Anketi, Nisan 1999, s.84

15-19 yaş grubunda bulunan çalışan çocuklar için oranlar ise; 1 kişinin çalıştığı işletmelerde %1, 2 kişilik işletmeler için %10, 3-4 kişilik işletmeler için %39, 5-9 kişilik işletmeler için %32, 10-24 kişilik işletmelerde %7 ve 25’ten fazla işçi istihdam eden işletmeler için ise % 8’dir.

Dolayısıyla bu veriler göstermektedir ki, çocuk işgücü ülkemizde daha çok KOBİ’ler içerisinde istihdam edilmektedir. KOBİ’lerin özellikle ihracata yönelik sanayileşme süreci içerisinde büyük işletmelerle rekabet etme imkanlarının olmayışı, daha çok bu işletmelere destek ürünler sunmaları, organizasyon yapılarının esnek ve değişken olması, en önemlisi işçilik maliyetlerini büyük işletmelere nazaran kolaylıkla günün şartlarına uyarlayabilmeleri çocuk işgücü kullanmaları için önemli bir alt yapı oluşturmaktadır.

TABLO:IV

YAŞ GRUBU VE İŞYERİ DURUMUNA GÖRE İSTİHDAM EDİLENLER

(1,000 Kişi)

Yaş Ve Cinsiyet Grubu	Tarla	Kamu	Özel	Pazar Yeri	Seyyar	Sabit Olmayan İşyeri	Evde	Diğer
-----------------------	-------	------	------	------------	--------	----------------------	------	-------

Toplam

12-14	388	2	97	-	4	8	5	-
15-19	1332	37	886	5	28	85	16	2
20-24	896	134	977	6	31	111	25	5

Erkek

12-14	190	-	80	-	4	7	-	-
15-19	640	16	690	5	28	84	1	2

20-24	390	58	704	6	28	111	1	4
-------	-----	----	-----	---	----	-----	---	---

Kadın

12-14	198	2	17	-	-	1	5	-
15-19	692	21	195-	-	1	14	-	
20-24	506	75	272	-	3	-	24	1

Kaynak: DİE Hanehalkı İşgücü Anketi, Nisan 1999, s.88

Tablo IV, Türkiye’de çalışan çocukların kırsal kesimde ve özel sektör içerisinde yer aldıklarını göstermektedir. Kamu kesiminde çocuk istihdamının önüne geçilirken, çocukların “sabit olmayan işyerleri” ve “seyyar” işlerde de kullandıkları sonucuna ulaşılmıştır.

TABLO V**YAŞ GRUBU, CİNSİYET VE İŞTEKİ DURUMA GÖRE İSTİHDAM EDİLENLER**

(1,000 Kişi)

Yaş Ve Cinsiyet Grubu	Toplam	Ücretli veya Ma-aşlı	Yevmiyeli	İşveren	Kendi Hesabına	Ücretsiz Aile İşçisi
-----------------------	--------	----------------------	-----------	---------	----------------	----------------------

Genel

12-14	503	54	47	-	3	399
15-19	2390	651	267	4	37	1431
20-24	2185	847	234	30	103	971

Erkek

12-14	280	40	40	-	1	199
15-19	1466	474	215	2	28	748
20-24	1303	530	199	26	78	470

Kadın

12-14	223	15	7	-	2	200
15-19	924	178	52	2	9	683
20-24	882	317	35	4	25	501

Kaynak: DİE Hanehalkı İşgücü Anketi, Nisan 1999, s.46

Tablo V’e göre, ülkemizde çalışan çocukların her yaş kategorisinde önemli bir bölümü ücretsiz aile işçisi olarak çalışmaktadır. Özellikle 12-14 yaş grubunda bulunan çocukların yaklaşık olarak %80’i ücretsiz aile işçisi olarak çalıştırılmaktadır. Tarım kesiminin nisbi payının ülkemiz koşullarında hala daha yüksek olması bu durumun temel sebeplerinden biri olarak ortaya çıkmaktadır. Ücretli veya maaşlı olarak çalışan 15-19 yaş grubundaki çocukların oranı ile 20-24 yaş grubunda bulunan genç işçilerin oranı da oldukça yüksek bir seviyededir.

Aslında bu sonuçlar göstermektedir ki, ülkemizde çalışan çocukların önemli bir bölümü ailelerinin yanında çalışmakta, kentsel alanlarda çalışan çocukların karşılaştıkları olumsuz ve istismara yönelik uygulamalar bu çocuklar için geçerli olmamaktadır.

IV-ÇOCUK İŞÇİLİĞİNİ ÖNLEME ULUSLAR ARASI PROGRAMI (IPEC)

Uluslar arası Çalışma Örgütü (ILO), çocuk işçiliğini önemli bir konu olarak ele almıştır. 1992- 1993 yıllarından itibaren ise çocuk işçiliği konusunu, ILO ölçeğinde gözetilmesi gereken bir konu olarak belirlemiş ve “Çocuk İşçiliğinin Sona Erdirilmesi Uluslar arası Programı”nı (International Programme on the Elimination of Child Labour – IPEC) başlatmıştır. IPEC programı 1992 yılında Brezilya, Hindistan, Endonezya, Kenya, Tayland, ve Türkiye’de başlatılmış, 1994 yılında Bangladeş , Nepal, Pakistan, Filipinler,Tanzanya, 1996-1997 yıllarında ise Kamboçya, Sri Lanka, Benin, Mısır, Madagaskar, Senegal, Kostarika, Dominik Cumhuriyeti, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nikaragua, Panama, Arjantin, Bolivya, Peru, Venezuela, Kolombiya ve Ekvator programa dahil edilmiştir. 2001 yılı içerisinde de Afrika, Arap ülkeleri, Asya, Orta ve Doğu Avrupa’dan bazı ülkelerde programa katılmak için hazırlık çalışmaları yapılmaktadır (ILO, 2001:3).

1) IPEC’in Hedefleri

IPEC’in uzun vadeli asıl hedefi, çocuk işçiliğine son verilmesi, kısa ve orta vadeli hedefi ise çocukların korunması ve çalışma koşullarının iyileştirilmesidir (Tapiola, 2001:3). Ne var ki, ülkelerin sosyo- ekonomik yapıları ele alındığı takdirde kaynakların yetersizliği ve alt yapı noksanlığı çocuk işçiliğinin çok kısa vadede sona erdirilmesinin zor olduğunu ortaya koymaktadır. Ancak sosyo-ekonomik koşullarda bir iyileşme sağlanabilirse ülkeler çocuk işçiliğinin ortadan kaldırılması konusunda ciddi başarılar sağlayabileceklerdir. Bu sebeple IPEC önceliğini “Tolere edilemez çocuk işçiliği” olarak belirlemiştir (Ouedraogo, 2001:2). IPEC’e göre, temel insan haklarını ihlal eden, zorla çalıştırılan, köle muamelesi yapılan, fuhuş, uyuşturucu kaçakçılığı ve porno üretiminde kullanılan, sağlık ve güvenliğine zarar veren ağır işlerde, kimyasallarla, tehlikeli araç ve makinelerle çalıştırılan çocuklar “Hoş görülemez veya tolere edilemeyecek

ve acil önlemlerin alınması gerekli çocuk işçiliği” içerisinde yer almaktadırlar (ILO,2001:2).

2) Türkiye’deki IPEC Faaliyetlerinin Ulusal Boyutu

Çalışan çocuklar ve enformel sektörde çalışan çocuklar üzerinde, sivil toplum örgütleri ve üniversiteler gibi kurum ve kuruluşlarca bugüne kadar çeşitli araştırmalar yapılmış ve çocuk çalıştırılmasının nedenleri değerlendirilmiştir. Bir çoğu bölgesel seviyede gerçekleştirilen bu araştırmalar dışında, ulusal seviyede çocuk işgücü kullanımı ile ilgili ilk çalışma ILO ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı arasında 1992 yılında imzalanan Protokolle 1993 yılında başlanan IPEC programı ile olmuştur. Protokolün geçerlilik süresi 1996 yılı Eylül ayında Aralık 2001 tarihine kadar uzatılmıştır.

1992 yılında Türkiye IPEC programı çerçevesinde çocuk işçiliği ve alınması gerekli tedbirler konusunda eylem planı hazırlayan ilk altı ülke arasında yer almıştır. 1992-1993 yıllarını kapsayan dönemde temel stratejiler; çocuk işgücü kullanımının sebeplerinin belirlenerek problemin herkes tarafından anlaşılabilir kılınması, politikaları belirleyen tarafların konuya ilişkin bilinç ve duyarlılıklarını arttırmayı ve mikro seviyelerde olmak üzere farklı eylem programlarının başlatılması olarak belirlenmişti. 1994-1995 yıllarını içine alan dönemde gerçekleştirilen IPEC programları da bu anlamda bir önceki iki yıllık dönemde edinilen bilgilerin, deneyimlerin bir ürünü olarak ortaya çıktı. 1996-1997 döneminde IPEC projesi kapsamında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Başkanlığı’na bağlı 7 İş Teftiş Grup Başkanlığı’nda (Adana, Antalya, Ankara, Bursa, İstanbul, İzmir ve Samsun) çocuk işçiler açısından en fazla risk taşıyan sektörlerin belirlenmesi amacıyla yapılan araştırma ve DIE’nin Çocuk İşçiler Araştırması bu dönemde çocuk işçiliğine karşı geliştirilen stratejiler için bir veri tabanı ve alt yapı oluşturdu (ILO, 2000:1).

1998-1999 döneminde geliştirilen programlar ise; çalışan çocukların fiziksel güvenliklerini sağlamayı, bu çocukların eğitsel, psiko-sosyal, kültürel ihtiyaçlarını karşılamayı ve bu alanlarda çocukları etkileme durumunda olan önemli grupları hedef aldı. Ayrıca bu dönem içerisinde zorunlu temel eğitim süresinin 5 yıldan 8 yıla çıkarılmasına dair yasanın mecliste kabul edilmesi ve Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti’nin ILO’nun 138 sayılı Asgari Yaş Sözleşmesi’ni 23 Ocak 1998 tarihinde onaylaması çocuk işçiliğinin önlenmesi konusunda alınmış önemli tedbirlerdir. Bütün bu tedbirlere ilave olarak 182 sayılı ILO sözleşmesinin de onaylanmış olması IPEC faaliyetlerinin daha kolay yürütülmesine neden olacaktır (ILO, 2001:2).

A) Eylem Programları

Türkiye’de 1992 yılından bugüne kadar çocuk işçiliği sorununun derinliğinin tüm ülke ölçeğinde daha iyi kavranmasına katkıda bulunan ve çocuk işçiliğini ortadan kaldırma amacına yönelik etkinliklere ivme kazandıran çeşitli programlar IPEC çerçevesinde yürütülmüştür. IPEC projesi kapsamında ülkemizde çalışmalarda bulunan kuruluşlar; ÇSGB, Türk-İş, Hak-İş, DİSK, TİSK, DİE, Ankara Büyükşehir Belediyesi, Türkiye Kalkınma Vakfı ve Fışek Enstitüsü olmuştur. Bu döneme ilişkin program geliştirme sürecinde, ülkemizde siyasal, ekonomik, sosyal ve diğer kurumların, genel ulusal kalkınma amaç ve hedefleri bağlamında çocuk işçiliğine ilişkin politika geliştirme çabalarına katılmaları hedeflenmiş, çocuk işçiliğiyle ilgili konuların birlikte çalışılan kuruluşların politikalarına, programlarına ve bütçelerine dahil edilebilmesi için mikro düzeydeki her programın daha yüksek düzeylerle bağlantılarının kurulması amaçlanmıştır. Uygulamada da, belirttiğimiz bu kurumların çocuk işçiliği sorununun derinliğinin tüm ülke ölçeğinde daha iyi kavranmasına ve çocuk işçiliğini ortadan kaldırma amacına yönelik program ve etkinliklerine IPEC desteği sürmüştür.

B) Stratejik Çerçeve

IPEC projesi kapsamında, öncelikli olarak ele alınan konu ülkemizdeki mevcut yasalar ve mevzuatın 182 ve 138 sayılı yasalar ile uyumlu hale getirilmesidir. Bu stratejik çerçeve içerisinde öncelikle ele alınması gereken konular aşağıdaki şekilde sıralanmaktadır (ILO,2000:2) :

- Siyasal, ekonomik, sosyal ve diğer kurumların, genel ulusal kalkınma amaç ve hedefleri bağlamında çocuk işçiliğine ilişkin politika geliştirme çabalarına katılmaları.
- Çocuk işçiliğiyle ilgili konuların birlikte çalışılan kuruluşların politikalarına, programlarına ve bütçelerine dahil edilebilmesi için mikro düzeydeki her programın daha yüksek düzeylerle bağlantılarının kurulması.
- Tehlikeli koşullarda çalışan çocuklarla ilgili doğrudan girişimlerin; istihdam, eğitim, sağlık, gelir yaratma ve sosyal güvenlik konuları üzerinde odaklanmak suretiyle desteklenmesi.
- Çocuk işçilerle ilgili programları destekleyici nitelikte sistematik ve sürdürülebilir mücadeleler için ulusal kapasitenin güçlendirilmesi.
- Çocuk işçiliğine ilişkin veri toplanması ve verilerin yaygınlaştırılması.
- Çocuk işçilerle ilgili konuların kamusal ve siyasal tartışma gündemlerinde yer alması için ulusal düzeydeki bilinç ve duyarlılığın geliştirilmesi.

- Deneyimleri çoğaltmak ve etkileri güçlendirmek için başarılı modellerin yaygınlaştırılması ve yinelenmesi.

Belirtilen bu hedefler IPEC çerçevesinde ülkemiz için “orta ve kısa dönemli hedefler” olarak ifade edilmektedir. Elbette ki bu çerçevede ifade edilen temel hedef, 15 yaşından küçük çocukların çalışmasını ve 15-18 yaşlarındaki çocukların en kötü sayılan işlerde çalışmalarını önlemektir. Bu amaçla IPEC’in Türkiye’de eğitim, işyerlerinin denetimi ve izlenmesi ve gelir getirici etkinlikler gibi alanlardaki deneyimini kullanarak seçilmiş coğrafi bölgelerde çocuk işçiliğinin en kötü biçimleri üzerinde odaklaşan programlar geliştirmesi kaçınılmaz olmaktadır.

SONUÇ

1980’li yıllardan itibaren üretim sistemlerinde görülen değişim, yani Fordist üretimden Post-Fordist esnek üretim biçimine geçişin işgücü piyasaları üzerinde yarattığı etki taşeronlaşmayı, kadın ve çocuk işgücü kullanımını geliştirmekte olan ülkelerde artırmıştır. Ancak, çocuk işgücü kullanımının sebebi sadece bu gelişmelere bağlı değildir. Nitekim çocukların büyük bir kısmı halen geleneksel sektörlerde çalıştırılmaktadır. Ayrıca çocuk işgücü kullanımı sadece gelişmekte olan ülkelere has bir olgu da değildir. Gelişmiş ülkelerde de, çocuk işgücü kullanımı oldukça yaygındır. Ancak dünyadaki çocuk sayısının 2 milyarın üzerinde olduğu ve bunun da %87’sinin gelişmekte olan ülkelerde yaşadığı gözönüne alınırsa, bu ülkelerde her dört çocuktan birinin çalışması doğal bir sonuç olarak ortaya çıkmaktadır (Çolak, 1998:86).

Çocuk işçiliği sorunu bütün ülkelere derhal ortadan kaldırılması gereken bir problem olarak kabul edilmesine, konuya ilişkin bir çok ulusal ve uluslar arası kararlar alınmasına rağmen, bazı ülkelerde çocuklar ciddi olarak sömürülmektedir. Çocukların çalışma hayatının tamamen dışına çıkarılması oldukça zor olarak görülmektedir. Dolayısıyla çocuk işçiliğini kaldırmak uzun vadede gerçekleşme umudu taşıyan bir hedef olmasına karşın, kısa ve orta vadede ileriye doğru atılacak adımlar, bir taraftan çocuk işçiliğine son verilmesinin zeminini hazırlayacak, diğer yandan çocukların çalışma koşullarının sağlıklı hale gelmesini kolaylaştıracaktır. Bu nedenle, öncelikli hedef, çocukların çalışma koşullarını iyileştirmek, eğitimin kalitesini arttırmak ve çocuğun çalışırken de beceri ve yeteneğini artırıcı bir eğitim almasını sağlayıcı yasal ve kurumsal altyapıyı oluşturmak olmalıdır. Bu noktada IPEC projesi çerçevesinde gerçekleştirilen eylem planları ve uygulamalar sorunun öneminin daha iyi kavranmasına neden olabileceği gibi, belirlenen ülkelerdeki IPEC çalışmaları diğer ülkelerde de yol gösterici nitelikte kurumsal çalışmalar olarak ortaya çıkacaktır.

İSLÂM HUKUKUNDA MAHKEME KARARLARININ KONTROLÜ

Doç. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ*

BİRİNCİ BÖLÜM

I. KONUNUN TAKDİMİ

Hukukî ihtilafların adlî yoldan çözülmesi, her zaman ihtilafı sona erdirmiş sayılmaz. Çünkü yargı merciinin kararı, hukuka ve usule aykırı verilmiş olabilir. Bu gibi hallerde, aykırılığın giderilmesi ve ihtilafın adalete uygun olarak çözülmesi için bir takım hukukî çareler getirilmesi zorunlu olmuştur. Bu çarelerin varlığı, bir hukuk sistemi için, adaletin yerine getirilmesi, hukuk prensiplerinin etkinliği, ülkede hukuk birliğinin sağlanması ve sosyal huzursuzluğun giderilmesi bakımından çok önemlidir. Bu sebeple, tarihin ilk devirlerinden beri, hemen her ülkede mahkeme kararlarının şu veya bu şekilde kontrolüne rastlanmaktadır. Ancak bu kontrolün şekli, usulü ve mercileri farklıdır. Yüzyıllarca ülkemizde uygulanan İslâm hukukunda ise adlî kararların kontrolü çok değişik şekilde cereyan etmiştir. Modern anlamda kanun yollarının hukukumuza girişi ise Tanzimat reformlarıyla olmuştur.

İslâm hukuku ve bunun klasik Osmanlı uygulamasında adliye teşkilat ve usullerine ilişkin gerek Arapçada, gerek Batı dillerinde ve gerekse dilimizde bazı eserler yazılmıştır. Ancak bunlar çok sınırlı sayıda ve genel niteliktedir. Mahkeme kararlarının kontrolüyle ilgili eserler daha da sınırlıdır. İslâm hukuku ve bunun klasik Osmanlı uygulamasıyla ilgili, kaynak eserlerin edebî-kâdi adlı kitaplarında *nakz* (bozma) başlığı altında bu hususta bilgiler verilmektedir. Ayrıca istinaf ve iade-i nazar adıyla muhakemenin yenilenmesi bu kaynaklarda yer almıştır. Usule (metodoloji) ilişkin kitapların icthadla ilgili bahislerinde de bu kabil bilgiler vardır. Bu klasik kaynaklardan çeşitli mezheblere ait olanları incelenmiş ve mukayeseli bilgi verilmiştir. Bu arada İslâm hukuku literatüründe konunun nasıl bir tarihî seyir izleyerek incelendiği de gösterilmeye çalışılmıştır. Konuya delâlet eden hadîslerin yer aldığı hadîs kaynakları verilmiş, ilgili âyetlerin yorumu için muteber tefsirlere başvurulmuştur. Modern müelliflerin bu alandaki görüşlerine işaret edilmiştir, ki bunların büyük çoğunluğu Arap dünyasındandır. Yahudi asıllı Amerikalı şarkiyatçı Martin Shapiro'nun 1980'de yayın-

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türk Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

lanan “*Islam and Appeal*” adlı makalesi bilindiği kadarıyla bu konuda kaleme alınmış ilk müstakil çalışmadır ve oldukça ilgi çekici tesbitleri içermektedir. Ancak daha çok ikinci el kaynaklara dayanan ve fazla bir ayrıntı içermeyen makalede bazen eksik ve hatalı değerlendirmeler yer almaktadır. Iraklı hukukçu Haşim Cemil Abdullah’ın “*İslâm Hukukunda Yargı Kararlarının Temyizi*” adıyla Türkçeye de tercüme edilerek 1989’da yayınlanan makalesi, ayrıca Muhammad Hashim Kamali’nin 1993 yılında yayınlanan “*Appellate Review and Judicial Independence in Islamic Law*” adlı makalesi de bu konuda hayli önemli bilgiler ihtiva etmektedir.

Ülkemizde bu konuda bağımsız hiç bir çalışma yapılmadığı, ancak kurumlar tarihi ve İslâm hukuku ile ilgili araştırmalarda konuya kısaca değinildiği görülmektedir. Arşiv belgeleri de bu konuyu yeterince aydınlatıcı durumda değildir. Öyle ki, arşivlerdeki hükümlerde yalnızca dâvânın safahatı özetlenip tarihçesinden bahsedilmediği için hükmün birinci derecede mi, yoksa istinafen mi verildiğini anlamak ne yazık ki çoğu zaman mümkün olamamaktadır. Bununla beraber yeri geldikçe gerek İstanbul Şer’iyye Sicilleri ve gerekse bilhassa Başbakanlık Osmanlı Arşivi’ndeki vesikalardan olabildiğince istifade edilmiştir. Osmanlı hukuku zaten İslâm hukukunun bir tatbikatından ibarettir, şu kadar ki müesseseler daha geliştirilmiş, teşkilat oturmuştur. Bununla ilgili olarak teşkilat tarihleri, siyasetnâmeler, adaletnâmeler, hâtıratlardan faydalanılmış, yakın devirlerde konuyla ilgili eserlere başvurulmuştur. Osmanlı mevzuatı için kanunnamele ve Tanzimat sonrası için Takvim-i Vekâyi’ ve Düstur esas alınmıştır. Burada bulunamayan bazı mevzuat Başbakanlık Osmanlı Arşivi’nden veya Serkez Karakoç’un Ankara Türk Tarih Kurumu Kütüphanesi’nde bulunan Külliyyat-ı Kavânin adlı derlemesinden çıkarılmıştır.

Çalışmanın birinci bölümü mahkeme kararlarının kontrolünü sağlayan kanun yollarının mahiyeti üzerinde genel bilgiler ihtiva etmektedir. Bir hukuk tarihi araştırması olmak itibarıyla, kıyaslamaya imkân verebilmek için eski ve yeni hukuk sistemlerindeki kanun yolu kurum ve usullerinin tarihçesinden kısaca bahsedilmiştir. Çalışmanın ikinci bölümünde İslâm hukukunun kanun yolları bakımından orijinal özelliklerinden bahsedilmiş, bilhassa istinaf müessesesine İslâm hukukunun bakış açısı üzerinde durulmuştur.

II. MAHİYET BAKIMINDAN MAHKEME KARARLARININ KONTROLÜ

A.Genel Olarak

Mahkemelerin kararlarında bir yanlışlık veya hukuka aykırılık söz konusu, en azından taraflar bu iddiada ise hükmün bozulması ve gerekirse yanlışlığın düzeltilerek hukuka aykırılığın giderilmesi için bir takım başvuru imkânları getirilmiştir. Bu imkânlar için kanun yolları, taarruz yolları, hukukî çareler gibi ta-

birler kullanılmaktadır. Öte yandan taarruz yollarının, hukukî çare ve kanun yollarını içine alan geniş kapsamlı bir tabir olduğu da ileri sürülmüştür¹. Ayrıca kanun yolları da bazı müelliflerce aleyhine kanun yoluna gidilecek kararın kesin olup olmamasına göre âdî ve fevkalâde (olağan-olağanüstü), bir de dar anlamda ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayrı kategoriye ayrılmaktadır². Bununla birlikte bu ayrımların pratik bir faydası bulunmamaktadır³. Kontrol tabirini kullanan müellifler olmakla birlikte bunu anlamının daha dar olduğu, sözgelisi ceza usulü hukukunda istinafta kontrol yapılmadığı, muhakemenin tekrarlandığı ifade edilmiştir⁴.

İslâm hukukunda mahkeme kararlarına karşı bir başka mercie yapılan itirazlara genellikle *ref'* veya *mürâfaa* denilmektedir⁵. İleride de görüleceği gibi, klasik devir Osmanlı hukukunda mahkeme kararlarının kontrol edildiği Cuma ve Çarşamba Divanı'na da *Huzur-ı Âli Mürâfaası* denmiş, bu terim Tanzimat'tan sonra da şer'î muhakeme alanında kullanılmaya devam etmiştir. Hatta Temyiz Mahkemesi'ndeki incelemeye bugün de mürâfaa adı verilmesi bu gelenekten kaynaklanmaktadır. Ayrıca Mısır'da 1968 yılında çıkarılan bir kanunun adı da

- 1 Turhan Tufan Yüce : Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanun Yolları, Ank. 1967, 4-5.
- 2 Necip Bilge: Karar Düzeltme, Ank. 1973, 3-9, 15-17. Fransa'da âdî/fevkalâde kanun yolu ayrımında kıstas maddî ve hukukî meselenin birlikte incelenip incelenemeyeceğidir. Dolayısıyla ikisinin birden incelendiği istinaf âdî, temyiz ise fevkalâdedir. Feridun Yenisey: Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf, İst. 1979, 49.
- 3 Naci Şensoy: "İstinaf", İÜHFİM, 1946, 1059.
- 4 Nurullah Kunter: Ceza Muhakemesi Hukuku, 8.b, İst. 1986, 923.
- 5 Muhammad Hashim Kamali: "Appellate Review and Judicial Independence in Islâmic Law" Islâm and Public Law, Edt.: Chibli Mallat, London 1993, 50, 73. Burada *mürâfaa* ve *ref'* ta'birinin, yerine göre kanun yolu veya istinaf anlamına gelen İngilizce *appeal* karşılığı olarak kullanıldığı görülmektedir. Bir hukukî ihtilafın hâkim huzuruna götürülmesine genellikle *ref'* denilmekle beraber, daha çok hâkimlerin verdiği hükümlerin bir üst mercie veya bir başka hâkime kontrol edilmek üzere arzolanmasında *ref'* sözünün kullanıldığı görülmektedir. Abdullah bin Mahmud bin Mevdud el-Mavsilî el-Hanefî: el-İhtiyar li-Ta'lîli'l-Muhtar, (Ta'lik: eş-Şeyh Mahmud Ebû Dakiyka), 2.b, Beyrut 1370/1951, II/87-88; Alâüddin Ebû Bekr bin Mes'ud el-Kâsânî: Kitabu Bedâyi'us-Sanâi' fi Tertibi's-Şerâi', Beyrut 1394/1974, VII/14; Alâüddin Ebu'l-Hasen Ali bin Halil Tarablusî el-Hanefî: Mu'inü'l-Hükkâm, Kâhire 1393/1973, 30, 33, 36; Şihâbüddin Ebu'l-Abbas Ahmed bin İdris el-Karâfî el-Mâlikî: el-İhkâm fi Temyiz, Kâhire 1357/1938, 2.

Cinâi Muhakeme Prosedürü ve Mürâfaa Kanunu'dur⁶. Bununla beraber İslâm hukukunda her hukukî ihtilafın hâkim huzuruna götürülmesine esasen *ref'* denildiği için bu kelime kanun yollarına has kabul edilemez.

Klasik metinlerin usul hukukuna ilişkin bölümlerinde (*kitâbu'l-kazâ*) hükmün bozulması (*nakzu'l-hükm*) başlığı altında kanun yollarıyla ilgili bilgiler verildiği de görülmektedir. Yine son devir İslâm hukuku müellifleri temyiz mahkemesi için *Mahkeme-i Nakz ve İbram* (bozma ve kesinleştirme mahkemesi) tabirini kullanmaktadır⁷. Bazı eserlerde de bu meyanda *muaraza* yani hükme itiraz ifadesinin kullanıldığı görülmektedir⁸. Öte yandan kanun yollarının hepsini birden *turûk-u ta'n fi'l-ahkâm* başlığıyla ele alan müellifler de vardır, *ta'n* karşı çıkmak, kabul etmemek, itiraz etmek anlamına gelmektedir. Yine bu müellifler *turûk-u ta'n*'ın, yani kanun yollarının *muaraza*, *istinâf*, *iâde-i nazar* ve hükmün tefsirini talepten ibaret olduğunu bildirmektedir, nitekim Mısır'da geçen asırdan beri *şer'î* muhakeme usulünde bu esaslar geçerli olup kanun yolları için *turûk-u ta'n* tabiri kullanılmaktadır⁹. Ancak bazı kaynaklarda *muaraza* tabirinin genel olarak İslâm hukukunda kanun yolları için kullanıldığına rastlanmaktadır. *Muaraza* itiraz, karşı çıkmak demektir. Bir başka deyişle bir mahkeme hükmünün hukuka aykırı olduğunu düşünen taraflar, bunun aleyhine bir başka yargı merciinde veya bir üst mahkemede itirazda bulunmaktadır. *Muaraza* tabirinin İslâm hukukunda kanun yollarını karşılamaya daha elverişli görülmele beraber, İslâm hukukunda mahkeme kararlarının kontrolü için her zaman tarafların itirazı aranmaz, nitekim kimi zaman hükmü veren veya bir başka hâkim kendiliğinden bu kararları tedkik edip gerektiğinde bozar ve yeniden yargılamaya yaparak karar verirdi.

İslâm hukuku ve bunun klasik devir Osmanlı tatbikatında hukuka aykırı mahkeme kararlarının düzeltilmesi için hükme itirazdan da daha geniş olan hüküm kontrolü tabirini kullanmak daha uygun gelmektedir¹⁰. Klasik kaynaklarda

6 Kamali, 58.

7 Kamali, 60. Geçen asırda Osmanlı hukukçularından da bunu savunanlar vardır. Abdurrahman Âdil: *Mahkeme-i Temyiz*, Kütübhanesi-i Hukuk, Kost. 1312, 54.

8 Abdülhakîm bin Muhammed: *el-Mürâfa'âtü's-Şer'iyye*, Kâhire 1329, 118.

9 Muhammed Zeyd el-Ebyânî Bey: *Muhtasar Kitâbu Mebâhisi'l-Mürâfa'âti's-Şer'iyye*, Kâhire 1332/1914, 107; Subhî Mahmasânî: *el-Evda'u't-Teşri'iyye fi'd-Düveli'l-Arabiyye*, 2.b, Beyrut 1962, 225.

10 Hüküm yerine karar tabirinin kullanılması maksadlıdır. Çünkü İslâm hukukunda da karar ve hüküm ayrımı yapılmış, bununla beraber her ikisi için de itiraz ve kontrol imkânı getirilmiştir. Bir dâvâ görülüp çözüldüğünde kadı "hükmettim!, bize göre sabit oldu!"

rastlanmayan ve konuya yabancı bir kimseye de doğrusu hiçbir şey ifade etmeyen kanun yolu tabiri ise hukukumuzda Tanzimat reformlarıyla girmiştir. Nitekim bu dönem hukuk literatüründe de tamamen teknik bir özellik taşıyan kanun yolu -turûk-u kazâ- tabiri kullanılmıştır. Bu sebeple eserde ilgili kısımlar geçtikçe bu tabirlerden hepsinin de kullanıldığı olmuştur.

Kanun yollarının bir takım ortak özellikleri vardır. Bir kere kanun yollarında hüküm bir başka üst mercide incelenir. Her kanun yolu prensip itibariyle bir derece kabul edilir. Ancak bunu kanun yolu özelliği saymayanlar vardır, çünkü karar tashihi bir derece değildir¹¹. Kanun yoluna başvuru prensip itibariyle hükmün kesinleşmesine ve dolayısıyla yerine getirilmesine engel olur¹². Kanun yoluna başvurabilmek için bir nihâî karar olmalıdır¹³. Kanun yollarına başvuru isteğe bağlı olduğu gibi, kanun yolu dâvâsı sonucunda verilen karar da kesindir. Ancak ağır ceza mahkûmiyeti ihtivâ eden hükümlerin temyizi isteğe bağlı olmadığı gibi, istinafta da verilen karar kesinleşmemektedir. Bunların hepsini kanun yollarının temel özelliği saymayanlar vardır, kaldı ki hemen hepsi bir prensibi ifade etmekte ve istisnâları bulunmaktadır¹⁴. Kimi müelliflere göre ise kanun yollarının iki özelliği vardır, bunlar da mahkeme hükmünün hem hukukî ve hem de maddî meseleyi veya yalnız hukukî meseleyi kontrol etmek üzere üst adli mercie intikal, ikincisi de şekli anlamda kaziyye-i muhkeme (kesin hüküm)

gibi örfen bu işe delalet eden bir söz kullanır ve bu artık bir hüküm olur. Hükümden bahsedebilmek için hukukî bir niza olmalı ve sahih bir dâvâ açılmış bulunmalıdır. Daha sonra hüküm yazılı hale getirilerek ilâma bağlanır ve tenfize geçilir. Muhakeme esnasında hâkimin sözgelisi sanığın hapsine veya borçlunun borcunu ödemesine dair emirlerinin hüküm sayılıp sayılmayacağı ihtilafıdır. Klasik kaynaklarda *kitabu kâdi ile'l-kâdi* diye geçen istinabe, yani bir hâkimin bir konuyla ilgili başka bir hâkime mektubu, sözgelisi bir dâvâyla ilgili o beldede bulunan taraf veya şahidlerin ifadelerinin alınarak gönderilmesi talebi de böyledir. Ancak yaygın kanaat bunların da hüküm mahiyetinde olmasıdır. Karar, hâkimin yargıyla her türlü tasarrufunu içine aldığı için hükümden daha geniştir ve hatta onu da içine almaktadır. Bu sebeple, günümüzde kanun yollarının konusunu mahkeme hükümlerinin teşkil ettiği genellikle kabul olduğu halde, İslâm hukukunda mahkeme kararlarının kontrolü tabiri tercih edilmiştir.

11 Kunter, 924.

12 Saim Üstündağ: Kanun Yolları ve Tahkim, İst. 1968, 15. Fevkalâde kanun yollarında ise bunun için ayrıca bir karar verilmesi gerekmektedir. Kunter, 939-940.

13 Yüce, 7. Savcıların takipsizlik kararlarına itiraz dâvâ ise de kanun yolu dâvâsı değildir. Kunter, 925.

14 Kunter, 940-941.

niteliğini kazanmanın tehiridir¹⁵. Burada kanun yolu olarak dar anlamda kanun yollarının kastedildiği anlaşılmaktadır. Çünkü her kanun yolunda üst merciye başvurulmadığı gibi kazıye-i muhkemeler için de muhakemenin iâdesi gibi kanun yolları getirilmiştir. Türk Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ise mahkeme kararlarının kontrolünü *hükümlere karşı müracaat tarikleri* başlığı altında ele almıştır (m. 427).

Mahkeme hükmünün kontrolü için getirilmiş yollar temyiz, istinaf, itiraz, yazılı emir, tashih-i karar (karar düzeltme), iâde-i muhakeme (muhakemenin yenilenmesi) gibi yollardır. Bunlardan hangilerinin kanun yolu sayılıp sayılmayacağı da esasen ihtilaflıdır. Gerek ara kararlara gerekse gıyâbî hükümlere karşı itiraz medenî usul hukukunda kanun yolu sayılmazken, ceza usul hukukunda dar anlamda kanun yolu olarak kabul edilmektedir¹⁶. Öte yandan ceza usul hukukundaki yazılı emir, medenî usul hukukunda yer almamaktadır. Medenî usul hukukundaki karar tashihi yolu ise ceza usulünde bulunmamaktadır.

Pozitif hukuk literatüründe temyiz ve karar tashihi alelâde, muhakemenin iâdesini fevkalâde (olağanüstü) kanun yolu olarak görenler olduğu gibi¹⁷, temyiz ve karar tashihi fevkalâde sayanlar vardır¹⁸. Temyiz ve karar tashihi fevkalâde kanun yolu sayarken sonradan temyizi âdi kanun yolu sınıfına sokanlar da vardır¹⁹. Kimi müelliflere göre ise temyiz âdî, karar tashihi ise fevkalâde kanun yoludur²⁰. Muhakemenin iâdesini teknik anlamda kanun yolu saymayan ve kanun yolu benzeri (şibih kanun yolu) olarak nitelendiren müellifler de var-

15 Selçuk Öztekin: "HUMK m. 427'deki Kesinlik Sınırının Temyiz Kanun Yolunun Amacı Bakımından Değerlendirilmesi ve Anayasa Mahkemesinin 20.1.1986 Tarihli Kararı", Hukuk Araştırmaları, MÜHF, C:II, S:2, Mayıs-Ağustos 1987, s:62.

16 Bilge, Karar Düzeltme, 4.

17 Baki Kuru/Ramazan Aslan/Eder Yılmaz: Medeni Usul Hukuku, 5.b, Ank. 1989, 447-448.

18 İsmail Hakkı Karafakih: Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ank. 1952, 250-262; Bilge, Karar Düzeltme, 17.

19 Mustafa Reşid: Mufasssal Ameli ve Nazari Usul-i Muhakeme-i Hukukiye, İst. 1338, C:II, s:488; M. Reşit Belgesay, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İst. 1939, C: II, s:352; Bilge, Karar Düzeltme, 17.

20 İlhan E. Postacıoğlu: Medeni Usul Hukuku Dersleri, 4.b, İst. 1968, 573, 604.

dır²¹. Ceza usul hukukunda itiraz, istinaf ve temyiz âdi, diğerleri fevkalâde kanun yolu kabul edilmektedir²².

Tanzimat'tan sonra bu kavram için daha çok "turûk-u kazâ" (kanun yolları) tabiri kullanılmış ve genellikle "turûk-u âdiye-i kazâ" (âdî kanun yolları) ve "turûk-u fevkalâde-i kazâ" (fevkalâde kanun yolları) olmak üzere iki grupta ele alınmıştır. Öte yandan bilhassa ceza usulünde, fevkalâde kanun yolları hükme ve hâkime ilişkin olmak üzere iki kısma ayrılmıştır. Hükme ilişkin fevkalâde kanun yolları temyiz ve muhakemenin iâdesi, hâkime dair fevkalâde kanun yolları ise hâkimden şikâyet ve hâkimin reddidir²³. Alelâde kanun yolları istinaf ve itiraz olarak ikiye ayrılmış, itiraz ise "itiraz ale'l-hükm" (gıyâbî hükümlere itiraz) ve "itirazü'l- gayr" (üçüncü kişilerin itirazı) şeklinde iki grupta ele alınmıştır. Hukuk usulünde de alelâde kanun yollarında dâvânın yeniden görülmesi bahis konusu olup fevkalâde kanun yollarında gâye dâvânın görülmesi sırasında meydana gelen kanunî eksiklikleri tashihtir. İstinaf alelâde, temyiz ve muhakemenin iâdesi fevkalâde kanun yollarıdır. Hukuk usulü müellifleri kanun yollarını fazla geniş tutmamak eğilimindedirler. Nitekim genellikle hâkimden şikâyet ve itiraz kanun yolları arasında zikredilmemektedir²⁴. Yazılı emir ise "nefan li'l-kanun temyiz" (kanun yararına temyiz) adıyla temyiz bahsi içinde ele alınmıştır.

İslâm hukuku ve bunun klasik devir Osmanlı tatbikatındaki mahkeme kararlarının kontrolünde, kanun yolları için aranan özelliklerin bulunup bulunmadığı hakkında kesin bir hükme varmak eldeki bilgilere göre zordur. Bu sebeple adı geçen devir bakımından hükme etki eden bütün kontrol yolları incelenmeye çalışılmıştır. Ancak Tanzimat sonrası Osmanlı hukukunda kanun yolları olarak sayılan kurumların hemen hepsi kanun yollarının ortak özelliklerini taşımaktadır. Hâkimden şikâyet bu sistemde bir nihâi hükmün bozulması sonucunu doğurabildiği için kanun yolu olarak mütâlaa edilmiştir. Ancak hâkimin reddini kanun yolu olarak kabul etmek zordur. Bunun kanun yolları içinde mütâlaası, muhtemelen, hâkimden şikâyette görüldüğü gibi, kanun yolu olarak hükümden çok hâkimin denetlenmesini esas alan İslâm muhakeme hukukunun etkisiyledir.

21 Öztekin, 62.

22 Kunter, 927. Modern hukuktaki itirazın, eski hukuktakinden farklı olduğu unutulmamalıdır.

23 A. Midhat: Usul-i Cezaiyye, İst. 1326, 312-315.

24 Yorgaki: Usul-i Muhâkemat-ı Hukukiyye Kanunu Şerhi, İst. 1329, 356-357. Buradaki itirazı üçüncü kişilerin itirazı olarak anlamak yerinde olur, çünkü gıyâbî hükümlere itirazın hukuk usulünde de bulunduğuna şüphe yoktur.

Bunun gibi memnu hakların iâdesini de kanun yolu olarak gösteren hukukçular varsa da bunun da teknik anlama bir kanun yolu olmadığı açıktır.

B. İstinaf ve Temyiz

Muhakemenin iâdesi yolu hemen her hukuk sisteminde tartışmasız kabul görmüştür. Ancak temyiz ve bilhassa istinaf yolları için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. İstinaf ve temyiz yolları, kanun yollarının en önemli ve birbiriyle bağlantılı türleri olup, Tanzimat sonrası Osmanlı adliyesinin teşekkül ve tekâmülü bakımından da bu ayrım önem taşımaktadır. İstinafta bir hüküm hem maddî hem de hukukî mesele bakımından incelenmekteyken, temyiz yoluyla inceleme sadece hukukî meseleye münhasırdır²⁵.

Maddî mesele (vâkıa), mahkemenin önüne gelen hadisenin gerçekte var olup olmadığını delillerle inceleyip bir sonuca varılmasını ifade eder. Hadise iyice belli olduktan sonra bunun kanunun hangi normunun kapsamına girdiği belirlenir ki bu da hukukî meseledir²⁶. İşte istinaf mahkemesinin maddî ve hukukî meseleyi beraberce ele alabilmesine karşılık, temyiz mahkemesi sadece hukukî meseleyle ilgilenir. Ancak bunun istisnası vardır: Hâkimin maddî meseleyi tesbit ederken kanunu ihlâl etmiş olması (bir başka deyişle iddia ve isbat yükümlülüklerine ilişkin prensiplerle delillerin takdiri serbestisinin istisnalarına aykırılık), bu tesbitin dosya muhtevasıyla tezat arzemesi ve tesbitin maddî olarak imkânsız bir hususa ilişkin bulunması halinde temyiz mahkemesi maddî meselenin takdirine de dokunabilecektir²⁷.

Görülüyor ki bu görev taksimi çerçevesinde istinaf ve temyiz yolu aynı sistemin birbirini bütünleyen parçalarıdır. Temyiz mahkemesinin kuruluş amacı bir bakımdan da ülkedeki hukuk birliğini temin olduğu için, burada yalnız kanunun hadiseye doğru tatbik edilip edilmediği incelenir²⁸.

25 Avrupa hukuk sistemlerinde kanun yolları için genellikle *appeal* sözü kullanılmaktadır. Ancak temyiz ve istinaf arasındaki farklılıkların iyice belirgin duruma gelmesi üzerine *appeal* yalnızca istinafa has bir terim olmuştur. Nitekim istinaf mahkemesi için *court of appeal* (*cour d'appel*), temyiz mahkemesi için de *court of cassation* (*cour de cassation*) tabirleri kullanılmakta, kanun yolları ise genel olarak *appellate* sözü ile ifade edilmektedir.

26 Burhan Gürdoğan: "Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından Vakıa ve Hukuk", AÜSBFD, Eylül 1956, C:XI, s:267. Muhakeme sırasında uyulması gerekli usul kuralları da buna dahildir. Yenisey, İstinaf, 56-57.

27 Gürdoğan, 274-279.

28 Öztekin, 63.

Maddî ve hukukî meselenin her zaman birbirinden kolayca ayrılmadığı vâkidir. Öte yandan bilhassa bütün muhakemenin yeniden yapıldığı klasik istinafta işlerin uzaması ve gecikmesi söz konusu olmaktadır. İşte bu iki sebep genişletilmiş temyiz kavramını getirmiştir. Gerek bunu gözönünde tutan ve gerekse istinaf yolu bulunmayan hukuk sistemlerinde, temyiz mahkemesi maddî ve hukukî meseleyi beraberce incelemektedir. Buna göre temyiz mahkemesi yeni durum ve delilleri değerlendirebileceği gibi hükmü ıslah da edebilmektedir. Almanya'da temyiz incelemesi bugün fiilen genişletilmiş temyiz durumuna gelmiştir²⁹. Avusturya'da da temyiz mahkemesi maddî meseleyi inceleyebilmektedir³⁰. Türkiye'de istinaf mahkemelerinin olmaması, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 428/1 ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu m. 307 gereği vâkıalara ilişkin olarak müracaatın esasen mümkün bulunmadığı Yargıtay'ı da zorunlu olarak maddî meseleyi incelemeye itmiştir³¹. Kaldı ki mürâfaa usulünün kabulüyle bu sonucun kendiliğinden doğduğunu düşünenler de vardır³². Bununla birlikte istinaf yolunun bulunduğu ülkelerde, hatta kanuna aykırılık kavramını dar tutmak eğilimindeki Fransa'da bile temyiz incelemesinin sınırlarının giderek genişlediği görülmüş ve bunun daraltılması gerektiği gündeme gelmiştir³³.

Yargıtay'ın bu durumdan kurtulması için istinaf mahkemelerinin tekrar kabul edilmesi fikrini savunanlar vardır. Bunlar, dâvânın iki derecede görülmesinin faydalarını saymakta, dâvâyı ikinci bir kez daha daha bilgili, tecrübeli ve mahallî nüfuz ve etkilerden uzak hâkimlerin görmesinin ilk mahkeme hâkimlerinin kararlarından daha isabetli hüküm verilmesine sebep olacağını, öte yandan kararlarının bir üst derece hâkimleri tarafından inceleneceğini bilmenin ilk hâkimleri itinâli davranmaya sevkedeceğini ileri sürmektedirler³⁴. Ayrıca bu düşüncede olanlara göre, tarihin eski devirlerinden beri gelişmiş hukuk sistemlerinde istinaf varolagelmiştir, bugün de hemen her ülkede, ezcümle Fransa, Belçika, bazı İsviçre kantonları, ABD, Avusturya, Almanya ve özel bir şekilde İn-

29 Yenisey, İstinaf, 132, 141.

30 Yenisey, İstinaf, 66-67.

31 Kuru/Aslan/Yılmaz, 454.

32 Karafakih, 297.

33 Ömer Sivrihisarlı: Hukuk Yargılamasında Maddî Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı, İst.1978, 150.

34 M.Reşit Belgesay: Teorik ve Pratik Adliye Hukuku, İstanbul 1944, 113-114.

giltere'de yer almaktadır³⁵. Gerçekten, dâvâ birden çok hâkimin önünde daha sağlıklı görülür. Halk, merkezdeki temyiz mahkemesi yerine kendisine en yakın istinaf mahkemesine başvurarak külfetten kurtulur. Buna, istinafın mahallî yargı mercilerinin gücünü azaltmak gibi siyasî bir maksatla konulduğu, hemen her ülkede bulunmasının bir üstünlük olmayıp tersine kaldırılması yönünde güçlü eğilimler doğduğu, mahallî etki altında kalmamanın zaten her hâkimde aranan bir nitelik olduğu, istinaf mahkemelerinin sayıca azlığı sebebiyle dâvâya ilk mahkemeden daha çok zaman ayıramayacağı, ilk mahkeme hâkimlerini de bilgili duruma getirmekle yalnızca üst mahkeme hâkimlerinin bu niteliği taşır olmaktan çıkacağı, istinafın dâvâları uzatacağı ve Yargıtay'ın iş yükünü de arttıracığı gerekçeleriyle karşı çıkanlar olmuştur³⁶. Bütün bunların yanında istinaf yolunun kabul edilmesinin gerekli, ancak bunun için henüz erken olduğu düşüncesini savunanlar da vardır³⁷. Hemen her görüş kendince tutarlı gerekçelere dayanmakta ve fakat bunla başka gerekçelerle çürütülmekte olduğu için istinaf hakkında sağlıklı ve kesin bir sonuca varmanın zorluğu açıktır.

Önceleri Türkiye'de de nizâmî mahkemelerde istinaf yolunun bulunduğu bilinmektedir. 1924 tarihli *Mehâkim-i Şer'iyyenin İlgâsı ve Mehâkim Teşkilâtına Aid Mevaddı Muaddil Kanun* ile istinaf mahkemeleri kaldırılmıştır. Gerekçe olarak da istinaf usulünün iyi yürümediği ileri sürülmüştür. Müstakil istinaf mahkemelerinin birkaç yer dışında bir türlü kurulamadığı, istinafa ehil hâkimlerin azlığı³⁸ ve istinafın işleri uzattığı³⁹ gibi gerekçeler bu mahkemelerin sonunu

35 Abdullah Pulat Gözübüyük, "Batı Avrupa İstinaf Mahkemeleri ve Türkiyemiz", AD, Mayıs 1955, C:46, S:5, 432-437; Yenisey, İstinaf, 93-107.

36 Mustafa Reşid: "Mehâkim-i İsti'nâfiyye Teşkilâtına Dair", Ceride-i Ahkâm-ı Adliyye, 1339-1340, C:II, S:16-17-18, s:698-699; Şensoy, 1066-1071; Faruk Erem: "İstinaf Mahkemeleri", AÜHFD, 1950, S:9, s:15; Gözübüyük, 438; Necip Bilge: "Üst Mahkemeler", Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan, AÜHF, 1964, S:68, s:81; Baki Kuru: "Hukuk Usulünde İstinaf Teşkilatı", Adliye Mahkemelerinin Kuruluşu Kanunu Tasarısı ve Hâkimler ve Savcılar Kanunu Tasarısı Hakkında Seminer, AÜHF Özel Hukuk Enstitüsü (14-24/1/1964), Ank. 1964, 47-49; Yenisey, İstinaf, 236-241, 205-235.

37 Kuru, 52-62.

38 Öyle ki bidâyet mahkemeleri hâkimleri hukuk öğrenimi yapmış kimseler olmalarına karşılık, istinaf hâkimleri genellikle zabıt kâtipliği ve hatta mübâşirlikten yetişme idiler. Temyiz mahkemesi çoğu kere bidâyet mahkemesinin hükmünü tasdik etmekte, istinaf mahkemelerinininkini ise bozmaktaydı. İmran Öktem: "Üst Mahkemeler-İstinaf", Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan, AÜHF 1964, 112.

39 Bununla beraber dâvâların uzamasının tek sorumlusunun istinaf mahkemeleri olmayıp diğer mahkemelerle birlikte kalem teşkilâtı ve zâbitanın da bunda rolü bulunduğu belirtilmiştir. Emin Vedad: Cumhuriyet ve Cumhuriyette Adliyye, Ank. 1340, 47-48.

getirmiştir. İstinafin kaldırılmasının şeriatçılık düşüncesinden mülhem olduğu, çünkü şer'î hukukta istinafin bulunmadığını da ileri sürenler vardır⁴⁰. Ayrıca bir müellife göre Türk hukukunda maddî meselenin incelenmesine ihtiyaç duyulmamış ve halen de duyulmuyor olması da istinafin kabul edilmemesinde önemli bir sebeptir⁴¹. Bu zaman istinafin kaldırılmasına karşı çıkanlar, hiç değilse temyiz mahkemesine maddî meseleyi inceleyebilme imkânının verilmesini istemişlerdir⁴².

1929 yılında 1879 tarihli Alman ceza usul kanunu iktibas edilirken istinaf kurumu hâriç tutulmuş, bu da sistemin bütünlüğünü bozunca Yargıtay'ın yükü artmıştır. 1932, 1948, 1952, 1963 ve 1977 tarihlerinde istinaf mahkemelerinin kurulmasına imkân getiren teşkilât kanun projeleri hazırlanmışsa da kanunlaşmamıştır⁴³. Günümüzde bilhassa Yargıtay'ın yükünü azaltmak amacıyla istinaf mahkemelerinin yeniden kurulmasını isteyen bir cereyan vardır.

III. BAŞKA HUKUK SİSTEMLERİNDE MAHKEME KARARLARININ KONTROLÜ

A. Eski Hukuk Sistemlerinde

1. Eski Mezopotamya, Hind ve Mısır

Antik çağ hukuk sistemlerinin pek çoğunda usulüne uygun görülüp sonuçlandırılmış olan dâvâların tekrar görülmesine izin verilmediği bilinmektedir. Hatta Hammurabi Kanunlarında bir hâkimin verdiği hükmü sonradan değiştirebilmesi yasaklanmış, aksi takdirde hâkimlik mesleğinden atılacağı gibi, ağır tazminat ödemekle yükümlü tutulacağı esası getirilmiştir⁴⁴.

Antik hukuk sistemlerinde de hukuka aykırı olarak verilmiş hükümlerin düzeltilme yolları mutlaka vardı; ancak elde buna ilişkin fazla bilgi bulunmuyor. Muhtemeldir ki hukuka aykırı hükümleri bozması için devlet başkanına müracaat edilebiliyordu. Çünkü monarşilerin hepsinde hükümdar, devletin yargı fonksi-

40 Yusuf Ziya Özer: "Adalet Teşkilatının Tarihi Tekamülü", Adliye Ceridesi 1936, s:1409.

41 Yenisey, İstinaf, 39-40.

42 M. Reşid, Mehâkim, 700.

43 Bilge, Üst Mahkemeler, 61-62; Yenisey, İstinaf, 39-41.

44 Mebrure Tosun/Kadriye Yalvaç: Sumer, Babil, Assur Kanunları ve Ammi-Şaduqa Fermanı, 2.b, Ank. 1989, 185-186.

yonunu elinde tutan başhâkim mevkiindedir. Bu yetkisine dayanarak ülkenin her yerinde hukukî ihtilafları çözmek üzere kendi vekilleri mesabesinde hâkimler tayin eder ve dolayısıyla bunların faaliyetlerini de inceleme ve denetleme, gerektiğinde de feshetme hakkını elinde tutardı. Hem otoritenin merkezileştirilmesi, hem de ülkede hukuk birliğinin sağlanması yoluna hizmet eden bu usul, çok sonralara dek Avrupa ve Türkiye'de sürmüştür.

Eski Hind'de cârî bulunan *Manu* mecellesine göre kesin hüküm (kaziyye-i muhkeme) niteliğindeki hüküm ancak geçerli kanunî sebeplerin varlığı halinde düzeltilebilirdi⁴⁵. Hükümdar başkanlığındaki Adalet Divanı'na, mahkemelerin verdiği hükümlere karşı istinafen müracaat imkânı vardı⁴⁶.

Eski Mısır'da ise oldukça ileri bir hüküm kontrolü sistemi bulunduğu görülmektedir. Eski İmparatorluk Devrinde *Tati* denilen hükümet başkanının mahkeme kararlarını kral adına temyizen inceleyebilme yetkisi vardı. Aslında bu yetki firavunlara aitti. Firavunlar ilk zamanlarda muayyen günlerde saraylarının önünde bir tahta oturur, halkın şikâyetlerini dinleyip dâvâlarını görürdü. Sonradan eyâlet vâlileri hâkim olarak tayin edilmiş, bunların kararları da üst denetime tâbi tutulunca firavunların yargı yetkileri fiilen *Tati*'lere geçmiştir⁴⁷. Tinit krallığı devrinde kurulan ve otuz kişiden oluşan Altı Büyük Daire Mahkemesi, bir temyiz mercii fonksiyonunu taşımaktaydı. Mahallî mahkeme kararları *Tati* başkanlığındaki bu yüksek mahkemede temyiz olunmaktaydı. Temyiz isteyen doğrudan buraya müracaat edebildiği gibi, kral veya hükümet başkanına da başvurabilir, ancak bu hallerde müracaatı adı geçen yüksek mahkemeye havâle edilirdi⁴⁸.

2. Eski Yunan

Atina sitesinde Solon tarafından kurulan Halk Mahkemesi (*Heliee*) bir yüksek kanun yolu merciiydi. Halk Mahkemesi her yargı çevresi (*Tribu*) halkından altıyüzer kişi olmak üzere birer yıl müddetle ve kur'a ile seçilmiş altıbin üyeden oluşurdu. Bunlar beşyüzer kişi halinde on kazâ mahkemesinde görev ya-

45 Mahmud Esad: Tarih-i İlm-i Hukuk, İst. 1331, 154.

46 Özer, 1402.

47 Özer, 1401.

48 R. Galip Okandan: Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, 6.b, İst. 1951, 98.

par, bin kişi de yedek üye sıfatını taşırdı. Hepsi birden çok önemli dâvâlarda bir araya gelerek muhakeme yaparlardı⁴⁹.

Halk Mahkemeleri, dâvâlara ilk derece olarak bakabildikleri gibi diğer mahkemelerde hükme bağlanıp da kendilerine yeniden görülmek üzere getirilen dâvâları istinafen görüp sonuçlandırır. Bunların verdiği kararlar kesindi. Halk Mahkemeleri yargı fonksiyonunun doğrudan halka verildiği ilk ve tipik örneklerden biridir⁵⁰.

Bundan başka yargı mercileri gıyapta karar vermişler ve bu da sözgeşi dâvâlıya tebliğat yapılmaması gibi bir muhakeme usulü hatasından doğmuşsa, ilgili kimse iki ay zarfında itiraz hakkına sahipti. Öte yandan dâvâda hile, yanlış veya yalan şahidlik söz konusu ise muhakemenin iâdesi mümkündü⁵¹. Halk Mahkemesi gittikçe istinaf mahkemesi fonksiyonunu kaybetti; ancak şahidlerin yalancı şahidliğinden mahkûm olmaları halinde muhakemenin iâdesi prensibi sürdü. Daha sonra Atina'da teşkil edilen seyyar bölge hâkimlerinin kararlarına karşı istinaf yolu kabul edilmiştir⁵².

3. Eski Roma

Roma'da özel muhakeme sisteminde kanun yollarından bahsedilemezdi, çünkü hâkim, dâvânın taraflarınca seçilmekteydi. Ancak bazı istisnaî hallerde taraflar praetordan eski hale getirme talebinde bulunabilmekteydi. Bunun sonucunda praetor, dâvâ hiç görülmemiş gibi bir durumu ilan ediyordu. On İki Levha Kanunu'na göre ceza mahkûmiyeti içeren magistra kararları halk meclisine arzolanabilir, halk meclisi dâvâyı yeniden görmeksizin kararı onaylar veya bozardı. *Provocatio* denen bu yol sonradan fiilen ortadan kalkmıştı⁵³.

Yargının doğrudan devletin kontrolüne geçtiği sistem dışı muhakemenin ilk devirlerinde, principatus devrinde, bu hususta imparatora müracaat hakkı

49 Sadri Maksudi Arsal: Umumi Hukuk Tarihi, 3.b. İst. 1948, 115; Okandan, 299; E. M. Morgan: "Appeals", Encyclopedia of the Social Sciences, Edt.: Edwin R. A. Seligman, New York 1957, 131.

50 Arsal, 116; Okandan, 299.

51 Okandan, 303.

52 Yenisey, İstinaf, 14.

53 Arsal, 278, 281; Erem, 9.

vardı⁵⁴. Hem ilk derecede hem de yüksek bir yargı mercii (hâkim) sayılan imparator bu müracaatı üst derecedeki hâkimlere havâle ederdi.

Daha sonra hâkimlerin kararlarına karşı on gün içinde bir üst dereceli hâkime doğrudan itirazda bulunabilme imkânı getirilmiştir ki istinafa benzeyen bu yol *appelatio* diye bilinir. *Appelatio*, daha çok temyizi andıran *provocatio*'dan farklıdır⁵⁵. Zamanında bu yola gidilmezse ilk derece mahkemesinin hükmü kesinleşir, itiraz edilirse hükmün yerine getirilmesi durdurulurdu. Üst derece hâkimi müracaatı reddederse ilk derece hâkiminin kararı kesinleşir, kabul ederse yeniden muhakeme yapılarak hüküm verilir. Bu hüküm kesindi. İtiraz eden taraf, mahkeme masraflarının dört katını ödemeye mahkûm olur, ayrıca kötü niyetliyse kendisine para cezası da ödetilirdi⁵⁶. İmparatorluk devrinin ileri safhalarında birkaç dereceli istinaf doğdu. Meselâ vâlinin tayin ettiği hâkimin kararına karşı vâli mahkemesine, bunun kararına karşı da imparatora müracaat edilebilirdi. İmparator bu müracaatı bir başka hâkime havâle eder, dâvâ burada görülecek yeni karar tekrar istinaf edilmek üzere imparatora götürülebilirdi⁵⁷.

Önceleri uzun zaman hâkimlere hakâret olarak görülen istinaf yolu, Diocletianus zamanında artık gelişmiş bir konuma geldi. Hemen her hükme karşı istinafa müracaat edebilme imkânı varken, adam öldürme, zinâ, zehirlenme ve sihirbazlık suçlarında mahkûm suçu işlediğine iknâ edilmiş veya ikrarda bulunmuşsa artık istinafa gidilemezdi. İstinaf müracaatını kabul etmeyen veya sonuçlandırmayan hâkimler hakkında Konstantin zamanında para cezası mahkûmiyeti getirildi⁵⁸. İmparatorun hâkim yetkisiyle hareket ettiği durumlarda İmparator Divanı üyeleri ona görüşleriyle yardım ederdi⁵⁹.

Görülüyor ki eski Roma'da istinaf yolu, imparatora müracaat bakımından merkezîleşmenin gelişmesi ve güçlenmesine hizmet eden bir aracı rolü oynamış, aynı duruma daha sonra Avrupa ülkelerinde de rastlanmıştır.

54 Arsal, 381.

55 Bu sebeple olacak Avrupa hukuk sistemlerinin hepsinde kanun yolları ve özellikle istinaf için Roma hukukundaki bu müessesenin isminden ilhamla *appeal* sözü kullanılmıştır.

56 Özcan Karadeniz-Çelebican: Roma Hukuku, 3.b, Ankara 1982, 361-362.

57 Arsal, 385.

58 Şensoy, 1063.

59 Arsal, 440.

Eski Roma'da hâkimin bir hukuk normunu görmezlikten gelerek verdiği nihâî kararlar hukuken kendiliğinden-*ipso iure* yok hükmündeydi. Bunlar zamana bağlı olmaksızın ilgililer tarafından bir dâvâ veya bir def'î vâsıtasıyla tamamen beyan edici bir karara konu olabilirdi. Sonradan bütün nihâî kararların şekli anlamda kesin hüküm teşkil ettiğini kabul eden Germen hukukunun etkisiyle bu tür kararlar da temyize benzeyen bir kanun yolu denetimine sokuldu. Hükümde butlan doğuracak bir sakatlık olması durumunda bunun tesbiti ve hükmün iptali için *querela nullitatis* adlı özel bir kanun yolu dâvâsına müracaat edilmekteydi. Bunun için hükümde açık bir hata, kanun metnine açık aykırılık bulunması aranırdı. Bu, Avrupa'da temyiz yolunun tekâmül safhalarında, bilhassa ülkede hukuk birliğini kurma amacı dışında mahkeme kararlarının adalete uygunluğunun sağlanması maksadı yönünde önemli bir gelişme kabul edilmiştir⁶⁰.

B. Modern Hukuk Sistemlerinde (Tarihçe)

1. Fransa

Fransa'da ilk devirlerde Frank krallarının kurdukları divanlar, hâkimlerin kararlarının istinafen görüldüğü mercilerdi. Bu divanlar sonradan aynı zamanda bir imtiyazlılar mahkemesi durumuna gelmiştir⁶¹. Feodalitenin yayılmasından sonra yargı fonksiyonu, kral, feodalite, şehir ve kilise mahkemeleri arasında paylaşılmış haldeydi. Derebeyinin başkanlığındaki feodal mahkemeler hür vatandaşların dışında kalan halkı yargılayabilmekteydi. Feodal mahkemelerde en önemli delil düello olduğu için kararın temyizi prensip olarak imkânsızdı. Ancak taraflar isterse daha yüksek bir derebeyine, daha sonra da krala dek başvurabilirdi (*appel de défaut de droit*= hukuk hatasının temyizi). Kral Saint Louis düelloyu yasaklayarak şahid usulünü getirmiştir⁶². Feodal mahkemeler de aşağı, orta ve yüksek olmak üzere üç derece olup aşağı ve orta derecede verilen kararlara karşı yüksek dereceli feodal mahkemeye itiraz edilebilirdi⁶³. Feodal mahkemeler yerine kral mahkemelerine bidâyeten veya istinafen müracaat edebilme imkânını ilk kez Kral Philippe Auguste vermiştir. Daha ileri giderek feodal mahkeme kararlarına karşı kral mahkemesine istinafen müracaat imkânını getiren Saint Louis, böylece feodal yargı yetkisini zayıflatmayı düşünmüştür. Senyörler

60 Özbek, 64-65. İleride görüleceği üzere İslâm-Osmanlı hukukunda da hukuka aykırı olarak verilmiş mahkeme kararları, yok hükmündedir, her zaman iptal edilebilir.

61 Özer, 1402.

62 Marcel Rousset: Adalet Tarihi, Trc: Adnan Cemgil, İstanbul 1963, 26-27.

63 Mahmud Esad: Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye, İstanbul 1306, 26.

tabiatıyla buna râzı gelmemiş, şiddetle muhalefette bulunmuşlardır. Hatta bizzat kralın kardeşi Anjou kontu, kendi mahkemesinde verilen hükmü kral mahkemesinde istinaf eden bir teb'asını hapsedirmiş, Kral bunu engelleyerek mahbusu serbest bırakmış ve kardeşine bir ikaz mektubu göndermiştir. Bu dönemde, 1310 yılında, verdiği bir hükmü Krallık Divanı'nda istinaf ettiği için bir kişinin mallarını müsadere eden Laon piskoposu, Parlamento'da mahkûm edilmiştir. Yine Parlamento, sol elinin kesilmesi hakkında verilen bir hükmü istinaf ettiği için bir kimsenin sağ elini kestiren Tulle kasabası râhibini mahkûm etmiştir. Bu arada İngiltere kralı istinaf talebinde bulunanların dilekçelerini kabul eden kâtipleri Akitanya dükü sıfatıyla astırmış, istinaf talebinde bulunanların mallarını müsadere ve bazılarını kalebind ve bazılarını da idam etmişti. Bunun üzerine Fransa kralı Güzel Philippe 1293 tarihinde İngiltere kralı aleyhine bir beyannâme yayınlarak istinaf şartlarını tesbit etmek gereğini duymuştur⁶⁴. Senyörlerin muhalefeti, istinaf usulünün iyice yerleşmesi ve Krallık Divanı'nın halkın gözünde emniyet ve heybet kazanarak güçlenmesinden başka bir işe yaramamıştır. İstinaf usulü ve Krallık Divanı, taşradaki zâlim idareci ve mütegalibelerin zulümlerinden halkın bir kurtuluş sığınağı fonksiyonunu başarıyla görmüştür. Öte yandan halkın merkezî idareye yardımı artmış ve bağlılığı kuvvetlenmiştir⁶⁵.

Frank krallarının yüksek mahkemesine benzer bir merci Ortaçağ'da da vardı: Krallık Divanı. Bunun yanında bir de kralın başkanlık ettiği krallık feodal mahkemesi vardı. Her ikisine birden Krallık Mahkemesi (*Curia Regis*) denirdi. İki mahkemede de râhip, saray subayı ve baronlar üye olarak bulunurdu. Bu arada *prévôt* denilen ve klasik devir Osmanlı kadısına benzer mevkideki mahallî hâkimler ve bunlarla feodal mahkemelerin kararlarının bir tür istinaf mercii olarak *bailliage* ve *sénéchaussée* adında yüksek mahkemelerin hâkimleri kral tarafından tayin edilmiştir. Burada verilen kararlar Krallık Divanı'nda kontrol edilirdi⁶⁶. Önceleri yılda birkaç kez toplanan Krallık Divanı 1344 yılında Paris Parlamentosu'na dönüşmüş ve sürekli toplanmaya başlamıştır⁶⁷. Burada Kral Saint Louis, muhalefetlerinden çekindiği baronları sürekli bir işle meşgul ederek kendi tahtını güvence altına alma amacını gütmüştür. Krallık Divanı'nda prensler ve baronların yanı sıra "Uzun Elbiseliler" denen hukukçular da üye olarak yer alırdı.

64 Akitanya önceleri Fransa'ya bağlıyken 1259 yılında İngiltere eline geçmişti. İngiltere prensi Edward (sonrının İngiltere kralı I. Edward) Akitanya dükü olmuştu. Burada Fransa hâkimiyeti zamanında Fransa hükûmeti nezdinde yapılan istinaf talebinde bulunanları ve bu talepleri kabul eden kâtipleri cezalandırmıştı.

65 Sabit: Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye, İstanbul 1302, 25-30; Esad, 20.

66 Özer, 1403; Rousselet, 34.

67 Sabit, 31-33; Rousselet, 28-29.

Gitgide yargı yetkisi bunlara intikal etmiştir. Bu parlamento, bekleneni vermiş, krala bağlı olmayan senyörler de bağlılık bildirerek parlamentoya girmişlerdir⁶⁸. Parlametonun başında da aynı dönemdeki Osmanlı Divanı Hümayunu'ndaki gelişime paralel olarak, artık kral yerine başbakan bulunmaya başlamıştır. Paris Parlamentosu'nun bağımsız başkanı vardı ve bu, yüksek rütbeli bir hâkimdi. Laik ve râhip danışmanlar, ayrıca şeref üyesi olarak da prensler, yüksek saray adamları ve fahrî müşâvirlerin bulunduğu parlamento birçok daireye ayrılmıştı, bunlar bazen biraraya gelerek genel kurulu oluştururdu⁶⁹.

1551 yılında *présidaux* adıyla yeni bir yüksek mahkeme teşkil edilerek *bailliage* ve *sénéchaussée* adlı mahkemelerin 250 livr⁷⁰ değer ve 10 livr gelir üzerindeki hükümlerini istinafen görmeye görevlendirilmiştir. Şu kadar ki, bunların kararları kesindi. Bununla beraber bu mahkemelerin temyiz mahkemesi niteliğinde olduğu da söylenir. Bunlar 1774 yılından itibaren 2000 livr değer ve 800 livr gelir üzerindeki dâvâlara ikinci derecede ve kesin olarak bakan merciler durumuna gelmiştir. Böylece mahkeme örgütü feodal mahkeme+*bailliage* ve *sénéchaussée*+*présidaux* olmak üzere üç dereceli bir nitelik kazanmıştır. Bunların üzerinde parlamento vardı. 1788 emirnamesi ile *bailliage* ve *sénéchaussée* adlı mahkemeler kaldırıldı, *présidaux* mahkemelerinin üzerinde *Grand Présidaux* denilen mahkemeler kuruldu. Bunlar 20000 livre kadar olan dâvâlara son derecede, temyiz ve istinaf olunmamak üzere bakacaktı⁷¹.

Merkezî otorite feodalite aleyhine güçlendikçe XIV. yüzyıldan itibaren (1302 fermanyıla) taşralarda da parlamentolar oluşturulmaya başlandı. Kral artık tek bağımsız yargı otoritesiydi, gerek bidâyeten bir dâvâyı görür, gerekse bir mahkeme hükmünü Krallık Divanı'nın bir kısmı olan *Conseil des Parties*'de (diğerleri hususî şûrâ ve devlet şûrâsı idi ve yargıdan çok siyasî ve idarî görevleri vardı) değiştirebilirdi⁷². Avrupa'da İngiltere hariç hemen her yerde krallar, kilisenin ve derebeylerin mahkemelerini doğrudan doğruya ortadan kaldıramamakla beraber bunları iki usulle zayıflatmayı başardılar: Birincisi önemli dâvâları kendi mahkemelerinde gördürüyor ve ikinci olarak da kilise ve derebeylik mahke-

68 M. Esad, Usul, 21-22.

69 Rousselet, 36-38.

70 O yıllarda franka livr deniyordu.

71 Sabit, 36,48; M. Esad, Usul, 25,31; Rousselet, 35-36.

72 Sabit, 33; M. Esad, Usul, 26-27; Rousselet, 43-44.

melerinin kararlarını temyiz yoluyla inceliyorlardı⁷³. Nitekim giderek XIX. yüzyılın başına gelindiğinde de her ikisinin de ortadan kalktığı görülmektedir. *Conseil des Parties*'nin kuruluş amacı politiktir, mahallî parlamentoların krallık emirâmelerine aykırı davranmalarına engel olmak ve böylece merkezî otoriteyi güçlendirmek için kurulmuştu. Parlamentoların kral emirâmelerine aykırı kararlarının iptali, Krallık Divanı'ndan (*Conseil du Roi*) istenebilmekteydi. Giderek bu divan bünyesinde bu talepleri inceleyecek *Conseil des Parties* adlı özel bir bölüm oluşturulmuştur. Görülüyor ki burada hukuk birliğini sağlamaktan önce, merkezî otoritenin güçlendirilip hâkim kılınması amacı göze çarpmaktadır⁷⁴. Fransa'da temyiz baştan beri ancak kralın kullanabildiği bir yol olup (çünkü temyiz kralların diğer mahkemeleri zaafa düşürerek ortadan kaldırmak için kullandığı bir usul olarak doğmuştu) taraflara müracaat hakkı XVI. yüzyılda verilmiştir. Temyiz sebepleri ise önceleri usul kurallarına aykırılıktan ibâret iken, örf-âdet hukuku ve kral emirâmeleriyle Roma hukukuna hatta âile hukuku ve kamu düzeni sahasında yerleşik icthadlara aykırılık da temyiz sebebi sayılmaya başlanmıştır⁷⁵.

1670 tarihli emirnâme ile istinaf usulü düzenlenmiş ve tahkik sistemi getirilmiştir⁷⁶. İhtilalden hemen sonra 1790 yılında 1670 emirnâmesi kaldırılarak geleneğe dayanan İngiliz adli sistemine benzer bir usul konulmaya çalışılmıştır. Cinâyet mahkemelerinde jüri usulü kabul edilerek istinaf kaldırılmış ve bunlara ancak temyiz imkânı verilmişken cünha ve kabahatlerde istinaf yer almıştı⁷⁷. Feodal ve ruhânî mahkemeler kaldırılarak adliye teşkilâtının en altında İngiltere'de olduğu gibi sulh hâkimliği kuruldu. *Bailliage* ve *sénéchaussée* mahkemelerinin fonksiyonlarını yerine getirmek üzere *tribunaux de district* (ilçe mahkemeleri) teşkil edildi⁷⁸. Eski devri hatırlatacak her şeyden ürküntü duyulması, parlamentoların yerine istinaf mahkemelerinin kurulmasını engellemişti. Aslında 1790 tarihli kanun istinaf usulünü öngörmekteydi. Bunun için ayrıca istinaf mahkemeleri kurmak yerine ilçe mahkemeleri birbirlerinin kararlarını istinafen görmekle görevlendirildiler. Burada istinafen gidilecek mahkeme tarafların üye-

73 Charles Seignobos: Avrupa Milletlerinin Mukayeseli Tarihi, Trc: S. Tiryakioğlu, İst. 1960, 186.

74 Nejat Özoğuz: Temyiz Mahkemesi, Ank. 1944, s: 19; Öztekin, 65.

75 Sivrihisarlı, 8.

76 Yenisey, İstinaf, 23.

77 Erem, 11.

78 Sabit, 54; M. Esad, Usul, 33.

rinde anlaştıkları ilçe mahkemesiydi. Aksi takdirde ilk hükmü veren ilçe mahkemesine en yakın yedi ilçe mahkemesinden birine gidilecekti. Bunlardan üçünü istinaf dâvâcısı, üçünü de dâvâlı kabul etmeme hakkına sahipti, dolayısıyla en son geriye kalan bir tanesi istinaf merciiydi. Bu durum, mahkemeler arasında rekâbet doğurdu ve iyi sonuç vermedi. *Directoire* devrinde ilçe mahkemeleri kaldırılarak eyâlet mahkemeleri kuruldu ve bunlar da birbirleri için istinaf mercii olarak kabul edildi. İstinaf mercii seçme usulü eski ilçe mahkemelerindeki usuldü, ancak burada 7 değil 3 mahkeme vardı. Bu da uzun sürmemiş, yeniden eski usule dönmüştür⁷⁹. Bununla birlikte kanuna aykırı kararları bozmak ve ülkede yargı birliğini kurmak üzere *conseil des parties* örneğine göre 1790 yılında meclis nezdinde, yargı mercii olmaktan çok yasama mercii gibi çalışacak, bir başka deyişle kanunların koruyucusu niteliği taşıyacak bir *tribunal de cassation* (temyiz mahkemesi) kuruldu, temyiz sebebi olarak da kanun metnine açık aykırılık esas alındı. Kısa bir müddet sonra kanunlara ve akitlere aykırılık temyiz sebebi olarak belirlendi. Burada gaye krallık devrinde olduğu gibi, ihtilâl hükümetlerinin çıkardığı kanunlara mahallî mahkemelerin aykırı davranması imkânını ortadan kaldırmaktı⁸⁰. Bu mahkeme üyeleri dört yıl süre için genel seçimle tesbit olunacaktı⁸¹. Bu mahkeme yasama mercii yanında ve onun bir tamamlayıcısı mahiyetindeydi. Bir başka deyişle bu mahkeme yasamayı yargıya karşı korumak için kurulmuştur. Zaten ihtilâl hükümetleri, hâkimlerin muhakeme sırasında rahat hareket edip tefsire müracaatlarına engel olmak endişesiyle kazuisitik kanunlar hazırlamışlardır. Ancak 1837 yılındadır ki, hâkimlerin muhakeme sırasında tefsir yapabilmelerine izin verilerek *Cour de Cassation* tam bir yargı mercii durumuna getirilmiştir⁸². Ayrıca bu devirde eyâlet meclisleri idare mahkemesi olarak kabul edilmiş, *Conseil d'Etat* (Devlet Şûrâsı) da bunların istinaf mercii olmuştur⁸³.

Napoléon'un iktidara gelmesinden sonra 1800 yılında yapılan düzenlemelerle adliye teşkilâtı bugünkü halini almıştır. Bu arada sulh mahkemeleri dışında halkın hâkimleri seçme imkânı kaldırılmıştır. Temyiz üyelerini Senato seçecek, diğer hâkimleri Birinci Konsül tayin edecekti. Sulh mahkemelerinin kararları üç

79 Sabit, 78-81; Artus, 6; Rousselet, 59-60.

80 Özoğuz, 120; Sivrihisarlı, 9-11.

81 Rousselet, 63.

82 Öztekin, 65.

83 Sabit, 64; Celal Erkut: "Fransa'da Conseil d'Etat'ın Sosyolojik ve Tarihsel Gelişimi", İHİD, C:4, S:1-3, 1983, s: 45,47.

hâkimden oluşan ve hukuk-ceza dâvâlarına bakan ilçe mahkemelerinde, bunların 1500 frank değer ve 60 frank gelir üzerindeki kararları da eski parlamentolara benzeyen, hatta bunlarla aynı şehirlerde kurulan istinaf mahkemelerinde yeniden görülebilecekti. Bunların sayısı ilk önce 29 iken kimi zaman fetih ve ilhaklarla artmış, kimi zaman da toprak kayıplarıyla azalmıştır. İstinaf mahkemeleri üyelerine monarşi devrindeki geleneğe uyarak *conseiller* (müsteşar) denilmiştir. Bunların sayısı 40 ile 60 arasında değişmekteydi. Müsteşar olabilmek için en az 27 ve başkan olabilmek için de en az 30 yaşında bulunmak gerekirdi. İstinaf mahkemeleri hukuk, ceza (kabahat ve cünha) ve heyet-i ithamiye olmak üzere üç daireye ayrılmıştı. Büyük mahkemelerde hukuk daireleri iki taneydi. Her dairede karar verilebilmesi için en az yedişer müsteşar muhakeme boyunca hazır bulunmalıydı. Çok nâdir hallerde istinaf mahkemesi ilk ve son derecede karar verirdi. Bazı dâvâlarda ise iki daire bir araya gelerek yargılama yapardı⁸⁴. 1804 yılında temyiz mahkemesi Temyiz Divanı (*Cour de Cassation*) konumuna getirildi. 1810 yılında ise istinaf divanları İmparatorluk Divanı ismini aldı. Böylece monarşi ile ihtilâl devri kurumlarıyla birbiriyle kaynaştırılarak yeni bir adlî örgüt kurulmuştur⁸⁵. 1806 yılında hukuk usulü kanunu ve 1808 yılında da ceza sorgu kanunu çıkarılmış ve bunlar yakın zamana kadar uygulanmıştır. Fransız ceza usul kanunu 1959 yılında yerini yeni bir kanuna bırakmışsa da bugünkü Türk ceza usul kanununun me'hası olan Alman ceza usul kanununa bilhassa kanun yollarının düzenlenmesi bakımından önemli bir etkisi olduğu kabul edilir⁸⁶. Napoléon devrinde oluşturulan temyiz divanı bir birinci başkan ile üç ikinci başkan da dâhil olmak üzere 49 üyeden meydana gelir ve dilekçe, hukuk ve ceza daireleri olmak üzere üç daireye ayrılırdı. Her dairede 15 üye ve bir başkan bulunur, birinci başkan uygun gördüğü dairede yer alır ve her yıl bir daireden diğerine kur'ayla dörder üye transfer edilirdi⁸⁷. Fransa'da eskiden beri ticarî ihtilaflara bakan merciler Napoléon devrinde ticaret mahkemeleri (*des tribunaux de commerce*) adını aldı ve hemen her ilçede kuruldu. Bunların kararları, yargı çevresinde bulunduğu istinaf divanında istinafen görülebilirdi⁸⁸.

Bu adlî teşkilât ve muhakeme usulü düzenlemelerinde, Napoléon'un Mısır'ın işgâli sırasında, bunların buradaki örnekleri üzerinde yapmış olduğu ince-

84 Sabit, 68-69,82-86.

85 Sabit, 82-83; Rousselet, 72-73; Seignobos, 313.

86 Rousselet, 79-80; Yüce,16

87 Sabit, 107-108.

88 Sabit, 92-96.

lemelerden faydalandığı rivayet edilir. Buna göre, Mısır'da büyük İslâm hukukçusu İmam-ı A'zam Ebû Hanîfe'den gelen bir usul vardı. Mahkemelerden verilen hükümleri önce bir "*Hey'et-i Tedkikiyye*" müracaat üzerine inceler, gerekirse tarafları dinler ve hükmü düzelterek yeni bir ilâm verirdi. Bunların kararları da "*Mahkeme-i Kübrâ-yı Hasmîyye*" adlı yüksek mahkeme mahiyetindeki hukukçular hey'etine gelir ve burada kontrol edilirdi. İşte bu usulü Napoléon'un aynen Fransa'ya uyguladığı kaydedilmiştir. Bu meyanda birinci derecede bidâyet mahkemeleri (*première instance*), ikinci derecede istinaf mahkemeleri (*cour d'appel*) kurulmuş, bunların üzerinde de temyiz mahkemesi (*Cour de Cassation*) teşkil edilmiştir. Son devir Osmanlı hukuk mektebi hocalarından, aynı zamanda Şûrâ-yı Devlet Tanzimat Dairesi Reisi Kemalpaşazâde Sa'id Bey'in "*Hukuk-u Siyâsiyye-i Osmaniyye*" derslerinde verdiği bu bilgiyi öğrencileri de çeşitli eserlerinde tekrar etmiştir⁸⁹. Hatta Sa'id Bey daha da ileri giderek şu tekliflerde bu-

89 M. Esad, Usul, 37; A. Âdil, Mahkeme-i Temyiz, 51-52; Osman Nuri Ergin: Türkiye Maarif Tarihi, İst. 1977, I/264-265. Yargıtay başkanlarından olup bu kurumla ilgili etraflı bir eser kaleme almış bulunan Recai Seçkin, bu iddiayı kabul ederek temyiz mahkemesinin İslâm hukukundaki temeli olarak göstermiştir (Recai Seçkin: Yargıtay, Ank. 1967, 51-52). Buna karşılık Ahmet Mumcu, başka hiçbir yerde desteği bulunmadığı için bu iddiayı şüpheyile karşılamış, üstelik bir hukuk müderrisinin İslâm'da temyiz kavramının varlığını kabul ettirmek yolunda ileri giden bir çabası olarak yorumlamıştır. (Ahmet Mumcu: Hukuksal ve Siyasal Bir Karar Organı Olarak Divan-ı Hümayun, Ank. 1976, 95). Ancak başka bazı kaynaklarda da bu iddiaya ilişkin bir takım ipuçlarına rastlanmaktadır. Öyle ki İmam-ı A'zam Ebû Hanîfe'nin, öğrencilerini toplayarak, buldukları beldeki kadıların verdikleri hükümleri burada müzâkere ve vardıkları sonuçları ilân etmesi bilinen bir keyfiyettir. Hatta bunun üzerine zamanın halifesi tarafından kendisine kadıyü'l-kudâtık, yani başhâkimlik görevi teklif edilmişse de, İmam-ı A'zam Ebû Hanîfe dinî hassasiyeti ve hakkıyla görev ifâsında bulunamayacağı endişesiyle kabul etmediği kaynaklarda bildirilmektedir. Ebû Bekr Ahmed bin Ali el-Hatîbü'l-Bağdâdî: Tarihü'l-Bağdâd, Matbaatu's-Saade Kâhire 1349/1931, XIII/351; M. Ebû Zehra: Ebû Hanîfe, Trc: Osman Keskioglu, İst. 1981, 54, 56. Nitekim meşhur İslâm hukuku kitabı Mabsut'ta geçtiğine göre, bunamış bir kadın bir erkeğe "ey iki zinâ edenin oğlu" diye kazfetmiş, bu dâvâya zamanın kadısı İbni Ebi Leylâ bakarak kadının ikrarına binâen kendisine mescidde iki kere had vurulmasına karar vermişti. Bunu haber alan İmam-ı A'zam, kadının beş (veya yedi) yerde hata ettiğini bildirerek bu hukuka aykırılıkları saymıştır. Kemâlüddin Muhammed bin Abdülvâhid İbnü'l-Hümâm: Şerhu Fethi'l-Kadîr, Matba'atü Mustafa Muhammed Kâhire 1390/1970, IV/208; Muhammed Emin İbni Âbidîn: Reddül-Muhtar ale'd-Dürri'l-Muhtar Şerhu Tenviri'l-Ebsar, Mustafa el-Bâbî el-Halebî ve kardeşleri, Matba'atü'l-Meymeniyeye Kâhire ty, III/177. (İbnü'l-Hümâm beş meselede, İbni Âbidîn yeri meselede hata ettiğini bildirmektedir.) Bu usulün ne vesilesiyle Mısır'a girdiği doğrusu merak konusudur, çünkü Osmanlı fethine kadar Mısır'da Haneî mezhebi değil, Şâfiî mezhebi hâkimdi. Bu tarihten itibaren ülkede ağırlıklı olarak Haneî mezhebi tatbik edilmiştir. Nitekim merkezden Mısır'a tayin edilen kadı bu mezheptendi. Ancak bunun emri altında dört mezhebe mensup nâib ve müftüler bulundurulmuştur. Herkes bağlı bulunduğu mezhebin

lunmaktadır: "*Temyiz, dâvânın her derecesinde edilecek tedkikata ıtlak olunabileceğinden böyle iki hey'et tarafından verilen i'lâmları tedkik eden hey'ete ya İmam-ı A'zam hazretlerinin ta'birleri üzere "Mahkeme-i Hasmîyye" veyahud Napolyon'un ta'biri vechiyle "Mahkeme-i Nakziyye" denilmek lazım gelir. Buna "Mahkeme-i Temyiz" ta'biri ağıyarını gayrımâni' bir ta'bir-i bâtildir.*" Abdurrahman Âdil de bu mahkemeye Mısır'da "*Mahkeme-i Nakz ve'l-Ibram*" denildiğini bildiriyor⁹⁰.

Fransa'da istinaf ve temyizın daha çok feodal mahkemelerin yetkilerini sınırlandırmak ve merkezî otoriteyi güçlendirmek gibi siyasî bir amaçla kabul edildiği kanaati hâkimdir⁹¹. Zaten Paris Parlamentosu'nda bu siyasî nitelik zaman zaman ön plana çıkmaktaydı⁹². Bununla birlikte istinaf kurumunun Fransa'da kabulünde Roma hukuku ve kanonik hukukun da etkin olduğu ileri sürülmüştür⁹³. Fransa'da bugün istinafin gerekip gerekmediği değil ancak bu sahada yeni ihtiyaçlara göre nasıl değişiklikler yapılabileceği üzerinde konuşulmaktadır⁹⁴.

2. Almanya

Almanya'da ilk zamanlar hâkimlerin kararları *urteilsschelten* denilen bir kanun yoluna tâbiydi. Ancak burada hâkim ile hükme itiraz eden taraf düello etmekteydi. Yargı yetkisi halk meclislerinden kralın hâkimlerine (*sendgrafengericht*) geçtikten sonra Franklar zamanında bir mahkeme hükmüne karşı taraflar ve hatta her vatandaşın krallık mahkemesine (*königsgericht*) müracaat imkânı vardı. Roma hukukundaki istinafa benzer müessesese, XV. asırda İtalya'nın etkisiyle Almanya'ya geçmiş, 1495 tarihli ilk yüksek mahkeme kanunu

kadı veya nâibine giderek hüküm çıkarttırabilirdi. Bu nâiblerin verdikleri hükümler, muntazaman Hanefî mezhebindeki Mısır kadısının başkanlık ettiği *Mahkeme-i Kübrâ* adlı mercîye arz edilirdi. Yukarıda kastedilen usul bu olsa gerek. Kavalalı Mehmed Ali Paşa'nın vâililiğinden sonra, 1805 yılında artık tamamen Hanefî mezhebi hâkim kılınmıştır. Mahmasânî, 232; Ahmed Akgündüz: Osmanlı Kanunnâmeleri, İst. 1993, VI/68; M. Akif Aydın: Türk Hukuk Tarihi, 2.b, İst. 1996, 101.

90 A. Âdil, Mahkeme-i Temyiz, 54.

91 Kuru, 48.

92 Rousselet, 41. Nitekim Tanzimat'tan sonra bu kurumu andıran Osmanlı Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye'sinde de aynı husus görülmektedir.

93 Şensoy, 1064.

94 Gözübüyük, 432.

(*die erste kommergerichtordnung*) ile istinaf kabul edilerek *Reichskammergericht*'e müracaat edebilme imkânı getirilmiştir. Buna derebeyleri -görünüşte- Roma hukukunda bulunmadığı gerekçesiyle karşı çıkmışlardır. Öte yandan yüksek mahkemede zaten pek âdil kararlar verilmemekteydi⁹⁵.

Eski Alman ceza ve ceza usul kanunu olan *Carolina*'nın ilk projesinde istinaf yer almaktaydı, projenin 219. maddesine göre *Reichskammergericht* ise *Landesgericht* denilen eyâlet mahkemeleri kararlarının istinaf merciiydi. Ancak *Carolina*'nın 1532 tarihinde kanunlaşmış yürürlüğe giren ikinci projesinde derebeylerinin muhalefeti sebebiyle istinafa yer verilmemişti⁹⁶. Ancak kanunun çok yerinde Roma hukukuna atf yapıldığı ve hâkimlerin çoğu hukuku yeterince bilemediği için dosyaları üniversitelere gönderir, burada yapılan inceleme sonrası gelen görüşe göre karar verirdi. Kanunun 219. maddesinde yer alan bu imkân, istinafin yokluğundan doğan mahzurları giderme yolunda bir denge unsuru teşkil etmiştir⁹⁷.

1555 tarihli bir kanunla bedenî cezalara ilişkin kararlara karşı istinaf yolunun kapatıldığı açıkça ilan edildi. Bu, imparatorluk yüksek mahkemesine müracaatı yasaklamaktaydı. Müstakil Alman devletlerinin kanunî düzenlemelerine bir sınırlama getirmiyordu ama istinafin ceza hukukunda yasaklandığı kanaati iyice yerleşti. Ancak bunun yerine ek savunma hakkı (*das Recht der weiteren Verteidigung*) getirildi. Burada üst mahkemeye müracaat etmeksizin istinafa benzer bir durum vardı. Aynı muhakemede aynı sonuca ilişkin üç karar alınana kadar müracaat edebilme imkânı söz konusuydu. Bu yol, kararın kesinleşmesini de önlerdi⁹⁸.

Almanya'da önceleri mahkeme kararlarının hukuka aykırı olması halinde üçüncü derece kontrolü ile iptali imkânı vardı. Yakın zamanlarda Fransa'nın Almanya'daki siyasî nüfuzuna paralel olarak Fransız hukuku da Alman hukukunu etkilemiştir. Öyle ki temyiz mahkemesi ve adli birliğe hizmet eden bir temyiz düşüncesi Almanya'ya Fransız ihtilâlden sonra girmiştir. XIX. yüzyılın ilk yarısında kabul edilen *revision*, Fransa'daki *cassation* usulünden farklıydı. Kamu düzeninden çok, taraf çıkarını ön planda tutan bu usul, yargı kararlarındaki maddî meselenin de incelenebildiği bir üçüncü derece kontrolü mahiyetindeydi. Gerçekten Fransa'daki örneği, devletin adli makamları kontrol eden bir organı

95 Yenisey, İstinaf, 24-25.

96 Yenisey, İstinaf, 25.

97 Yüce, 15-16.

98 Yenisey, İstinaf, 26.

görünümündeydi. Yine Fransa'dakinden farklı olarak burada yazılı değil sözlü usul geçerliydi. Nitekim Fransız temyiz mercii de giderek siyasî mahiyetinden sıyrılarak hukuk birliğine hizmet eden bir merci olma fonksiyonu kazanmıştır⁹⁹.

Alman birliğinin kurulması sırasında Alman devletlerinden Hessen ve Lübeck gibi bazısında dar anlamda istinaf vardı. Baden, Saksonya ve Hamburg gibi bazıları sadece ilk soruşturmanın üstünkörü yapıldığı hafif suçlarda kendilerine has bir istinaf yolu benimsemişler, bazıları ise muhakemenin sözlülüğü ve delillerin doğrudan doğruyağı prensipleriyle bağdaşmadığı gerekçesiyle istinafa yer vermemişlerdi¹⁰⁰.

Alman ceza usul kanununun Ocak 1873 tarihinde hazırlanan ilk projesinde temyiz yolu bulunmakta, ancak istinaf yer almamaktaydı. Temmuz 1873 tarihli ikinci ve 1874 tarihli üçüncü projede de istinaf bulunmamaktaydı. Bu projeler imparatorluk meclisinde görüşülerek asliye mahkemeleri kararlarına karşı istinaf kabul edildi. 1877 projesinde de istinaf bulunmamaktaydı. Uzun müzâkerelerin neticesinde eyâlet mahkemeleri kararlarına karşı istinafa imkân verilmemiştir. 1879 yılında kabul edilen ceza usul kanunu ve mahkemelerin kuruluş kanununa göre hafif suçlarda *schöffengericht*, önemli suçlarda *strafkammer*, ağır suçlarda ise *schwurgericht* muhakeme yapmakta, istinaf sadece *schöffengericht* kararlarına karşı kabul edilmiş, *strafkammer* de istinaf mercii olarak görevlendirilmiştir. 1924 yılında eyâlet mahkemelerinde geniş şekilde istinaf kabul edilmiş, 1932 ve 1953 yıllarındaki düzenlemelerle istinaf edilemeyen kararların sayısı bir hayli sınırlandırılmıştır¹⁰¹.

3. İngiltere

İngiltere'de hukuk ve özellikle adliye örgütü Kıt'a Avrupa'sından bir nebze olsun etkilenmemiş, gelişmesini yavaş ve geleneksel bir tarzda sürdürmüştür¹⁰². Tarih boyunca kanun yollarının, bilhassa istinaf müessesesinin gelişmesi de son derece yavaş olmuştur. Çünkü ülkedeki mahkemelerin büyük çoğunluğu,

⁹⁹ Sivrihisarlı, 12-13.

¹⁰⁰ Yenisey, İstinaf, 28.

¹⁰¹ Yenisey, İstinaf, 29-33.

¹⁰² Gözübüyük, 437; Seignobos, 186.

Ortaçağdan sonra ise tamamı zaten kral mahkemesi olup, merkezileştirilmişti. Bu yönden İngiltere ile Osmanlı Devleti arasında büyük benzerlik vardır¹⁰³.

İlk zamanlarda sözgelışı sanık muhakeme edilip beraat etmiş olsa bile, mağdurun bir yakını bununla düello ederdi. Bu usul sonraları fiilen uygulanmasa bile ancak 1819 yılında kaldırılmıştır¹⁰⁴. Anglosakson krallığı devrinde *Witenagemot* denen yüksek meclis, eyâlet (*shire*) mahkemelerinin kararlarına karşı bir istinaf mercii pozisyonundaydı. XI. yüzyılın ikinci yarısındaki Norman istilâsından sonra ve Norman kralları zamanında İngiltere'ye feodalite girmiştir. Bu devirde Kral Divanı yanısıra *Magnum Concilium* denen şûrâ, yüksek mahkeme hüviyetini taşımakta ve eyâletlerdeki krallık hâkimlerinin kararlarına karşı bir kontrol görevi yapmaktaydı¹⁰⁵.

Feodalite zayıfladıkça krallık mahkemeleri güçlenmiş, feodal mahkeme kararlarıyla tatmin olmayanlara krallık mahkemelerine müracaat imkânı getirilmiştir (Fransa'da olduğu gibi). Krallık mahkemesinin kararında bir hata olduğu iddia edilirse ikinci bir jüri kurularak dâvâyı bir de bunlar inceliyordu. Bu jüri aksine karar verirse ilk jüri üyeleri ağır cezalar görüyordu. Bu usul de ancak 1825 yılında kaldırılmıştır¹⁰⁶. XIV. yüzyılın ikinci yarısında teşkil edilen *Court of Exchequer Chamber*, 1830 yılında *Common Law*'ın uygulandığı mahkemelerin kararlarına karşı müracaat edilebilecek bir kanun yolu mahkemesi durumuna geldi, öte yandan Kral Divanı (*King's Bench*) bu yetkiden mahrum bırakıldı¹⁰⁷.

1873 tarihli Mahkemeler Teşkilat Kanunu (*The Judicial Act*) çıkarılınca ya kadar İngiltere'de ilk derece mahkemelerinin üzerinde on iki ayrı yüksek mahkeme grubu yer almaktaydı. Bunlar, Chancery Yüksek Mahkemesi (*The High Court of Chancery*), Quenn's Bench Mahkemesi, Westminster Özel Hukuk Dâvâları Mahkemesi (*Court of Common Pleas at Westminster*), Mali İşler Mahkemesi (*Court of Exchequer*), Yüksek Denizcilik Mahkemesi (*High Court of Admiralty*), Veraset Mahkemesi (*Court of Probate*), Boşanma ve Evlilik Dâvâları Mahkemesi (*Exchequer Court for Divorce and Matrimonial Causes*),

103 Martin Shapiro: "Islam and Appeal", California Law Review, Volume 68, 1980, page 351.

104 Morgan, 132.

105 Sadri Maksudi Arsal: "İngiliz Amme Hukukunun İnkişafı Safhaları", İÜHFİM, C:VI, S:1, 1940, s:8,14.

106 Morgan, 132.

107 Morgan, 133.

Geçici Mahallî Mahkemeler (*Assize Courts*), Ortak Hukuk Temyiz Mahkemesi (*Exchequer Chamber*), Hakkaniyet Hukuku Temyiz Mahkemesi (*Lord Justices in Chancery*), Kraliyet Danışma Kurulu (*The Privy Council*) ve diğer temyiz taleplerine bakılan *Other Appellate Jurisdiction*. 1873 tarihli kanunla ilk derece mahkemelerinin kararlarına karşı gidilebilecek bir Temyiz Mahkemesi (*The Court of Appeal*) kurulmuş, bu mahkeme Quenn's Bench, Common Pleas Division, Exchequer Chamber, Assizes, Chancery Division olmak üzere altı daireye ayrılmıştı. 1881 yılında ise Quenn's Bench, Common Pleas Division ve Exchequer Chamber birleştirilerek *Quenn's Bench Division* adını almıştır. 1971 yılında çıkarılan Mahkemeler Kanunu ile Londra Yüksek Mahkemesi dört ayrı daireye ayrılmıştır¹⁰⁸.

Bugün İngiliz hukukunda mahkemeler ilk dereceli ve son dereceli mahkemeler olarak ikiye ayrılmakta; temyiz ve istinaf arasında müracaat edilecek merci dışında pek fark gözetilmemektedir. Bu görev prensip itibarıyla 1873-1875 tarihli Yüksek Mahkeme Kanunu ile Temyiz Mahkemesi'ne (*Court of Appeal*) verilmiştir. Bu mahkeme ceza ve hukuk dairelerine ayrılmaktadır¹⁰⁹. Ayrıca İngiltere'de mahkemeler arasında tam anlamıyla bir hiyerarşi söz konusudur. Üst mahkemeler, alt derecedeki mahkemeler üzerinde tam bir kontrol yetkisini hâiz olduğu gibi rütbece yüksek hâkimin yargı yetkisi daha geniştir¹¹⁰.

Ceza muhakemesinde, ülkenin hemen bütün yargı çevrelerine yaygınlaştırılmış Sulh Mahkemeleri (*Magistrates' Courts*) kararlarına karşı İngiltere'nin yaklaşık doksan şehir merkezinde bulunan Taç Mahkemeleri'ne (*Crown Courts*) âdî veya Londra Yüksek Mahkemesi'nin (*The High Court of Justice*) bir kısmı olan *Queen's Bench* dairesine hususî istinaf yoluyla müracaat edilebilir. Adî istinafın farkı, burada jüri bulunmamasıdır. *Queen's Bench* dairesinde hüküm tasdik edilebileceği gibi, gerekli görülürse değiştirilebilir veya bozulabilir, ancak yeniden muhakeme yapılmaz. Taç Mahkemesi kararlarına karşı istinaf hakkı tanınmışsa Yüksek Mahkeme'nin Ceza Bölümü'ne (*Court of Appeal Criminal Division*) müracaat edilebilir, tanınmamışsa ancak temyize gidilebilir¹¹¹. 1876 tarihli *Appellate Jurisdiction Act* ile Lordlar Kamarası'nın (*House of Lords*) eskiden beri süregelen istisnaî kanun yolu mercii sıfatının çerçevesi tesbit edilmiştir. İngiltere'de yargı fonksiyonunun tek ve değişmez başkanı sayılan Lord Chancellor başkanlığındaki Lordlar Kamarasının bu yetkisi kanunen sayılan hal-

¹⁰⁸ Namık Kemal Yalçınkaya, İngiliz Hukuku, Ank. 1981, 107-108.

¹⁰⁹ Yalçınkaya, 241-243.

¹¹⁰ Yalçınkaya, 138.

¹¹¹ Yalçınkaya, 245-247.

ler çerçevesinde önüne getirilen dâvâ hükmünü bir kez daha incelemek üzere ait olduğu mahkemeye göndermekle sınırlandırılmıştır. Öyle ki Lordlar Kamarası üyelerinden istinaf lordları olarak anılan dokuzu, ülkenin yüksek rütbeli ve saygın hukukçularından tayin edilir. İskoçya ile ilgili dâvâlarda aralarında İskoç asıllı veya İskoçya mümessili bir veya iki üye de hazır bulunur. Bunlar, Lordlar Kamarası'na itiraz yoluyla başvurulduğunda bu işe mahsus ayrı bir salonda ve cübbe giymeksizin bu dâvâyı inceleyerek gerekirse tekrar görülmek üzere hükmü veren mahkemeye iade eder. Bu iade kararı aslında tavsiye kararı niteliğinde olmakla beraber hükmü veren mahkemeler genellikle buna aykırı davranmamaktadır¹¹². Daha çok temyizi hatırlatan bu uygulama Osmanlı Divan-ı Hümâyun'undaki kanun yolu usulüyle büyük ölçüde benzerlik göstermektedir. İngiltere'de ayrıca Kraliyet Danışma Kurulu Adalet Komisyonu (*Judicial Committee of The Privy Council*), ülkenin deniz aşırı toprakları ve dominyonları ile Chanell ve Man adalarındaki ceza mahkemelerinden, ayrıca Kilise Mahkemeleri'nden verilen hükümlerin nihai temyiz merciidir. Ancak Lordlar Kamarası'nda olduğu gibi buradan verilen kararlar da tavsiye kararı niteliğindedir¹¹³.

Hukuk muhakemesinde ise, Londra Yüksek Mahkemesi asli işi ceza muhakemesi olup sınırlı durumlarda hukuk dâvâlarında bakan Sulh Mahkemeleri ile yalnızca hukuk dâvâlarına bakmak üzere dörtyüz civarında yargı çevresinde kurulmuş bulunan Bölge Mahkemesi (*County Courts*) kararlarına karşı kanunda yazılı hallerde gidilebilecek istinaf merciidir. Gerek Londra Yüksek Mahkemesi ve gerekse Bölge Mahkemeleri'nin kararları Temyiz Mahkemesi Hukuk Bölümünde temyiz edilebilir. Bazı ender hallerde Londra Yüksek Mahkemesi kararlarının Lordlar Kamarası'nda temyiz edilebilmesi imkânı getirilmiştir¹¹⁴. Sulh Mahkemeleri kararları da kanunda tesbit olunmuş durumlarda Yüksek Mahkeme'de ve son olarak da Temyiz Mahkemesi ve Lordlar Kamarası'nda kontrol edilir¹¹⁵.

112 Yalçınkaya, 97.

113 Yalçınkaya, 98-99.

114 Yalçınkaya, 243-245.

115 Yalçınkaya, 102.

İKİNCİ BÖLÜM

I. İSLÂM HUKUKUNDA MAHKEME KARARLARININ KONTROL TARİHÇESİ

A. İlk Zamanlar

İslâm hukukunda kişiler arasındaki hukukî ihtilafları halletmek ve buna dair hükümleri yerine getirmek görevi devlet başkanına (halife, sultan, emîr vs) verilmiştir¹¹⁶. İslâmiyetin başlangıcında bizzat hâkimlik yaparak karar vermiş olan Hz. Peygamber, adlî işlerin çoğalmasıyla bu yetkisini başkalarına devretmiştir. Hz. Ebû Bekr, Ömer, Osman, Ali, Abdurrahman bin Avf, Abdullah bin Mes'ud, Mu'az bin Cebel, Huzeyfe bin Yemân, Ukbe bin Âmir, Amr bin Âs, Zeyd bin Sâbit, Ebu'd-Derdâ, Ebû Mûse'l-Eş'arî, Selmân-ı Fârisî, Ammar bin Yâser ve Ubeyy bin Ka'b gibi Eshâb'ın ileri gelen hukukçuları, Hz. Peygamber zamanında fetva ve hüküm vermeye de ehil idiler. Hz. Peygamber'in huzurunda ise Hz. Ebû Bekr'den başkası fetva ve hüküm vermezdi. Hz. Peygamber bunların hükümlerini reddetmezdi, çünkü bunların hepsi bizzat kendi öğrettiklerine dayanmaktaydı. Bununla beraber bunların hükümlerini gerektiğinde kontrol hakkını elinde tutardı¹¹⁷. Bazen bizzat verdiği hükümlere itirazları yine bizzat değerlendirerek yeniden muhakeme yaptığı kaynaklarda zikredilmektedir. Burada örneklerden anladığımızı göre yeni bir delil ortaya çıkması veya ilk delillerin mu-teber olmadığına anlaşılması hallerinde muhakemenin iâdesi gibi bir durum söz konusu olmaktadır¹¹⁸. Öte yandan çoğu zaman başka hâkimlerin verdiği hü-

¹¹⁶ Nitekim Hz. Peygamber'in bir hadîsiyle, yerine getirilmesi vâzilere verilen dört görevden biri de insanlar arasındaki ihtilaflarda hüküm vermek ve bu hükümleri icrâ etmektir. (Diğerleri cihad, yani millî savunma, cum'a namazını kıldırmak, yani ibadetlerin rahatça yerine getirilmesi ortamını hazırlamak ve fey', yani şer'î vergileri toplamaktır.) Vâli sözü tek başına kullanılınca sultan veya onun vekili anlaşılır. Yakub bin Seyyid Ali: Mefâti'hü'l-Cinân Şerhu Şir'ati'l-İslâm, İst. 1288, 492, 521; İbnü'l-Hümâm, IV/129; Tarablusî, 11. Bu hadîs, az-çok farklı ibarelerle İbni Ebî Şeybe'nin *Musannef*'inde geçmektedir. Ebû Muhammed Cemâlüddin Abdullah bin Yûsuf ez-Zeyla'î: Nasbu'r-Râye fî Tahrîci Ehâdisi'l-Hidâye, 2.b, Mektebetü'l-İslâmiyye 1393/1973, III/326.

¹¹⁷ M. Abdülhayy Kettâni: et-Terâtîbü's-Siyasiyye, Trc: Ahmed Özel, İst. 1991, I/138-139, II/16-21, 26; Fahreddin Atar: İslâm Adliye Teşkilatı, 3.b, Ank. 1991, 154.

¹¹⁸ Medine'de Tu'me adında bir kimse, komşusu Katâde'nin zırhını çalmış ve bir yahudiye emânet bırakmıştı. Hz. Zırh daha önce bir un torbasının içinde olduğu için çalınırken etrafa un saçılmıştı. Katâde Tu'me'yi itham etti, Tu'me ise inkâr ve hatta konudan bilgisi olmadığına dair yemin etti. Zırhın sahibi, zırhın bulunduğu yerden itibaren etrafa

kümler Hz. Peygamber'e getirilmiş, O da bunları inceleyerek neticede ya tasdik etmiş veya yeniden muhakeme yapmıştır¹¹⁹. Şu kadar ki ictihad ile ictihadın bozulmaması, kökü ta Hz. Peygamber devrine kadar uzanan bir prensiptir. İctihad ile ictihad bozulmaz ama hukuka aykırı bir ictihad da korunamaz. Bu sebeple devlet başkanları gerekirse çözülmüş bir dâvâya tekrar bakmayı ve varsa hukuka aykırılığın ortadan kaldırılarak yeni bir hüküm tesis etmeyi Hz. Peygamber'in uygulaması ışığında meşru görmüştür.

İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre, Hz. Peygamber bazen ictihadda bulunarak karar verirdi. Bu ictihadları vahyin kontrolünde olduğu için yanılması söz konusu olmazdı. Öte yandan peygamberlerin verdikleri fetva, emir ve kararların hepsi hüküm niteliğindedir. Hz. Peygamberin kimi zaman verdiği hükümlerden başka bir hükme rücu ettiği olmuştur¹²⁰.

yayılan un döküntülerini takib ederek zırhın emanet bırakıldığı yahudinin evine kadar geldi, yahudi herşeyi anlattı. Tu'me'nin yakınları bunun üzerine suçu yahudiye attılar. Hz. Peygamber huzurunda görülen dâvâda yahudi aleyhine şahidlik ettiler ve böylece yahudi mahkûm oldu. Sonradan Nisâ Süresi'nin 105. ve devamındaki âyetlerinin inmesi üzerine şahidlerin yalancılığını anlayan Hz. Peygamber, yeniden muhakeme yapmış, bu kez sanık beraat ederken, gerçek hırsız mahkûm olmuştur. Şeyhzâde Muhammed bin Muslihüddin Mustafa Kocevi Muhyüddin el-Hanefi: Hâşiyeti Şeyhzâde alâ Tefsiri'l Kadı Beydâvi, İst. 1306, II/166.

- 119 Hâkimlikle görevlendirilen Amr bin As, iki kişinin dâvâsını çözmüş, mahkûm olan taraf Hz. Peygamber'e gelerek itirazda bulunmuş, Hz. Peygamber de hâkimin ictihadına göre hükmettiği gerekçesiyle kararı bozmaya yanaşmamıştır. Hâfiz Nureddin Ali bin Ebû Bekr el-Heysemî: Mecma'ul-Zevâid ve Menba'ul-Fevâid, 2.b, Beyrut 1967, IV/807; Şemsüleimme Ebû Bekr Muhammed bin Ahmed es-Serahsî: Kitâbü'l-Mebsût, C:XVI, Kâhire 1324, s:76. Diğer taraftan Yemen'e hâkim olarak gönderilen Ali bin Ebû Tâlib, bir taksirli adam öldürme dâvâsını neticelendirmiş, taraflar dâvâyı Peygamber'e götürmüşler, O da hükmü doğru bularak tasdik etmiştir. (Bu hadise *zübye meselesi* olarak bilinir.) Muhammed bin Halef bin Hayyan el-Veki': Ahbâru'l-Kudât, Beyrut t.y., I/96.
- 120 Abdülcelil İsa: Peygamberimizin İctihatları, Trc: M. Hilmi Merttürkmen/Abdülvehhab Öztürk, Ank. 1976, 154-155. Hz. Peygamber, Bedir harbinden sonra, henüz Müslüman olmayan zevci Ebu'l-Âs bin Rebi' tarafından Medine'ye gönderilen kızı Zeyneb'i şehrin çıkışında sopayla vurarak devesinden düşüren ve böylece çocuğunu kaybetmesine ve arkasından da hastalanarak vefatına sebep olan Mekkeli müşriklerden Hubar bin Esved ile Nâfi' bin Abdıkays'ın Mekke'nin fethinden sonra yakalanması durumunda yakılarak cezalandırılmasına hükmetmiş, bir müddet sonra da ateş ile azâbın ancak Allah'a mahsus olduğunu düşünerek bu hükmünden vazgeçmiştir. Buhârî, Cihâd 107, 149; Dârimî: Siyer: 24 (2464). Bu hadisede, ictihadla verilen hükümlerden rücu'un, vazgeçmenin cevazına işaret vardır. İbni Hacer Askalânî: Fethü'l-Bârî, 2.b, Beyrut 1402, VI/113. Yine İbni Muğîre'den dul kalıp Üsâme bin Zeyd ile evlenmek isteyen Fâtma binti Kays hakkında Hz. Peygamber bunun Ümmü Şerik'in evinde iddet beklemesine hükmetmişti.

Hülefâ-yı Râşidîn, yani Dört Halife devrinde de buna benzer şekilde hareket edilmiştir. Bilhassa Halife Hz. Ömer zamanında hâkimlerin hükümlerinin kontrolü hususunda enteresan uygulamalar olmuştur¹²¹. Halife Hz. Ömer her hac mevsiminde Mekke'de bir divan kurarak, ülkenin çeşitli yerlerindeki hâkimlerin kararlarını burada incelemiştir¹²². Yine Halife Hz. Ömer, hâkimlerin verdikleri ölüm cezalarının kendi tasdiki olmaksızın yerine getirilmesini yasaklamıştır¹²³. Halife Hz. Osman da selefinin yolunu takip etmiştir¹²⁴. Bu devirde mahkeme kararlarının kontrolü bakımından önem taşıyan bir vesika vardır ki bu, Halife Hz. Ömer'in, Kûfe vâli ve kadısı Ebû Müse'l-Eş'arî'ye gönderdiği bir mektup/ta'limattır¹²⁵. Bu mektupta bir dâvânın sonuçlandırılmasından sonra bu hükmün hatalı olduğu anlaşılırsa ve doğru bir hal tarzı bulunursa hükmü vereni doğruya dönmekten hiç bir şeyin alıkoymaması gerektiği, çünkü doğruya dön-

Daha sonra Ümmü Şerik'in çok gelen-gideni olduğunu göz önüne alarak hükmünü bu kadının amcazadesi Abdullah İbni Ümmi Mektûm'un evinde iddet beklemesi yönünde değiştirmiştir. Müslim, Fiten 119.

- 121 Yabancı bir kadınla aynı örtü (yorgan) altında yakalanan bir adama Kûfe kadısı Abdullah bin Mes'ud hadd suçu oluşmadığı için ta'zir olarak kırk değnek vurulmasına hükmetmiş; bu adamın yakınları Abdullah bin Mes'ud'un Kureyşli birini rezil ettiğini öne sürerek söz konusu hükmü Halife Hz. Ömer nezdinde temyiz etmişlerdi. Halife hadiseyi inceleyerek talebi reddetmiş, üstelik İbni Mes'ud'a "Bu hükmü sen mi verdin?" diye sorup müsbet cevap aldığıında "Ne güzel hüküm!" diye hoşnudluğunu bildirince sanığın yakınları "Biz İbni Mes'ud'a karşı O'ndan yardım istemeye geldik; O kalkmış İbni Mes'ud'a soru soruyor" diye serzenişte bulunmuşlardı. Veki', II/188.
- 122 Kettâni, II/26; Muhammad Hamidullah: "Administration of Justice in Early Islam", Islamic Culture, Vol: XI, No:2; April 1937, 167; Ahmed Said el-Mu'mini: Kadâü'l Mezâlim, Amman 1411/1991, 69.
- 123 Tarablusî, 11.
- 124 Atar, 155; Mu'minî, 70.
- 125 Ali bin Ömer ed-Dârekutnî: Süneni Dârekutnî, Kâhire 1386/1966, IV/206-207; Serahsî, XVI/60-62; Kâsânî, VII/9. Vesikanın Türkçesi için bkz. İbni Haldun: Mukaddime, Trc: Zakir Kadiri Ugan, İst. 1989, I/561-563; İsmail Semi': Usul-i Muhakemenin Tarihçesi, İst. 1324, 23-28; Osman Nuri: Mecelle-i Umur-ı Belediye, İst.1337, I/258-260; Ali Himmet Berki: İslâm'da Kazâ, Ank. 1962, 24-25; Bilge, Karar Düzeltme, 207-209; Muhammed Hamidullah: "Halife Hz. Ömer Devrinde Adli Teşkilat", Trc: Fahrettin Atar, İlim ve Sanat, Ocak-Şubat 1989, S:23, s: 47. Tâbi'inden olan Şüreyh, Hz. Ömer tarafından Kûfe'ye kadı tayin edilmiş, altmış yıl bu görevde kalmış, arada bir sene kadar da Basra'da kadılık yapmıştı.

menin hatada ısrar etmekten elbette daha iyi olduğu bildirilmektedir¹²⁶. Bazı modern müellifler, bu ifadeyi günümüz hukukundaki karar tashihi müessesesinin de temeli olarak görmüşlerdir¹²⁷. Her ne kadar genel de olsa bu ifadeden şer'î hukukta hatalı mahkeme hükümlerinin her zaman düzeltilmesi imkânının bulunduğu neticesi çıkmaktadır¹²⁸. Hz. Ömer, yine Basra vâlisi Ebû Mûse'l-Eş'arî'ye yazdığı bir mektupla, hakkında bazı şikâyetler işittiği Basra kadısı Ebû Meryem İyas bin Subeyh el-Hanefî'nin hükümlerini kontrol etmek hususunda kendisini görevlendirmiş, Ebû Mûsâ bu kararları inceleyerek hukuka aykırı bir husus bulunmadığını Halîfe'ye bildirmiştir¹²⁹.

Halîfe Hz. Ali ise bir hâkimin hükmünde yanılması ve bu hatanın ortaya çıkması durumunda verdiği hükmün bozulacağını bildirmiştir¹³⁰. Yine bu devirde Şam'da hâkimlik yapmak üzere görevlendirilen Eshâb'dan Ebu'd-Derdâ'nın, dâvâlarına bakıp hükme bağladığı kimseler yanından ayrılırken arka-larından "*Geri dönün, dâvânızı bana bir daha anlatın!*" dediği rivayet edilir. Adaletli davranma hususundaki hassasiyeti sebebiyle söylediği anlaşılan bu sö-

126 Bu maddenin açıklanması ve kanun yollarına delâleti için bkz. Serahsî, XVI/62; Kâsânî, VII/9; Abdullah bin Ahmed İbni Kudâme el-Makdisî: el-Muğnî alâ Muhtasar-ı Hırakî, Beyrut Âlemü'l-Kütüb, IX/56; Şemsüddin Ebû Abdullah Muhammed bin Ebû Bekr İbni Kayyim el-Cevziyye: İ'lâmü'l-Muvakki'în, Kâhire 1388/1978, I/110.

127 Bilge, Karar Düzeltme, 65; Kamali, 53..

128 Hâşim Cemil Abdullah: "İslâm Hukukunda Yargı Kararlarının Temyizi", Trc: H. Yunus Apaydın, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Y:1990, S:3, s:394-395; S:4, s:391.

129 Veki', I/270.

130 Hâşim, 3/395. Nitekim bir miras dâvâsında Kadı Şüreyh'in verdiği hüküm önüne getirilen (ref' edilen) Halîfe Hz. Ali, bir âyete aykırı olduğu ictihadına vararak bu hükmü bozmuştur. Şüreyh, geride aynı zamanda amcazadeleri olan kocası ve anne bir erkek kardeşini bırakarak vefat eden bir kadının mirasının yarısını kocasına ve diğer yarısını da anne bir erkek kardeşine hükmetmiş, buna delil olarak da "Neseb yoluyla akrabalar birbirine mirasçı olmaya daha lâyıktır" mealindeki âyeti (Enfal: 75) göstermişti. Hz. Ali ise bu âyetin o şekilde anlaşılamayacağı, aksi takdirde adaletsizlik doğacağı gerekçesiyle bu hükmü bozmuş, mirasın yarısını kocaya, altıda birini anne bir erkek kardeş hükmüyle geri kalanını da aralarında paylaşmıştı. Nitekim eshab-ı feraiz olarak koca 1/2 ve anne bir erkek kardeş 1/6 hisse sahibidir, kalan ise asabeye dağıtılır ki kadının asabesi aynı zamanda amcazadeleri olan kocası ve anne bir erkek kardeşidir. Veki', II/196.

zû, bir dâvâya tekrar bakmak caiz olmasaydı söylemezdi¹³¹. Diğer taraftan Hz. Ömer'in verdiği hükümler halife olduktan sonra Hz. Ali'nin; Hz. Ali'nin verdiği hükümler de halifelîğe geçtikten sonra Hz. Mu'aviye'nin önüne götürüldüğünde, tıpkı Hz. Peygamber devrinde olduğu gibi, hükümlerin geçerli bir sebep olmaksızın bozulamayacağı gerekçesiyle geri çevrilmiştir¹³². Hz. Osman da daha önce Hz. Ömer'in bakıp sonuçlandırdığı bir dâvâya bakmaktan kaçınmıştır. İbnü'r-Rüşd bu olayı zikrettikten sonra devlet başkanının kendinden önceki âdil devlet başkanlarından birinin hüküm verdiği bir dâvâya yeniden bakamayacağını bildiriyor¹³³. Bu da kesin hüküm (*kaziyye-i muhkeme*) kavramının ilk zamanlardan beri mevcut olduğunu göstermektedir. Bununla beraber hukuka aykırı verilmiş mahkeme hükümlerinin incelenmesi ve gerekirse bozularak yeniden muhakeme yapılması imkânı da her zaman söz konusu olmuştur.

B. Mezâlim Usulü

Dört Halife gibi, bunları takip eden Emevî ve Abbasî halifeleri devrinde de hâkimlerin hükümlerinin denetimi söz konusudur. Artık bu devirde divan-ı mezâlim adında yeni bir kurum göze çarpmaktadır. Divan-ı mezâlim, hükümdarların adlî yetkilerini bizzat kullandıkları fevkalâde bir adlî merci mahiyetindedir. Ancak sadece kazâî değil, siyasî ve malî yetkileri de vardır. Daha ziyâde idarenin kazâî kontrolünü sağlamaya yönelik bir kurum olan divan-ı mezâlimin menşei Hz. Peygamber devrine dek uzanır¹³⁴. Dört halifenin de divan-ı mezâlim fonksiyonunu bizzat yerine getirdikleri bilinmektedir¹³⁵. Hz. Ali devrinde, düzensiz olmamakla beraber zaman zaman divan-ı mezâlim teşkil edilmiştir. Öyle ki, halkın idareden şikâyetlerine bakmak için bir kurul oluşturan, bir başka de-

131 Ebû Abdullah Muhammed bin Abdülbâkî bin Yusuf ez-Zerkânî: Şerhu Muvatta'l-İmami Mâlik, Kâhire 1382/1962, IV/489.

132 Beyhakî: Adâbî'l-Kadı 25.

133 Bu dâvâ Hz. Ali ile Hz. Talha'nın ortaklaşa sahip buldukları bir arâzinin ortasındaki sulama seddinin kaldırılmasına dairdi. Hz. Ali kalmasını, Talha ise kaldırılmasını istiyordu. Halife Hz. Osman keşif sırasında bu dâvânın daha önce Hz. Ömer'in tarafından görülüp Talha lehinde hüküm çıktığını öğrenince çekildi. Talha da arâzideki hissesini Hz. Ali'ye bağışladı. Kettânî, II/278-279 (el-Müdevvene, I/305 ve İbnü'r-Rüşd'ün el-Beyân ve't-Tahsil, IX/167-168'den naklen)

134 Ebu'l-Hasen Ali bin Muhammed bin Habib el-Basrî el-Bağdadî el-Mâverdî eş-Şâfiî: el-Ahkâmü's-Sultaniyye, Kâhire 1298, 73; Ebû Ya'lâ Muhammed bin Hüseyin el-Ferrâ el-Hanbelî: el-Ahkâmü's-Sultaniyye, Kâhire 1386/1966, 74; Kettânî, II/26.

135 Faruk Nebhan: İslâm Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları, Trc: Servet Armağan, İst. 1980, 595.

yişle mezâlim fonksiyonunu bir kurul marifetiyle yerine getiren ilk hükümdar Halife Hz. Ali'dir¹³⁶. Mezâlim dâvâlarına bakmak için ilk kez bir gün tayin eden de Emevî halifesi Abdülmelik olmuştur¹³⁷. Bununla beraber Emevîler zamanında halifeler mezâlim prosedüründen geçmeksizin kendisine arzolunan mahkeme hükümlerini bizzat incelemiş ve gerektiğinde bozarak hükmü veren mahkemeye göndermişler; kimi zaman da meseleyi beldenin vâlisine havâle etmişlerdir¹³⁸. Abbasîler ve daha sonraki İslâm devletlerinde mahkeme kararları

- 136 Corci Zeydan: Medeniyet-i İslâmiye Tarihi, Trc: Zeki Megamiz, İst. 1971, I/343; Nebhan, 595; Mu'minî, 71-72. Rivâyete göre, divan-ı mezâlimin bilinen ilk örneği İrandadır. İran hükümdarları muayyen günlerde halkı toplar ve şikâyetlerini dinlerlerdi. Yine bu günlerde dâvâlı sıfatıyla *mobed-i mobedan* denilen başhâkim huzurunda beklerlerdi. Nizamülmülk: Siyasetnâme, Trc: M. Şerif Çavdaroglu, İst. 1954, 54-55. Bu âdet Selçuklularda da vardı. Aydın Taneri: Türk Devlet Geleneği, 2.b, İst. 1993, 344. Divan-ı mezâlim'in hiç değilse şekli olarak İran'dan Arablara geçtiği iddia edilmektedir. W. Barthold/Fuad Köprülü: İslâm Medeniyeti Tarihi, 2.b, Ank. 1963, 114 vd.; Mumcu, Divan-ı Hümayun, 12. Halbuki İran'ın fethinden çok evvel daha Hz. Peygamber zamanında, bir başka deyişle daha İran müesseselerinin İslâm hukukuna tesirinden söz edilemeyeceği devirde mezâlim tatbikatına rastlanması bu iddiayı zayıflatmaktadır. Kaldı ki bu, hemen her ülkede rastlanabilecek türden bir usuldür. Meselâ İmam-ı Gazâlî, vaktiyle Çin hükümdarlarından birinin sağırlığı sebebiyle zulme uğrayan ve şikâyeti bulunan teb'asının feryadlarını duymadığına üzüldüğünü, bunun üzerine bunların kırmızı elbiseler giymesini ilan ettiğini, böylece dışarı çıktığında onları rahatça tanıyıp, böylece şikâyetleriyle ilgilenebildiğini nakletmektedir. Hücetü'l-İslâm Ebû Hâmid Muhammed el-Gazâlî: Kimyâ-yı Saâdet, Trc: A. Faruk Meyan, İst. 1411/1990, 374-375.
- 137 Mâverdi, 74; Ferrâ, 75; Kettâni, II/28; Zeydan, I/343; Rifâi, 125; Mu'minî, 74-75; Celaleddin Devânî'den naklen Ahmed Cevdet Paşa: Tezâkir, H: Cavid Baysun, 2.b, Ank. 1986, IV/86.
- 138 Emevî ailesinden Hişam bin Abdülmelik'in halifeliği zamanında, Hz. Ali soyundan Fâtıma binti Hasen, kardeşlerinin bilgisi olmaksızın, Medine'de Eyyüb bin Seleme el-Mahzumî ile evlenmiş, nikâhı da kadının oğlu Hasen bin Muaviye kıymıştı. Sonradan kadının kardeşlerinden Abdullah Medine vâlisi Hâlid bin Abdülmelik'e giderek nikâhı feshettirmek istedi, O da ikisini Medine kadısı Ubeydullah b. Safvan el-Cümahî'ye havâle etti. Eyyüb, halifenin dayısı olduğunu ihtar ederek kadıyı tehdide kalkışınca kadı O'nu vâliye gönderdi, O da Eyyüb'e yetmiş sopa attı; daha sonra da kadı nikâhı feshetti. Bunun üzerine Eyyüb oğlu İsmail'i halifeye göndererek yardımcı olmasını istedi. Halife, Eyyüb'ün kendisini tahkir ma'nâsına gelen tavrına çok hiddetlenmişti; "Eğer hatırı olmasaydı akrabalığını nazara almayıp O'na vâlinin vurdüğundan da çok sopa vururdum!" diyerek İsmail'in eline iki mektup verdi. Bunlardan birisi Eyyüb'e yazılmıştı ve ağır sitemleri hâviydi. İkinci mektup ise vâliye hitaben yazılmıştı ve Medine eşrafından on kişi huzurunda bu mektubun okunmasını ve bunların Fâtıma'ya giderek eğer hâlâ Eyyüb'ü istiyorsa halifenin nikâha icazet verdiğini bildirmelerini, istemiyorsa aralarını ayırmalarını emrediyordu. Kendisine mektup okunan ve tercih yapması istenen Fâtıma, "Bütün insanlar bir tarafa, Eyyüb bir tarafa!" diyerek nikâhin

aleyhine doğrudan hükümdara itirazda bulunma imkânı devam etmişse de hükümdarın artık bu hükümleri bizzat incelediklerine rastlanmaz olmuş, bu işi genellikle bir hukukçular heyeti veya bir divan gerçekleştirmiştir.

Daha sonra Abbasî halifesi Harunü'r-Reşid zamanında, bütün kadıların üstünde, bunların tayini ve kontrolü ile ilgili olarak kadıyü'l-kudâtlık denilen makam oluşturulup bu makama devrin önde gelen hukukçusu ve İmam-ı A'zâm Ebû Hanîfe'nin öğrencilerinin en değerlisi sayılan İmam Ebû Yûsuf getirilmiş ve böylece adli işler bir bakıma siyasî otoriteden ayrılmıştır¹³⁹. Öte yandan mezâlim yargılaması âdi yargılamadan ayrılarak bağımsızlaşmıştır¹⁴⁰.

Abbasî halifesi Mehdî devrinden itibaren zaman zaman halife dışındaki görevlilere divan-ı mezâlim başkanlığının devredildiği görülmektedir. Ayrıca divan-ı mezâlîme başkanlık ettiği zamanlarda bile halifenin yargılama işini divanda yer alan kadıya bıraktığı olmuştur. Yine bu devirde divan-ı mezâlîme yalnız bu işle görevli bir hâkim tayin edilmiştir¹⁴¹. Halifeler divan-ı mezâlim başkanlığını giderek tamamen vezîrlere, sonra da kadıyü'l-kudâtlara bırakmışlardır¹⁴². Kadıyü'l-kudâtlık denen bu yüksek görev, hemen bütün müslüman devletlerde bazen başka isimlerle (Endülüs'te kadıyü'l-cema'a, Osmanlılarda kazas-ker gibi), fakat aynı fonksiyonu yerine getirmek üzere yer almıştır¹⁴³. Kimi zaman taşralarda vâliler veya kadılar de mezâlim muhakemesi yapmak üzere hükümdar tarafından yetkilendirilmişlerdir¹⁴⁴.

devamı yönünde tercihini kullanınca nikâh geçerli bir şekilde devam etmeye başladı. Dul bir kadın olan Fâtıma kendisine denk (küfv) bir kimseyle evlenmiş, kaldı ki nikâhında veli olarak oğlu da hazır bulunmuştu. Hz. Peygamber'in hanımlarından Ümmü Seleme ile evliliği aynen bu şekilde cereyan ettiği için kadı'nın nikâhta oğlu veli kabul etmeyen ve kardeşlerin rızasını arayan hükmü sünnete muhalif görülmüştür. Veki', I/172-174.

139 Berki, İslâmda Kazâ, 64; Rifâî, 48, 64; Kamali, 55.

140 Mu'minî, 84, 89.

141 Mu'minî, 85-87.

142 Zeydan, I/345; Halil Cin/ Ahmed Akgündüz: Türk Hukuk Tarihi, 3.b. İst. 1995, I/264; Rifâî, 149.

143 Berki, İslâmda Kazâ, 63.

144 Rifâî, 145; Mu'minî, 173-174; Vecdi Akyüz: İslâm Hukukunda Yüksek Yargı Denetimi-Divan-ı Mezâlim, İst. 1995, 84, 87.

Hükümdarın kendisine yargı yetkisini devretmesi üzerine kadıyü'l-kudât da bunu kadılar tayin ederek kullanırdı ki bu, adı geçen görevin idarî yönüdür ve bu yönden günümüzdeki adalet bakanına benzerdi¹⁴⁵. Kadıyü'l-kudâtlığın yargı ile doğrudan bağlantılı olan yönü ise gerek kadıların en üst âmiri, gerekse divan-ı mezâlim başkanı bulunmak hasebiyle kadıların hükümlerini kontrol eden bir kanun yolu mercii olmasıdır. Bu yönüyle de günümüzdeki temyiz mahkemesi başkanına benzetilir¹⁴⁶.

Dört Halife devrinden sonra kurumlaşan divan-ı mezâlim, sadece idarî dâvâlara bakmamıştır. Pekçok hukuk dâvâsı da ilk ve daha çok son derecede burada görülmüştür¹⁴⁷. Hâkimler de devlet memuru sayıldığından, bunların yanlış karar vermeleri durumunda halk diğer memurlarda olduğu gibi divan-ı mezâlîme şikâyetle bulunmuştur. Zaten İslâm hukuk pratiğinde hâkimden şikâyet ile mahkeme hükümlerinin kontrolü arasında bir fark gözetilmemiş ve bunlar ortak merci ve usullere tâbi olmuştur, hatta hükmün kontrolündense hâkimin kontrolünün tercih edildiği anlaşılmaktadır. Bunun bir sebebi de İslâm hukukunda bugünkü tarzıyla istinafa yer verilmemesi, buna karşılık hukuka aykırı hükümlerin ya baştan itibaren bâtil sayılması veya itiraz üzerine iptal edilmesidir, hal böyle olunca hükme itiraz bu hükmü veren hâkimden şikâyet mahiyetine girmektedir. Halbuki teorik olarak hükme itiraz ile hâkimden şikâyet farklı mütâlaa edilmiştir, nitekim hükme itiraz olan bunu bir başka hâkime götürebilir, hâkimden şikâyet ise divan-ı mezâlîme yapılırdı. Divan-ı mezâlîmin kurumlaşmasının, giderek hükme itiraz yerine hâkimden şikâyetin tercihinde önemli bir etken olduğu anlaşılmaktadır. Hukuka aykırı hükümler zaten baştan itibaren geçersiz ol-

145 Rifâî, 64.

146 Atar, 109, 117. Kadıyü'l-kudâtlığın bir temyiz mahkemesi mevkiinde olduğunun açıklıkla söylenemeyeceği görüşünü taşıyanlar da vardır. Ghulam Murtaza Azad: *Judicial System of İslâm*, İslâmabad 1987, 99. Şu kadar ki, bir hukuk sistemine ait müesseseleri başka bir hukuk sisteminin terminolojisiyle değerlendirmek her zaman mümkün olamamaktadır. Kadıyü'l-kudât, kadıların verdikleri hükümleri kontrol ettiği için temyiz mahkemesi başkanı gibi kabul edilmiştir. Sistem farklılığı sebebiyle, tamamen aynı fonksiyonu icra etmesi zaten mümkün olmadığı gibi, iki makamın birbirine denk gelmesi de gerekmemektedir. Kadıyü'l-kudâtın, hemen hemen günümüzdeki temyiz mahkemesinin işini gördüğü, hatta adliye bakanı ve idarî ve askerî mahkeme başkanlarının konumunda olduğu genellikle kabul edilen bir husustur.

147 Divan-ı mezâlîm'e ilk derece mahkemesi sıfatıyla bir dâvâ götürüldüğünde hemen divanda yer alan kadıya havâle olunmaktaydı. Daha çok gasp ve vakıf ihtilafları divan-ı mezâlîm önünde birinci derecede görülüp neticelendirilmiştir. Rifâî, 158-162; Akyüz, 127 vd.

duğuna göre tarafların yapacağı bu hükmü veren hâkimi şikâyet etmek ve böylece verdiği hukuka aykırı hükmün yerine getirilmesini engellemektir.

Divan-ı mezâlimi bir istinaf mahkemesi niteliğinde görenler vardır¹⁴⁸, kimilerine göre ise temyiz mahkemesine benzer¹⁴⁹. Oysa daha sonra açıklanacağı üzere, İslâm hukukunda temyiz ve istinaf uygulamasının günümüzdekinden farklı oluşu, bu konuda kesin bir kanaate varmayı engellemektedir. Buna karşılık, bizâtihi hükmün değil hâkimin kontrol edildiğini ileri sürerek divan-ı mezâlimin temyiz ve istinaf kurumlarına bir örnek oluşturmayacağı kanaati de vardır¹⁵⁰. Bu görüş oldukça açıklayıcıdır, ancak divan-ı mezâlimin öyle veya böyle bir mahkeme olduğu, nitekim sadece hâkimin kontrol edilmediği, dâvaya da bakılıp sonuçlandırıldığı unutulmamalıdır. Bazıları uzlaştırıcı bir düşünceyle İslâm hukukunda hâkimler arasında hiyerarşi olmadığı için kanun yollarının, özellikle istinafin bulunmadığını, bu sebeple hükümden memnun olmayan tarafların dâima divan-ı mezâlimin aracılığına müracaat edebildiklerini bildirmektedir¹⁵¹. Bu doğrudur, gerçekten bugünkü anlamıyla istinafa İslâm hukukunda rastlanmamaktadır, ancak divan-ı mezâlim buna gerek görebilir, bu takdirde hüküm hukuka açıkça aykırı olmadıkça yeniden muhakeme yapılamaz, çünkü icthad ile icthad bozulmaz, bunu başka bir hâkim de, hükümdar da bozamaz. Divan-ı mezâlimi daha çok önemli ceza dâvâlarına bakan laik bir mahkeme şeklinde değerlendiren bazı yazarlar, belirli bir devirden sonra ceza dâvâlarına bakma hakkının kadılarından alınarak divan-ı mezâlime verildiğini iddia etmektedir¹⁵². Ne var ki, divan-ı mezâlimin fevkalâde zaman ve şartlarda toplanması, ayrıca kadıların, divanın bir mensubu olarak yer alması, bu fikrin şüpheyle karşılanmasına sebep olmaktadır. Bununla beraber başka bazı yazarlar, kadı'nın divana katılmasının, bu divanın şer'î mahkeme sayılması neticesini doğurmayacağını bildirmektedir¹⁵³. Halbuki ceza dâvâlarının olağan ve daimî mahkemeler

148 Zeydan, I/342; Kamali, 62.

149 Joseph Schacht: An Introduction to Islâmic Law, Oxford 1966, 189; Osman Keskiöglü: Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku, 3.b, Ank. 1984, 273.

150 Mustafa Şentop: Şer'iyye Mahkemelerinde Temyiz ve İstinaf, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İst. 1995, 23.

151 Coulson, N. J. : A History of Islâmic Law, Edinburgh 1978, 163.

152 Uriel Heyd: "Eski Osmanlı Hukukunda Kanun ve Şeriat", Trc: Selahaddin Eroğlu, AÜİFD, C.XXVI, 1983, s: 633.

153 H. A. R. Gibb & Harold Bowen: Islâmic Society and the West, Volume I, Part II, Oxford 1969, 129, 7. dipnot.

dışında bir mercide görülmesini gerektirecek özellikleri olduğu da söylenemez. Çünkü kadılar dinî mahiyette bir hukuku uygulayan görevliler olmakla beraber hem şer'î, hem de örfî hukuka ilişkin dâvâlara bakmaya yetkiliydi, hatta kadılardan mezâlim muhakemesi yaptığını gösteren örneklerle de rastlanmaktadır¹⁵⁴. Enteresandır ki Tanzimat'tan sonra Ahmed Cevdet Paşa, şer'î mahkemelerin yanında önemli ceza ve bir kısım hukuk dâvâlarını görecek nizamiye mahkemelerinin kurulmasının meşruluğunu onbeşinci asırda Şiraz'da yaşamış Şâfi'î hukukçularının büyüklerinden Celâleddin Devânî'den özet olarak tercüme ettiği *Divan-ı Def-i Mezâlim* adlı esere dayandırmaktadır. Şu kadar ki, divan-ı mezâlim, pekçok yönden diğer mahkemelerden farklıydı, onlardan daha güçlü ve geniş yetkileri bulunmaktaydı¹⁵⁵. Gerçekten de divan-ı mezâlim bir kanun yolu mahkemesinden çok idare mahkemesi görüntüsü vermektedir¹⁵⁶, halkın birer devlet memuru olan hâkimlerden şikâyetlerini de bu çerçevede incelemekte, neticede verdiği karar da hâkimin hükmüne etki etmektedir. Sonuç itibarıyla denilebilir ki, divan-ı mezâlim kendine has bir müesseseydi; öncelikle hukuka aykırı karar veren memurların ve dolayısıyla hâkimlerin hatta devlet başkanının denetlenip yargılandığı bir idare mahkemesi görünümündeydi; temyiz mahkemesi fonksiyonu da bunun hemen arkasından ve buna bağlı olarak gelmekteydi.

Bundan sonra hemen bütün müslüman devletlerde divan-ı mezâlim âdeti sürmüştür. Öyle ki kamu hukukuna ilişkin genel eserlerde üzerlerinde önemle durulduğu gibi, hükümdarlara nasihatler ihtiva eden siyasetnâmelerde de divan-ı mezâlimin devletin vazgeçilmez unsuru olduğu ve adaletin ancak bu yolla sağlanabileceği anlatılmıştır¹⁵⁷.

Endülüs'te *sahibü'r-redd* denilen ve doğrudan saraya bağlı bulunan merci, kadıların kararlarına yapılan itirazları inceleyip sonuçlandırır¹⁵⁸. Burada daha çok dâvâcının haklı olduğu intiba'ı uyandıran, ancak kadı önünde şer'î de-

154 Shapiro, Appeal, 366; Shapiro, Courts, A Comparative and Political Analysis, University of Chicago Press, 1986, 207.

155 Mâverdî, 76-80; Ferrâ, 79; Ömer Nasuhi Bilmen: Hukuk-ı İslâmiye ve İstılahat-ı Fıkhiyye Kâmusu, İst. 1985, III/328-329; Nebhan, 601-603; Akyüz, 183 vd. Divan-ı mezâlimdeki muhakeme usulleri için bkz. Mâverdî, 80 vd; Ferrâ, 80 vd; Nebhan, 603 vd; Mu'minî, 199 vd; Akyüz, 149 vd.

156 Rifâî, 11.

157 Nizamülmülk, 54 vd.; Ebû Necib Sühreverdî: Nehcü's-Sülûk (Yönetenlerin Yönetimi), Trc: Nahifî Mehmed Efendi, ty, yy, 171 vd.

158 Akyüz, 134.

lillerle isbatlanamadığı için reddedilen dâvâlara bakıldığı ifade edilmiştir¹⁵⁹. Mısır'da Tolunoğulları ve Fâtımîler, divan-ı mezâlim kurmuş, bunun başında da daha çok vezîrler bulunmuştur¹⁶⁰. Yine Mısır'da hüküm süren İhşidîlerde, kadıların kararlarını âdil bulmayanlar, hükümdarın başında bulunduğu divan-ı mezâlimde dâvâlarının görülmesini isteyebilirlerdi¹⁶¹. Karahanlılarda da çok mütakâmil olmamakla beraber mezâlim usulüne rastlanırdı, burada belirli bir günde hükümdar halkın şikâyetlerini dinler ve hallederdi. Sonraları çoğunlukla büyük bir kadıya bu görev verilmiştir¹⁶². Gaznelilerde de kadıyü'l-kudât bulunur, divan-ı mezâlime ise bizzat hükümdar katılırdı¹⁶³. Atabeylerde, ilk zamanlarda Şam hükümdarı Nureddin Zengî, *Dârü'l-Adl* (Adalet Evi) adında bir saray yaptırmış, burada belirli günlerde bir heyet toplayarak halkın hâkimlerden şikâyetlerini dinleyip çözümlenmiştir. Aynı geleneği sonraları Mısır'da hâkim olan Eyyübî ve Memlûk sultanları da sürdürmüş ve halkın dâvâlarını kadılara götürmeden divan-ı mezâlim önüne getirmemeleri istenmiştir¹⁶⁴. Büyük Selçuklularda da divan-ı mezâlim bulunmakta ve buna sultan veya *emir-i dâd* (dâdbey) denilen özel memur başkanlık etmekteydi¹⁶⁵. Ayrıca Selçuklularda kadıların bil-meyerek ya da kasden veya câhilliği dolayısıyla hatalı, hukuka aykırı hüküm vermeleri durumunda, kadılardan bu hükmün incelenip bozulabilmesi ve hatta gerekirse o kadı'nın azledilebilmesi için sultana müracaat etmeleri istenmiştir¹⁶⁶. Anadolu Selçuklularında kadıyü'l-kudât, hem merkez mahkemesinin ba-

159 Shapiro, Appeal, 367-368; Shapiro, Courts, 208.

160 Zeydan, I/345; Rifâî, 130-131, 135; Mu'minî, 86; Emin Hacı: "Fatimî Mısır'ında Adalet Kurumları", İslâm Hukuku, Edt: Aziz el-Azme, Trc: Fethi Gedikli, İst. 1992, 259-261.

161 Mu'minî, 86; Rifâî, 135; Doğuştan Günümüze İslâm Tarihi, Edt: H.Dursun Yıldız, İst. 1992, VI/217.

162 Reşat Genç: Karahanlı Devleti Teşkilatı, İst. 1981, 275; İslam Tarihi, VI/171.

163 İslam Tarihi, VI/295.

164 Sühreverdî, 172; Zeydan, I/346; Berki, İslâm'da Kaza, 75; Rifâî, 131-132; Mu'minî, 88, 93; İslam Tarihi, VII/27. Memlûklerde divan-ı mezâlim usulüne dair bkz. P. M. Holt: "Memlûk Sultanlığında Devlet Yapısı", Trc: Samira Kortantamer, Belleten, C:LII, Nisan 1988, S:202, s:232-236, 244-246.

165 Mustafa Akdağ: Türkiye'nin İktisadi ve İçtimai Tarihi, İst. 1974, I/259,264; Mehmet Altay Köymen: Tuğrul Bey ve Zamani, İst. 1976, 134; M. Altay Köymen: Büyük Selçuklu İmparatorluğu Tarihi, Ank. 1992, III/187.

166 Nizamülmülk, 54; İslam Tarihi, VII/204; Köymen, III/ 227.

şında bulunur, hem de kadıların hükümlerini kontrol ederdi. Mezâlim uygulaması bunlarda da sürmüştür, sultan şer'î dâvâları kadıya havâle eder, örfî dâvâları bizzat sonuçlandırır¹⁶⁷. Hindistan'daki Delhi Türk Sultanlığında *bâr-ı âm* veya *meclis-i âm* adıyla divan-ı mezâlim kurulduğu görülmektedir. Burada sultan başhâkim olarak hakkında itiraz bulunan hükümleri yeniden incelerdi¹⁶⁸. Harezşahlarda mezâlim mahkemesine rastlanmaktadır. Devletin adlî teşkilâtının başında ise *akda'l-kudât* bulunurdu¹⁶⁹. Akkoyunlular Devletinde yaşamış bulunan Celâleddin Devânî'nin Divan-ı Def-i Mezâlim adında bir risâlesi, bu konuda yazılmış ilginç bir belge niteliğindedir. Müellif, divan-ı mezâlimin tarihçe ve özelliklerinden bahsetmektedir. Osmanlılarda da divan-ı mezâlim fonksiyonunu Divan-ı Hümâyün görmüştür¹⁷⁰.

II. İSLÂM HUKUKUNDA MAHKEME KARARLARININ KONTROL ÇEŞİTLERİ

A. Mahiyet Bakımından İslâm Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü

İstinaf ve temyiz varlığı üzerinde ihtilaf olmasına karşılık, İslâm hukukunda muhakemenin iâdesi, "*iâde-i nazar*" adıyla yer almakta, hatta mahkeme kararlarının kontrolü denilince istinaf ve temyizden çok muhakemenin iâdesi anlaşılmaktadır¹⁷¹. Muhakemenin iâdesi hemen her hukuk sisteminde tartışmasız kabul edilmiş bir usuldür. Buna göre, bir dâvâ hukuka uygun olarak görülüp sonuçlandırıldıktan sonra yeni delillerin ortaya çıkması veya hükme esas teşkil eden delillerin yanlışlığı veya sahteliğinin anlaşılması üzerine zamanaşımı süresi içinde hükmü veren hâkimden veya bir başkasından muhakemenin iâdesi istenebilir. Hatta taraflardan birinin dâvâ sırasında ileri sürmediği bir def'i varsa talep üzerine muhakeme yenilenebilir. Bu bakımdan bazı eserlerde *iâdetü'n-nazar* da denilen bu yol, daha çok gıyâbında hüküm verilen kimsenin yararlanabileceği

¹⁶⁷ Taneri, 344; İslam Tarihi, VIII/375.

¹⁶⁸ M. Aziz Ahmed: Siyasi Tarihi ve Kurumlarıyla Delhi Türk İmparatorluğu, H: Tansu Say, ty, yy, 310.

¹⁶⁹ İbrahim Kafesoğlu: Harezşahlı Devleti Tarihi, Ank. 1956, 205-214; İslam Tarihi, IX/59.

¹⁷⁰ Barthold/Köprülü, 127; Mumcu, Divan-ı Hümâyün, 14.

¹⁷¹ Ebyânî, 107-108; Kamali, 58.

bir yol olarak bildirilmiştir¹⁷². Hatta hükmü veren hâkim bile sonradan muhakemenin tekrarlanmasına karar verebilir¹⁷³. Bunun da mesnedi Kur'an'da geçmektedir. Vasiyete şahidliği düzenleyen âyette¹⁷⁴ vasiyet dâvâsında yemin eden şahidlerin şahidliğe elverişli olmadıkları daha sonra anlaşılırsa, başka iki şahid tutulabilmesi esası getirilmiştir, bir başka deyişle *hükümden sonra def mesmudur* ki bu, muhakemenin iâdesinden başka bir şey değildir¹⁷⁵. Muhakeme usulüne aykırılık, hâkimin usul, fûru' veya hasmı bulunan kimseler gibi dâvâlarına bakmaya yetkili bulunmadığı kimselerin dâvâlarına bakmış olması, yeni delillerin ortaya çıkması ve şahidler hakkında şüphenin doğması, hep muhakemenin iâdesi sebepleridir. Bunun dışında muhakemenin iâdesine rastlanmamaktadır. Nitekim Halife Ömer bin Abdülaziz'den daha önce hükme bağladığı bir dâvâyâ yeniden bakması istenince, ancak yeni bir delil getirmeleri durumunda bunun mümkün olabileceğini söylemiştir¹⁷⁶.

İslâm hukukunda istinaf ve temyiz yollarının bugünkü anlamı ve haliyle yer aldığı söylenemez. Ancak İslâm hukukunda, hukuka aykırı ve hatalı mahkeme hükümlerinin bozularak tashih edilebilmeleri imkânının bulunmadığı zannedilmemelidir, böyle bir imkân her zaman vardır¹⁷⁷. Nitekim klasik kaynakla-

172 Ebyânî, 107; Abdülhakîm, 118; Bilmen, VIII/238-239; Hâşim, 4/409; Kamalî, 77-78..

173 İbni Âbidîn, IV/339.

174 Mâide: 107.

175 Elmahlî M. Hamdî Yazır: Hak Dini Kur'an Dili, İst. 1992, III/358.

176 Atar, 218. "Amâsiyye beğine hükmü ki: Bundan akdem emr ile teftiş olunub habs ile Südde-i seâdete gönderdiğün Mehmed'den bazı kimesneler dahi Südde-i seâdetimde dâvâ-yı hakk itmeğün mahallinde şer'le görilmek için kayd u bend ile Dulkadirli çavuşlarından Kubâd Çavuş'a teslim olunub sana irsâl olındı. Vardukda alub kabz idüb dahi yarar âdemle kayd u bend ile mahalline gönderüb husemâsıyla beraber idüb şer'le ahvâlin teftiş idüb şer'le sâbit olan hakkın alvirüb dahi mezkûru girü kayd u bend ile yarar âdemler ile Südde-i seâdetüme gönderesin. Amma gaybet itdürmekden ziyâde hazer idesin." 23 Şevvâl 967 (17.VII.1560). BOA MD 3/1345.

177 Sabri Şakir Ansay: Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, 2.b, Ank. 1958, 306. Nitekim Hz. Peygamber bir hadisinde: "*Kim bizim işimizde (dinimizde) bulunmayan bir şey ihdas ederse, ortaya çıkarırsa, bu reddolunur!*" demektedir. Buhârî: Sulh 5; Müslim: Akdiye 17; İbni Mâce: Mukaddime 2; Ahmed bin Hanbel: VI/270. Bir kısım müellif, aslında bid'atler (dinî hususlar bakımından Hz. Peygamber ve Eshab'ı zamanında bulunmayıp sonradan ortaya çıkan âdetler) için söylenmiş olan bu hadisin, kitap, sünnet, icma' ve kıyas-ı celîye, yani hukuka aykırı mahkeme kararlarının bozulmasına da delil teşkil ettiğini bildirmektedir. Mustafa el-Hin/Mustafa el-Buğâ/Alî eş-Şerbecî: el-Fıkhul-Menhecî, Dimaşk 1409/1989, VIII/176.

rın kazâ ile ilgili kısımlarında, hukuka aykırı hükmün bozulması (*nakz*) başlığı altında bu konuya dair bilgiler yer almaktadır. İslâm hukukurda istinafin varlığını kabul etmeyen bazı yazarlar, buna karşılık temyiz kurumunun bulunduğunu söylerler¹⁷⁸. Ancak ne İslâm hukuk teorisinde ve ne de pratiğinde bu yol için bir merci ve usul belirlenmiştir¹⁷⁹. Genellikle devlet başkanı (halife, sultan) hâkimlerin kazâî kararlarını kontrole yetkili görülmüştür. Çünkü hâkimler devlet başkanının vekilleri olup onun adına yargı yetkisini kullanmaktadır (Mecelle m.1800). Devlet başkanı kendisine müracaat edilmesi durumunda hükmü bizzat tedkik ve tasdik eder veya bozar, bozduktan sonra düzeltilmek üzere hükmü veren veya bir başka mahkemeye dâvâyı gönderebilirdi. Halife, bu müracaatı, gerekli görürse bir hâkim veya meclise de havâle edebilirdi. Pratikte, ilk devirler için, bu hâkim kadiyü'l-kudât, meclis ise divan-ı mezâlim olmuştur. Bunlar da isterse hükmün hukuka uygunluğunu tedkik ve sonuçta tasdik eder veya bozarak düzeltilmesi için ilgili veya bir başka mahkemeye gönderir, isterse bizzat tarafları çağırarak yeniden muhakeme yapardı. Her iki halde de verilen hüküm kesin-dir. Görülüyor ki devlet başkanının hükmü kontrol yetkisi kimi zaman yalnızca hükmün hukuka uygunluğunun kontrolüdür ki bu temyize benzer, kimi zaman da maddî meseleye doğrudan müdahale ile yeniden muhakeme yapılmasına inhisar eder ki bu da istinafi andırır. Fakat her halde istinaf, temyizden sonradır. Bu sebeple şer'î hukuktaki adlî hükümlerin kontrolünü genişletilmiş temyize benzetilenler olmuştur¹⁸⁰.

B. Şer'î Hukukta İstinaf ve Temyize Rastlanmamasının Sebepleri

Bugünkü haliyle temyiz ve bilhassa istinafa şer'î hukukta rastlanmamasının çeşitli sebepleri vardır:

1. Özellikle bu iki kanun yolu, Batı Avrupa'da daha ziyade feodalite aleyhine merkezî otoritenin (kralların veya imparatorların otoritesinin) hâkim kılınması amacıyla yönelik olarak doğmuş ve gelişmiştir. Oysa İslâm hukukunun geçerli olduğu ülkelerde feodaliteye rastlanmamakta, merkezî bir idare hüküm sürerdi¹⁸¹. Dolayısıyla adlî hükümlerin istinaf yoluyla kontrolüne bu bakımdan ihtiyaç duyulmamıştır. Ancak bu merkezîyetçi anlayış, uzun zaman devam edememiş,

¹⁷⁸ Berki, İslâm'da Kaza, 60; Mumcu, Divan-ı Hümayun, 91, 96; Atar, 215; Aydın, Türk Hukuk Tarihi, 90.

¹⁷⁹ Ansay, 306; Keskiöglü, 257.

¹⁸⁰ Şentop, 37.

¹⁸¹ Shapiro, Appeal, 351.

İslâm devleti yarı müstakil ülkelere ayrılmış, bunlar da yargı otoritesini merkezden müstakil olarak kullandığı gibi merkezî idare tarafından hiçbir kanun yolu kontrolüne de tâbi tutulamamışlar, giderek tam müstakil devletler haline gelmişlerdir. Daha sonra bunlar kendi içlerinde Abbâsî örneğine göre ve kendine has bir kanun yolu mekanizması oluşturmuşlardır.

2. İslâm hukukunun ilk zamanlardaki yapısı zaten istinaf yoluyla kontrole elverişli değildi. Çünkü kadılar aynı zamanda bizzat hukuk yapıcısı niteliğinde kabul edilen müctehidlerdi. Müctehid olmadıkları devirlerde dahi kadılar önlerine gelen dâvâya İslâm hukukundaki birden çok hal tarzlarından, yani mezhep görüşlerinden birini uyguladıklarından bu hükmün düzeltilmesi diye birşey söz konusu olamazdı. Kaldı ki bu şartlarda temyiz müessesesinin ülkedeki hukuk birliğini sağlayıcı fonksiyonundan bahsedilmesi de imkânsız ve hatta gereksizdi. Bununla beraber Shapiro, hukuk sistemi İslâm hukukuna çok benzeyen, buradaki gibi ayrıntılı ve kıyasa dayalı normlardan oluşan bir hukuk sisteminin geçerli bulunduğu Çin İmparatorluğu'nda, İslâm ülkesindeki aksine, geniş ve dikkatle işleyen bir kanun yolu sözkonusu olduğundan İslâm hukukunun bu yapısının, kanun yollarının bulunmamasına tek ve yeterli bir sebep oluşturmadığı kanaatinde dir¹⁸².
3. İslâm hukuku prensipleri oldukça basit ve bunun uygulandığı zamanlar halkın hayatı da son derece sâde olduğu için kanun yolu kontrolünün, özellikle istinafın gelişmesine elverişli şartların doğmadığı da söylenebilir.
4. Öte yandan kadılar, verdikleri hükümleri, yerine getirilmeden önce inceleyebilir, gerekirse düzeltebilirdi. O zaman bu hükmün düzeltilmesi için bir başka hâkime gitmeye gerek kalmazdı. Bu durum, genellikle muhakemenin iâdesi şeklinde gerçekleşmiştir¹⁸³.
5. Denilebilir ki, İslâm hukuku tatbikatında kanun yollarının fazla gelişmemesinin temelinde hâkimlerin durumu yatmaktadır. İleride de geleceği üzere, hâkimler -hiç değilse ilk zamanlar için- toplum içinde ilim, ahlâk ve diğer pekçok bakımlardan yüksek niteliklerle tanınmış kimselerden seçilmektedir. Bu hâkimler aynı zamanda bir din bilgini

182 Shapiro, Appeal, 362, Shapiro, Courts, 203.

183 Kamali, 58, 82. Günümüzde hâkim verdiği hükümden hatalı bile olsa rücu edemez, tavzih vesilesiyle de hükmü değiştiremez. Ali Himmet Berki: Hukuk Mantığı ve Tefsir, Ank. 1948, 101.

oldukları için hükümlerinde hata yapmaları pek muhtemel görülmediği gibi, ayrıca dindarlıkları ile de temâyüz etmiş kimselerdi ve - bilhassa sosyal kontrolün oldukça sağlam olduğu devirlerde- hukuka aykırı biçimde (rüşvet, taraf tutma gibi) karar vermeleri ihtimali oldukça azdı.

6. Öte yandan mahkemelerin aleniliği, mahkemelerde şühüdül-hal denilen kimselerin hazır bulunarak muhakeme safahatını izlemeleri hâkimlerin adaletsiz karar verme ihtimalini oldukça azaltmaktaydı. Şühüdül-halin varlığı, bilhassa istinafa ihtiyaç bırakmamıştır. (Bilinmediği üzere, istinafta maddî mesele tekrar ele alınıp deliller yeni baştan değerlendirilir.) Dâvâyla uzaktan- yakından ilgisi bulunan birkaç kişi, muhakemenin safahatını -jüri gibi- resmî görevle ve ancak hiçbir müdahalede bulunmaksızın baştan sonra takib eder, ancak kendilerine sorulduğunda görüş beyan eder, dâvâ sonuçlandıktan sonra da verilen hükmün altını imzalardı. Bu, dâvânın safahatıyla verilen hükmün birbirine mutabık olduğunun tesbiti anlamına geliyordu.
7. Bir de fetva müessesesinin rolü zikredilmelidir. Taraflar mahkemeye başvurmadan önce resmî veya sivil herhangi bir müftüden aralarındaki ihtilafa dair bir fetva alabilirlerdi. Bu, çoğu kez ihtilafı mahkemeye gitmeden halleder, ihtilaf mahkeme önüne getirilirse hâkim tarafından gözönüne alınırdı. Hâkim de içinden çıkamadığı meseleleri çözerken, hukuku daha iyi bilen kimselere, müftülere fikir danışabilirdi. Bu görüş ve fetvalar, hâkim bakımından bağlayıcı olmamakla beraber, gerekçesiz olarak bunlara aykırı karar vermesi durumunda hâkime böyle davranmasının sebebi sorulur ve tabiatıyla bu hâkim için müsbet bir puan oluşturmazdı¹⁸⁴. Hatta hâkimler, bilhassa ilk

184 Ancak kazâ ile ifta arasında fark vardır. Sözelgesi bir kimse hanımına “sen boş oldun” demiş olsa sonradan da “ben bununla geçmişte yalan olan bir hadiseyi kasdettim” dese müftü bâtinî olarak değerlendireceği bu sözle boşanmanın gerçekleşmediğine fetva verir, ancak kadî zâhiren hüküm vermek zorunda olduğu için, boşanmaya hükmederek ikisinin arasını ayırır. Dolayısıyla burada müftünün vereceği fetva doğrudan olayla ilgili değil, dâvâ hükmünün hangi istikamette verilmesi gerektiği şeklinde olmalıdır. Bu inceliğe dikkat edilmelidir. İbni Âbidîn, IV/318. Osmanlı Devleti'nin son yıllarında Ermeni tehciri mes'ullerine verilen idam ve kürek cezalarını ihtiva eden mahkûmiyet kararını zamanın padişahı Sultan Vahideddin, kısas-ı şer'î dışında idam cezalarına karşı olduğu gerekçesiyle, şeyhülislâm tarafından verilecek bir fetvaya raptedilmedikçe imzalamayacağını bildirmişti. Şeyhülislâm ise bu işin iftâ değil kazâ olacağını, kendisinin ise buna yetkili olmadığını ileri sürünce padişahla aralarında uzun fikhî müzâkereler cereyan etti. Sonunda şeyhülislâm konuyla ilgili verdiği fetvânın altına isimleri bahis konusu mahkûmlara verilen cezaların işbu fetvâya muvafik oldu kaydını düşmek zorunda kaldı. Ali Fuad Türkgeldi: Görüp İşittiklerim, 3. b, Ank. 1984, 203-206.

devirlerde, bir takım çetrefil ihtilaflarda, bizzat yüksek mahkeme makamında bulunan halife veya kadıyü'l-kudâttan fikir sorabilmekteydi¹⁸⁵. Fetva müessesesi de, temyiz ihtiyacını büyük ölçüde ortadan kaldıracı fonksiyon icra etmiştir. Çünkü temyizde hukukî mesele kontrol edilmektedir; fetva ise zaten dâvâda tatbik edilecek hukuk normunun doğru tesbitini sağlar. Böylece hukukî meselenin takdirinde hatâ sözkonusu olmaz.

8. Son olarak içinden çıkamadığı veya adaleti tam manasıyla tecelli ettiremeyeceğinden korktuğu ihtilafları olduğu gibi üst mahkemeye (sözgelişi divan-ı mezâlim, Osmanlılarda Divan-ı Hümâyun) havâle imkânı vardı.
9. Bazı müellifler, İslâm hukukunda kanun yollarının, özellikle istinafin gelişmemesinin önemli bir sebebinin müesseselerle ilgili görmektir. Bunlara göre İslâm devletinde dinî ve seküler mahkeme ayrımı ilk zamanlardan beri bulunagelmıştır; İslâm hukukunun bizzat kendisinde bu ayrıma elverişlilik vardır; İslâm hukukunun düzenlemediği sahalarla ilgili olarak devletin norm koymaya yetkili olması, genellikle bu normları uygulamak, bundan da önce idarenin işlerliğini sağlayacak bir takım tedbirleri almak üzere özel ve seküler mahiyette mahkemeler kurmasına da imkân vermiştir¹⁸⁶. Bunlardan biri ve en

185 Mısır kadısı İyaz bin Ubeydullah, kendinden önceki kadı'nın evvela komşuya hak tanıdığı bir şufa dâvâsında Halife Ömer bin Abdülaziz'den görüş sormuş, O da bunu sadece ortaklığa has kılması hususunda görüş bildirmiştir. İslam Tarihi, II/567.

186 Oysa divan-ı mezâlimin seküler mahiyette bir mahkeme olarak değerlendirilmesi doğrusu hayli söz götürür. Bir mahkemenin bu mahiyette kabul edilmesi için onun meşruluk ve etkinlik dayanağı olan devletin yapısının da böyle olması gerekir. Dinî kurallara göre kurulup yönetilen bir devletin mahkemesi seküler olarak nitelendirilebilir mi? Günümüzde bilhassa yabancı bazı yazarlar, tarihte İslâm hukukunun uygulandığı devletleri, laik nitelikte görmek eğilimindedir. Halbuki laiklik için genellikle kabul edilen, devletin meşruluk temeli ile geçerli hukuk sisteminin ilahî değil beşerî iradenin ürünü olması, ayrıca devlet teb'ası arasında din ayrımının gözetilmemesi şartlarına bu devletlerde (bu arada Osmanlı Devleti'nde de) rastlanmamaktadır. (İlber Ortaylı: İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı, 2.b. İst. 1987, 135-138) Yönetenlerin bizzat hukukun kaynağı olmayıp, bir başka deyişle Allah adına prensip koyamaması, insanların günahlarını afvetme ve onları dinden çıkarma yetkilerinin bulunmaması ve dinî âyinlerin mutlak düzenleyicisi olmaması bakımından, (Papalık, eski Tibet ve günümüzdeki İran gibi örneklerin aksine) bu devletlerde teokratik bir yapının bulunmadığı söylenebilirse de (Aydın, Türk Hukuk Tarihi, 132-133) laik olarak vasıflandırılmaz. Burada doğrudan şer'î değil de örfî hukuka ilişkin uyumsuzluklara bakan mahkeme kasedediliyorsa, bu da gerekçe olamaz, çünkü genellikle örfî hukuk şer'î hukuktan ayrı görülmemektedir, kaldı ki bilhassa ilk zamanlar böyle bir ayırım söz konusu olmadığı gibi divan-ı mezâlim her iki tür dâvâlara da bakabilmektedir. Zaten İslâm hukukunda her çeşit adli merciin tesis

önemlisi olan divan-ı mezâlim, daha çok halkın memurlardan şikâyetlerini inceleyip karara bağlamıştır. Bu arada birer devlet memuru olan kadılar hakkında da bahis konusu olan şikâyetlere burada bakılmış, gerektiğinde verdiği hükümler de bozulmuş ve hatta bu dâvâlar yeniden görülmüştür¹⁸⁷. Bu sebeple İslâm hukukunda ayrıca istinaf yoluyla mahkeme hükümlerinin kontrolüne ihtiyaç duyulmamıştır. Mezâlim mahkemesinin kontrol hakkını hâiz bulunması sebebiyle, mahkemelerin bizzat kendi aralarında derecelenmeleri ve kendi cinslerinden bir adli merci tarafından kontrol edilmelerine gerek görülmemiştir. Kaldı ki kadıları tayin etme yetkisini taşıyan halife, bunların kontrolünü de elinde tutmaya itina göstermiştir. Bununla beraber İslâm hukukunda istinaf müessesesine rastlanmamasının sebeplerini araştıran bazı müellifler, ilk zamanlar buldukları yerlerde adli yetkilerin yanısıra idarî yetkileri de hâiz olan kadıların giderek kendilerini tayin eden makamdan bağımsız bir duruma geldiklerini ifade etmektedir. Bu düşünceye göre zaten ulemâ sınıfı toplumda hayli nüfuz sahibiydi ve devletin bunlara hükmetmesi zordu. Ayrıca merkezî hükümetin zayıflaması ve taşra idaresinin de bozulması sebebiyle kadıların siyasî otorite tarafından denetlenmesi sözde kalmıştır¹⁸⁸.

10. İslâm hukukunda kanun yollarının, bilhassa istinafin gelişmemesinin bir diğer önemli sebebi de şer'î mahkemeler arasında hiyerarşinin bulunmaması olarak gösterilmiştir. Gerçekten kadılar nerede olurlarsa olsunlar birbirleriyle eşit statüdeydiler. Halbuki Roma Katolik kilisesine bağlı ruhânî mahkemeler, benzer mahiyetteki şer'î mahkemelerin tersine, kendi aralarında koyu bir hiyerarşiye sahiptiler. Ancak burada papa ile halife arasındaki farka da dikkat çekmek gerekir. Halife

ve teşkili hükümdara verilmiş bir yetkidir. Bu iki muhakeme için ilk zamanlar bakımından âdî muhakeme-mezâlim muhakemesi ayrımı yapılmaktaysa da bu daha çok ikincisinin olağanüstü niteliğinden kaynaklanmaktadır. Diğer taraftan burada kastedilen, dünyevî otoritenin bizzat yaptığı yargılama ise bu da kabul edilemez, çünkü bu devletlerde dünyevî ve uhrevî otorite bir yerde birleşmiştir, bütün hâkimler bu otoritenin yargı yetkisini onun adına kullanmakta olup kural itibarıyla aralarında bir fark yoktur. Adî muhakeme ile mezâlim muhakemesi usullerinin farklı olması da bu sonucu doğurmamaktadır. Osmanlılarda da aynı husus vâridir. Devletin bütün müesseseleri, bu arada bütün mahkemeleri, hatta Tanzimat'tan sonra şer'îye mahkemelerin yanısıra kurulan nizamî mahkemeler de şer'î olarak nitelendirilmiş olup, bilhassa yargı mercileri açısından bir düâletenin varlığı o zamanki müelliflerce kabul bile edilmemiştir. (O. Nuri, I/278.)

187 Shapiro, Appeal, 366, 371; Shapiro, Courts, 207, 211-212.

188 Shapiro, Appeal, 370, Shapiro, Courts, 211.

hukukun temel konularında kural koymaya ve mevcut kuralları değiştirmeye yetkili değildi. Öte yandan şer'î mahkemelere, kadıları tayin eden siyasî otoritenin (halîfe, vezîr, vâli vs.) tâbi bulunduğu hiyerarşik görünüm yansıdığı için adlî bir hiyerarşiye gidilememiştir¹⁸⁹. Oysa bugünkü anlamda ve genişlikte olmasa bile kadılar arasında kendine has bir derecelendirmenin bulunduğu sezilmektedir. Öyle ki halîfe kadîyü'l-kudâtu genel yetki (velâyet-i âmme) sahibi olarak tayin etmekte, bu da halîfenin yargı yetkisini onun adına bizzat kullanabildiği gibi, bunu kolayca akla gelebilecek zorunluluklar karşısında başka kimselere de (kadı, nâib) devredebilmektedir. İlk zamanlar vâliler de adlî yetkileri hâiz olup kadı tayin edebilirlerdi. Sonradan bu yetkilerinin daraldığı ve ortadan kalktığı görülmektedir. Kadılar da -eğer bu yetki kendilerine tanınmışsa- yargı çevresinin genişliği veya işlerin çokluğu gibi sebeplerle kendilerine nâib adı verilen kimseleri, kendi adlî yetkileri ortadan kalkmaksızın yargı işiyle görevlendirebilirlerdi. Vekâlet akdine benzetilen bu sistemde her birisi kendi mâdûnunu (astını) kontrole ve kararlarını inceleyip gerekli görürse bozmaya yetkiliydi. Mahkemelere kendilerini tayin eden siyasî otoritenin tâbi bulunduğu hiyerarşik yapının aksettiği iddiası doğru kabul edilebilir, ancak bu otoritenin siyasî olmaktan çok, kaynağı siyasî gibi görünmekle birlikte sonraki safhalarının artık adlî mahiyette olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim halîfe veya vâlinin tayinleri belki siyasî mahiyettedir, ama kadîyü'l-kudâtu kadıları ve kadıların de nâibleri görevlendirmesi artık adlî mahiyettedir. Kaldı ki kuvvetler ayrılığının şimdiki tarzda görülmediği İslâm hukukunda, halîfe ve vâli de hâkim sıfatını hâiz, dolayısıyla aynı zamanda adlî birer otoriteydiler.

11. İslâm hukukunun dört ana kaynağından kitap, sünnet, icma' ve kıyasa aykırı hükümler aslından bâtıldır, yani hukuken baştan beri yok hükmündedir. Dolayısıyla bu iddiayla hükme itirazı olan bir kimse, her hangi bir süreyle bağlı olmaksızın, durumu yetkili mercie götürürdü. Bu merci (söz gelişi bir başka kadı, yahud divan-ı mezâlim) söz konusu hükmü bozar, yani hükmün bâtil olduğuna karar verirdi, bu ise bir tesbitten ibaretti. Daha sonra bu dâvâya yeniden bakılırdı. Bu hüküm de hukuka aykırıysa yine aslından bâtıldı, aynı muamelelere tâbi olurdu. Böylece hukuka aykırı bir hüküm asla kesinleşmezdi. Aynı usul Roma hukukunda da vardı. Böyle olunca hükmün hukuka aykırılığın tesbiti bir temyiz muamelesi, bu dâvânın yeniden yetkili merci tarafından görülmesi bir istinaf muamelesi olurdu.

¹⁸⁹ Shapiro, Appeal, 368-369; Shapiro, Courts, 209.

C. Şer'î Hukukta İstinafla İlgili Görüşler

1. Şer'î Hukukun İstinafa Elverişli Olmadığı Görüşü

Buraya kadar olan bilgilerden de anlaşıldığı üzere hukuka uygun görül-
müş bir dâvânın yeniden görülmesi ve hukuka uygun verilmiş bir hükmün bo-
zulması İslâm hukukunda prensip itibariyle mümkün değildir, çünkü "ictihad ile
ictihad nakz olunmaz" (Mecelle m.16). İslâm hukukunun kaynaklarından, hüküm
çıkartılma (istinbat) ehliyetini ifade eden ictihad, nassları (kitap ve sünnet) yo-
rumlayıp şâri'in, yani kanun koyucunun maksad ve muradını anlayabilmek, İs-
lâm hukukunun diğer delillerini de kullanarak hükümler koyabilmek demektir.
Bir başka deyişle ictihad ehliyetini haiz hukukçu (müctehid), kitap, sünnet ve
icma'da hüküm varsa uygular, açık değilse yorumlar, hüküm yoksa bunlara ay-
kırı olmamak üzere yeni hüküm koyar (kıyas). Bu ehliyeti taşıyan kimsenin
(müctehid) kendi ictihadına göre hüküm ve amel etmesi mecburî olup, (bir ihti-
yaç veya hükümdarın emri olmadıkça) bir başkasının ictihadına uyamaz, uyarı
ictihadını değiştirdiği, rücu ettiği kabul olunur. Hâkim, müftü ve halifenin pren-
sip itibariyle ictihad ehli kimselerden tayin olunması gerekir, bunların bulun-
maması durumunda mukallidlerden de tayine cevaz verilmiştir. Mukallid (taklid
eden), ictihad ehliyetini hâiz olmadığı için, bir müctehidin hukukî görüşleriyle
hüküm ve amel eder. İşte bir mahkeme hükmünün ictihad yoluyla verilmiş ol-
ması demek, hem bizzat nassları yorumlayarak ve kıyasa dayanarak verilmesini,
hem de o hâkimin kitap, sünnet, icma' ve kıyas yoluyla ortaya konmuş hukukî
hükümleri somut olaya uygulayarak önüne gelen meseleyi çözmesini ifade eder.
Hal böyle olunca ictihad ile ictihadın bozulamayacağı prensibi, hâkimlerin
ictihadla verdikleri hükümlerin, bir başka ictihadla ortadan kaldırılamayacağını
gösterir, çünkü hiçbir ictihadın diğerine üstünlüğü (rüçhâniyeti) yoktur. Ancak
hükümlerin hukuka aykırı olmaları (yani nasslara, hukukun genel prensiplerine
veya hâkimin taklid ettiği mezhebin hükümlerine uygun olmamaları) durumunda
ictihad ile verilmiş olmaları, bunların iptaline engel olmaz, çünkü mevrid-i
nassda ictihada mesâğ olmadığı için (Mecelle m. 14) bunlar zaten baştan beri
bâtıl hükümlerdir, yeniden muhakemede bulunarak yeni bir hüküm vermek yu-
karıda zikredilen prensibi ihlâl demek değildir¹⁹⁰.

190 Hz. Peygamber, huzuruna getirilen bir dâvâda hükmetmiş, dâvâyı kaybeden taraf, hasmı
huzurdan ayırdıktan sonra kendisinin haklı olduğuna dair yemin edince Hz. Peygamber
kazanana tarafı çağırarak bunu kendisine bildirmiş, o kimse de "İsterseniz yeniden
muhakeme yapınız" deyince Hz. Peygamber dâvâyı yeniden bakmış ve bu sefer de aynı
kişi lehine hükmetmişti. Bunun üzerine Nitekim Hz. Peygamber, bir hadisinde, "*Ben
ancak bir insanım. Bana ihtilaflular gelir. Bunlardan biri, diğerine göre daha iknâ edici
olur. Ben de ona göre hükmederim. Ben verdiğim bir hükümle bir kimseye hakikatte
kardeşine ait bir şeyi verecek olsam, bu onun için ancak ateşten bir parçadır!*" demiştir.

Öte yandan hukuka uygun olarak hükme bağlanan dâvâların yeniden görülmesi, hukukî istikrarı bozacağı gerekçesiyle de reddedilmiş, bir başka deyişle icthad ile icthadın nakz olunmayacağı prensibi bu sebeple kabul edilmiştir. Nitekim böyle bir durumda dâvâlar sonsuz bir şekilde mahkeme önüne götürülecek, hukukî ihtilafların sona erdirilmesi, dolayısıyla sosyal huzur ve sükûnun sağlanması söz konusu bile olamayacaktır¹⁹¹. Bu sebeple İslâm hukukunda bugünkü anlamda istinaf yolunun bulunmadığı, hâkim kanaattir. Bununla beraber hayli eski hukuk metinlerinde istinaf kelimesine rastlanır. İslâm hukukunun fîru'una dair ilk zamanlarda yazılmış eserlerin en eskilerinden olan kitabında İmam Şâfi'î, istinaftan bahsetmekte, burada hükme bağlanmış bir dâvânın yeniden ele alınması olarak geçmektedir¹⁹². Hanefî hukukçusu Serahsî ise bunu bir dâvâ görülüp hükme bağlandıktan sonra benzer bir problemi yeni bir kurala göre çözmek anlamında kullanmaktadır¹⁹³. Mâlikî hukukçusu Kurtubî de mezhebini önde gelen temsilcilerinden Eşheb'in bu konudaki görüşünü nakle ederken, hâkimin icthadıyla hüküm verdikten sonra bir başkasını daha doğru görürse hükmü istinaf edeceğinden söz etmektedir ki bu, iki düşüncenin arasında ve daha ziyade Serahsî'nin ifadesine yakındır¹⁹⁴. Ancak İslâm hukukunda istinafin, herhangi bir sebepten dolayı geçersiz olmuş bir ibadetin, bir tasarrufun yeniden şartlarına uyarak yapılması mânâsına geldiği gözden irak tutulmamalıdır.

Buhârî: Şahâdat 27, Ahkâm 20, 29, 31, Hiyel 9, Mezâlim 16; Müslim: Akdiye 5; Mâlik: Akdiye 1; Tirmizî: Ahkâm 11; Ebû Dâvud: Akdiye 7; Nesâî: Kudât 13. Bu hadis, gerçek duruma aykırı verilmiş bir hükmün, hukukî dayanağı bulunsa bile baştan itibaren geçersiz olduğunu göstermektedir. Ayrıca bu hadis, muhakemenin iadesine de delil oluşturmakta, öte yandan hâkimlerin zâhire göre hüküm vermekle mükellef olduklarına işaret etmektedir. Bu hadisin konumuza delil teşkil ettiği ortadadır. Serahsî, XVI/86. Yine yukarıda geçtiği üzere "*Kim bizim işimizde (dinimizde) olmayan bir şey ortaya çıkarırsa, bu reddolunur!*" hadisi de hukuka aykırı mahkeme kararlarının geçersiz olduğuna delil kabul edilmiştir.

191 Ebû Abdullah Muhammed bin Ahmed el-Ensârî el-Kurtubî: el-Câmi'u'l-Ahkâmul-Kur'an, Kâhire 1387//1967, XI/312.

192 Muhammed bin İdris eş-Şâfi'î: el-Ümm, yy. 1388/1968, VI/207. İstinaf sözüne buradaki mânâsıyla İslâm hukukunun diğer dallarında da rastlanmaktadır. Meselâ Reddül-Muhtar metninde haddin istinafindan bahsedilmektedir ki burada haddin tekerrürü durumunda cezanın yeniden tatbiki mânâsında kullanılmıştır. İbni Âbidîn, III/171. Ayrıca bu hususa dair bir fetvada şöyle denilmektedir: "Zeyd abdest alırken hilâl-i vudu'da hades vâki' olsa vudu'u itmam kifâyet eder mi yohsa istinaf lâzım mıdır? el-cevab: İstinaf lâzımdır." Şeyhülislâm Çatalcalı Ali Efendi: Fetâvâ-yı Ali Efendi, Ders. 1322, I/3.

193 Serahsî, XVI/85.

194 Kurtubî, XI/312.

Buradan hareketle İslâm muhakeme usulü hukukunda istinaf genellikle, hükmü hukuka aykırı verilmiş ve daha sonra yetkili bir merci tarafından bozulmuş olan bir dâvânın yeniden görülerek hükme bağlanması olarak anlaşılmıştır. Nitekim istinaf, büyük Hanefî hukukçusu Haskefî'nin Dürrü'l-Muhtar adlı eseri ve buna İbni Âbidîn ve Tahtâvî'nin hâşiyelerinde bu bakımdan ele alınmıştır. Haskefî, kadı'nın bir dâvâda hüküm verdikten sonra hükümdar dâvânın âlimler huzurunda istinafını emretse, emre uyarak muhakemeyi tekrar etmesinin gerekmediğini söylemektedir. İbni Âbidîn, kadı mahkemeyi bitirip doğru olarak hüküm verdikten sonra hükümdar muhakemeyi yeniden icra etmesi istikametinde emir verse, buna uyması gerekmez, ancak isterse hakkında âdil hüküm vermediği veya hukuka aykırı davrandığı hususundaki töhmeti gidermek için bunu yapabileceğini kaydetmektedir. Hatta bunun için kadı'nın muhakeme bittikten sonra hükmün gerekçelerini etrafıca mahkûm olan tarafa anlatması ve istenirse kendisine mahkeme kararının bir nüshasının verilmesi gerektiğini bildirmektedir. Bu da hem mahkeme üzerindeki töhmeti giderici, hem de tarafları hükme itirazdan vazgeçirici bir fonksiyon icrâ eder¹⁹⁵. Tahtâvî hâşiyesinin osmanlıca tercümesinde de *“bir kadı bir maddede ber-vıfak-ı şer'-i şerif hakla hükm etdikden sonra padişah ulemâdan bazı zevât mahzarında istima ve ikâme-i beyyine olunmasıyla emr eylese, kadıya istinafı lâzım olmaz. Amma hükmün hilâf-ı şer' olduğu fehm olunursa istifa-ı dâvâ meşru olur”* diyor¹⁹⁶.

Mesele, ondokuzuncu yüzyılın ortalarında hazırlanmış olan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'de de bu şekilde düzenlenmiştir. Dâvânın ba'delhüküm rü'yeti hakkındadır) başlığı altında konuyla ilgili dört madde sevk edilmiştir. Bunlardan ilk üçü şöyledir:

m. 1837-Usul-i meşruasına muvâfık, yani hükmün sebep ve şartları mevcut olarak hüküm ve i'lâm olunan dâvânın tekrar rü'yet ve istima câiz olmaz. **m.1838**-Bir dâvâ hakkında lâhik olan hükmün usul-i meşruasına muvâfık olmadığını mahkûmunaleyh iddia ve adem-i muvafakat cihetini dahi beyân edip de istinaf-ı dâvâ talebinde bulunduğu halde vuku bulan hüküm ledettahkik usul-i meşruasına muvâfıkta tasdik olunur, değilse istinaf kılınır. **m.1839**-Bir dâvâ hakkında lâhik olan hükme mahkûmunaleyh kanaat etmeyib de ol hükmü hâvi olan i'lâmın temyizi talebinde bulunduğu halde ledettahkik usul-i meşruasına muvâfıkta tasdik kılınır, değilse nakzolunur.

Görülüyor ki, hukuka aykırılığı iddia edilmeksizin bir hükmün yalnızca değiştirilmek maksadıyla yeniden mahkeme önüne getirilmesinde bir yarar yok-

¹⁹⁵ İbni Âbidîn, IV/326.

¹⁹⁶ Ahmed Tahtâvî: Hâşiyetü Tahtâvî ale'd-Dürri'l-Muhtar, Terceme-i Tahtâvî adıyla trc: Seyyid Abdülhamid Ayntabî, İst. 1287, VI/132.

tur. Bu takdirde hükmün üçüncü, dördüncü kez görülmesi de mümkün olmalıdır ki bunun sonu yoktur. Yargıdan beklenen ihtilafın çözülmesi gayesine de aykırıdır¹⁹⁷. Eğer bir hüküm başka bir hâkimin önüne götürüldüğünde bu hüküm İslâm hukukuna aykırı değilse ikinci hâkimin bunu tasdik edip yerine getirilmesini (tenfiz) sağlamaktan başka yapabileceği şey yoktur. O dâvâya bakmaya ehil olmayan hâkimin verdiği veya hatalı ve hukuka aykırı hükümlerin düzeltilmesi ise zaten mümkündür, çünkü böyle bir hüküm çoğunlukla baştan itibaren bâtil olduğundan icthad ile icthadın bozulması dahi söz konusu değildir¹⁹⁸. Hüküm doğru ve hukuka uygun olsa bile, hâkimin uyması gereken âdab ve şartlara uymaması, rüşvet alması, taraf tutması gibi durumlarda da hüküm iptal edildiğinden yeniden muhakeme yaparak karar vermek, istinaf sayılsa bile, yine bu prensip ihlâl edilmiş olmayacaktır. Burada mesele hukuka uygun olarak görülüp hükme bağlandığı halde bir dâvâyı tekrar hâkim önüne götürmektedir. Bu, caiz değildir.

Kaldı ki yine bu görüşün savunucularına göre, hukuken muteber olarak verilmiş bir hüküm bir başka hâkime arz edilse, hâkim bu hükmü müftü sıfatıyla

197 Kâsânî, VII/14; Ali Haydar Efendi: Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, İst. 1330, IV/793-794; İsmail Hakkı, İlm-i Hilâf, Derseâdet 1330, 262; Hin/Buğâ/Şerbecî, VIII/177. Öte yandan geçen asırda Mısır'da câri olan adliye teşkilatı ve usulünde de istinafin bu ma'nâda düzenlendiği görülmektedir. Ebyânî, 107; Abdülhakîm, 118. "Budun ve Peçuy kadılarına hükm ki:eğer mumâileyhün voyvodalarından ve eğer zuemâ vü erbâb-ı timardan reâyâdan her kim gelüb dâvâ-yı hakk ider ise bir def'a şer'le faslolmayub onbeş yıl geçmeyen kadıyyelerin husemâ muvâcehesinde bi-hasebi's-şer' teftiş idüb göresiz..." 4 Rebiülevvel 972 (29.IX.1565). BOA MD 6/219. Bu hükümde geçen "bir def'a şer'le faslolmayub" ifadesi Osmanlı adliyesindeki *sakk* (yani adli yazışma) usulünün bir neticesi olarak hemen hemen klişeleşmiş biçimde buna benzer bütün hükümlerde yer almakta, Osmanlı hukukunun istinafa bakış açısını göstermektedir. Örnek olarak: BOA MD 3/608, 701, 717, 850, 870, 891, 928, 931, 1027, 1080, 1095, 1154, 1178, 1188, 1196, 1213, 1217, 1230, 1250, 1318, 1346, 1424, 1427, 1495, 1593, 1594, 1625; 6/76, 106, 161, 182, 219, 230, 241, 289, 290, 310, 329, 353, 372, 403, 460, 604, 635, 637, 641, 642, 836, 1040, 1060, 1062, 1231, 1348, 1440; 44/164, 368. Bir devirden sonra Divan-ı Hümâyün'dan verilen adli hükümlerin mühimme defterleri yerine kaydedildiği ahkâm defterlerinde de tabiatıyla aynı ifade geçmektedir. "Edirne mollasına hükm:.....câhib-i şer'den hüccet-i şer'iyeye virilüb ol hüccet-i şer'iyeye bir def'a dahi imza olunub bu makûle fasl-ı husümet ve ibrâ-yı zimmet birle hüccet-i şer'iyeye virilen dâvânın tekrar istima'ı memnu' iken..." BOA İAD 2/198, evâhir-i L (Şevvâl) 1158 (16-24.XI.1745). Ayrıca: İAD 1/635, 938, 1122, 1132; 2/62, 111, 198, 975, 1002, 1124; 3/110, 119, 354, 357, 433, 546. Görülüyor ki Osmanlı hukukunda bir defa hukuka uygun bir şekilde görülüp sonuçlandırılmış bir dâvâyı tekrar bakılması caiz değildir. İstinafin İslâm hukukundaki yeri de budur. Öte yandan aynı kaynaklarda bu prensibin istisnası demek olan sonuçlandırılmış dâvâlara belli durumlarda padişahın iradesiyle yeniden bakılması hususunun da yer aldığı pekçok hüküm vardır.

198 İsmail Hakkı, 262.

bozacak (fetva) ve hâkim sıfatıyla da yeni bir hüküm verecektir (kazâ); bu ise fetva ile kazânın bir araya gelmesi demek olacağından bazı hukukçulara göre İslâm hukukunun genel prensiplerine aykırıdır¹⁹⁹.

Peki, bir dâvânın daha önce hukuka uygun olarak görülüp çözümlendiği nasıl bilinecek denirse: Burada yalnızca hâkimin beyanına itibar edilmez, çünkü tek kişinin şahidliği muteber değildir. Ancak usulüne uygun şahid beyanlarına itibar edilebileceği gibi kayıt ve sicillerden de yararlanmak mümkündür. Nitekim İslâm hukukunun neredeyse ilk devirlerinden beri mahkeme kararlarının yazılıya geçirildiği görülmektedir. Hz. Ali ve Basra kadısı Ebû Müse'l-Eş'arî'nin kimi dâvâ hükümlerini tescil ettiği bilinmektedir. Hicretin 40. yılında Halife Muâviye tarafından Mısır'a kadı tayin edilen Süleym bin İtr, bir miras dâvâsında hükmettikten sonra vârislerin bu hükmü görmezlikten gelerek meseleyi tekrar mahkeme önüne getirdiklerini farkedince hükmü iki şahid tutarak tescil etmek gereğini görmüş ve ikinci talebi reddetmişti. Yine meşhur hukukçu İbni Şübrime de Kûfe'de kadılık yaptığı sırada (Hicretin 120. yılında) halk arasındaki dâvâların arttığını görmüş ve hükümleri tescil etmeye başlamış, daha sonra bu husus bütün İslâm ülkelerinde yaygınlaşmıştı. Bu sahada fıkıh ilminin bir alt disiplini olarak *ilm-i sakk* veya *ilm-i mahâdir ve sicillât* denilen bir metod da doğmuş, mahkeme kararları kâtiplerce kayda geçirilegelmiştir. Mahkeme kâtiblerine yardımcı olmak üzere bu klişe ifadelerin bulunduğu *sükûk* kitapları yayınlanmıştır²⁰⁰. Osmanlılarda da kadılar görev yaptıkları mahkemelerde birer

199 O. Nuri, I/279; Berki, İslâm'da Kaza, 61. Ancak çoğu hukukçulara göre kazâ ile fetvanın bir makamda/kişide birleşmesinde mahzur yoktur. Bilmen, VIII/266-267. Ancak bunun için her iki sahada da ehliyetli ve liyâkatli bulunmak gerekir. Bilmen, I/253. Nitekim sözcüğü Abbâsîlerde İmam Ebû Yûsuf, Osmanlılarda Hızır Bey, Molla Fenârî hem kadı ve hem de müftüydiler. Bilmen, I/253-254, VIII/266-267; Uzunçarşılı, İlmiye Teşkilatı, 174, 176. Ancak muhtemelen burada kastedilen aynı olayda hem müftü hem de kadı fonksiyonu icra etmektedir. İslâm hukukunda kazâ ve fetva kurumları arasında fark vardır. Meselâ, ileride geleceği üzere, Kâbız dâvâsında Kâbız'ın haksızlığı müftü sıfatıyla Şeyhülislâm Kemalpaşazâde tarafından ispat edilmiş, bu fetvaya göre muhakeme yapan İstanbul kadısı ise ceza hükmünü vermiştir.

200 Berki, İslâm'da Kaza, 59-60; Atar, 142-143. "İstanbul kadısına hükm ki:.....otuz dokuz tarihinde İstanbul kadısı mevlânâ Şehzâde Mehmed zîdet fezâiluhu huzurunda terâfu' -i şer'.....olındukda.....virilen i'lâm-ı şer'î mücebince amel olunmak bâbında emr-i âli sâdir ...olub.....Divan-ı Hümâyûnumda mahfûz olan kuyûd-ı ahkâma müracaat olındukda tarih-i mezbûrda vech-i meşruh üzere emr-i şerîfüm virildüğü mastûru u mukayyed bulunmağın mukaddema sâdir olan emr-i şerîfüm vech-i meşruh üzere hilâf-ı şer'-i şerîf menzil-i mezbûri fûruht ve ikâmetine mûmânaat olunmamak emrüm olmuştur." Fî evâhir-i L (Şevvâl) 1157 (27.XI-5.XII.1744) BOA İAD I/1141. Bu sükûk kitaplarının Osmanlılar zamanında yazılıp basılmış en meşhurları Çavuşzade Aziz Efendi'nin

sicil defteri tutarlar, gördükleri bütün dâvâlara ilişkin hükümleri buraya kaydederler, görev süreleri bitince de halefleri olan kadılara bu defteri teslim ederlerdi. Kaldı ki mahkemeler verdikleri hükümlerin birer suretini de talep ederlerse belli bir ücret karşılığında ilgililere verirlerdi. Yani icabında mahkemeden bir dâvâya dair hüküm çıkartmış olan bir kimse aynı dâvânın bir daha görülmesini önlemek için elindeki bu eski hükmü de ibraz edebilirdi²⁰¹.

Öte yandan kadılar devlet başkanının (halife, sultan) vekilleri (nâibleri) konumunda olup, yargı fonksiyonunu bunun adına yerine getirirler. Bu sebeple aralarında hiyerarşi sözkonusu değildir²⁰². Hiyerarşi bulunmadığı için istinaf da mümkün değildir²⁰³. Zaten hukuka aykırı bir hükmü bozma yetkisini haiz bulunan temyiz mahkemesi ise aslında bir derece mahkemesi değil bir kanun mahkemesidir²⁰⁴.

2. Şer'î Hukukun İstinaf Elverişli Olduğu Görüşü

Hâkim görüş böyle olmakla beraber, şer'î hukukun, bugünkü anlamda istinafa elverişli bulunduğu kanaatini taşıyanlar da vardır. Bu hukukun birinci aslı kaynağı olan Kur'an'da bu görüşe delil kabul edilen enteresan bir olay zikredil-

Dürrü's-Sükûk'u ile Şânizade'nin Envarü's-Sükûk ve Ziyaeddin Efendi'nin Sakk-ı Cedid'idir. İlki 1288, son ikisi de bir arada 1243 tarihinde İstanbul'da basılmıştır.

201 İbni Âbidîn, IV/321 vd; A. Haydar, Dürer, IV/717-718; Uzunçarşılı, İlmiye Teşkilatı, 116; Bayındır, 1-2; Akgündüz, Şer'îye Sicilleri, 17. "Hâkim, mahkemeye sicillât defteri vaz' idüb vireceği i'lamât ve senedâtı hile ve fesâddan sâlim olabilecek muntazam bir surette ol deftere kayd ve tahrir ve ânın hıfzına dikkat ve i'tina ider." Mecelle m. 1814. Bu konuda 15 Zilhicce 1290/1874 tarihinde *Sicillât-ı Şer'îyye ve Zabıt-ı Deâvi Cerideleri Hakkında Ta'limât* yayınlanmıştır. Düstur: I/4/85-87. 4 Cemâzilevvel 1296/1879 tarihinde de *Bilâ Beyyine Mazmûnuyla Amel ve Hükm Câiz Olabilecek Sürette Senedât-ı Şer'îyye'nin Tanzimine Dair Ta'limât* neşredilerek şer'îyye mahkemelerinin i'lâm ve hüccetleri, mahkemelerde kesin delil olabilecek şekilde nasıl düzenleyeceği hükmüne bağlanmıştır. Düstur: I/4/79-84.

202 Bilge, Karar Düzeltme, 53. Nitekim Osmanlı Devleti'nde görülen rütbelere yalnızca maaş, tayin ve protokol bakımındandır. Akdağ, I/402. Bir hâkim diğerinin âmiri değildir. Coşkun Üçok/Ahmet Mumcu: Türk Hukuk Tarihi, Ank. 1976, 230. Kazasker bundan müstesna gibi görünmektedir. Gerçekten kadıların tayin ve her türlü özlük işlerini kazaskerler yapmaktadır. Ancak kadılar, isimleri padişaha arz edilip onaylanırsa tayin edilmekte, dolayısıyla kadılar doğrudan padişahın nâibleri olmaktadır. Bunları denetleme işinin de pratikte padişah tarafından vekil sıfatıyla kazaskerlere verilmiş olduğu anlaşılmaktadır.

203 Coulson, 163.

204 Berki, İslâm'da Kaza, 60.

mektedir²⁰⁵. Buna göre Hz. Süleyman, babası Hz. Davud'un bir dâvâda verdiği hükmü istinaf etmiştir. Bir gece bir koyun sürüsü bir bağa (veya bir ekin tarlasına) girerek zarar vermişler, zarara uğrayan kimse Hz. Dâvud'a gelerek koyunların sahibinden dâvâcı olmuş, O da koyunların zarara uğrayan kimseye tazminat olarak verilmesine hükmetmiştir. Taraflar dâvâyı daha sonra Hz. Davud'un oğlu Hz. Süleyman'a götürmüşler, O da koyunların zarara uğrayan tarafa teslim edilmesine, bağlar (veya ekinler) yeniden yetişene kadar dâvâcının bunların semerelerinden faydalanmasına, bağlar (veya ekinler) yetişince koyunların tekrar sahibine iade edilmesine hükmetmiş, Hz. Dâvud da bu hükmü kabul etmiştir. Kur'an'ın, bilhassa hukukî yönden yapılan tefsirlerinde (ahkâm tefsirlerinde) bu konuyu aydınlatmaya yönelik etraflı bilgi ve görüşler serdedilmektedir. Daha çok sünnî hukukçuların dışındakilerce savunulan bir görüşe göre burada iki hüküm de icthad sonucunda verilmiş değildir, çünkü peygamberler vahye muhatap ve hukukun temel kaynakları olan nasslara doğrudan ulaşabilecek halde oldukları için icthad etmeleri caiz değildir. Bu görüş hukukçulara icthad yetkisinin verilip de peygamberlere verilmemesinin ma'kul olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Öte yandan bu görüş kabul edilecek olursa, yani eğer iki peygamber de nass ile hüküm vermiş iseler hangisinin esas alınacağı problemi doğmaktadır. Hz. Davud'un henüz hükme varmamış olup, önce kendi görüşünü bildirdiği, sonra ise Hz. Süleyman'ın görüşüne göre hüküm verdiği şeklinde bir düşünce varsa da, âyetin zâhirinden her ikisinin de hüküm verdiği anlaşılmaktadır. Yine bir başka görüş, Hz. Davud'un görüşünün kazâî bir karar (hüküm) değil de fetva olduğu yönündedir. Halbuki İslâm hukukunda peygamberlerin fetvası hüküm sayılmaktadır. Yine Hz. Davud'un hükmünün Hz. Süleyman'inkiyle neshedildiği gibi izahlar getirenler de vardır. Ancak bu tarihte Hz. Süleyman'ın henüz peygamber olup olmadığı bilinmediği için nesh kesin değildir. Bu konudaki bir görüş de Hz. Davud'un hükmünün icthad ile, Hz. Süleyman'ın hükmünün ise vahy sonucu verildiği, böylece ikincisinin birinciyi neshettiği yönündedir. Yine kimilerine göre, burada Hz. Davud henüz hükmünü kesinleştirmeden (ibram) Hz. Süleyman'ın görüşünü duymuş ve onu hükme esas almıştır. Diğer yandan Hz. Süleyman'ın kendiliğinden bu hükme karşı çıkmadığı, görüşünü açıklaması için babasının talepte bulunduğu, hatta yemin verdirdiği de kaydedilmektedir. Bu konuda Sünnî müellifler arasındaki hâkim görüş ise, iki peygamberin de icthadlarıyla hüküm verdikleri, Hz. Süleyman'ın hükmünün daha isabetli bulunduğu ve Hz. Davud'un bu hükme döndüğü (rücu) ve onu imza ve infaz ettiği yönündedir²⁰⁶. Bu âyetten hem icthad ile icthadın nakzedilmeyeceği hükmü

²⁰⁵ Enbiya: 78-79.

²⁰⁶ Ebû Bekr Ahmed bin Ali er-Râzi el-Cessas: Ahkâmü'l-Kur'an, Nşr: Dârülmushaf, Kâhire ty, V/55; Kurtubî, XI/309-312; Şeyhzâde, III/359.

çıkarılmakta, hem de dâvâlara yeniden bakılarak hatalı hükümlerin bozulabileceği sonucuna varılmaktadır²⁰⁷. Çünkü burada birbirine eşit iki icthad ve buna dayalı iki hüküm bulunmakta, bunlardan ikincisi herhangi bir sebeple daha isabetli görülerek ilkinin yerine geçmiş ve yerine getirilmiştir. Bu ise gerçekten istinafa çok benzemektedir. Kaldı ki âyet metninde Hz. Süleyman'ın hükmünde isabet ettiği bildirilmekle beraber, her ikisinin de ilim ve hüküm bakımından övüldükleri görülmektedir. Hz. Davud'un icthadı yanlış olsaydı övülmezdi²⁰⁸.

Buna benzer bir olay da sünnet kaynaklarında yer almaktadır. Hz. Muhammed'in bildirdiğine göre, Hz. Davud'un görüp sonuçlandırdığı bir dâvâya Hz. Süleyman yeniden bakarak farklı bir hükme varmıştır. İki kadın yanlarında birbirine çok benzeyen birer oğlan çocuğu ile yolda giderlerken bir kurt çocuklardan birini götürmüş, kadınlar geride kalan çocuğun kime ait olduğu hususunda ihtilafa düşünce Hz. Davud'a vaziyeti intikal ettirmişler, Hz. Davud çocuğun büyük kadına ait olduğuna karar vermiş, taraflar daha sonra dâvâyı Hz. Süleyman'a götürmüşler, O da eline bir bıçak alıp çocuğu eşit iki parçaya ayırarak kadınlar arasında paylaştırmaya hükmedince büyük kadının sessizliğine mukabil küçük kadın "Aman öyle yapma, çocuk büyüğün olsun!" diye telâş eseri göstermiş, Hz. Süleyman bu şefkatli hareketin ancak gerçek anneye ait olabileceğini düşünerek çocuğu küçük kadına hükmetmişti²⁰⁹. Yukarıdaki olayla ilgili olarak bildirilen görüşler aynen burada da ileri sürülmüştür. Hz. Davud'un delil olarak taraflardan yaşça büyük olanın sözüne ve yeminine veya dâvâ konusunun bu tarafın elinde olması karfinesine dayanarak hüküm verdiği iddia edilmişse de hadîs metninde buna dair bir açıklık bulunmamaktadır. Burada Hz. Süleyman "lâtif bir hile" ile yeni bir delil elde etmiş ve hükmünü babasının dayandığı delillerden daha güçlü görünen bu karfene dayanarak vermişti²¹⁰. Bu olay öncekinden de bariz bir şekilde istinaf prensibini içermektedir.

207 İbni Kayyim, I/326-327; Hâşim, 3/392. Hatta Kurtubî, "eğer bu âyet olmasaydı kadınlar helâk olurdu" diyor. Kurtubî, XI/309.

208 İbni Teymiyye: "Ref'u'l-Melâm", İslâm Hukukunda Mezhebler, Trc: H. Karaman, İst. 1971, 56.

209 Buharî, Enbiyâ 40, Ferâiz 30; Müslim: Akdiye 20; Nesâî: Adâbi'l-Kudât 16. Bu sonuncu kaynaktan hadîs, bizzat "hâkimin başkasının hükmünü bozması" başlığı altında verilmiştir ki bu hadîsin konuya delâleti bakımından önemlidir. Yine aynı kaynaktan bu hadîs bir de "hâkimin ilmiyle hükmetmesi" başlığı altında tekrar edilmiştir. Adâbü'l-Kudât 1. Bu hadîs, Tirmizî ve Ahmed bin Hanbel'in Müsned'inde de yer almaktadır. Aynı hâdise, az-çok farklı ifadelerle, bugün elde bulunan Tevrat'ta da vardır. I. Kıralar 3/16-28.

210 Kurtubî, XI/313; İbni Hacer Askalâni, VI/362.

Yine hadis kaynaklarında yer alan ve Hz. Peygamber'den nakledilen bir olay, istinafa delil oluşturacak mahiyettedir. Burada Hz. Peygamber, bir seriyyeye²¹¹ gönderdiği Sahabîlere, Kureys kabilesine mensup ve vaktiyle Hz. Peygamber'in kızı Zeyneb'in ve çocuğunun ölümüne sebep olan iki kişinin yakalandığında ateşte yakılarak cezalandırılmalarını emretmiş, bir süre sonra (seriyye vedalaşmak üzere huzurlarına geldiğinde) ateşle azâbın ancak Allah'a mahsus olduğunu nazara alarak bu hükmünden döndüğünü bildirmiştir. İbni Hacer, burada icthadla verilen hükümden dönmenin cevâzına işaret vardır, diyor²¹². Yine İbni Muğîre'den dul kalıp Üsâme bin Zeyd ile evlenmek isteyen Fâtıma binti Kays hakkında Hz. Peygamber bunun Ümmü Şerîk'in evinde iddet beklemesine hükmetmişti. Daha sonra Ümmü Şerîk'in çok gelen-gideni olduğunu göz önüne alarak hükmünü bu kadının amcası oğlu olup, iki gözü de görmeyen Abdullah İbni Ümmi Mektûm'un evinde iddet beklemesi yönünde değiştirmiştir²¹³. Anlaşıldığına göre, Hz. Peygamber her iki hadisede de ilk hükmünü icthadıyla vermiş, sonra da daha isabetli bulduğu bir başka icthada dönmüştür. Daha önce de geçtiği üzere İslâm hukukunda peygamberlerin icthad etmeleri hukukçuların büyük çoğunluğuna göre caizdir; ancak burada yanlısalar bile vahyin kontrolünde oldukları için hata üzerinde devamlı kalmazlar. İşte bu olayın istinafin meşruyetine delil teşkil etmemesi için bir sebep yoktur, nitekim ilk hadisi şerheden İbni Hacer açıkça bunu ifade etmiştir.

Halife Hz. Ömer'in Kûfe kadısı Ebû Müse'l-Eş'ari'ye gönderdiği mektup/talimatın daha evvel zikrolunan maddesinin de istinafa delil teşkil ettiği söylenebilir. Hatta istinafa karşı çıkan İslâm hukukçuları bile, bu mektupta hâkimlerin bir hükmü verdikten sonra bunun adaletle uymadığını anlamaları hâlinde bu hükümden dönmelerine izin veren maddesini delil göstererek hâkimlerin verdikleri hükümden dönmelerinin mümkün olduğunu söylemişlerdir²¹⁴. Gerçi burada aynı hâkimin verdiği hükümden dönmesinden bahsolunduğu için öncelikle muhakemenin iâdesine delil teşkil etmektedir. Bununla beraber istinafa da dâvâcının hükümde bir adaletsizlik, bir hukuka aykırılık bulunduğu iddiası ve adaletin tecelli ettirilmesi arzusu söz konusudur. Öyleyse bu mektup/talimat

211 Hz. Peygamber'in bizzat katıldığı savaflara *gazve*, bizzat katılmayıp kumandan olarak başkasım görevlendirerek düşman üzerine gönderdiği orduya *seriyye* adı verilir. Kettânî, II/145.

212 Buhârî, Cihâd 107, 149, Enbiyâ 40, Ferâiz 30; Müslim: Akdiye 20; Nesâî: Âdâbü'l-kudât 1, 16; Tirmizî: Kadâ 14, 15; Ahmed, II/340; İbni Hacer Askalânî, VI/113.

213 Müslim: Fiten 119.

214 Kurtubî, XI/312.

maddesinin bunu da kapsamı için bir engel yoktur. Halbuki önceleri bütün unsurlarıyla yeniden yargılama yapılan klasik anlamda istinafin kabul edildiği Avrupa'da, ancak onsekizinci yüzyıldan sonra yargılamanın olduğu gibi tekrarlanmayıp sadece gerekli yerler için yargılamaya başvuru dar mânâda istinaf anlayışına geçilmiştir²¹⁵.

Daha önce de zikredildiği üzere, İmam-ı A'zam Ebû Hanîfe'nin kadıların verdikleri kararları öğrencileriyle beraber inceleyip ve bunlarda hukuka aykırılık gördüğü zaman ilan ettiği, bu meyanda zamanın önde gelen hukukçularından İbni Ebi Leylâ'nın baktığı bir ceza dâvasında hükmü inceleyerek beş (veya yedi yerde) hataya düşüldüğünü bildirmesi meşhurdur²¹⁶. Hatta bu sebeple kendisine zamanın halifesi tarafından kadıyü'l-kudâtlik (başhâkimlik) teklif edilmişse de adalet konusundaki derin hassasiyeti sebebiyle bunu kabul etmediği söylenir. İşte İmam-ı A'zam Ebû Hanîfe'nin bu hareketi ilmi bir faaliyet sayılsa bile mahkeme kararlarının incelenebileceği ve varsa bunlardaki hukuka aykırılıkların tesbit edilebileceğini göstermektedir. Bu da istinaf olmasa bile temyiz meşruyetine delildir. Eğer böyle bir inceleme hukuken caiz olmasaydı, bu büyük hukukçunun bu şekilde davranmazdı. Yine buna benzer bir olay da onbirinci yüzyılda yaşamış olan büyük İslâm hukukçusu İmam Gazâlî'yle ilgilidir²¹⁷.

Şeyhülislâm Ebussuud Efendi'nin *Ma'rûzât* adlı eserinde yer alan bir fetva konumuz açısından oldukça önemlidir:

"Mes'ele: Bir def'a şer'-i şerifle faslolunub âher kadı tenfiz ve imza eylediği husus yine aslından dinlenmek şer'i olur mu? el-cevâb: Emr-i sultanî"

215 Yenisey, İstinaf, 5-6, 58-59.

216 İbnü'l-Hümâm, IV/208; İbni Âbidîn, III/177.

217 Hz. Peygamber, Eshâb'dan Temîm-i Dâri'ye henüz fethedilmemiş bulunan, ancak ileride fethedileceğini bildirdiği Şam'da arâzi iktâ etmiş ve buna dair ellerine bir de belge vermişti. Şam'ın fethinden sonra Temîm elindeki belgeyi ibrâz ederek kendisine iktâ olunan bu arâziyi aldı ve soyundan gelenler asırlarca buraya tasarruf ettiler. Filistin'de bulunan bu arâziyi zamanın vâlisi bunların elinden almak istedi, bunlar da Kudüs kadısı Ebû Hâtîm el-Herevî huzurunda vâli aleyhine dâvâ açıp bu belgeyi delil olarak ibrâz ettiler. Kadı, bu belgenin bağlayıcı bulunmadığı, çünkü Hz. Peygamber'in henüz mülkü olmayan bir yeri iktâ etmiş olduğu yolunda hüküm verdi. Vâli fakihlerden fetva istedi, bu sırada Kudüs civarında bulunan İmam Gazâlî ise Hz. Peygamber'in "*Bütün yeryüzü bana mülk olarak verilmiştir*" sözüne dayanarak bu hükmün yanlış olduğu yönünde görüş bildirdi ve kadıyı tekfir etti. Bunun üzerine arâzi Temîm'in vârislerinin elinde kaldı. (Hadise, Haçlıların bölgeyi işgalinden az önce geçmiştir) Kettânî, I/231. (İlgili hadis için bkz. Müslim: Fiten 19; Ebû Dâvud: Fiten 1)

olmayacak olmaz, memur olıcak dahi sâbikan şer'le faslolunduğı sâbit olıcak tağyir olunmaz."²¹⁸.

Ebussuud Efendi'nin bu fetvasına kaynak olarak, bir nüshasında Hanefî hukukçusu Hakîm eş-Şehid'in *Kâfi* adlı kitabından "*kazânın şer'i bir hak olduğu ve siyâneti lâzım geldiği*", bir başka nüshada ise Molla Hüsrev'in *Dürer* adlı eserinden "*ictihad ile ictihad nakz olunmaz*" ibâresinin alındığı görülmektedir. Fetvadan anlaşıldığına göre bir hâkimin görüp sonuçlandırdığı bir dâvâ ancak sultanın emriyle (veya izniyle) yeniden görülebilir. Sultanın emri (izni) ise ya genel veya özeldir. Yani sultan, muayyen bir dâvânın yeniden görülüp sonuçlandırılmasını emredebileceği gibi, genel olarak dâvâların bir kez daha görülmesini de emredebilmektedir. Birinci halde önce sultana müracaat edilecek, dâvâ onun emriyle bir başka hâkime gönderilebilecektir. Osmanlı Devleti'nde şer'î mahkemelerde cârî esas buydu. İkinci halde ise doğrudan bir başka mahkemeye gidilir, bu mahkeme sultanın genel emriyle bu dâvâyâ yeniden bakmaya izinlidir. Osmanlı Devleti'nde Tanzimat'tan sonra kurulan nizamiye mahkemelerinde ise bu esas geçerliydi. Sultan emrinin muhatabı aynı mahkeme olabileceği gibi bir başka mahkeme de olabilir. Fetva metninde geçen emir verilse bile, hukuka uygun olarak dinlenen dâvâ hükümleri değiştirilemeyecektir. Gerçi müracaat için bir gerekçe gösterilmesi gerekmeyen istinafa bile istinaf eden taraf, hükmü hukuka aykırı bulduğu için bu yola gitmektedir, dâvâyı kaybedeceğini ve sonuçta para cezası ödeyeceğini bilen bir kimsenin istinafa gidebileceği düşünülemez. Kaldı ki ilk hükmün hukuka uygun verildiği ortaya çıkarsa ikinci mahkemenin bunu tasdik ve tenfiz etmekten başka imkânı yoktur.

Haskefî'nin *Dürrü'l-Muhtar* adlı eserinde ve geçen asırda yaşamış büyük Hanefî hukukçusu İbni Âbidîn tarafından buna yapılan hâşiyede, şayet hâkimin hükmünde töhmet varsa, bunu bertaraf etmek için muhakemenin yeniden icrâ olunabileceği bildirilmekte, hatta burada bizzat istinaf kelimesi kullanılmaktadır. Yine aynı yerde, sultanın kadıya bir dâvâyı âlimler huzurunda tekrar görmesini emretmesi durumunda bile kadı'nın buna mecbur olmadığı esası zikredilmiştir²¹⁹. Mecelle şârihi Mes'ud Efendi de, Mecelle'nin ilgili maddelerini

²¹⁸ Paul Horster: Zur Anwendung des Islâmischen Rechts im 16. Jahrhundert, Stuttgart 1935, 52; Akgündüz, Osmanlı Kanunnâmeleri, IV/55.

²¹⁹ İbni Âbidîn, IV/326. Buna kaynak olarak Bezzâziye verilmiştir. Eshâb'dan Ubâde bin Sâmî, Halîfe Hz. Ömer zamanında Filistin'de kadı idi. Şâm vâlisi Hz. Muâviye, bir dâvâda verdiği hükmü değiştirmesi hususunda ısrarla talepte bulununca görevinden istifâ ederek Medine'ye dönmüş, Halîfe istifasını kabul etmeyerek Hz. Muâviye'ye Ubâde'nin işine karışmaması hususunda emir vermiştir. Bu, İslâm hukuk tarihinde hâkim bağımsızlığı prensibinin uygulanışına da tipik bir örnek oluşturur. Ebû Ömer Yusuf bin Abdullah bin Muhammed bin Abdilber: el-İsti'âb fî Ma'rifeti'l-Eshâb, Thk:

şerhederken, bir kere usulüne uygun olarak çözülmüş dâvânın yeni bir delil veya def' olmaksızın tekrar görülemeyeceği prensibini kaydettikten sonra, yine yukarıdaki ifadeye dayanarak, sultanın kadıya bir dâvâyı âlimlerin huzurunda tekrar görmesini emretmesi durumunda bile kadı'nın buna mecbur olmadığını bildirmekte, bundan da istinafin câiz olduğu sonucuna varılabileceğini söylemektedir, nitekim bu ifadeden kadı'nın böyle bir mecburiyeti olmadığı ancak isterse yeniden muhakeme yapabileceği mânâsı çıkmaktadır²²⁰.

Mısır'daki Ezher üniversitesinin son devir hocalarından Ahmed Abdülmün'im el-Behiy, *zübye meselesi* olarak bilinen hâdisenin, istinafin cevazına Hz. Peygamber'in sünnetinden açık bir delil olduğunu söylemekte ve bizzat istinaf kelimesini kullanmaktadır²²¹. Burada, Yemen'e hâkim olarak gönderilen Hz. Ali bin Ebû Tâlib, bir taksirli adam öldürme dâvâsını neticelendirmiş, taraflar dâvâyı Peygamber'e götürmüşler, O da hükmü doğru bularak tasdik etmiştir²²². Gerçekten de bu hadisede hiçbir gerekçe olmaksızın sırf itiraz maksadıyla hükme bağlanmış bir dâvâ üst bir yargı merciiinde tekrar görülmüştür. Bu bakımdan istinafi andırdığı inkâr edilemez. Nitekim Hz. Ali tarafların hükümden hoşnud olmazlarsa dâvâyı bir de Hz. Peygamber'e götürebileceklerini, çünkü O'nun kendisinden daha iyi hükmedeceğini söylemiştir. Bu da O'nun istinafi caiz gördüğüne delâlet eder. Ancak burada Hz. Peygamber'in sıradan bir başka

Ali Muhammed el-Buhârî, Kâhire 1380/1960, II/808. Bu hadisenin Ebu'd-Derdâ ile Muâviye arasında geçtiğine dair rivayetler de vardır. İşin esasında, siyasî bir baskı değil, altın veya gümüşten mâmül eşyanın ağırlığından daha fazla bir fiyata satılıp satılmayacağına dair ictihad ayrılığı yatmaktadır. Mâlik: Büyü' 32; Nesâi: Büyü' 47.

220 Mes'ud Efendi: Mir'at-ı Mecelle, İst. 1299/1297, 849-850. Müellif burada Tenkihü'l-Hâmidî, Fetâvâ-yı Bezzâziyye ve Reddül-Muhtar adlı eserleri kaynak göstermektedir.

221 Ahmed Abdülmün'im el-Behiy: Tarihü'l-Kadâ' fi'l-İslâm, Kâhire 1965, 71-73.

222 Yemenli muhtelif kabilelere mensup kimseler arslan avlamak maksadıyla çukur kazıp başında beklerken içlerinden biri çukura düşmüş, buna takılarak başka biri, derken tam dört kişi çukura düşmüş ve arslan da bunları parçalamıştı. Bunun üzerine sonraki maktullerin kabileleri çukura ilk düşenin kabilesinden üç kişinin diyetini istemişler, çukura ilk düşenin kabilesi ise sadece buna takılan bir kişinin diyetini ödemeye hazır olduklarını söyleyince büyük bir husumet meydana gelmişti. Bunun üzerine Yemen hâkimi bulunan Hz. Ali rıza göstermeleri durumunda onların aralarında hükmedebileceğini, hoşnud olmazlarsa hükmü Hz. Peygamber'e götürebileceklerini söylemiş, onlar da razı olmuşlar; Hz. Ali ilk düşene -ona takılarak üç kişi daha helak olduğu için- 1/4, ikinci düşene -ona takılarak iki kişi daha helak olduğu için- 1/3, üçüncü düşene -ona takılarak bir kişi daha helak olduğu için- 1/2, son düşene ise -onun yüzünden kimse helak olmadığı için- tam diyet verileceğine hükmetmişti. Bu hükme bazıları razı olmuş, bazıları olmayarak meseleyi Hz. Peygamber'e götürmüşlerdi. O da meseleyi incelemiş ve hükmü hukuka uygun bularak tasdik etmiştir. Arslan avlamak için kazılan çukura zübye denildiği için bu mesele böyle tanınır. Veki', 1/96.

hâkim değil, hâkimleri tayin ve onların hükümlerini kontrol etmeye, gerekirse neticelendirdikleri dâvâlara yeniden bakmaya yetkili bir devlet başkanı olduğu gözönünde tutulmalıdır. Zaten Hz. Ali hükmü bir başka hâkime değil, başhâkim olan Hz. Peygamber'e götürülebileceklerini söylemiştir.

Son devir İslâm hukuku yazarlarından Zuhaylî'ye göre hükmü kesinleştikten sonra bir dâvânın yeniden bir başka hâkim önüne götürülmesi caiz olmamakla beraber, mahkemelerin birkaç dereceli olması durumunda, taraflar hükmün birden fazla derecede inceleneceğini ve dolayısıyla hemen kesinleşmeyeceğini dâvânın başından beri bileceklerinden, hükümlerin birbiriyle kesişmesi söz konusu olmayacaktır. Ancak hüküm temyiz derecesinde incelenip kesinleştikten sonra "*ictihad ile ictihad nakz olunmaz*" prensibi gereği artık bir daha herhangi bir mahkeme önüne götürülemeyecektir²²³.

Diğer yandan Mecelle'nin 1801. maddesinde ifadesini bulan bir esas vardır ki o da hâkimin zaman, mekân, konu ve tatbik edilecek hukuk yönünden sınırlandırılabilmesidir. Dolayısıyla devlet başkanı bazı hâkimleri sözgelişi önceden görülüp hükmü bağlanmış dâvâlara bir kez daha bakmakla görevlendirebilirdi. Bu prensibin ışığında son devir müelliflerinden Abdülkerim Zeydan'a göre, hükmü hukuka aykırı olmadığı halde kamu düzeninin gerektirdiği hallerde bir dâvânın birinci derecede görüldükten sonra, veliyyülmr, yani devlet başkanı tarafından bu iş ile memur, bir başka deyişle birinci derecede görülüp sonuçlandırılan dâvâlara bakmakla kayıtlanmış ikinci derece hâkimi önüne her ne sebeple olursa olsun götürülebilecek, bunun da hükmü üçüncü derecede temyiz incelemesine tâbi olabilecektir²²⁴. Gerçi İslâm hukukuna dair klasik eserlerde de bu ifadelere dayanak olabilecek bilgiler yok değildir. Şöyle ki, bir hâkimin verdiği karar ikinci bir hâkime götürülse, bu ikinci hâkim, hükmün hukuka aykırı olduğu kanaatine varırsa bunu bozabilir, dâvâya yeniden bakarak hükmeder; aksi takdirde, yani ilk hüküm hukuka uygunsa, ikinci hâkimin bu hükmü bozup başka türlü karar vermesi mümkün değildir, verirse üçüncü bir hâkim tarafından bunun verdiği hüküm de bozularak ilk hüküm yerine getirilir²²⁵. Burada dâvâya

223 Vehbe Zuhaylî: İslâm Fıkhı Ansiklopedisi, Trc: Hey'et, İst. 1994, VIII/473-474.

224 Abdülkerim Zeydan: Nizamu'l-Kadâ, Bağdad 1404/1984, 279-281.

225 Mavsîfî, II/87-88; Ebû Bekr bin Ali el-Abbâdî el-Haddâd: el-Cevheretü'n-Neyyire, (Seyyid Abdülğani el-Meydânî'nin el-Lübâb Şerhu Muhtasarı Kudurî ile birlikte), İst. 1316, II/315; Ebu'l-Hasen Ali bin Ebi Bekr Burhanüddin Merğînanî: el-Hidâye Şerhu Bidâyetü'l-Mübtedî, Kâhire 1384/1965, III/107; Molla Hüsrev Muhammed bin Ferâmuz bin Ali: Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Ğureri'l-Ahkâm, (Trc: Ahmed bin Ali Ankaravî), Bulak 1258, II/870; İbni Âbidîn, IV/340, 342-344. Buna benzer bilgiler başka kaynaklarda,

bakıp neticelendiren hâkim hükmü tenfiz edemedi ölür veya azledilirse hükmü tenfiz için ikinci bir hâkime başvurulmaktadır. Bu ikinci hâkim hükmü derhal yerine getirmek zorunda değildir, isterse hükmü inceler, hukuka aykırı bulursa veya bu hükümden şüphe eder yetersiz bulursa tenfizden kaçınarak delilleri yeniden isteyip dâvaya tekrar bakması mümkündür. Burada ikinci hâkim istinaf, üçüncü hâkim temyiz derecesi olarak düşünülemez, çünkü burada ikinci hâkim de, üçüncü hâkim de ilki gibi sıradan bir mevkidedir, halbuki istinaf mahkemesi bir üst derece mahkeme olduğu gibi, temyiz mahkemesi bir derece mahkemesi değil bir kanun mahkemesidir. Kaldı ki ikinci hâkim, burada bir başka hâkimin verdiği hükmü ancak hukuka aykırı olması durumunda bozabilmektedir, yoksa hiç bir gerekçe olmadan yeniden muhakeme yaparak bu hükmün hilâfına hüküm verme hakkı bulunmamaktadır, aksine böyle bir hükmü tasdik edip (imza) yürürlüğe koyma (tenfiz) yükümlülüğü vardır²²⁶. Bunu, yani bir hâkimin hükmünün imza ve infaz için ikinci ve üçüncü hâkime götürülmesini toplu hâkim usulü gibi ele alıp değerlendiren müellifler de olmuştur²²⁷. Ancak bu istisnâ bir durumdur, ilk hâkimin ölmesi veya azledilmesi ya da bu hâkimin bâgiler tarafından tayin edilmiş olması gibi durumlarda söz konusudur.

Günümüzde yaşayan ve meselelere modern yaklaşımlarıyla tanınan Suriyeli hukukçu Zerkâ da, İslâm hukukunda prensip itibarıyla mahkemelerin tek dereceli olduğunu, ancak zamanın bozulması (fesâdû'z-zaman) sebebiyle mahkemelerin derecelendirilebileceğini, bunun artık zamanımızın maslahatı gereği, yani kamunun menfaatine olduğunu bildirmektedir²²⁸.

Yine son devir müelliflerinden Kardâvî ise, İslâm hukukunun, kazâ mercilerini ve buralarda geçerli olacak usulleri belirlemek üzere devlet başkanına yetki tanıdığına işaret ederek kanun yollarına ilişkin her türlü düzenlemenin devlet başkanı tarafından yapılabileceğini söylemektedir²²⁹.

sözgeşi Hassaf ve Karâfî gibi usul hukukçularının eserlerinde de yer almaktadır, Zeydan görüşünü delillendirme sadedinde bunları da zikretmiştir. Zeydan, 280.

226 Konu, ictihad sahasına girmekte ve kadı de müctehid olup buna göre karar vermişse mesele yoktur, ancak hüküm asla kitap, sünnet ve icma'ya aykırı olamaz, olursa bozulur. Haddâd, II/315; Meydânî, II/315.

227 Kâsânî, VII/14.

228 Mustafa Ahmed ez-Zerkâ: el-Fıkhü'l-İslâmî fî Sevbihî'l-Cedid el-Medhal, Dimaşk 1956, II/925

229 Yusuf el-Kardâvî: Hasâisü'l-Âmme, Beyrut 1985, 223.

3. Şer'î Hukukta İstinafla İlgili Görüşlerin Değerlendirilmesi

Netice itibarıyla, İslâm hukukunda istinafin devlet başkanının emriyle mümkün olduğunu söylemek daha isabetli görünmektedir. Nitekim yukarıda geçtiği üzere, Hz. Süleyman'ın babasının baktığı bir dâvâya tekrar bakıp yeni bir hüküm vermesi, hâkim mevkiinde bulunan Hz. Davud'un izniyle olmuştur. Zaten bir mahkemede görülüp sonuçlandırılan bir dâvâyı başka bir mahkemeye götürmek şer'î hukukun genel prensipleri çerçevesinde imkânsızdır. Öyle ki -bilhassa Osmanlı Devleti'nde- hâkimler genellikle belirli bir yargı çevresinde görevli ve yetkili olup (Mecelle m.1801) bu halde başka bir yargı çevresine ait dâvâya -hüküm hukuka aykırı bile olsa- bakamazlardı. Ebussuud Efendi'nin yukarıda zikrolunan fetvasındaki "Emr-i sultanî olmayacak olmaz" sözü biraz da buna işaret etmektedir. Kaldı ki hukuka uygun olarak verilmiş bir hüküm kazıyye-i muhkeme teşkil eder, ayrıca hukukî ihtilafları o hâdise bakımından ortadan kaldırır. Usulüne uygun olarak görülmüş ve neticelendirilmiş bir dâvânın yeniden görülmesi için devlet başkanının emir ve izin vermesi mutlak ve keyfi değildir. Devlet başkanı ancak bir maslahat görürse dâvânın yeniden bakılmasını isteyebilir. Çünkü devlet başkanı her çeşit tasarrufunda öncelikle hukukun hükümlerine uymak zorundadır. Hukukun boşluk bıraktığı, söz söylemediği yerlerde de keyfi davranamaz, maslahat prensibini, bir başka deyişle kamu menfaatini gözetmesi gerekir. Nitekim Mecelle'nin 58. maddesi "Raiyye, yani teb'a üzerine tasarruf maslahata menuttur" diyor²³⁰.

İslâm hukuku icthadlardan teşekkül eder ve bu sebeple bir mesele hakkında pek çok çözüm yolu bulunabilir. Bunun pratikte doğurması muhtemel sınırları bertaraf etmek ve bir belde hukuk birliğini sağlamak için devlet başkanına büyük bir rol düşmektedir. Bir başka ifadeyle o belde hâkim hukuk, İslâm hukukunun bu devlet başkanının benimsediği yorumu, yani icthad veya mezhebidir. Nitekim Selçuklu ve Osmanlı Devletlerinde hükümdarlar Hanefî mezhebinde bulunduğu için ülkelerinde de bu mezhep yürürlükte olmuş, hukukî ihtilaflar bu yönde çözülmüştür. İşte hukuk hayatında her türlü düzenleme devlet başkanının inisiyatifine bırakılmıştır. Bunları hukukun genel prensiplerine ve maslahata (kamu menfaatine) göre yapar. Dolayısıyla bir hâkimin kitap, sünnet ve icma'a, yani hukuka aykırı olarak verdiği hüküm zaten yok hükmündedir, baştan itibaren geçersizdir, bunun aleyhine herhangi bir hâkime gidilip bu hâkim tarafından bozulduktan sonra yeniden muhakeme yapılarak yeni bir hüküm verilebileceği gibi, ilgililer bu hükümü divan-ı mezâlîme, yani hükümdara da arz edebilirler. Böyle bir hükmün uygulanma imkânı yoktur ve her zaman bozu-

²³⁰ Nitekim kadıyü'l-kudât İmam Ebû Yûsuf'un gördüğü bir dâvânın hükmü, halkın galeyanına sebep olunca zamanın halifesi Harunü'r-Reşid kamu düzenini korumak maksadıyla bu dâvânın yeniden görülmesini istemiştir. Mâverdi, 219; Keskiöglü, 265.

labilir²³¹. Ancak kitap, sünnet ve icma'a aykırı değil de ictihada (kıyasa) göre verilmiş bir hüküm ise artık kazıyye-i muhkeme teşkil eder. Taraflar buna kanaat etmemişlerse söz devlet başkanınınındır. Bahsi geçen hükmün bozulup yeniden muhakeme yapılmasını kabul etmezse bu icthadı benimsemiş olduğunu gösterir ve herkes buna uymak zorundadır. Aksi takdirde bu icthadı benimsemiş olduğunu anlaşılar ve dâvâ yeniden görülmek üzere devlet başkanının göstereceği veya tarafların belirleyeceği bir başka mahkemeye götürülür, ya da devlet başkanı kendi divanında bakacağı bu dâvâda bizzat karar verir. Bu karar, hukuka aykırı olmadıkça kesindir, hükümdarın kendisi dışında hiçbir mercie itiraz edilemez.

Görülüyor ki şer'î hukukta hukuka aykırı hükümlerin bozulması veya yeni bir delil ortaya çıktığı zaman muhakemenin iâdesine izin verilmiştir. Ancak son devir müelliflerinin tesbitlerine rağmen modern mânâda istinaf İslâm hukukunda kabul edilmemiştir, çünkü icthad ile icthad nakz olunmaz. Bu sebeple hukuka uygun olarak görülüp neticelendirilmiş bir dâvânın hükmü kazıyye-i muhkeme teşkil ettiğinden bu dâvâya tekrar bakılamaz. Hükümde hukuka aykırılık varsa zaten baştan itibaren bâtıldır, bu tesbiti herhangi bir mahkeme yapabilir. Bunun için tarih boyu divan-ı mezâlîme başvurulduğu görülmektedir. Devlet başkanı, maslahat (kamu menfaati) sebebiyle dâvâların yeniden görülmesine izin verebilir. Bu takdirde de ilk hüküm hukuka uygun ise ikinci hâkim müctehid veya başka bir mezhepte ise nasları yorum şekli ve dolayısıyla vereceği hüküm değişik olsa bile, ikinci hâkimin yapabileceği pek birşey yoktur. Ancak eğer devlet başkanı ilk hâkime dâvâyı yeniden görmesini emretmişse, hâkimin bu emre uymaya mecbur olmadığı da yukarıda geçmişti.

D. Nâiblik ve Nâiblerin Verdikleri Hükümler

İslâm hukukunda mahkeme kararlarının kontrolü bahsinde nâiblik müessesesinden de söz etmek yerinde olur. Devlet reisi tarafından hâkim olarak tayin edilen kimseler dâvâlara bakmak ve muhakemeyi yürütmek üzere başkalarını yetkilendirebilirlerdi (Mecelle m.1805). Bunlara nâib denir ve özel hükümlere tâbi olarak görev yaparlardı. Bazen hâkim, tayin edildiği göreve bir mazeret sebebiyle gitmeyip yerine nâib gönderebildiği gibi, kimi zaman ise yargı çevresinin çok geniş olması dolayısıyla (İstanbul gibi) genellikle nâhiye statüsündeki

231 Daha önce geçtiği üzere Roma hukukunda da durum böyleydi. Hâkimin bir hukuk hükmünü yok sayarak vermiş olduğu karar baştan itibaren, kendiliğinden-*ipso iure* geçersizdir. Bu hükmün geçersizliği süreye bağlı olmaksızın her zaman bir dâvâ veya def'î vâsitasıyla tamamen beyan edici nitelikte bir karara konu olabirdi. German hukukunun etkisiyle bu durum zamanla değişmiştir. Buna göre bütün nihâi kararlar şekli anlamda mutlaka kesin hüküm teşkil etmeye başlamış, bunlar aleyhine ancak zamanı içinde temyize gidilebilme esası getirilmiştir. Özbek, 64.

yerlere de nâib gönderirdi²³². Hâkimler, nâib tayini bakımından: 1. nâib tayin ve azledebilmek üzere devlet başkanı tarafından yetki verilen, 2. nâib tayinine yetki verilen ancak azletmeye yetkisi bulunmayan, 3. nâib tayin edemeyen hâkimler olmak üzere üç gruba ayrılırlardı²³³. İslâm hukukunda devlet başkanının kadı tayini (taklid-i kazâ) vekâlet akdi çerçevesindedir, kadıların nâib tayini de böyledir²³⁴.

Nâib tayin edebilme yetkisi kendisine tanınmamış bulunan hâkimler nâib tayin ederse, bunun o hâkim huzurunda verdiği hükümler geçerliydi. Bazen nâib, hâkimin bulunmadığı yerde karar verirse, bu karar hâkimin icazetiyle geçerli olurdu²³⁵. Hâkim olma şartlarını taşıyorsa, nâib olarak görevlendirilmediği halde bir dâvâyı görüp hükme bağlayan kimsenin bu hükmü de hâkimin icazetiyle geçerli hale gelirdi²³⁶. Nâib sözü yalnızca hâkimlerin vekilleri için kullanılmazdı. Kadıyü'l-kudât da halifenin nâibiydi²³⁷. Bir başka deyişle yargı otoritesinin sahibi bulunan halife, bu yetkisini kadıyü'l-kudâta devreder, böylece kendisine nâib tayin etme hakkı da "delâleten" verilmiş olur, kadıyü'l-kudât da

232 Aydoğan Demir: "Osmanlı Devleti'nde Naiplik", Tarih ve Toplum, Aralık 1994, S: 132, s: 44. Osmanlı Devleti'nin son zamanlarında kadıların gözlerinin kesmediği memuriyetlere gitmeyip yerlerine nâib gönderdikleri ve bu nâiblerin de bazen bu işe ehil olmadıkları görülmektedir. Hükümet zaman zaman bu hususta ikazlarda bulunmuştur. Örnek olarak: Kadıların bizzat mahall-i memuriyetlerine gidip ifâ-yı vazife eylemeleri ve özürleri halinde ahkâm-ı şer'iyyeye vâkıf nâib ta'yin etmeleri muktazyken bir vakitten beri kadılar memur oldukları mahalle gitmeyip bir takım câhil ve ilm-i sakkden gâfil kimseleri ziyade paraya tamâen nâib ta'yin eyledikleri ve bu ise nizam ve intizâm-ı memleketi muhil ve gayricâiz bulunduğu cihetle bâdemâ kadıların binnefs memuriyetlerine gitmeleri ve özürleri olduğu takdirde ahkâm-ı şer'iyyeye vâkıf müderrislerden ve sâbık kadılardan nâib ta'yin eylemeleri hakkında kendilerine tenbihat icrâsına dair Rumeli kazaskerine hitâben yazılmış bir hüküm için bkz. BOA Cevdet-Adliye no: 251, tarih: Za (Zilka'de) 1173 (Haziran 1760). Kadıların vazife başına gitmeyip nâib yollamaları ahâlinin zararını mu'cib olduğundan yalnız ma'zur olanların dindar nâib göndererek başkalarının böyle yapmaması hakkında Şeyhülislâm Ömer Hulûsî Efendi'nin takriri üzerine Rumeli Kazaskeri Mehmed Emin Efendi'ye hüküm. BOA Cevdet-Adliye, no: 6366, tarih: S (Safer) 1217 (1802).

233 İbni Âbidîn, IV/337; Abdülaziz Bayındır: İslâm Muhakeme Hukuku, İst. 1986, 90.

234 M. Hüsrev, II/878; İbnü'l-Hümâm, V/486.

235 M. Hüsrev, II/879; İbni Âbidîn, IV/338.

236 A. Haydar, Dürer, IV/705.

237 Ahmed Akgündüz: Şer'iyye Sicilleri, İst. 1988, I/72.

hâkimleri (kadıları) tayin ederdi²³⁸. Halîfe, kadıyü'l-kudâtı sonradan azletse veya kadıyü'l-kudât ölse, hâkimler azlolunmuş sayılmayacağı gibi, hâkimlerin azli veya ölümüyle de bunların nâiblerinin görevi sona ermezdi²³⁹, ancak hâkimin azliyle nâiblerin görevinin sona ereceğini kabul edenler de vardır²⁴⁰. Öte yandan kadıların tayin ettiği nâibler artık devlet başkanının nâibleri sayılır, kadı'nın azliyle bunlar azlolunmuş sayılmayacağı gibi, eğer kendisine bu hak verilmişse bunları kadı da azledemezdi²⁴¹.

İslâm hukukunun ilk devirlerinde halifenin tayin ettiği vâliler de aynı şekilde yargı otoritesini haiz olup, bunu kadılara devretmeye yetkiliydi. Bu kadılara da nâib denilmekteydi. Bunun sonucunda bu hâkimlerin kararlarını vâli gözden geçirebilirdi. Zaten kimi vâliler de divan-ı mezâlimin küçük bir örneğini bölgelerinde oluştururlardı. Abbasîler zamanında, görünüşte kadıyü'l-kudât tarafından kontrol edilmekle beraber, kadılar iyice vâlilerin kontrolüne girmişlerdir²⁴². Bir başka deyişle kadıyü'l-kudâtın kontrolü merkezdeki kadılara inhisar etmiştir. Burada şunu da belirtmek gerekir ki artık bu vâliler yarı müstakil devlet başkanı (sultan) konumuna gelmişler, giderek bağımsızlıklarını sağlamlaştırdıca da kendi içlerinde Abbasî modeline uygun bir kanun yolu mekanizması oluşturmuşlardır.

Nâiblerin verdiği hükümler kendisini tayin eden merciin kontrolüne tâbiydi²⁴³. Dolayısıyla da halife kadıyü'l-kudâtın, bu da hâkimlerin, onlar da nâiblerin hükümlerini kontrol etmeye yetkiliydi²⁴⁴. Bu da şer'î hukukta yargı kararlarının kontrol usulü ve teşkilâtı hakkında ipucu mahiyetinde bir esas teşkil etmektedir.

238 A. Haydar, *Dürer*, IV/704-705.

239 İbni Âbidîn, IV/337; Bayındır, 91.

240 Zeynelâbidîn bin İbrahim İbni Nüceym: *el-Eşbah ve'n-Nezâir*, Kâhire 1387/1968, 233-234.

241 M. Hüsrev, II/879.

242 Shapiro, *Appeal*, 364-365; Shapiro, *Courts*, 205.

243 İbni Âbidîn, IV/338; Bayındır, 90.

244 M. A. Ubcini: *Türkiye 1850*, Trc: C. Karaağaçlı, ty, yy, I/130.

IV. İSLÂM HUKUKUNDA MAHKEME KARARLARININ KONTROL USULÜ

A. Mahkeme Kararlarının Bozulma (Nakz) Sebepleri

1. Hükümün Hukukî Norma Aykırı Olması

Burada iki ihtimal üzerinde durulabilir: Bunlardan birincisi hükmün müctehid bir hâkim tarafından verilmesi durumudur. Buradaki müctehidlik, mutlak, mezhepte veya meselede müctehidliğin üçüne de şâmilidir. Gerek itiraz yoluyla olsun, gerekse (hâkimin öldüğü veya azledildiği durumlarda) tenfiz ettirmek için olsun, müctehid bir hâkimin verdiği hüküm ikinci bir hâkimin önüne götürülse, imza ve infaz edilmesi hususunda üç durum sözkonusudur:

İlk olarak, bu hüküm hakkında ihtilaf bulunmayan bir hususta, fakat nasslara, yani Selef'in tevilinde ihtilaf etmediği kitap, meşhur sünnet ve icma'ya muhalif ise aslâ imza ve infaz olunamaz. Çünkü "*mevrid-i nassda ictihada mesağ yokdur*" (Mecelle m.14). Böyle bir hükmü hâkimin kendisi de bozabilir. Bu hususta bütün hukukçular müttefiktir. Nitekim sözgelişi evlenilmesi yasak olan kimseler Kur'an'da sayılmıştır, buna göre hâkim bir kimsenin annesi ile evlenmesini geçerli kabul etmişse hükmü bozulur. Bir şahid ve bir yeminle hüküm vermek; vasiyeti borcun ödenmesinden önce yerine getirmek de böyledir, âyet hükmüne aykırıdır. Aynı şekilde üç talâkla boşanılan kadının bir başka erkekle evlenip zifafa girmeden (hulle) tekrar eski zevciyle evlenemeyeceği hususu meşhur sünnetle sâbittir. Buna rağmen hâkim, ikinci zevciyle zifafa girmeden boşanan bir kadının tekrar eski zevciyle evlenmesi hususunda karar verse, bu sahih değildir. Yine mut'a nikâhının caiz olmadığı icma' ile sabittir, bu sebeple bunun geçerliliğine dair bir hüküm yerine getirilemez. Ümmü veledlerin, yani efendisinden çocuk doğuran câriyelerin satılmayacağı hakkında hukukçular arasında icma' hâsıl olduğundan, hâkim bunların satışına hükmetse -bir görüşe göre- geçerli değildir. Burada Selef'den kasıt Eshab ve Tâbiîn'dir, dolayısıyla İmam Mâlik, İmam Şâfi'î gibi Tâbiîn'den olmayan müctehidler bunun dışında kalır. Ancak kabul edilen görüşe göre Tâbiîn devrinden sonra gelen müctehidler ihtilafları da muteberdir. Ümmü veledlerin satışının caiz olup olmadığı hususunda Selef ihtilaf etmiş, sonra bunun caiz olmadığı hakkında icma' hâsıl olmuştu. Selef'in ihtilaf ettiği bir meselede sonradan yapılan icma' İmam A'zam Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a göre önceki ihtilafı ortadan kaldırmaz, İmam Muhammed'e göre kaldırır. Hukukçular İmam Muhammed'in görüşüne meylenmektedir. Dolayısıyla buna göre Selef'in ihtilaf ettiği bir meselede sonradan

meydana gelen bir icma'ya aykırı bir ictihada göre verilmiş hüküm imza ve infaz edilemez²⁴⁵.

İkinci olarak, Selef, yani Eshâb, Tâbi'n ve mutlak müctehid hukukçular devrinde değişik icthadları ihtivâ eden bir meselede bunlardan birine uygun olarak²⁴⁶ verilen hüküm ikinci bir hâkimin önüne götürüldüğünde, hükmü veren hâkim bu konudaki ihtilaflara vâkîf ise, ikinci hâkimin icthadı farklı olsa bile, mutlaka imza ve tenfiz edilir. Çünkü icthad ile icthad bozulmaz (Mecelle m.16). Kaldı ki hakkında çeşitli icthadlarda bulunmuş bir meselede, hâkimin hükmü artık ihtilafı ortadan kaldırmış olur, hüküm üzerinde ittifak edilmiş bir hüküm gibi olur. Bu husus müctehid bir hâkim içindir²⁴⁷. Bununla beraber mukallid hâkimin durumu da bundan farklı değildir. Taklid ettiği müctehidin gö-

245 M. Hüsrev, II/869; İbnü'l-Hümâm, V/487 vd.; Ekmelüddin Muhammed bin Mahmud el-Bâbertî: Şerhu'l-Inâye ale'l-Hidâye, Kâhire 1390/1970, (Fethu'l-Kadîr hâmişinde), V/398; İbrahim Halebî: Mülteka'l-Ebhur, Kitâb-ı Mevkûfat adıyla trc: Mevkûfatı Mehmed Efendi, Der. 1318, II/64; Tahtâvî, VI/147-148; İbni Âbidîn, IV/343; Tarablusî, 29; Ebül Hasen Ali bin Muhammed bin Habib el-Mâverdi el-Basrî eş-Şâfiî: Edebü'l-Kâdî, Bağdad 1391/1971, I/685; Karâfî, 19; Burhanüddin İbrahim bin Ali bin Ebû Kâsım bin Muhammed el-Mâlikî el-Medenî İbni Ferhun: Tabsıratü'l-Hükkâm, (Abdullah eş-Şeyh Muhammed Ahmed Uleyş'in Fethu'l-Aliyyi'l-Mâlik kitabı kenarında) Kâhire 1378/1958, I/71; İbni Kudâme, IX/56; Kamalî, 72; A. Haydar, Dürer, IV/796-797.

246 Çünkü bir mesele hakkında Selefden birbirinden farklı iki veya daha fazla görüş gelmişse, bunlara aykırı olan yeni bir görüş ileri sürmek icma'a aykırı olur. Sözgelisi kardeşlerle beraber bulunan dedenin mirası hakkında Selefden müctehid hukukçular iki görüş bildirmişlerdir. Bunlardan birincisi mirasın tamamının dedeye ait olduğu ve ikincisi de mirasın dedeyle kardeşler arasında taksim edileceği yönündedir. Burada en azından dedenin her halükârda vâris olduğu hususunda icma' oluşmuştur. Şimdi dedenin vâris olmayacağı yönünde üçüncü bir görüş ileri sürülemez. Molla Hüsrev: Mir'atü'l-Usûl, Derseâdet 1321, 230-231.

247 İlk zamanlar kazâ ve fetva ile görevlendirilenlerin hemen hepsinin müctehid olduğu bilinmektedir. Hz. Ömer, halife olduktan sonra icthadı farklı olduğu halde Halife Hz. Ebû Bekr'in verdiği hükümleri bozmamıştır. İbni Nüceym, 104. Yine birgün Kadı Ebu'd-Derdâ'nın verdiği bir hükümden mahkûm olan tarafın şikâyeti üzerine, Halife Hz. Ömer "*Ben onun yerinde olsaydım senin lehine hükmederdim*" demiş, "*Buna engel nedir?*" diye sorulunca "*Burada nass bahis konusu değil, bir görüşün ise diğerine üstünlüğü yoktur!*" cevabını vererek hükmü bozmaya yanaşmamıştır. A. Haydar, Dürer, I/69-70. Giderek müctehid hukukçuların sayısı azalmış, hatta yok gibi olmuş, hâkimler müctehid olmayan, yani mukallid hukukçulardan tayin edilmeye başlanmıştır. Müctehidler kendi icthadlarına göre hüküm vermeye mecbur olduğu gibi, bunlar da taklid ettikleri mezhebin kâidelerine göre hüküm vermekle mükellef idiler. Zaruret ve ihtiyaç halleri ile yukarıda geçtiği üzere sultanın emri müstesnadır. Hâkimin müctehid olup olmasının, hüküm kontrolü bakımından sonuç itibarıyla pek farkı yoktur.

rüşüne uygun şekilde hükmetmişse, bu hükmün arzedildiği ikinci hâkim başka bir müctehidi taklid ediyor olsa bile bunu bozamaz. Nitekim sözgelişi, kazf suçundan mahkûm olan bir kimse tövbe ettikten sonra, kendisinin şahidliğine cevaz veren Şâfiî mezhebindeki bir hâkim tarafından şahid olarak dinlense, verilen hükmü bu kimsenin şahidliğine cevaz vermeyen Hanefî mezhebindeki bir hâkim bozamaz. Yine sözgelişi, bir kadının dâvasında zevci ile bir yabancı, şahid olarak dinlense, Şâfiî mezhebine uygun olarak verilmiş bu hüküm, buna cevaz vermeyen Hanefî mezhebindeki bir hâkime götürülse imza ve infazdan başka yapılacak birşey yoktur²⁴⁸. Burada ihtilaf *nefs-i mesele ve sebebi kazâdadır*, yani meselenin kendisinde ve hükmün sebebindedir.

Üçüncü olarak, hukukçuların ihtilaf ettikleri bir meseledir ve bu ihtilaf, hüküm verildikten sonra da devam etmektedir. Artık hâkimin bağımsız bir icthadı mahiyetinde olan bu hükmün yerine getirilmesi, ikinci bir hâkimin imza ve tenfizine bağlıdır. Bu durumda bakılır: Eğer delile dayalı ve hâkim de o meselede hukukçu ve müctehidlerin ihtilaflarını biliyorsa bir görüşe göre mutlaka imza ve infaz olunur, diğer görüşe göre ise ikinci hâkim kendi icthadına aykırı görürse bu hükmü bozabilir, bu takdirde hükmün yerine getirilmesi, üçüncü bir hâkimin de imza ve infazına muhtaçtır, bu da istinafi hatırlatmaktadır. Fakat bu hüküm delile dayanmıyor ve bu hâkim de hukukçu ve müctehidlerin ihtilaflarından habersiz ise ikinci hâkim bu hükmü bozar, artık üçüncü bir hâkime götürülse bile imza ve tenfiz olunamaz. Buradaki ihtilaf *nefs-i hükmüdedir*, yani hükmün kendisindedir. Meselâ, hâkim çocuğu veya hanımı lehine hüküm verse; hâkim kazfdan (zina iftirasından) dolayı kendisine had vurulup sonradan tevbe eden bir kimseyse; hâkim âmâyasa; (cinayet dâvâları bakımından) kadınsa; âmânın, kazfdan dolayı had vurulmuş kimsenin, bir kadın lehinde kocanın, had ve kısas dâvâlarında kadınların şahidliğiyle hüküm verilmişse hükmün kendisinde ihtilaf var demektir. İctihad edilen husus hükmün kendisi değil, hâkimin hüküm verip

248 M. Hüsrev: II/869; İbni Âbidîn, IV/339; A. Haydar, Dürer, IV/798-799; Coşkun Üçok: "İslâm Hukukunun Temel Kurallarından İctihat ile İctihat Nakzedilmez", İmran Öktem'e Armağan, AÜHF, 1970, 42; Nebhan: 586; Bilmen: VIII/239; Kamali, 69. Nitekim meselâ, vakıf, İmam-ı A'zâm Ebû Hanîfe'ye göre lâzım (bağlayıcı) bir tasarruf değildir, vakfeden her zaman geri dönebilir. İmam Ebû Yûsuf'a göre irade beyanında bulunulduğu andan, İmam Muhammed'e göre ise malın mütevelliyeye tesliminden itibaren vakıf bağlayıcıdır. Hâkim, önüne gelen bir vakıf dâvasında İmam Ebû Yûsuf'un görüşüyle hüküm verecek olursa, (yalnızca) bu vakıf dâvası bakımından ihtilaf ortadan kalkar, artık bu beyandan dönülemediği gibi, başka bir hâkim de diğer icthadlara aykırı olduğundan bahisle bu hükmü bozup bunlara göre yeniden karar veremez, (sultanın emri müstesnadır, çünkü sultan belli bir icthadla hükmedilmesini emrederse, hâkim bununla hükmetmeye mecburdur). İbni Âbidîn, III/372. Bu husus, birbirinden farklı ve alternatifli hükümler içeren İslâm hukukunun uygulandığı bir ülkede hukuk ve yargı birliğinin sağlanması bakımından önemlidir.

veremeyeceği hususudur. Bu hüküm ikinci bir hâkime arz olunup imza ve infaz edilmedikçe geçersizdir. İkinci hâkim aynı görüşe sahipse hükmü imza ve infaz eder, değilse etmez. İkinci hâkimin imza ve infaz veya bozma hükümleri üçüncü bir hâkime iletirse, bu üçüncü hâkim farklı bir görüşe sahip olsa bile ikinci hâkimin hükmünü bunu iptal edemez. Halbuki yukarıda da geçtiği üzere, ihtilaf meselenin kendisinde olduğu durumlarda ikinci hâkimin imza ve infazına ihtiyaç olmaksızın geçerlidir²⁴⁹.

Hâkim yukarıdaki son iki durumda, yani ictihada dayanarak karar verdiği zaman bu meselede hukukçuların ihtilaflarını bilmeli ve verdiği hüküm delile dayanmalıdır. Aksi takdirde hükmü geçerli değildir. Nitekim bu hususta bir icma' varsa öncelikle buna uyması zorunludur. İcma' bulunmayıp, o mesele hakkında Selef arasında ihtilaf söz konusu ise (muhtelefün fiha), hâkim bunlardan birine uygun hükmedebilir, bu hüküm kimse tarafından bozulamaz. Ancak ihtilaf bazı meselelerde, hukukçuların hükme esas alınmasını açıkça men ettiği bir takım görüşler bundan müstesnadır. Hâkimin verdiği kararların geçerli olmadığı kırk kadar yer kaynaklarda sayılmaktadır, yani bu gibi meselelerde hâkimin istediği bir görüşü benimsemesi mümkün değildir, yukarıda da örneklerle geçtiği üzere terkedilmiş görüşlere dayalı hüküm veremez²⁵⁰. Bunlardan başka bizzat kendi icihadıyla da hüküm verebilir, bu takdirde de o konudaki ihtilafları bilmesi ve hükmün delile dayalı olması aranır. Böyle ise bozulamaz, bozulsa bile üçüncü bir hâkim bunu imza ve infaz eder. Böyle değilse bozulur, üçüncü bir hâkim bile bunu imza ve infaz edemez.

Görülüyor ki, ictihada dayalı bir meselede müctehid hâkimin önceki hukukçuların görüşleri dışında bir görüşle verdiği bir hükmün, ikinci hâkim tarafından imza ve infaz edilip edilemeyeceği meselesinde ihtilaf bulunmaktadır. Hanefi mezhebinin temel kaynaklarından biri olan *Muhtasar-ı Kudûrî* isimli eserde geçtiğine göre, bir hâkimin hükmü, ikinci bir hâkim önüne gelse, kitap, meşhur sünnet ve icma'ya muhalif olmadıkça imza ve infaz edilir. Bunun sonucu şudur ki, Selef'in ihtilaf ettiği bir meselede sonradan icma' meydana gelmişse, hâkimin bu ihtilaflardan icma'a aykırı olan birine dayalı hükmü geçerli olmaz. İmam Muhammed'in *Câmi'us-Sağîr* adlı eserinde bildirilen diğer görüşe göre, hukukçuların ihtilaf ettikleri bir meselede verilen bir hüküm, ikinci hâkim önüne götürüldüğünde, bu hâkim birinciden farklı bir görüşe sahip olsa da bu hükmü imza ve infaz eder. Yani hakkında değişik icihadlar bulunan bir meselede verilen bir hüküm bir başka hâkime götürüldüğünde, başka bakımlardan da sahih ise tatbik olunur. Her ne kadar muteber kaynaklar Kudûrî'nin ifadesini esas almış-

²⁴⁹ İbni Âbidîn, IV/339, 344-345; A. Haydar, Dürer, IV/798-800.

²⁵⁰ Bkz. İbni Nüceym, 105-106; İbni Âbidîn, III/465-467.

larsa da, Câmî'us-Sağîr'in ifadesi Kudûrî'dekinden delil bakımından daha kuvvetli bulunmuş ve Ebu'l-Leys, İbnü'l-Hümâm gibi hukukçular tarafından tercih edilmiştir. İcma'ya muhalif hükmün geçerliliği hususundaki ihtilaflar, icma'nın mahiyeti hakkındaki ihtilaflardan kaynaklanır. Yukarıda da belirtildiği üzere, sonradan yapılan bir icma', İmam-ı A'zam Ebû Hanîfe ile İmam Ebû Yûsuf'a göre önceki ihtilafı ortadan kaldırmazken İmam Muhammed'e göre kaldırır. Dolayısıyla sözgelişi ümmü veledlerin satılabileceğine dair verilen karar İmam-ı A'zam ve İmam Ebû Yûsuf'a göre icma'ya muhalif olmayıp bozulamaz, İmam Muhammed'e göre ise bu hüküm geçerli değildir. Çünkü bu hususta Eshâb'ın hemen hepsi satılmayacağı görüşünderken Hz. Ali satılabileceğini kabul etmiş, sonradan bu görüş terkölunarak ümmü veledlerin satılmayacağına dair icma' meydana gelmiştir. Yine sözgelişi bir dirhem iki dirhem karşılığında peşin satışın geçerliliğine dair hüküm de böyledir. Burada böyle bir satışın geçerli olduğu hususunda sadece İbni Abbas'dan görüş nakledilmektedir ki bu görüş hukukçular tarafından terkölunduğu ve böyle bir satışın geçerli olmadığı yönünde icma'ya varıldığı için İmam Muhammed'e göre hâkim bu görüşe uygun karar veremez²⁵¹.

Müctehid bir hâkimin, bir meselede önceden zihninde tesbit ettiği ictihada muhalif bir hüküm vermesi, hükmü verirken de bu hususta hukukçuların ihtilafı olduğunu bilmemesi halinde bu hüküm muteber değildir. Ama bu ihtilafı bilmeden o konuda bir ictihada varsa, sonra bu konudaki ihtilafları öğrense ve eski ictheadına muhalif karar verse, bu ictheadından rücu ettiği, döndüğü anlaşılır ve hükmü geçerli sayılır. Sözgelişi, hâkim ölen bir kimsenin borçlarının ödenmesi için, vasıfsız köle zannıyla müdebber (efendisinin ölümüyle âzâdlanacak) kölelerinin satışına hükmetse, ama müdebber kölelerin satılıp satılmayacakları hususundaki ihtilaflardan haberdar bulunmasa, sonra da bu kölelerin müdebber köle olduklarını öğrense, her ne kadar satışa cevaz veren bir icthead da olmasına rağmen hüküm anında bunu bilmediği için hükmü bozulur. Yine kazf suçundan mahkûm olmuş kimselerin şahidliğiyle onların bu durumunu bilmeksizin hüküm verse, bu husustaki ihtilaflardan haberi bulunmasa, tövbe ettikten sonra bunların şahidliğine cevaz veren icthead varsa da bunu bilmediği için hükmü geçerli değildir. Halbuki bilip de kendi ictheadına muhalif hüküm verseydi bundan rücu edip yeni bir ictheadı benimsediği anlaşılır, böyle bir hüküm ikinci bir hâkime iletildiğinde imza ve infaz edilmesi gerekirdi. Mukallid hâkimlerin bu gibi meselelerde ihtilafın olup olmadığını bilmesi aranmaz, bunlar

²⁵¹ Merğînanî, III/107; İbnü'l-Hümâm, V/487-488; Bâbertî, V/487-488; İbni Âbidîn, IV/339,342-343; A. Haydar, Dürer, IV/796-797.

müctehidlerden birini taklid ettikleri takdirde verdikleri hükümlerin bozulmama-
cağı hakkında icma' vardır²⁵².

Hanefilerde, kendi bilgisiyile hüküm verip sonradan bunun yanlış olduğun-
u anlaması veya verdiği hükümde hatalı olduğunun ortaya çıkması ya da kendi
mezhebine (ictihadına) aykırı davranması gibi durumlarda hâkim hükmünden
dönebilir, hatta dönmesi vâcibdir, çünkü bu durumlarda birinci ictihadiyle verdi-
ği hüküm bâtıldır, dolayısıyla ictihad ile ictihadın bozulamayacağı prensibi de
ihlâl edilmiş olmaz²⁵³. Çünkü "*hatası zâhir olan zanna itibar yoktur*" (Mecelle
m.72). Buna karşılık, hükmü veren hâkim, sonradan aynı mesele önüne getirilse
ve bu kez başka bir hüküm ictihad etse bile bu, hukuka uygun olarak verilmiş ve
itiraza konu olmamış bulunan eski hükme etki etmez, çünkü ictihad ile ictihad
bozulmaz (Mecelle m.16)²⁵⁴.

Müctehid hâkimin hükmettiği bir mesele, benzer bir şekilde tekerrür
ederse müctehidin tekrar ictihadda bulunup hükme varmasının gerekli olup ol-
madığı (teccid-i ictihad, tekrar-ı nazar) hususunda ihtilaf vardır: İbni Hâcib ve
İbni Sa'âti gibi hukukçular buna gerek görmezler. Öte yandan Kadı Ebû Bekr ve
İbni Ukayl gibi hukukçular ise bunun şart olduğunu kabul etmişlerdir. Çünkü
ictihad değişebilir ve müctehid ictihadından rücu edebilir. Nitekim İmam Şâfi'i,
Mısır'a geldikten sonra pekçok ictihadından rücu ederek bu yeni ülkenin şartla-
rına göre yeni ictihadları benimsemiştir. Ancak Âmidî ve Nevevî'ye göre, hâkim
ancak bir meseledeki ictihadını hatırlayamıyorsa sonradan benzer bir meselede
yeniden ictihadda bulunması gerekir²⁵⁵.

252 İbni Âbidîn, IV/339.

253 İbni Nüceym, 235; İbni Âbidîn, IV/356-357, 359; İsmail Hakkı, 262; Zeydan, 275.
Günümüz hukukunda hâkim, hatalı olduğunu anlasa bile, tazvih vesilesiyle de olsa
hükmü değiştiremez, ancak ara kararlar hüküm mahiyetinde olmadığı için bundan
müstesnadır. Berki, Tefsir, 101.

254 Mahmud Esad: Telhis-i Usul-i Fıkh, İzmir 1309, 506; İsmail Hakkı, 262; Berki, Tefsir,
203; Üçok, İctihat, 42. Halife Hz. Ömer'in önüne bir miras meselesi gelmişti. Bir kadın
ölmüş ve geride kocası, annesi, ana bir iki erkek kardeşi ve ana-baba bir kardeşleri
kalmıştı. Hz. Ömer ana-baba bir kardeşlerin miras alamayacaklarına hükmetmiş, bunun
üzerine bunlardan birisi "*Diyelim ki babamız denize atılmış bir taş (hacer) idi (yani
babayı dikkate almıyorsun), peki ya annemiz de bir değil mi?*" diye itiraz ettiği için bu
dâvâ mesele-i haceriyye diye anılagelmiştir. Hz. Ömer, bir sene kadar sonra bunun
aynısı olan bir başka meselede farklı hüküm vermiştir. Bunu garipseyenlere ise "*O
zaman öyle ictihad etmiştik, şimdi ise böyle ictihad ediyoruz.*" demiştir. Mâverdi, 68;
Ferrâ, 63.

255 İsmail Hakkı, 265-266.

Hükümün kontrolünde ikinci ihtimal, hâkimin müctehid olmaması durumudur. Bu takdirde hâkimin kendisini tayin eden makam tarafından emrolunduğu görüşlere göre, böyle bir şey bahse konu değilse mensubu olduğu mezhebin kurallarına göre verdiği hüküm muteberdir. Bu hükmü sonradan kendisi bile bozamaz²⁵⁶. Müctehid olmayan hâkimin hukuka uygun olarak vermiş olduğu bir karar da, genellikle mezhebinin hükümlerini yorumlamak ve somut olaya uygulamaktan ibaret olduğu ve bu da icthad amelîyesine benzediği için, en azından icthad ile icthad nakz olunmaz prensibinden -kural olarak- yararlanmaması için bir sebep yoktur. Yani böyle bir hüküm de istinaf yasağının kapsamına girer²⁵⁷. Ancak klasik kaynaklara göre, üç sebebin varlığı durumunda, yani hâkim kendi bilgisine göre hüküm vermişse veya hatalı ya da kendi mezhebine aykırı olarak hüküm verdiğini anlarsa -zaten aslı itibarıyla bâtil olan- bu hükümden dönebilir, böyle bir hükmü başka hâkim de bozabilir²⁵⁸. Hâkim, icthad yeri olan bir hususta, eğer kendi mezhebine aykırı hüküm vermişse, ister müctehid isterse mukallid olsun, bunun geçerliliği üzerinde hukukçular farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. İmam-ı A'zam Ebû Hanîfe'ye göre bir hâkim, başka bir mezhebin kendi mezhebine muhalif bir kuralıyla karar verse, gerek hataen (unutarak) ve gerekse kasden olsun, bu hüküm muteberdir, İmam Ebû Yûsuf ile İmam Muhammed'e göre kasden böyle verilmişse sahih değildir²⁵⁹.

Hanefî mezhebindeki bir hâkim bir meselede farklı icthadlar söz konusuysa ve eğer kudreti de varsa bunlardan delili kuvvetli olanıyla hükmedecektir. Bu kudreti haiz değilse, öncelikle İmam-ı A'zam Ebû Hanîfe'nin görüşüne bakılır. İmam-ı A'zam'dan gelen bir görüş yoksa İmam Ebû Yûsuf, sonra İmam Muhammed, sonra İmam Züfer, sonra Hasen bin Ziyad'ın görüşlerine bakılır. Ancak

256 Hey'et: el-Fetâvâ'l Hindiyîye, Bulak 1310, III/332; Tarablusî, 29; Tahtavî, VI/161. Nitekim kazf suçundan ceza görmüş kimsenin şahidliği Hanefî mezhebinde geçersiz, ancak Şâfi'î mezhebinde geçerlidir. Böyle bir kimsenin şahidliğini kabul eden Şâfi'î hâkimin hükmü Hanefî bir hâkime götürülse bozulamaz. A.Haydar, Dürer, IV/799. Bu hususta bir fetva şöyledir: "Zeyd, Amr ile bir hususa müteallıka dâvâsında kadıya murâfaa oldukda hak Zeyd'in yedinde idüğü vech-i şer'i üzere sâbit olmağla kadı husus-ı mezburu Zeyd'e hüküm itdükden sonra kadı hükmden rücu' itdüm dise böyle dimekle hükm-i mezbur müntekiz olur mu? El-cevab: Olmaz." Fetâvâ-yı Ali Efendi, I/370.

257 Bu hususta bkz. İbrahim Kâfi Dönmez: "İslâm Hukukukunda Müctehidin Nasslar Karşısındaki Durumu İle Modern Hukuklarda Hâkimin Kanun Karşısındaki Durumu Arasında Bir Mukayese", MÜİFD, S:4, 1986, s:23-51.

258 İbni Nüceym, 235; İbni Âbidîn, IV/359; Zeydan, 275.

259 Merğînanî, III/107; İbnü'l-Hümâm, V/491; Bâbertî, V/491; Halebî, II/65; Hindiyîye, III/313; İbni Âbidîn, IV/348; A.Haydar, Dürer, IV/699; Schacht, Introduction, 196.

muhakeme usulü hususunda Ebû Yûsuf'un görüşünün esas alınması tercih edilir, çünkü O kadıyü'l-kudâtık yapmıştır. İhtilafın sebebi zamana, bir başka deyişle örf'e dair ise İmameyn'in, yani İmam Ebû Yûsuf ile Muhammed'in görüşüne itibar edilir. Nitekim bu mezhepteki bir hâkimin İmam Ebû Yûsuf ile İmam Muhammed'in görüşleriyle hüküm vermesi mezhebine muhalif sayılmaz, çünkü bunların görüşleri de esasen hocaları İmam-ı A'zam Ebû Hanîfe'den rivayet edilen görüşlerdir. Sonraki Hanefî hukukçuları, eğer bu görüşlerden herhangi birini tercih etmiş veya veliyyü'l-emr, yani devlet başkanı bu görüşlerden birisini uygulanmak üzere seçmişse, artık bu görüş esas alınır. Bu görüşler metn, şerh ve fetva olarak üç sınıfa ayrılan kitaplarda yer alır. Metnler şerhlere, şerhler de fetva kitaplarına tercih edilir. Kitaplarda aynı değerinde farklı görüşlerden delili zikredilen esas alınır. Bunlardan biri kıyasa ve diğeri istihsana göre verilmişse istihsana göre verilen esas alınır. Vakıf meselelerinde hâkim vakfın menfaatine olan görüşü esas alır. Rivayet ve tercihlerde ihtilaf olduğunda İmam Muhammed'in bizzat kaleme aldığı ve Zâhirü'r-Rivaye denilen metinlere, bunlarda hüküm yoksa İmam Muhammed'e ait olan ancak bizzat O'nun tarafından kaleme alınmış bulunmayan Nevâdir metinlerine, bunlarda da hüküm yoksa mezhepte daha sonraki müctehidlerin verdiği hükümlerin yer aldığı Vâkıat metinlerine başvurulur. Zâhirü'r-Rivaye metinlerindeki hükümlerin hemen hepsi Hanefî mezhebinde en muteber dört kitap (mütûn-u mu'tebere-i erbaa) olarak tanınan Kenz, Vikâye, İhtiyar ve Mecma'da yer alır. Daha sonraları kaleme alınan Molla Hüsrev'in Dürer ve Halebî'nin Mültekâ adlı eserleri bunlardaki görüşleri biraraya getiren ve İslâm ülkelerinde, bu arada Osmanlı Devleti'nde çok tutulan, medreselerde ders kitabı olarak okutulduğu gibi mahkemelerde de yarı resmî ve belirli bir zamandan itibaren resmî kanun metni olarak uygulanan kitaplardır. Kadıların bu sıralamaya veya adı geçen eserlere aykırı karar vermeleri, hukuka da aykırılık teşkil eder ve hükmü sakatlar²⁶⁰.

Mâlikî mezhebinde, hâkimin hükmü uyuşmazlığı ortadan kaldırmakla beraber, sonradan hükmünün hatalı olduğunu anlaması hâlinde hâkimin bu hükmünden dönmeye mümkündür. Hâkim, sonradan bir başka hükmü daha isabetli bulsa, hükmünden dönmeye konusu ihtilafıdır. Bu mezhepteki bir görüşe göre, hâkim nikâh, talâk ve itk, yani köle azâdıyla ilgili hükümlerde dönemez, bunun dışındaki hükümlerden dönebilir. Nitekim yukarıda geçtiği üzere, Hz. Peygamber'in de icthad yoluyla vermiş olduğu hükümlerden sonra rücu ettiği olmuştur. Mâlikî mezhebindeki diğeri görüşe göre, hâkim hükmettikten sonra başka bir icthadı benimseyecek olursa bu hükmünü bozup, delilini bildirmek kaydıyla bu yeni icthadına göre hükmedebilir. Hâkim, hataen veya unutarak yahud da bilmeyerek kendi icthadına (veya mezhebine) aykırı hükmetmiş olduğunu sonradan anlarsa, bu hükmü ancak kendisi bozabilir, başka bir hâkim bozamaz. Öte

²⁶⁰ M. Hüsrev, II/871; İbni Âbidîn, IV/348-349; A. Haydar, Dürer, IV/294 vd, IV/695 vd.

yandan kitap, sünnet, icma' ve kıyas-ı celiye aykırı hükümleri yetkili her makam bozabilir. Hâkim eğer âlim ve âdil bir kimseyse artık bunun hükmünün doğru olup olmadığı aranmaz, ancak aksi durumda, yani hâkim zâlim bir kimseyse sonra gelen hâkim bunun hükümlerini bozarak yeniden hükmeder, ancak câhil hâkim eğer bilenlerle müşâverede bulunarak hükmetmiş ise hükümleri incelenip yanlışlığı anlaşılmadıkça bozulmaz²⁶¹.

Şâfiî mezhebinde, hâkimin hükmü kitap, sünnet, icma' ve şart-ı vâkıf ile kıyas-ı celiye veya kendi mezhebine aykırı ise sahih değildir, kendisi veya bir başka hâkim tarafından bozulur; böyle olmayan bir hükmü kendisi bile bozamaz. Hatta hâkimin kendi mezhebinin tercihe şâyân görüşleriyle hükmetmesi şarttır, ancak tercih ehli bir hâkimse, mezhebinde tercih edilmemiş görüşlerle de -ciddî bir delile dayanmak kaydıyla- hükmedebilir²⁶². Şâfiî mezhebindeki bir görüş, bir hâkimin kendi mezhebinin dışında bir başka mezhep görüşüyle hüküm vermesini geçerli saymazken, Şâfiî mezhebindeki diğer bir görüşte, sözgelisi Şâfiî mezhebindeki bir hâkim, Hanefî mezhebine göre hükmedebileceği gibi, bir kimse mezhebinin dışında bir başka mezhebe göre hükmetmemek şartıyla kadı olarak görevlendirildiğinde, Şâfiî'deki bir görüşe göre tayin muteberdir, ancak şart muteber değildir; Hanbelîlerde de böyledir²⁶³.

Hanbelî mezhebine göre de kitap, sünnet ve icma'ya aykırı hükümler geçerli değildir. Eğer mahkeme hükmü bu üç kaynaktan birine aykırı ise, hukukullahı, yani kamu haklarına ilişkin hükümlerde re'sen, hukuk-u âdemîye, yani şahsî haklara ilişkin hükümlerde ise talep üzerine hüküm bozulur. Hâkim, hükmetmeden önce o husustaki icthadını değiştirdiği takdirde hükmünü de delilini belirtmek kaydıyla bu yeni icthadına göre verir²⁶⁴.

261 Kurtubî, XI/312; İbni Ferhun, I/71; Ebû Abdullah Muhammed bin Muhammed bin Abdurrahman el-Mağribî el-Hattâb: Mevâhibü'l-Celîl Şerhu Muhtasar-ı Halîl, Beyrut 1416/1995, VIII/137-138, 141-142; Ebû Abdullah Muhammed Yusuf el-Mevvâk: et-Tâc ve'l-İklîl li-Muhtasar-ı Halîl, Beyrut 1416/1995, VIII/137, 141, 143; Bilmen, VIII/239.

262 Şihâbüddin Ahmed İbni Hacer el-Heytemî: Tuhfetü'l-Muhtâc bi-Şerhi'l-Minhâc, Kâhire 1315, X/144-145; Abdülhamid eş-Şirvânî: Hâşiyetü Şirvânî alâ Tuhfetü'l-Muhtâc, Kâhire 1315, X/144-145; Hin/Buğâ/Şerbecî, VIII/175-176. Şâfiîlerin diğer mezheplerden farklı olarak aradığı bir hükmün kıyas-ı celiye de aykırı olmaması şartı, bu mezhepte istihsanın kabul edilmemesi sebebiyledir. Hatırlanmalıdır ki, istihsanın bir türü kıyas-ı hafî olup kıyas-ı celiye uymayan bir hükmün benimsenmesi demektir.

263 Mâverdî, 64-65; Ferrâ, 63-64.

264 İbni Kudâme, IX/52, 58.

İkinci bir hâkimin ilk hâkimin verdiği hükmü imza ve infazı, ilk hükmün sahih bir dâvâ sonucu verilmesine bağlıdır, yoksa bu bir fetva mahiyetinde olup ikinci hâkimi bağlamayacağından kendisi bizzat yeniden hükmeder. Bu sebeple, meselâ, gâibe dair hüküm, taraflar teşkil edilmediği için sahih bir dâvâ sonucu verilmiş sayılmadığından, ikinci hâkim bu hükmü bozarak tarafların teşkiliyle yeniden hüküm verir. Nitekim bir dâvâda gâib aleyhine verilmiş hüküm, diğer üç mezhepte caiz olduğu halde, Hanefî mezhebine göre taraflar teşkil edilmiş sayılmadığından geçerli bir dâvâ sonunda verilmiş kabul edilmez. Yalnız bu husus, hakkında dâvâ açılması şart koşulanlar içindir, yoksa vakıf gibi tescil niteliğinde hükümlerde imza ve infaz eder²⁶⁵.

Hâkimin hükmü kitap, sünnet ve icma'ya, ya da mezhebine uygun olsa dahi kendisi hâkimliğe elverişli değilse, sözgelisi şahidlikte aranan şartları taşıyamıyorsa verdiği hüküm bozulur²⁶⁶. Böyle bir hükmü başka bir hâkim de bozabilir. Nitekim aşağıda gelecektir.

Hâkim yalnız mezhebinin hükümlerini tatbik ederken değil, muhakeme usulü bakımından da hatalı davranmışsa bu hüküm bozulur²⁶⁷. Ayrıca Hanefîlerde gâib aleyhine verilen hüküm İmam-ı A'zam Ebû Hanîfe'ye göre sahih ve İmam Muhammed'e göre de nâfiz olmamakla beraber İmam Ebû Yûsuf'a göre kural olarak geçerlidir, bu mezhepte tercih edilen görüş de budur. Mâlikîlerin ekserisi ile Şâfi'î ve Hanbelî mezheplerinde de gıyapta hükmetmeye cevaz verilmiştir, ancak Şâfi'îler ve Hanbelîler hukukullahı, yani kamu haklarına dair ihtilafları bundan müstesna tutarlar. Gâib aleyhine verilen hükümlerin muteber olduğu hallerde gâib sonradan ortaya çıkıp bu hükme geçerli bir def ile itiraz etse, bu hüküm bozulmuş olur²⁶⁸.

265 İbni Âbidîn, IV/340.

266 M. Hüsrev, II/870; İbni Âbidîn, IV/338.

267 Arkadaşlarıyla yola çıkan bir kimse arkadaşları döndüğü halde dönmeyince yakınları, adamın arkadaşları tarafından öldürülmüş olduğu iddiasıyla Kadı Şüreyh'in önüne gelmişler, O da bunların beyyine gösteremedikleri iddiasına karşı, sanıklara masum olduklarına dair yemin etmeleri teklifinde bulunmuş, bunlar da bu yemini edince dâvâcılar aleyhine hükmetmişti. Dâvâcılar daha sonra dâvâyı Halife Hz. Ali önüne getirmişler, O ise sanıkları ayrı ayrı dinleyip ifadelerindeki tutarsızlıkları görünce hükmü bozarak bunlar aleyhinde hükmetmiş, bunun üzerine sanıklar suçlarını itiraf etmişlerdi. Beyhakî, Adâbü'l-Kadı 9.

268 Merğînanî, III/107; Hindiyîye, III/433; Hattâb, VIII/151 vd; Mevvâk, VIII/151 vd; İbni Hacer el-Heytemî, X/188; İbni Kudâme, IX/110-111; Bilmen, VIII/231-234. Geniş bilgi için bkz. Ahmed Akgündüz: "İslâm ve Osmanlı Hukukunda Gıyapta Yargılama Müessesesi", Belleten C:L, S:196, Nisan 1986, s:169-199.

2. İhtisas Yokluğu*

Hâkim, devlet başkanı tarafından belirli bir mezhebin görüşüyle hükmetmek üzere kayıtlanmışsa buna göre karar vermeye mecburdur. Kendisi başka mezhepte bile olsa böyledir. Aksi halde verdiği hüküm bozuktur. Hükümdarın kadı tayini, vekâlet akdi çerçevesinde cereyan eder. Nitekim vekil, müvekkil tarafından zaman, mekân ve bazı işler için tayin edilebilmektedir. Kazâ, da zaman, mekân, bazı hususlar ve kişilerin istisnası ve hükme belirli bir görüşün esas alınması ile kayıtlanabilir (Mecelle m.1801). Bu takdirde hâkim kayıtladığı zaman ve mekân dışında hükmedemeyeceği gibi, ancak görevlendirildiği dâvâ ve kişiler üzerinde hükmedebilir; aksi takdirde verdiği hüküm bozuktur²⁶⁹. Yine meselâ bir sene süreyle görevlendirilen bir hâkimin bu sürenin başlamasından önce veya bitiminden sonra verdiği hükümler geçerli olmadığı gibi, bir kazâda hükmetmek üzere görevlendirilen bir hâkim o kazâ sınırları dışında bir yerde hükmetse bu hüküm de bozuktur; aynı şekilde muayyen bazı hususların dâvâ edilmesi hâlinde, kamu çıkarı için bu dâvâlara bakmaktan yasaklanmışsa yine bu dâvâlara dair vereceği hükümler bozuktur²⁷⁰. Sözcüleri Mecelle'nin 1660. maddesine göre on veya daha onbeş yıl içinde açılmamış bir dâvânın bu müddet geçtikten sonra açılması durumunda bu dâvâ dinlenmez. Öte yandan muayyen bir icthad ile hükmetmekle takyid olunmuş hâkim kendi icthadı bile olsa buna muhalif başka bir icthadla hükmederse bu hüküm bozuktur. Sözcüleri Hanefî mezhebine göre hüküm vermekle görevlendirilmiş olan bir hâkim kendi mezhebi olsa bile meselâ Şâfi'î mezhebine göre hüküm verirse bozulabilir²⁷¹. Yine hâkimler bir heyet halinde hükmetmekle görevlendirilseler, dâvâyı yalnız birisi dinleyip hüküm verse bu da bozuktur²⁷². Hanefî mezhebinde esas olan hâkimlerin tayin edildikleri yargı çevresinde ve tarafları çevre halkı olan dâvâlarda hüküm vermeleridir. Ancak bilhassa menkul dâvâlarında dâvâcılarının mutlaka o

* Esasen bu sebep bir önceki sebebe, yani hukuka aykırılığa da dâhil edilebilir. Ancak burada hukuka aykırılıktan kasıt hâkimin tayin edilirken koşulan şart ve kayıtlara aykırı davranması durumudur, yoksa bütün bozma sebeplerinin aslında birer hukuka aykırılık teşkil ettiği açıktır.

²⁶⁹ Hindiyye, III/315; İbni Âbidîn, IV/356; Ebyânî, 107; Bilmen, VIII/222; Zeydan, 45vd.

²⁷⁰ Ali Haydar Efendi meşhur Mecelle şerhinde Osmanlı hâkimlerinin bakmaya yasaklı oldukları dâvâları saymaktadır. A. Haydar, Dürer, IV/689-691, 692 vd.

²⁷¹ A. Haydar, Dürer, IV/694 vd.

²⁷² Bilmen, VIII/223.

belde halkından olmaları aranmaz. Sahih görüşe göre, dâvâ konusunun da bu belde bulunuyor olması aranmaz.

3. Hüküm Sebeplerinde Sakatlık

Hâkim hukuka uygun bir hüküm vermiş, ancak bu hükme esas teşkil eden unsurlarda sakatlık varsa yine o hüküm bozulur. Sözcüleri, şahidlerin ehil oldukları veya hükme esas delillerin sahteliği anlaşılrsa, ya da hükme esas olacak yeni deliller ortaya çıksa yahud şahidler şahidliklerinden vazgeçseler veya hâkim -bir görüşe göre- kendi bilgisiyle hüküm verse bu hükümler bozulur.

Mahkeme hükmü muhakeme esnasındaki ikrara dayanarak verilmişse, sonradan bu ikrardan rücu Hanefilere göre ancak had cezalarında olduğu gibi hukukullahı, yani kamu haklarına dair hükümlerde geçerlidir, hukuk-u ibâd denilen şahsî haklara dair olanlarda değildir. Mahkeme huzurunda olmayan ikrardan rücu her zaman sahihtir. Dolayısıyla daha sonra kendisinden hukuken muteber bir şekilde rücu edilmiş bir ikrara dayalı hüküm bozulur. İmam Mâlik ve bunun talebesi İbnü'l-Kâsım'ın görüşü bu yönde de diğer talebeleri İbni Abdilhakem, Sehnûn ve İbnü'l-Mâcişûn buna muhaliftir, İmam Ahmed bin Hanbel de bu son üçü gibi düşünmektedir²⁷³.

Şahidlik, İslâm hukukunda en önemli hüküm sebeplerindendir. Şahidler hüküm verilmeden önce, hâkim huzurunda şahidliklerinden döndüklerini beyan etseler, zaten bunların hükme esas olması mümkün değildir. Şahidlerin hükümden sonra ve hâkim huzurunda şahidliklerinden döndüklerini açıklamaları durumunda hükmün bozulup bozulmayacağı hususunda hukukçular arasında ihtilaf vardır. Hanefî mezhebinde hüküm bozulmaz, fakat cezaî bir hükümse yerine getirilmez, getirilmişse cana dair hükümlerde şahidler diyet öder, zinâ dâvâsında hadd-i kazf tatbik edilir, malî hükümlerde ise şahidler tazminle mükellef olurlar²⁷⁴. Eğer şahidlerin şahidlik ehliyeti taşımadıkları, sözcüleri köle veya kazf (zinâ iftirâsı) suçundan mahkûm kimseler olduğu anlaşılrsa, bu takdirde hüküm

²⁷³ Mevâk, VIII/138; Hâşim, 4/400; Bilmen, VIII/58, 60.

²⁷⁴ Haddâd, II/305; Meydânî, II/305; Ebyânî, 81, 106; İbrahim Necib Muhammed İvad: el-Kadâ f'l-İslâm, Kâhire 1395/1975, 249; Bilmen, VIII/161; Hâşim, 4/397; Kamali, 77-78. Nitekim bu hususta bir fetva şöyledir: "Zeyd Amr'dan bir husus dâvâ ve Amr inkâr idüb Zeyd'in müddeasına Bekr ve Bişr şahâdet itdiklerinde kadı şahâdetlerini kabul idüb mucibiyle hükm itdikden sonra Amr Zeyd'den sin (gizli) ba'delhüküm Bekr ve Bişr yalan şahidleri olub husus-i mezbure yalan yere şahâdet itdiklerini ikrar itmişdik deyu dâvâ ve Zeyd'in ikrar-ı meşruhuna ikâmet-i beyyine eylese hükm-i mezbur müntekız olur mu? El-cevab: Olur." Fetâvâ-yı Ali Efendi, I/370-371.

bozulur ve lehine şahidlik yapılan taraf tazminle yükümlüdür²⁷⁵, hata eğer hâkime aitse, cezaî hükümlerde tazmin hazineden yapılır, çünkü hâkim kamu hizmeti görürken bu hatayı işlemiştir²⁷⁶. Şâfi'î mezhebinde de böyledir²⁷⁷. Hanbelîlerde de hüküm bozulmaz, ancak hüküm yerine getirilmişse, şahidler diyet ve tazminle yükümlü olurlar, lehine şahidlik yapılan taraf şahidliğin doğru olmadığını ikrar ederse diyet, iâde ve tazmin yükümlülüğü altına girer. Her iki halde de kasıt varsa diyet yerine kısasa hükmedilir²⁷⁸. Mâlikî mezhebindeki hâkim görüşü, diğer üçünden farklı olarak şahidlerin şahidliklerinden dönmeleri hâlinde buna dayalı hükmün de bozulacağı yönündedir. Eğer hüküm yerine getirilmişse diyet, iâde ve tazmin borcu lehine şahidlik yapılan tarafa âittir. Ancak kasdın varlığı halinde diyet yerine kısasa hükmedilir. Mâlikî mezhebindeki bir görüşe göre ise bu hüküm bozulmaz, ancak yerine getirilmişse diyet, iâde ve tazmin borcu söz konusudur²⁷⁹.

Yalancı şahidliği (*şahâdetü'z-zûr*) durumunda şu esaslar geçerlidir: Hâkim hükmünün, o dâvânın temelini teşkil eden hukukî muamelede kurucu bir unsur rolü oynadığı hallerde, şahidler usulüne uygun olarak tezkiye edilmiş ve hâkim de bunların yalancı şahidi olduklarını bilmiyor ise, bu hüküm İmam-ı A'zam Ebû Hanîfe'ye göre hem zâhiren hem de bâtınen geçerlidir, İmam Ebû Yûsuf, İmam Muhammed, İmam Züfer ve diğer üç Sünnî mezhebe ve de Zâhirîlere göre zâhiren, yani hükmî olarak muteber ise de, bâtınen, yani gerçekte muteber değildir. Sözügelmiş bir kimse bir kızın kendi nikâhlı hanımı olduğuna dair iki şahid dinletse, bu şahidler de kanunen aranan şartları taşıyorlarsa ve yalancı şahidi olduklarını hâkim bilmiyorsa, bu dâvâ sonunda verilen hükümle ikisi arasında meşru şekilde bir nikâh meydana gelmiş sayılır. Burada nikâh İmam-ı A'zam Ebû Hanîfe'ye göre hem hükmî hem de hakikî olarak sonuç doğurur, ancak diğer hukukçulara göre hükmen sonuç doğurursa da gerçekte hüküm ifade etmez, bir başka deyişle bu kız o kimsenin hükmen hanımı sayılırsa da gerçekte onunla beraber olması câiz değildir. (Kadın buna zorlanırsa zina söz konusu olmaz.) Yine bunun gibi bir kadın yalancı şahidleri marifetiyle kocasının kendisini

²⁷⁵ Kâsânî, VII/16; İbni Nüceym, 243; İbni Âbidîn, IV/412-413.

²⁷⁶ Kâsânî, VII/16. Bu husus, hizmet kusuru anlayışının İslâm hukukunda çok önceden beri mevcut olduğunu göstermektedir.

²⁷⁷ İbni Hacer el-Heytemî, X/278 vd; Bilmen, VIII/164-165; Hin/Buğâ/Şerbecî, VIII/197-199.

²⁷⁸ İbni Kudâme, IX/247; Bilmen, VIII/165-166.

²⁷⁹ Hattâb, VIII/240-244; Mevvâk, VIII/240-244; Bilmen, VIII/163.

boşadığını iddiâ ve bu yönde bir hüküm elde etse, bu talâk hükmü İmam-ı A'zam Ebû Hanîfe'ye göre geçerli olduğundan bu kadının artık kocasıyla beraber olması mümkün değildir ve kadın iddeti bittikten sonra başkasıyla evlenebilir. Hibe, bey' (satım), kirâ gibi akitlerde de durum böyledir, yani sözgelîşi bir kimse yalancı şahidleri dinleterek bir kimsenin bir malı kendisine hibe ettiğine dair bir hüküm elde etse, şahidler usulüne uygun ve hâkim de bunların yalancı olduklarını bilmiyorsa bu hüküm muteberdir, ancak ikinci görüşe göre mal asıl sahibinin mülkiyetinde kalmakta devam eder²⁸⁰. Bu, daha ziyade İslâm hukukundaki kazâ ile diyânet ayrımı, bir başka deyişle kuralların kazâî ve dinî yönü bakımından önem taşımaktadır. Yalan yere yapılan yeminde ise hüküm asla geçerli olmaz. Sözgelîşi bir kadın nikâhının sona erdiğini bilerek açtığı bir dâvâda, koca talâkı inkâr ile yalan yere yemin etse ve bu yönde hüküm verilse, bu ikisinin beraber olması caiz olmadığı gibi kadın mehr ve nafaka alacaklarını alır ve artık vâris de sayılmaz²⁸¹.

Hâkimin kendi bilgisiyle hüküm vermesi halinde de hükmün bozulup bozulmayacağı ihtilâflıdır. Hanefîlerde bu, görev esnasında edindiği bir bilgiye önceleri caiz görülmüşken, sonradan bunun aksine fetva verilmiştir. Ancak Sâhibeyn'e, yani İmam Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed'e göre, kazf, kısas ve hukuk-ı âdemî denilen şahsî haklara dair kararlarda, bir de şahidlerin şahidliğe elverişli olup olmadıklarının tesbitinde (cerh ve ta'dil) bu mümkündür²⁸². Mâlikî mezhebine ve Hanbelîlerin zâhir görüşüne nazaran, hâkimin bilgisiyle hükmetmesi halinde bu hüküm bozulur, ancak Mâlikî ve Hanbelî mezhebine göre hâkim şahidlerin bu işe elverişli olup olmadıklarının tesbitinde (cerh ve ta'dil) ve ikrarda kendi bilgisiyle hükmedebilir. Şâfiî mezhebinde de hâkimin kendi bilgisiyle hükmedemeyeceği yolunda bir görüş var ise de bu mezhebin zâhir görüşü bunun caiz olacağı yönündedir, Hanbelî mezhebindeki bir görüş de bunda ortaktır²⁸³.

280 Mavsilî, II/88; Halebî, II/64-65; İbni Kudâme, IX/59; Bilmen, VIII/244-245; Hin/Buğâ/Şerbecî, VIII/177178.

281 Bilmen, VIII/246.

282 Mavsilî, II/88; Hindiyye, III/339; İbni Nuceym, 232; İbni Âbidîn, IV/313, 359.

283 Hattâb, VIII/138, 145; Mevvâk, VIII/138, 145; İbni Ferhun, II/23-28; Mâverdî, II/368 vd; İbni Hacer el-Heytemî, X/148-149; İbni Kudâme, IX/53-54; Zeydan, 211-214.

4. Hâkimin Töhmetsiz Davranması

Hâkim, hâkimlik vasıflarını taşıyorsa yahud töhmet altında karar vermiş, sözceliği taraf tutmuş, kendisinin veya lehine şahidlik yapamayacağı akrabasının lehine ya da hasmının aleyhine hükmetmiş olsa verdiği hüküm bozulur.

Hâkim olmak için, bir başka deyişle hüküm verebilmek için gereken şartlar bütün hukukçuların ittifakıyla âkil ve bâliğ olmak, hukukçuların çoğunluğunun görüşüne göre ise duyu organları sağlam, erkek, hür, âdil ve âlim olmaktır. Bu nitelikleri taşımayan kimselerin verdikleri kararlar geçersizdir. İlmen yetersiz (câhil) bir kimsenin hâkimliği Hanefî mezhebinde ve bir görüşe göre Mâlikî mezhebinde muteberdir, çünkü böyle bir kimse ilim sahiplerine danışarak doğru karar verebilir, danışmamışsa verdiği hüküm bozulacaktır, bununla beraber Mâlikî'de ilmî bakımdan yetersiz hâkimin verdiği hükümlerin mutlaka bozulacağı fikrini savunan hukukçular da vardır. Hanefîlerin çoğu hâkimin her yönüyle âdil olmasını aramaz, bununla beraber Tahâvî ve Hassâf buna muhaliftir. Mâlikîlerde ise ilmen yeterli bile olsa âdil bulunmayan (fâsık) bir hâkimin hükmünde bu adaletsizlik açık şekilde göze çarpıyorsa bu hüküm bozulur diyen hukukçular olduğu gibi, böyle bir hâkim hüküm verirken âlimlerle istişarede bulunmuşsa hükmünün bozulamayacağını savunan, diğer yandan böyle bir hâkimin hükmünün her halde bozulacağını kabul eden hukukçular da vardır. Şâfiîlere göre ise, hükümet hâkimlik niteliklerini taşımayan bir kimseyi bu makama getirirse, bunun tâbi olduğu müctehidin mezhebine uygun olarak verdiği hükümler geçerlidir. Hanbelîlerde de hâkimlerde âdil olma şartı arandığından eğer bir hükümde açık adaletsizlik varsa bozulur, öte yandan hâkimlik için arınan şartları taşımayan bir kimsenin verdiği adli kararlar zaten prensip itibarıyla geçersizdir, ancak hukuka uygun olanları bozmakta fayda olmadığı için geçerli kabul edilir. Hanefîlere göre, kazf suçundan cezalandırılmış bir kimse, sonradan tövbe etmiş olsa bile, hâkimlik yapamaz. Ayrıca, Hanefî mezhebinde kadınlar, şahidlikleri kabul edilen hususlarda, yani ceza dâvâları dışında hâkimlik yapabileceklerinden, bunların hükümleri bozulmaz²⁸⁴. Öte yandan, rüşvet veya iltimasla bu mevkie gelen hâkimin verdiği bütün hükümleri geçersiz sayan görüşler varsa da, esas olan hâkim rüşvetle bu makama gelmiş olsa bile verdiği hükümler prensip itibarıyla geçerlidir, ancak bizzat rüşvet alarak verdiği hükümler

284 İbni Âbidîn, IV/310; Tarablusî, 30; İbni Ferhun, I/73; Hattâb, VIII/137-138; Mevvâk, VIII/137; İbni Hacer el-Heytemî, X/113; İbni Kudâme, IX/40; Bilmen, VIII/213-217; Zeydan, 25 vd; Hâşim, 3/398,4/393-395.

geçersizdir, kendisinden sonra gelen hâkim veya bir başka hâkim bunları bozar²⁸⁵.

Bâğîlerin, yani kendilerince bir te'vile istinaden haksız olarak meşru idareye ayaklanıp belirli bir mıntıkada hâkimiyet kuran kimselerin tayin ettikleri kadıların verdikleri hükümler, meşru hükümetin kadılarına arzolunsa, bir görüş bunların hukuka uygun ise bozulmamasıdır. İkinci görüşe göre, kadıyı tayin eden idare gayrimeşru olduğu için verdiği hüküm de böyledir, bozulur. Üçüncü görüş ise meşru idarenin kadısı bu hükmü kendi hükmüne uygun ise imza ve infaz, değilse nakz etmesi, bozması yolundadır. İlk görüş, hukukçular tarafından kuvvetli ve muteber görülmüştür. Ancak bir İslâm ülkesi düşmanların eline geçerse, bu yeni idare veya orada yaşayan müslümanlar bir kadı tayin etseler, bu belde sonradan tekrar müslüman idaresine geçse bu kadıyı azletmek mümkün ise de hukuka uygun olarak verdiği hükümler geçerli sayılır ve bunların bozulması caiz değildir²⁸⁶. Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinde, bâğîlerin tayin ettikleri hâkimlerin, İslâm hukukuna uygun olarak verdiği kararlar bozulmaz²⁸⁷. Mâlikîlerde ise, bâğîlerin tayin ettikleri hâkimlerin verdikleri hükümlerin tenfiz edileceği ve bozulacağı yönünde iki ayrı görüş vardır²⁸⁸.

Hanefî mezhebine göre, hâkim, kendileri için şahidlik yapması yasak olan eş, usul ve fûru gibi kimseler lehine hüküm de veremez, vermişse bozulur²⁸⁹. Mâlikî ve Şâfiî mezhebinin her ikisinde de bunu mutlak olarak caiz gören ve görmeyen ikişer görüşün yanısıra birincisinde eş, küçük çocuk ve malına velî

285 Tahtâvî, VI/123. Enteresandır ki, Ebussuud Efendi bir fetvasında bu hususu şöyle hükme bağlıyor: "Zeyd-i kâdînin rüşvet ekl eylediği şer'le sâbit ve zâhir olsa, şer'an hükmü nâfiz olur mu? Elcevap: Olmaz, rüşvetle hüküm şer'a muvâfik olsa dahi nâfiz olmaz." M. Ertuğrul Düzdağ: Şeyhülislâm Ebussuud Efendi'nin Fetvaları, 2.b, İst. 1983, 134. "Anadolu kazaskerine hüküm ki: Mısır'da bazı kadılar arkalı olub beş on yıldan berü ma'zul olmayub her birin mensub vâfir Mısır metâi gönderüb rüşvetle kadılık itmelerine götürüb İstanbula mülâzemetde gelmeyüb ekseri üçer tecdid-i müddet itdürüb Üstün tarafından anın gibilerin kadılıkların bir müstehaka virile. Maiyyetleri rüşvetlerin alub mukarrir itdirirler imiş, bu makûle rüşvet ile kadı olanların kazâsı şer'an câiz olmayub hükümleri bâtil olduğu muhakkak olmağın anın gibi Arabistan kadılarının Âsîtâne'ye gelmeyenleri ve müddetleri tamam olmuşken tecdid-i müddet ile kadılık alub ma'zul idüb yirlerini hizmet-i mülâzemetde olan kudâta müstehik oldukları üzere tevcih eylemek bâbında....." 21 Şevvâl 1003 (30.VI.1595). BOA MD 73/1248.

286 İbni Âbidîn, IV/321.

287 İbni Hacer el-Heytemî, IX/68; İbni Kudâme, VIII/119-120.

288 Mevâk, VIII/370.

289 Mavsîfî, II/88; Bilmen, VIII/224-225; Hâşim, 3/395,409; Kamali, 75.

olduğu kimseler hakkında caiz olmadığı, ikincisinde ise hâkim hükmü ikrara dayanarak vermişse caiz olduğu yönünde görüşler vardır. Hanbelîlere göre ise, bir kimse hukuk-u âdemî denilen şahsî haklara dair dâvâlarda, usul ve fûru dışındaki akrabasının lehinde de, aleyhinde de şahidlik yapabileceğinden hüküm vermesinde bir sakınca yoktur²⁹⁰.

Hâkim, kendisiyle arasında husûmet (düşmanlık) bulunan kimseler aleyhine hüküm vermişse bu hüküm de bozulur. Bunda Hanefî ve Mâlikîlerin görüşü aynıdır. Hatta Mâlikî mezhebine göre hâkim, kendi aşiretinden, yani akrabasından birisi ile hasmı arasında, hasmının rızası olmaksızın hüküm veremez. Bir belde halkı ile hâkim veya onun lehlerinde hüküm veremeyeceği yakınları arasında bir dâvâ olduğu zaman, o beldede başka hâkim varsa ona gidilir. Başka bir hâkim yoksa ve eğer taraflar râzıysa hâkim bu dâvâya bakar, değilse veliyyü'l-emrden, yani hâkim tayinine yetkili olan makamdan bir geçici hâkim görevlendirmesini isterler. Hâkimin âdil bir kimse olması durumunda -şâhidler de âdilse- hasmının aleyhine de olsa hüküm verebileceğini savunan hukukçular vardır²⁹¹.

Hâkim kendi lehine hüküm vermişse veya hüküm verildikten sonra, dâvâlı hükme etkili yeni bir def'ide bulunmuşsa bu hükümler de bozulur²⁹².

Hâkim, hukuka aykırı kararında hatalı olduğu gibi kasıtlı da olabilir. Bu halde aykırılık ister bizzat hâkimin kendi ikrarıyla, isterse başka yollardan ortaya çıksın o hüküm derhal bozulur. Hükmün yanlışlığı bir delil veya lehine hüküm verilen kimsenin ikrarıyla anlaşıldığında hak sahiplerine hakları iade edilir; meselâ mahkûma verilen ölüm cezası infaz edilmişse yalancı şâhidler cezalandırılır. Hükmün yanlışlığı hâkimin ikrarıyla anlaşılmışsa hak sahiplerine hazine-den ödeme yapılır, hâkimin kasden yanlış hüküm verdiği (rüşvet aldığı, taraf tuttuğu vs.) anlaşılır ve hâkim de bunu itiraf ederse hak sahiplerinin hakları hâkime ödetilir. Ayrıca kasden yanlış hüküm veren hâkim görevinden azledilerek ta'ziren cezalandırılır. Hâkimin muhakeme edeblerine uymaması durumunda da

²⁹⁰ Hattâb, VIII/135; Mevâk, VIII/135; Mâverdî, II/413-414; İbni Kudâme, IX/107,191; Hâşim, 4/396.

²⁹¹ İbni Âbidin, IV/312-314; Hattâb, VIII/135, 138; Mevâk, VIII/138; İbni Ferhun, I/85; İbni Kudâme, IX/185; Bilmen, VIII/225. "Atala ve Mağnisa kadılarına hükmü ki:mevlânâ-yı mezbûr Südde-i seâdete gelüb Kula kadısı olan Abdülkerim için benümle husûmeti ve hasımlarıma muaveneti vardır, teftişden ihrâc olunmasını talep iderüm dimeğin kadı-yı mezbûrın ahvâline Atala kadısı ile seni müfettiş ta'yin idüb...."¹⁷ Zilhicce 972 (16.VII.1565) BOA MD 6/1417.

²⁹² Hattâb, VIII/135; Bilmen, VIII/224; Hâşim, 4/409.

başka bir hâkim veya makama şikâyetle bulunulabilir ve bu husus eğer hükme etki etmişse hüküm bozularak gerekirse hâkim yine ta'ziren cezalandırılır²⁹³. Mâlikîlere göre de hâkimin zulmü ikrarı veya başka beyyinelerle anlaşıldığı takdirde cezalandırılır, bir daha asla bu göreve getirilmemek üzere azledilir, teşhir olunur, tövbe edip iyi hali görülmedikçe şahidlik yapamaz²⁹⁴.

B. Hükümün Kontrolü İçin Başvurabilecek Kimseler

1. Taraflar

Hukuka aykırı bir hükmün bozulması için doğal olarak dâvânın tarafları başvurabilir. Dâvânın taraflarının başvuramadığı durumlarda hükümden zarar gören kimseler, sözgeleşi adam öldürme suçunda maktûlün yakınları da başvuru hakkını hâizdir²⁹⁵.

2. Hükümü Veren Hâkim

Hâkimin bir hâdisede hüküm verdikten sonra "*hükümünden döndüm*" veya "*başka bir hükme döndüm*" yahud "*hükümümü iptal ettim*" demesi ve hükümü iptal etmek istemesi tek başına geçerli değildir, bu sözlere itibar olunmaz. Ancak "Ben henüz hüküm vermemiştim" dese, şahidler "Vermiştin" dese bile söz hâkimindir. Klasik İslâm hukuku kaynaklarında hâkimin kendi hükmünü ancak üç halde değiştirebileceği bildirilmektedir. Bunlar: 1.Hâkimin kendi bilgisiyle hüküm verip sonra bunun yanlış olduğunun ortaya çıkması, 2.Hâkimin hislerine kapılarak hak ve adalete aykırı hüküm vermesi, 3.Hâkimin gerek müctehid, gerekse mukallid olsun, kendi mezhebine (hukuka) aykırı olarak hüküm vermesi

²⁹³ Tahtavî, VI/163-164; İbni Âbidîn, IV/355-356; Abdülhakîm, 118-119; Bilmen, VIII/247-248; İvad, 250-251; Kamalî, 76.

²⁹⁴ Hattâb, VIII/139.

²⁹⁵ Tarablusî, 34; İbni Ferhun, I/80-81; Hâşim, 3/395. Hz. Peygamber'in vefatından sonra irtidat edenleri yola getirmek için Halife Hz. Ebû Bekr tarafından görevlendirilen Hâlid bin Velid, vaktiyle Hz. Peygamber'in âmili (zekât memuru) olan ve daha sonra mürtedlerin arasında müslümanlara karşı çarpışan Mâlik bin Nüveyre'yi irtidat ve pekçok müslümanı katlettiğini anlayınca öldürmüştü. Mâlik'in kardeşi Halifeye gelerek, kardeşinin irtidat etmediği, dolayısıyla bu cezanın haksız olduğu hususunda itirazda bulundu, öte yandan Eshâb'dan Hz. Ömer ve Ebû Katâde de buna iştirak etti. Halife, Hâlid'i çağırıp durumu sordu. Hâlid: "Hz. Peygamber'in (*Hâlid Allahın kılıncıdır!*) dediğini duymadınız mı? Allahın kılıncı ancak kâfir ve münâfıkların boynunu vurur." diye kendini savununca Halife, Hâlid'in sözünü kabul ve itirazı reddederek Hâlid'i beraat ettirdi. İbni Abdilberr, II/429.

halleridir²⁹⁶. Görülüyor ki, hukuka aykırı kararın bozulması için tarafların talebi şart olmayıp, hükmü veren hâkim de bunu bizzat inceleyip bozabilir²⁹⁷. Hatta dâvâya bakan hâkim hükmü bizzat kendisi bir üst makama veya başka bir mercie intikal ettirebilir, bir başka deyişle kanun yoluna müracaat edebilir²⁹⁸. Bu, daha ziyade çetrefil veya kamu düzenini yakından ilgilendiren dâvâlarda söz konusu olabilir. Öte yandan kısas gibi telâfisi imkânsız durumlarda hüküm devlet

²⁹⁶ Ebyânî, 106.

²⁹⁷ Zeydan, 276. Daha önce de geçtiği üzere Hz. Peygamber, komşusunun zırhını çalan ve suçu bir yahudinin üzerine atan Tu'me hadisesinde önce bir yahudi aleyhine hükmetmiş, sonra şahidlerin yalancı olduğu ortaya çıkınca ilk verdiği hükmü bozmuştur. Şeyhzâde, II/166. Yine Hz. Peygamber, Bedir harbinden sonra, henüz Müslüman olmayan zevci Ebu'l-Âs bin Rebi' tarafından Medine'ye gönderilen kızı Zeyneb'i şehrin çıkışında sopayla vurarak devesinden düşüren ve böylece çocuğunu kaybetmesine ve arkasından da hastalanarak vefatına sebep olan Mekkelî müşriklerden Hubar bin Esved ile Nâfi' bin Abdikays'ın Mekke'nin fethinden sonra yakalanması durumunda yakılarak cezalandırılmasına hükmetmiş, bir müddet sonra da ateş ile azâbın ancak Allah'a mahsus olduğunu düşünerek bu hükmünden vazgeçmiştir. Buhârî, Cihâd 107, 149; Dârimî: Siyer: 24 (2464). Hatta İbni Hacer, bu hadisede, ictihadla verilen hükümlerden rücu'un, vazgeçmenin cevazına işaret olduğunu açıkça bildirmektedir. İbni Hacer Askalânî: Fethü'l-Bârî, 2.b, Beyrut 1402, VI/113. Yine İbni Muğîre'den dul kalıp Üsâme bin Zeyd ile evlenmek isteyen Fâtıma binti Kays hakkında Hz. Peygamber bunun Ümmü Şerîk'in evinde iddet beklemesine hükmetmişti. Daha sonra Ümmü Şerîk'in çok gelen-gideni olduğunu göz önüne alarak hükmünü bu kadının amcazadesi Abdullah İbni Ümmi Mektûm'un evinde iddet beklemesi yönünde değiştirmiştir. Müslim, Fiten 119.

²⁹⁸ İki kardeş arasında müşterek mülk olan bir arazi üzerindeki evin hangisine ait olduğunun tesbiti hususunda Hz. Peygamber, Eshâb'ın ileri gelenlerinden Huzeyfe bin Yemân'ı hâkim olarak görevlendirmiş, Huzeyfe arazinin bulunduğu yere gidip gerekli keşiflerde bulunduktan sonra bakıp çözdüğü dâvânın hükmünü Medine'ye dönüşünde bizzat Hz. Peygamber'e arz etmiş, O da hükmü inceleyip tasvip etmiştir. İbni Mâce: Ahkâm 18; Beyhakî: Sulh 6. Basra kadısı Hişâm bin Hübeyre, içinden çıkamadığı müşkil meselelerde kendisinden yaşça tecrübeli ve ilmen üstün gördüğü Küfe kadısı Şüreyh'e yazarak danışmayı âdet edinmişti. Burada artık Şüreyh'in görüşü hüküm değil, fetva mahiyetindedir. Nitekim Sâlim bin Sevban'ın Basra'ya götürdüğü katırlardan birine bir başkası tanıyarak sahip çıkmış, Basra kadısı Hişâm bin Hübeyre de katırı bu adama hükmetmiş, sonra da kadı durumu Şüreyh'e yazarak görüşünü sormuş, önceki mahkemece lehine hüküm verilen taraf daha sonra Şüreyh'in huzuruna çıkarak dâvâ konusu malı, mahkûm olan tarafa önceden satmış olduğunu itiraf edince bu sefer bunun aleyhine, mahkûm olan Sâlim bin Sevban lehine karar verilmiştir. Veki', I/300. Osmanlı kadıları da müftü ve diğer hukukçulardan fetva sorarlar, çoğu zaman çetrefil dâvâlarda verdikleri hükümleri incelenmek ve hatta içinden çıkamadıkları veya tarafları şerli bazı dâvâların da yalnızca tahkikatı yapıp hükmü verilmek üzere bizzat Divan-ı Hümâyûn'a arz ederlerdi.

başkanına sunulup onaylanmadıkça yerine getirilemez. Bu bir bakımdan re'sen ve resmen temyiz demektir.

3. Hükümü Veren Hâkimin Halefi

Cevr ve ceqli, yani adaletsizlik ve ilmî yetersizliği ile tanınan hâkimin verdiği hükümlerin, tarafların talebi olmaksızın, kendiliğinden araştırılarak bozulması hususunda hukukçular arasında ihtilaf bulunmaktadır. Hanefî mezhebinde, bir hâkim âdil değilse veya âdil olmakla beraber câhil ise, verdiği hükümlerin kendiliğinden araştırılarak hatalı ve hukuka aykırı olanların bozulması mümkündür, aksi takdirde hükümleri araştırılmaz. Mâlikî hukukçularının bir kısmı, câhil de olsa, âlimlerle istişare ederek hüküm veren âdil bir hâkimin hükümlerinin kendiliğinden araştırılmayacağını savunurken, diğer bir kısmı böyle bir hâkimin bütün hükümlerinin bozulacağı görüşündedirler. Buna karşılık âdil olmayan bir hâkimin hükümlerini kendiliğinden araştırmanın caiz olduğu ve olmadığı hususunda Mâlikî hukukçular arasında iki görüş bulunmaktadır. Şâfiî mezhebindeki hukukçuların bir kısmı hükmün bozulması için, bundan zarar gören kimselerin talepte bulunmasını ararken, diğer bir kısmı bir hâkimin talep olmasa da selefının verdiği hükümleri araştırabileceğini söylemektedirler²⁹⁹. Hanbelîlere göre, hukukullah (kamu haklarına) dair dâvâlarda tarafların talebi aranmamakla beraber, hukuk-u âdemî denilen şahıs haklarına dair dâvâlarda tarafların talebi olmadıkça bir mahkeme hükmünün incelenmesi ve gereğinde bozulması mümkün değildir³⁰⁰.

Hanefî kaynaklarının kaydettiğine göre, azledilen bir hâkimin yerine tayin olunan yeni bir hâkim, göreve başlar başlamaz iki yardımcısını (kadî emîni) sicilleri ve hâşimlerini kontrole memur eder, bilhassa da mahbusların durumlarını tahkik ederek hukuka aykırı olarak hapsedilmişlerse keyfiyeti ilân eder, gerekirse kefâlet alarak bunları salıverir³⁰¹. Bunu daha çok bir teftiş mahiyetinde

299 Hâşim, 3/396-397.

300 İbni Kudâme, IX/58; Hâşim, 3/398.

301 Haddâd, II/310; Meydânî, II/310; Hindiyye, III/346; İbni Âbidîn, IV/321-322; İbni Kudâme, IX/49. İslâm hukukunda azl, hâkimin herhangi bir sebepten dolayı görevden alınması anlamına gelmektedir. Ancak Osmanlı uygulamasında azl denildi mi hâkimler için tayin edilmiş müddetin bitmesi anlaşılır ki bu tarihten itibaren azledilen hâkim merkeze gelerek yeni bir memuriyetin boşalmasını ve buraya tayinini bekler. Uzunçarşılı, İlmiye Teşkilatı, 94.

görenler varsa da³⁰², ortada teftiş edilecek bir hâkim bulunmadığından, bir başka deyişle hâkim zaten makamından ayrılmış olduğundan, burada taraflara verilen zararların giderilip telâfi edilme maksadının güdüldüğü, dolayısıyla hüküm kontrolü niteliğinin daha ağır bastığı anlaşılmaktadır³⁰³.

Vefat etmiş veya azledilmiş bir hâkimin bir meselede hüküm verdiği ve elinde bulunan emanetlere, bazı kişileri hapsedmesine dair ikrarları, yeni hâkim bakımından tek başına bir hüccet teşkil etmez. Çünkü hâkim azledilince halktan bir kimse durumuna düşer, dolayısıyla ikrarının tek kişinin şahidliğinden başka hukukî bir değeri yoktur. Bu sebeple eğer başka bir (bir görüşte iki, çünkü ikrarı kendi işiyle ilgilidir) şahidin ifadesiyle mutabık olursa kabul edilebilir. Dolayısıyla yeni hâkim hapisanelerde bulunan kişilerin durumunu inceleyip gerekirse serbest bırakır veya muhakeme eder, mahkeme nezdinde yed-i emin olarak bulundurulmuş yetimlere veya vakıflara ait emanetlerin durumunu araştırır, kendisinden önceki hâkim tarafından bakılıp neticelendirilmiş olsa bile sicile işlenmemiş veya çözüldüğü iki şahitle isbatlanmamış ihtilaflara yeniden bakar³⁰⁴.

Hâkimin azli üzerine yerine tayin edilen hâkimin, selefinin hükümlerini denetlemesi dışında, hâkim kendiliğinden bir başka hâkimin veya kendisinden önceki hâkimin hükümlerini sebepsiz yere bozamaz³⁰⁵.

302 İlber Ortaylı: "Osmanlı Kadısının Taşra Yönetimindeki Rolü Üzerine", AİD, C: 9, S: 1, 1976, s: 107.

303 Schacht, Introduction, 189. "Köyceğiz kadısına hüküm ki: Sâbıkan Köyceğiz kadısı olan mevlânâ Üveys kazâ-yı mezbûrede Nasuh fakih için şerîr ve ehl-i tezvîr kimesne olub şîrret ü şekâveti müsecceldür diyü arzitmeğle dinilen gibiyse sûret-i sicillin ihrâc idüb küreğe gönderesün diye fermân olunmağın sicillere müracaat olunub mezkûrun hakkında sicil bulunmayub ve hem mezkûrdan şekvâ ider kimesne olmaduğın bildürmişsin. Buyurdum ki: Hük-m-i şerîfüm varıcak göresin mezkûrun fil-vâki' şîrret ü şekâveti müseccel olmayub hilâf-ı vâki' isnâd olmağla arz olunmuş ise mādâm ki kendü hâlinde olub şer'a mugâyir vaz'ı ve reâyâ vü berâyâyâ teaddîsi olmaya, hilâf-ı şer' kimesneyi dahlîtdürmeyesin. Amma ki şîrret ü şekâveti zâhir ola tutub habsidüb arzyleyesin." 24 Şa'ban 972 (28.III.1565). BOA MD 6/933.

304 Halebî, II/58-59; İbni Âbidîn, IV/321-322; Bilmen, VIII/226.

305 Hâşim, 4/395-399.

4. Üçüncü Şahıslar

Bir hükümdeki hukuka aykırılık kamu düzeni (maslahat) ile ilgiliyse o toplu fertlerinin ayrı ayrı bu hükmün bozulması için itirazda bulunma hakları vardır³⁰⁶.

5. Devlet Başkanı

Eğer hüküm kontrolü bir hâkime veya özel bir mercie (mahkemeye) verilmişse, devlet başkanının da mahkeme kararlarının bozulması hususunda başvuru hakkının bulunduğu şüphe yoktur³⁰⁷.

306 Eshâb'dan Hâlid bin Velid, Cüzeyme kabilesinden bir grup esiri bir yanlış anlaşılma sonucunda öldürtmüş, maiyetinde bulunanlardan bir kısmı döndükten sonra bu konuda Hz. Peygamber'e müracaat etmişler, o da hükmü tasvib etmeyerek maktullere tazminat ödetmiş, ancak kasıtlı davranmadığı için Hz. Hâlid'e kısas uygulanmamıştır. Buhârî: Meğâzî 58; Nesâî: Adâbü'l-Kudât 17; Askalânî, VIII/46-47; İbni Abdilber, II/429. Burada hadis metninde, hâdisenin Hz. Peygamber'in önüne getirilmesi için, İslâm hukukunda ekseriyetle kanun yoluna müracaatı ifade eden *ref'* sözü kullanılmıştır. Yine Halife Hz. Ömer zamanında zinâ suçundan mahkûm edilen bir kadının akıl hastası olduğu gerekçesiyle, dâvâyı ilgisiz bulunmayan Hz. Ali bin Ebû Tâlib itiraz ederek hükmü bozdurmuştur. Beyhâkî: Sirka 11.

307 Abbasiler devrinde, kadiyü'l-kudât İmam Ebû Yûsuf bir zimmîyi öldüren müslümanı kısas cezasına çarptırması, bu hüküm, halk arasında büyük menfi reaksiyona sebep olmuş, hatta bir şair "*Ey kâfirden ötürü müslümanı öldüren! Cevr ediyorsun. Cevreden ile âdil bir olmaz. Ey Bağdat ve etrafı halkının âlimleri ve şairleri! Dininize yas tutun! Cevre de sabredin! Çünkü sabredenlere ecir var. Kâfire kısasen müslümanı öldürmekle Ebû Yûsuf ise dine cevretmiştir*" mealinde bir şiiri İmam Ebû Yûsuf'a göndermiştir. Bunun üzerine, halkı teskin ve kamu düzenini koruma endişesiyle Halife Hârunü'r-Reşîd, dâvâyı tekrar bakması için İmam Ebû Yûsuf'a müracaat etmiş, bunun üzerine dâvâyı yeniden gören İmam Ebû Yûsuf, bu kez maktulün yakınlarından, ölenin zimmî olduğunu isbatlamalarını istemiş, onlar da buna muvaffak olamayınca önceki hükmü bozarak diyete hükmetmiştir. Mâverdî, 219; Keskiöğlü, 265. Görülüyor ki devlet başkanı bir davanın yeniden görülmesini ancak bir maslahata mebni isteyebilmektedir. Dolayısıyla burada İmam Ebû Yûsuf'un halifenin arzusuna göre hüküm verdiği, bir başka deyişle hâkimlerin bağımsızlığı prensibine aykırı davranıldığı düşünülmemelidir. Kadiyü'l-kudât dâvâyı tekrar bakmış ve olayın hukukî hükme ne derece uyduğunu bir daha gözden geçirerek kararını değiştirmiştir. İmam Ebû Yûsuf, adalete uymakta çok hassas davranırdı. Bizzat kendisi, hiçbir dâvâda taraf tutmadığını, bir defasında Halife Hârunü'r-Reşîd ile bir hristiyan arasındaki dâvâda, kalben halifeye meylettğini, ancak sonuçta hristiyanı haklı görüp hükmü onun lehine verdiğini bildirmektedir. İbni Âbidîn, IV/325-326.

C. Hükümün Kontrolü İçin Başvuru Mercii

1. Hükümü Veren Mahkeme

Hukuka aykırı bir hükmün bozulması için hükmü veren hâkime müracaat edilebilir. Hükümü veren hâkim hukuka aykırı olarak verdiği hükmü bozup, yerine başka bir hüküm verir. Bu hüküm hukuka aykırı değilse, ictihad ile verilmişse, bu takdirde kendisi ictihadını değiştirmiş olsa bile bu hükmü bozamaz.

2. Eşit Derecede Başka Bir Mahkeme

Hukuka aykırı bir hükmün bozularak yeniden muhakeme yapılması için aynı derecede bir başka hâkime de gidilebilir. Ancak bazı hukukçular bir hâkimin bir başka hâkimin hükmünü bozmasının mümkün görmemişlerdir; halbuki bozulması mümkün olmayan hükümler mücerred ictihad ile verilmiş hükümlerdir, nitekim ictihad ile ictihad bozulmaz. Yoksa hukuka (kitap, sünnet ve icma'a) aykırı veya sözgelişi hâkimin açık hatası veya ilmî yetersizliği ya da töhmet altında davranması bahis konusuysa, (aslından geçersiz sayılan) bu hüküm bir başka hâkim tarafından bozulabilecek, -ki bu esasen bir tesbit hükmüdür-, ayrıca mekân ile kayıtlanamıyorsa dâvâya yeniden bakıp hükmedebilecektir. Eğer Osmanlılarda olduğu gibi hâkimler belli bir yerde hükmetmek üzere görevlendirilmişse, başka bir yer mahkemesince verilmiş hükmü ihtisas yokluğu sebebiyle bozamazlar.

Bu durum çoğu kez bir hükmün henüz yerine getirilmeden hükmü veren hâkimin ölmesi veya azledilmesi ya da ilk hâkimin bâgîler tarafından tayin edilmiş olması dolayısıyla ortaya çıkmaktadır. Böyle bir hâkimin vermiş olduğu hüküm, yerine getirilmek üzere bir başka hâkime veya hükmü verenin halefine arzolunsa bu ikinci hâkim hükmü tedkik eder. Hukuka uygun bulursa, kendisi farklı görüşte olsa bile, imza ve infaz eder. Birinci hâkimin verdiği hükmün, sahih bir dâvâya müstenid olup olmadığı, şartlarını ihtiva edip etmediği, usulüne uygun yapıp yapılmadığı hususunda şüpheye düşer veya ihtiyaç duyarsa tarafları yeniden mahkemeye çağırıp delilleri bir daha değerlendirmek suretiyle dâvâyı tekrarlayabilir, gerekirse farklı bir hüküm verebilir³⁰⁸.

308 İbni Âbidîn, IV/321, 339-340. Bir kimse, dârü'l-harbden satın aldığı bir köleye daha önceki sahibi kıymetini ödemek şartıyla sahib çıkınca mahkemeye başvurmuş ve Kûfe kadısı Muhammed b. Yezid b. Huleyde eş-Şeybanî'den lehine bir hüküm çıkartmıştı. Diğer taraf bu hükmü daha sonra Kûfe kadılığına tayin olunan Şüreyh'e götürmüştü. O da dâvâyı yeniden dinleyip, bir kimsenin düşman tarafından zabtedilerek dârü'l-harbe götürülen malını daha sonra bir müslüman eline geçirirse ilk sahibinin kıymetini ödemek

3. Devlet Başkanı

Hukuka aykırı verilmiş bir hükmü, hükmü veren hâkimin veya buna denk bir başkasının düzeltmeye yanaşmaması (ihkâk-ı hakdan imtina'ları) veya bu dâvâya bakamamaları durumunda bir üst mercie müracaat etmek gerekir ki bu da devlet başkanı veya bu maksat için tahsis edilmiş bir mahkeme, sözgeşi belirli dönemler için divan-ı mezâlîm ya da onun yerine geçen müesseselerdir³⁰⁹. Bazı hukukçular hâkimlerin mahkeme kararlarını bozmalarının halka olduğu kadar kendilerine de zarar vereceğini söylemektedirler. Bunlar, mahkeme kararlarını bozan hâkimlerin halkın düşmanlığına ma'ruz kalacaklarını, öyle ki azil veya ölümlerinden sonra, hükümlerin bozulmasından zarara uğrayanların, bunlardan veya yakınlarından intikam almaya kalkabileceklerini, bu sebeple hükümlerin bozulmasını bu gibi korkulardan âzâde olan devlet başkanına bırakmalarını tavsiye etmektedirler³¹⁰. Devlet başkanının bu gibi işlere bakmak üzere teşkil edeceği divanda uygulanacak muhakeme usulü ve bu mahkemelerin kuruluş şekli normal mahkemelerden bazı farklılıklar taşır³¹¹.

Bazı hukukçular demektirler ki, hâkimin hükmünden şikâyet söz konusu olur ve bu da emîre, yani hâkimi kontrole yetkili mercie götürülürse (ref), eğer hâkim emîn, âdil ve basîretli olarak tanınan bir kimseyse bu talebe itibar edilmez. Aksine hâkim töhmet altında, adaletsiz ve ilmen kifâyetsiz birisi olarak tanınıyorsa azlolunarak yerine başkası tayin edilir. Emîr, eğer bu dâvâya bakacak ilmî ehliyeti taşıyorsa, ehil olan hukukçulara bu gibi taleplerin incelenmesini emreder, bunlar hükümleri inceler ve gereğini emîre arzederler, o da hükmü bozabilir ve bu hukukçuları o dâvâya yeniden bakmakla görevlendirebilir. Hüküm hukuka aykırı değilse bu hukukçular hey'etinin ve emîrin bozması geçerli değildir. Bu hey'et kararlarında ittifak olabileceği gibi ihtilaf da çıkabilir. Bu takdirde emîr, bunlardan çoğunluğun görüşünü değil, uygun gördüğünü seçerek hükmü bu yönde düzelttirir ve tatbik ettirir. Hükmü veren hâkim, emîrin veya kadıyü'l-kudâtın bulunduğu beldede değilse, emîr veya kadıyü'l-kudât, bu belde-

suretiyle bu malı alabilmesinin Hz. Peygamber'in sünneti gereği olduğunu söyleyerek aksi yönde yeni bir hüküm vermiştir. Veki', II/395.

309 Tarablusî, 30, 33; İbni Ferhun, I/79; Abdülhakîm, 118; Hâşim, 4/385; Mu'minî, 59. Daha önce de geçtiği üzere, bir mahkeme hükmünün başka bir hâkime, daha ziyade üst bir mercie incelenmek üzere götürülmesine de ref denilmektedir. Tarablusî, 30, 33, 36; Karâfî, 2.

310 Tarablusî, 30; İbni Ferhun, I/74.

311 Şekli farklar için bkz. Mâverdi, 76-80; Ferrâ, 79; Nebhan, 601-603; Bilmen, III/328-329; Mu'minî, 171 vd; Akyüz, 183-188. Usul farklılıkları için bkz. Mâverdi, 80 vd; Ferrâ, 80 vd; Nebhan, 603 vd; Mu'minî, 199 vd; Akyüz, 149 vd.

de emîn, dürüst ve bilgili olarak tanınan kimselerden muhakeme sırasında hâkimle birlikte hâzır bulunmalarını isteyebilir. Toplu hâkim sistemine benzeyen bu durumda ilk kararın aynısı verilemez, çünkü bu karar hukuka aykırı görülmüş ve şikâyet konusu olmuştur. Yeni muhakeme neticesinde verilen karar da emîre arz olunur, hatta hâkim ile diğerleri arasında hüküm konusunda ihtilaf doğmuşsa bu da emîrin görüşlerden birisini seçmesiyle giderilir³¹². Klasik eserlerdeki bu usulün, İslâm tarihindeki divan-ı mezâlîm ve Osmanlılardaki Divan-ı Hümâyûn'un mahkeme kararlarını kontrol yolundaki yetkilerine dayanak oluşturduğu söylenebilir. Hatta şer'îyye mahkemesi kararlarının Tanzimat'tan sonraki kontrol usulü de aynen böyle cereyan etmektedir.

Sonuç itibarıyla mahkeme kararına karşı itirazı olan kimse bunu devlet başkanına götürebilir, çünkü devlet başkanı başhâkimdir, bütün hâkimler onun vekilidir, müvekkil nasıl vekilin tasarruflarını kontrol edebiliyor ve hatta o işi bizzat kendisi yapıyorsa, devlet başkanı da bu yetkisini mutlak olarak devretmiş olmadığından, bizzat o dâvâya bakıp itirazı çözebilir, veya bu dâvâya tekrar bakılması için hükmü veren yahud daha başka bir mahkemeye emir de verebilir, bu mahkemeler devlet başkanının emrini dinlemezse bizzat bakmaktan başka yol yoktur, buna mezâlîm sistemi denir. Öte yandan hükme itirazı olan kimse bunu o hükmü veren mahkemeye veya başka bir mahkemeye götürebilir. Bizzat hükmü veren mahkeme de daha sonra bu hükmün hukuka aykırı veya hatalı olduğu kanaatine varırsa bunu bozarak yeni bir hüküm verebilir. Hükme itirazı olan devlet başkanı ise, ister bu dâvâya bizzat bakar, isterse hükmü veren veya bir başka mahkemeye gönderir, ancak yukarıda da geçtiği üzere bu mahkemelere hukuka uygun verilmiş bir hükmü değiştirmeleri istikametinde emir verdiremez.

D. Hükme İtirazın Etkisi

İslâm hukukunda mahkeme kararlarını yerine getirmek (infaz) prensip itibarıyla o kararı veren hâkimin yetkisi ve görevi içindedir. Medenî hükümlerde dâvâyı kaybeden taraf hükmün gereğini yerine getirmezse bizzat hâkim hükmü icrâ ettirir. Bazen hüküm, hâkimin ölümü veya azledilmesi veya bu hâkimin bâgîler tarafından tayin edilmiş olması gibi sebeplerle yerine getirilmek üzere (tenfiz) ikinci bir hâkime götürülmektedir. Bu hâkim, karar hukuka uygun ise imza ve tenfiz etmektedir, buna *ittisal* denir. Bu ikinci hâkim, hükmü hukuka aykırı bulur veya şüpheye düşerse dâvâya yeniden bakabilir. Ancak haksız olarak, imza ve tenfizden kaçınırsa elbette üçüncü bir hâkime götürme imkânı vardır. Hele bazı hükümler vardır ki (köle, kadın gibi hâkimliğe elverişli olmayan

312 Tarablusî, 34; İbni Ferhun, I/79-80.

kimselerin verdiği hükümler gibi) bunların mutlaka ikinci bir hâkim tarafından tasdik edilerek yürürlüğe konulması lâzımdır³¹³. İtirazların bu hükümlerin yerine getirilmesini erteleyip ertelemeyeceği hususunda kaynaklarda bir açıklık yoktur. Medenî hükümlerde zaten bir problem bulunmamaktadır, çünkü eğer itiraz haklı görülürse hüküm yerine getirilmiş olsa bile eski hale dönülebilir. Cezaî hükümlerde ise telâfisi zor meseleler doğacağı açıktır. Bunun için halîfeler bilhassa ölüm cezalarının kendilerince tedkik ve tasdik olunmadıkça yerine getirilmemesini emretmişlerdir³¹⁴. Eğer bozulan cezaî hüküm yerine getirilmişse, bu hükmeye etkili olan kadı ve şahid gibi kimseler cezalandırılır ve tazminle yükümlü olurlar. Şâhidlerin yalancılığı hükümden önce anlaşılmuşsa ta'zir edilirler. Eğer bir zinâ dâvâsı söz konusuysa şahidlere kazf haddi uygulanır, can ve mala dair hükümlerde tazminle yükümlü olurlar³¹⁵. Eğer resmen bir üst derece mahkemesi kurulmuşsa, bu takdirde zaten hüküm burada görüşülmeden kesinleşmeyeceği için icrâsı da mümkün olmayacaktır.

SONUÇ

Adlî kararlardaki hukuka aykırılıkların giderilmesi için getirilen hukukî imkânlarla, bir başka deyişle mahkeme kararlarının kontrol edilmesini sağlayan usullere kanun yolları denilmektedir. Bunlar genellikle istinaf, temyiz, itiraz, muhakemenin iâdesi ve -Türk hukukuna has olmak üzere- karar tashihi'dir. Bu yollardan muhakemenin iâdesi, hemen her hukuk sisteminde tartışmasız yer almaktadır. Diğer yolların tipik ve bilhassa konu açısından en önemli olanları ise istinaf ve temyizdir. İstinaf ve temyiz, özellikle karardaki maddî meselenin incelenip incelenemeyeceği noktasında birbirinden ayrılırlar. Hemen her modern hukuk sisteminde temyiz yolunun bulunmasına karşılık, istinafa hepsinde yer verilmemiştir. Eski devirlerde hâkimlerin kararları kesin olup, bunları ancak hükümdar bozabilirdi. Daha sonra Avrupa'da feodalitenin güçlenmesiyle derebeylik mahkemeleri yargı otoritesi kazanmıştı. İşte istinaf, derebeyleriyle hükümdarın mücadelesinden, bir başka deyişle merkezî otoritenin taşra otoriteleri üzerinde hükümranlık kurma emelinden doğdu. Temyiz de merkezî otoritenin güçlen-

313 İbni Âbidîn, IV/310. İslâm hukuk tarihinde cezaların yerine getirilmesi için genellikle *şurta* denen özel görevliler (bir çeşit emniyet kuvveti, polis) tayin edilirdi. Atar, 219.

314 Tarablusî, 11; Atar, 155.

315 Tahtâvî, VI/163-164; İbni Âbidîn, IV/355-356; Bilmen, VIII/247-248. Yalancı şahidi oldukları Rumeli kazaskeri huzurunda sâbit olan Safranbolulu Mehmed ve Üsküdarlı Mehmed'in Limni kal'asına kalebend edilmeleri hakkında belge. BOA Cevdet-Adliye, no: 206; tarih: Ş (Şaban) 1177 (1764). İki şahid-i zürun (yalancı şahidinin) Midilli'ye sürgün edilmesine dair belge. BOA Cevdet-Adliye, no: 1245, tarih: 10 B (Receb) 1186 (7.X.1772).

mesi ve ülkede hukuk birliğinin sağlanması gayesine hizmet eden bir yol olarak gelişti. Almanya'da ve Osmanlı adliye sistemine oldukça benzeyen Fransa'da merkezî otorite, yani hükümdar, bu yolla taşra adli otoritelerini kontrol edebilmiş ve sonuçta bu mücadeleden gâlip çıkmıştır. Oysa feodaliteyle geç tanışan İngiltere'de mahkemeler, genellikle baştan beri kralın yargı otoritesine bağlı ve bütün mahkemeler merkezdeki krallık divanının kontrolü altında bulunduğundan, burada kanun yollarının, bilhassa istinafin gelişmesi oldukça yavaş ve basit olmuştur.

İslâm hukukunda bugünkü şekliyle istinaf bulunmuyordu. Çünkü öncelikle İslâm hukuku coğrafyasında Avrupa hukukunda istinafi doğuran âmillerin başında gelen feodalite yoktu. Ayrıca Batı hukukundan hayli farklı bir yapıya sahip olan İslâm hukukunda hâkimler benzer hadiselerde çeşitli hukuk ekollerine ait hükümleri uygulayabilirlerdi. İctihad ile icthadın bozulamayacağı prensibi gereği, bir mahkeme hükmünün diğerine üstünlüğü yoktu. Ayrıca İslâm hukukunda da, monarşilerde rastlandığı üzere, hâkimler hükümdarın yargı otoritesini onun adına kullanan vekillerdi ve aralarında hiyerarşi söz konusu değildi, bir başka deyişle bütün mahkemeler eşit statüdeydi. Diğer yandan ister istemez hâkimlerin kendilerini tayin eden siyasi otoritenin hiyerarşik yapısının etkisi altında kalması da bu hukuk sisteminde kanun yolu mekanizmasının siyasi otoritenin yapısına paralel doğmasına ve gelişmesine sebep olmuştur. Nitekim İslâm hukuku ve bunun klasik devir Osmanlı uygulamasında hâkimler belli yargı çevrelerinde hükmetmekle görevlendirilmiş bağımsız birer hukuk otoritesi olduğu ve devlet başkanı bile bunlara belli istikamette karar vermeleri hususunda baskı yapmadığı için hâkimlerden şikâyet ile hükme itiraz bir arada değerlendirilmiş, bir mahkeme hükmünün hukuka aykırılığı kanaati doğmuşsa hükmü veren hâkim divan-ı mezâlîme şikâyet olunmuş, bunun neticesinde hüküm de kontrol edilmiştir. Dolayısıyla hukuka aykırı hükümlerin eski Roma'daki gibi, zaten baştan beri bati olduğu böyle bir sistemde, mahkeme kararlarının kontrol edilip düzeltilmesinden çok, hâkimlerin kontrol edilip gerektiğinde görevden alınmaları ve hatta cezalandırılmaları tercih edilmiştir. Her ne kadar teorik bakımdan bağlayıcı olmasa da fetva kurumu, ayrıca mahkemelerin aleniyeti ve şühûdü'l-hâl denilen kimselerin muhakeme esnasında mahkemede hazır bulunarak hükmü imzalamaları, hâkimleri hukuka uygun davranmaya sevkeden başlıca âmiller olmuştur. Öyle ki fetva müessesesi temyiz ve şühûdü'l-hâlin varlığı da istinafa ihtiyaç bırakmamıştır. Toplum hayatının ve hukukî ihtilafların basitliği, ayrıca hâkimlerin toplumda belli bir saygınlığı olan ve sağlam bir hukuk bilgisiyle mücehhez kimselerden seçilmesi, muhakemenin ve mahkeme kararlarının da fazla çetrefil olmaması sonucunu doğurmuştur. Hükümlerdeki hukuka aykırılık, hukuk normunun yanlış uygulanmasından değil, hâkimlerin zaman zaman hukuka aykırı davranmalarından (rüşvet alma, taraf tutma, dâvâya bakmama gibi) doğmuştur. Bütün bunlar, kanun yollarının bilhassa istinaf kurumunun bugünkü an-

lamıyla gelişmesine elvermemiştir. Bununla beraber modern müellifler, İslâm hukukunun günümüzdeki haliyle istinafa elverişli olduğu görüşünü ileri sürmüşlerdir. Bununla beraber istinaf ancak hükümdarın izniyle ve temyiz incelemesinden sonra söz konusu olabilmıştır.

İslâm hukuku ve bunun klasik dönem Osmanlı uygulamasında, hukuka aykırı mahkeme kararlarının kontrolü için kendisine has bir takım yollar kabul edilmiştir. Öncelikle hatalı verilmiş bir mahkeme hükmünü, o hükmü veren hâkim bizzat veya talep üzerine düzeltebilirdi. Hâkimin buna yanaşmaması veya bunun mümkün olmaması durumunda, o hüküm bir başka hâkime götürülerek hukuka aykırı olduğu ortaya çıkarsa yeniden o dâvâya bakılabilirdi. Nihayet devlet başkanı (halife, hükümdar) ve vâlilerin divan-ı mezâlim adıyla kurdukları yargı mercileri de halkın bu yoldaki şikâyetlerini inceleyip karara bağlardı. Görülüyor ki hükümdar, diğer klasik hukuk sistemlerinin hepsinde olduğu gibi hâkimleri ve kararlarını kontrol ve gerektiğinde bozma yetkisini elinde tutmuştur. Ayrıca İslâm hukukunda devlet başkanı (hükümdar), sahip olduğu yargı otoritesini kullanmak üzere genellikle kadıyü'l-kudât (Osmanlılarda kazasker) veya nâdiren vâliyi vekil eder, bunlar da kadıları tayin ederdi. Ayrıca kadılar da dâvâların çokluğu, yargı çevresinin uzaklığı gibi durumlarda nâib görevlendirebilirdi. Bu kişiler sırayla birbirlerinin nâibi, yani vekiliydiler ve her birisi nâibini ve dolayısıyla kararlarını kontrol ve gerektiğinde bozma hakkına sahipti. İşte bu, İslâm hukukunda ve bunun klasik dönem Osmanlı uygulamasında kanun yollarının esaslarından birini oluşturur. Bununla birlikte bu durum, hâkimlerin bağımsızlığı prensibine gölge düşürmemiştir. Mülkî âmirler hiçbir zaman hâkimlerin âmiri konumunda değildi. Çünkü hâkimler doğrudan kendisini tayin eden ve devletin yasama, yürütme ve yargı fonksiyonunu elinde tutan makama, yani devlet başkanına (hükümdara) bağlıydı. Kaldı ki devlet başkanı bile gerekçe göstermeksizin hâkimlere verdikleri hükümleri değiştirmeleri veya kendi arzuları yönünde hüküm vermeleri hususunda emretme hakkını hâiz bulunmuyordu.

Mahkeme kararındaki hukuka aykırılıklar, hukuk normunun yanlış tatbiği, hâkimin hükmederken ihtisası dışına çıkması, hüküm sebeplerindeki hatalar ve hâkimin töhmet altında davranması şeklinde tezâhür ederdi. Kendisine başvuru olan makam, hükmün hukuka aykırı olduğu kanaatine varırsa, bunun -eski Roma'daki gibi- baştan itibaren bâtil olduğunu tesbit ederek yeniden dâvâya bakıp sonuçlandırır veya duruma göre hükmü veren veya bir başka mahkemeye havâle ederdi. Buna istinaf denirdi, bir başka deyişle istinaf temyizden sonraydı. Usulüne uygun olarak görülüp çözülmüş bir dâvânın tekrar görülmesi ancak devlet başkanının maslahatı gözeterek vereceği izinle olurdu, bunun neticesinde verilen hüküm hukuka uygun ise tasdik edilirdi. Hükme itiraz prensip itibariyle infazı durdurmamaktaydı. Ancak ağır ceza dâvâlarında resen ve resmen temyize benzer bir durum sözkonusu olduğundan infaz tehir edilirdi. İtiraz yerinde görüldü-

ğü takdirde gerekirse devlet hazinesinden tazminde bulunulur, bilahare ilgililere rücu edilirdi.

MEDENİ USUL HUKUKU AÇISINDAN FAKS METİNLERİNİN ÖNEMİ VE DELİL NİTELİĞİ

Yrd. Doç. Dr. Recep AKCAN*

A-GİRİŞ

Çağımızda kullanım alanı geniş olan faks (belgegeçer) cihazının (makinasının, aletinin, aracının), gerçek ve tüzel kişiler arasındaki iletişimde büyük bir önemi olduğunu söylemek mümkündür. Faksın taraflara yazışma kolaylığı sağlaması, belge örneğini göndermeyi mümkün kılması ve bu işlevini normal posta ulaşımına göre kısa bir sürede gerçekleştirebilmesi gibi hususlarda bazı özellikleri nedeniyle kullanım alanı genişlemiştir.

Teleks cihazları karşısındaki üstünlükleri nedeniyle; faksların, telekslerin yerini aldığını söyleyebiliriz. İncelememiz, faks metinleri olduğundan, teleks metinlerinin delil değeri konusuna girmedik¹. İncelememizde, faksların, medeni usul hukuku açısından önemi ve delil niteliği üzerinde durduğumuzdan, faksın özelliklerini ve bu cihazdan çıkan metinlerin medeni hukuk açısından niteliğini ve hukuki sonuçlarını ele almadık².

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Bkz. bu konuda: Konuralp H., Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Ankara 1988 (Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı) s.92, 98-99; Özmen E. S.: Telefaks Cihazları (Facsimilie) İle Gönderilen İrade Beyanlarının Medeni Hukuk ve Usul Hukuku Açısından Sonuçları (ABD 1990/1 s.72-84 (s.72). İsviçre Hukukunda, teleks mübadelesi ile yapılan sözleşmeler bir delil niteliğinde görülmektedir (Dayınlarlı K.: Teleks Mübadelesi İle Yapılan Sözleşme, YD 1987/4 s.549-552). Yargıtay, alıcısı olduğu tarafça kabul edilmeyen ve PTT aracılığı ile değil de özel olarak çekilen teleksin delil olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir (19. HD 15.10.1993, 11910/6670: Uyar T., İcra ve İflas Kanunu; C.1, İzmir 1996 s.1233-1234). Fransız hukukunda, teleksin medeni usul hukuku açısından, yazılı delil başlangıcı olabileceği tereddütlü bir şekilde kabul edilmektedir (Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.99).

2 Bkz. bu konuda: Özmen s.72 vd.

Bu incelememizdeki amacımız, çağımızın yeni teknik gelişmelerinden biri olan faks cihazı ile gönderilen metinlerin medeni usul hukuku açısından önemini ve delil niteliğini belirlemeye çalışmaktır. Teknik gelişmeler, ispata ilişkin kuralları zorlamaktadır. Faks kanunlarda henüz delil niteliğine kavuşturulmamıştır. Medeni Usul Hukukunda deliller kesin deliller ve takdiri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kesin deliller, kesin hüküm (HUMK m.237), senet (HUMK m.287 vd), ikrar (HUMK m.236) ve yemin (HUMK m.337 vd)' dir. Takdiri deliller ise, tanık (HUMK m.245-274), bilirkişi (HUMK m.275-286), keşif (HUMK m.363-366) ve özel hüküm sebepleridir (HUMK m.367)³. Deliller konusundaki bu ayırım içinde, faks metinlerinin yerinin ve hangi delil grubuna girdiği hususunun araştırılması gerekmektedir. Faks günümüzde çok yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Faks metninin nasıl bir delil olduğu hususu, Hukuk

3 Bkz. kesin ve takdiri deliller konusunda: Kuru B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.2 , İstanbul 2001 (Kuru-Usul) s.1965 vd; Kuru B./Arslan R./Yılmaz E.: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2001 s.421 vd; Yılmaz E.: (medeni yargılama hukukunda) Yemin, Ankara 1989 (Yılmaz-Yemin) s.178; Pekcanitez H.: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2000 (Pekcanitez-Usul) s.325 vd; Pekcanitez H./Atalay O./Özekes M.: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2001 (Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul) s. 393 vd; Pekcanitez H./Atalay O./Özekes M.: Medeni Usul Hukuku-İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2001 (Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul ve İcra) s.115 vd; Yıldırım M. K.: Die Bedeutung des Urkundenbeweis im türkischen Zivilprozessrecht, Zeitschrift für Zivilprozess International 3.band 1998 s.380; Yıldırım M. K.: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990 (Yıldırım-Delillerin Değerlendirilmesi) s.207 vd; Konuralp H.: Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999 (Konuralp-İspat) s. 8 vd; Önen E.: Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979 s.207 vd; Kuru B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995 (Kuru-El Kitabı) s.424 vd; Bilge N./Önen E.: Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1978 s.493 ve s.510 vd; Alangoya H.Y.: Medeni Usul Hukuku Esasları, C.I ,İstanbul 2000 s.271 vd; Tercan E.: Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması), Ankara 2001 s.314 vd; Taşpınar S.: Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001 s.44, 149,181,191,199,201; Üstündağ S.: Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 1997 s.628 vd; Berkin N.M.: Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981 s.741 vd; Postacıoğlu İ. E.: Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975 s.568 vd; Ansay S. Ş.: Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960 s.251 vd; Karafakih İ. H.: Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara 1952 s.176 vd.

Usulü Muhakemeleri Kanunumuzda açık değildir⁴. Faks metinlerinin delil değeri ele alınmadan, faks cihazının tanımı ve önemine değinmek yararlı olacaktır.

B-FAKSİN TANIMI ve ÖNEMİ

Faks ve telefaks kavramları eş anlamlı sözcüklerdir. Faksimile kavramı da, faks ile ilgilidir⁵. Günlük yaşamda, genellikle faks, faks çekme kavramı kullanıldığından, incelememizde telefaks kavramı yerine, faks kavramına yer verdik. Yine, faks bir cihaz olduğundan, faks cihazından çıkan kopyaları ifade edebilmek için, faks veya faks cihazı yerine, faks metni kavramını kullanmayı uygun gördük.

Faks cihazı, günümüz teknolojisinin getirdiği bir elektronik araç olup, bunun sayesinde bir yerden diğer bir yere yazılı belgenin hemen gönderilebilmesi (ulaştırılabilmesi) mümkün hale gelmiştir⁶. Faks cihazını şu şekilde tanımlamak mümkündür: Faks cihazı, yazılı bir metni telefotokopi olarak adlandıran sistemle, bir telefon hattına ve numarasına bağlı olarak, alıcı taraftaki mevcut faks cihazına hemen gönderme işlevini yerine getiren makineye verilen isimdir⁷. Faks cihazı yoluyla, bir metnin gönderilebilmesi için, gönderici ve alıcı cihazın varlığı gereklidir. Bir metin, gönderen cihaz tarafından alıcı cihaza gönderilmektedir.

Faks cihazının, günümüzde kullanım alanı geniştir. Gerçek ve tüzel kişiler arasındaki iletişimde büyük bir önemi vardır. İletişimi yazışma yoluyla kısa sürede hızlı bir şekilde sağlar. Bu ve benzeri nedenlerle, faks cihazından, çağımızda oldukça yaygın bir şekilde yararlanılmaktadır⁸.

Faks cihazı ile gönderilen metinlerin, medeni usul hukuku açısından, dava açılması, tebligat, delil olma ve kanun yollarına başvurma konusunda önemi bulunmaktadır. Taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıklarda mevcut faks metinlerinin niteliğinin yargılama sırasında tartışma konusu yapılması mümkündür. Ada-

4 Pekcanitez H.: Yargının Hızlandırılmasına İlişkin Avrupa Usul Hukukundaki Gelişmeler (İzmir BD 2000/4 s.36-59 (s.43) (Pekcanitez-Yargının Hızlandırılması).

5 Bkz. Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001 (Yılmaz-Sözlük) s.859 telefaks kavramına ve s.280 faksimile kavramına.

6 Yılmaz-Sözlük s.280 faks kavramı.

7 Özmen s.72-73.

8 Pekcanitez-Yargının Hızlandırılması s.43.

let Bakanlığı ile Posta Telefon Telgraf İşletmesi arasında varılan mutabakat sonucunda faks cihazı yoluyla da tebliğ evrakı kabul edilebileceği belirtilmiştir⁹. Bazı ülkelerde faks cihazından yararlanılarak dava açılabilmesi mümkündür. Faks cihazı yoluyla tebligat, Kore’de avukatlar için kabul edilmiştir¹⁰. Hukukumuzda, mahkemeler ve tebliği yaptırabilecek diğer merciler tarafından (avukat, noter gibi), faksimil ile (elektronik mektupla) tebligat yapılması mümkündür¹¹. Faks gibi modern cihazların yargıda kullanılmasına çalışılmalıdır. Günümüzde faks gibi cihazların adalet hizmetlerinde yeterince kullanılabilildiğini söylemek mümkün değildir¹².

İdare tarafından hazırlanan ve içeriğinde kamusal bir irade açıklamasını barındıran ve kişilerin hukuki durumlarını etkileyen faks şeklinde hazırlanmış

9 PTT Genel Müdürlüğünün Ankara Barosu’na gönderdiği Ş 1, K.1.D.32593-4 Nolu Postada Tebligat İşlemleri Rehberi konulu yazı için bkz: ABD 1986/6 s.1117. Alman Federal Mahkemesi kararına göre, taraflar, el yazısı ile imzasını atarak, faks cihazı bağlantısı ile kanun yoluna başvurabilir. Bu başvurunun doğrudan mahkemenin alıcı faks cihazına yapılması yeterlidir. Başvurunun, Posta İdaresi aracılığıyla da yapılması mümkündür (BGH NJW 83, 1498; Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung, München 1993, s.309).

10 Pekcanitez-Yargının Hızlandırılması s.55-56.

11 Yılmaz E./Çağlar T.: Tebligat Hukuku, Ankara 1991 s.75-78, s.711 dn.1, s.719 vd, s.741-743. Avukatlık Kanunu m.56 uyarınca: “Avukatlar, vekalet aldıkları işlerde, ilgili yargı merci aracılığı ile ve bu yargı merciinin tebligat konusunda bir kararı olmaksızın, diğer tarafa adli kağıt ve belge tebliğ edebilirler. Tebliğ edilen kağıt ve belgelerin birer nüshası, gerekli harç, vergi ve resim ödenmek şartıyla, ilgili yargı merciinin dosyasına konur”. Bkz. avukatların faks cihazı ile tebligat yapabilip yapamayacağı konusunda: Karacabey M. H., Avukatlık Kanununun 56’ncı Maddesi Açısından “Faks” İle Tebliğ (İBD 1991/1-2-3).

12 Yılmaz E.: Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler (SÜHFD, Prof. Dr. Şakir Berki’ye Armağan, 1996/1-2 s.55-76 (s.69); Pekcanitez H.: Yargı Reformu Yapılmasını Gerektiren Nedenler (İzmir BD 1995/Nisan s.103-113 (s.112).

işlemler idari işlem olarak kabul edilmektedirler¹³. İdare tarafından doğrudan doğruya ilgiliye yazılmış olan yazılar delil niteliğindedir¹⁴.

C-FAKS METNİNİN FOTOKOPİ ÖZELLİĞİNDE OLMASI

Faks cihazı ile, yazı veya resim, tıpkı basım şeklinde, kopya olarak gerçekleştirilmektedir¹⁵. Faks cihazıyla gönderilen metin, fotokopi olarak, karşı tarafça aslının bir benzeri olarak elde edilmektedir. Faks metni bir surettir. Yani, asıl metnin, bir araç vasıtası ile benzerinin elde edilmesidir¹⁶. Faks metinleri, daktilo gibi bir makine ile veya el yazısıyla yazılmış olabilir. Bilgisayar aracılığı ile de, faks metninin gönderilmesi mümkündür. Normal faks cihazı veya bilgisayar üzerinden faks metni gönderilmesi, zorunlu olarak telefon şebekesine bağlı olarak yapılmakta, faks metni gönderilmesi telefon hattı aracılığıyla yerine getirilebilmektedir. Faks cihazıyla metin gönderilmesi işlevi, cihazın bağlı olduğu telefon numarası aracılığı ile gerçekleşmektedir. Normal faks cihazı ile gönderilen metinlerin aslı gönderen taraftadır. Faks cihazından çıkan metin asıl değildir, bir surettir. Bilgisayar ortamından alınan çıktı orijinal değildir¹⁷. Bilgisayar aracılığı ile gönderilen ve çıktısı alınan faks metni de bir surettir. Çünkü, asıl metin bilgisayardadır. Yazıcıdan alınan çıktı bir belge özelliğinde olmakla beraber, asıl bir örneğidir. Yazıcının özelliği, bilgisayardaki metinlerin yazılmasına yardımcı olmasındır. Yazıcı, yazdırma işlemine yardımcı olan araçtır. Bilgisayar ekrandaki veya bilgisayardan diskete alınmış bir metnin yazılı olarak elde edilmesine yardımcı olur. Normal faks cihazı ile veya bilgisayar üzerinden faks göndermelerde, elde edilecek belge fotokopi niteliğindedir. Çünkü, belgenin aslı gönderen tarafta veya kayıtlı ise faksı gönderen bilgisayardadır.

13 Akyılmaz B.: İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Ankara 2000 s.188.

14 Üstündağ s.637; HGK 8.1.1964 (İKİD 39 s.2833 vd).

15 Yılmaz-Sözlük s.280'de, faksimile kavramının tanımı şu şekilde verilmektedir: "Faksimile-Tıpkıbasım; yazı ve resimde kopya; faks ile ilgili".

16 Özmen s.73.

17 Bkz. M.

Fotokopi, yazı niteliğinde görülemez¹⁸. Fotokopi, yazı veya yazılı belgenin kendisi değildir. Yazının fotokopisi üzerinde, imza ve yazı görülebilir. Fotokopi, bir yazıyı temsil etmektedir. Bir suret olmakla birlikte, herhangi bir suretten farklı olarak aslının aynısını, kendisini göstermektedir. Fotokopi, yazının kendisi olmamakla birlikte, onun taşıyıcısı, yansıtıcısı olan bir surettir. Fotokopi delil yokluğuna eşdeğer sayılmamalıdır¹⁹. Aleyhine delil olarak ileri sürülen taraf fotokopinin ve altındaki imzanın kendisine ait olduğunu beyan ederse, bu durumda fotokopi senede eşdeğer kesin bir delil sayılmalıdır. Fotokopi, gerekli görülürse diğer delillerle desteklenmesi halinde ispat gücü kazanabilir²⁰. Faks ile gönderilen metinler, bir fotokopidir. Öğretide fotokopilerin yazılı delil başlangıcı olarak görülüp görülemeyeceği konusu tartışmalıdır. Öğretide bazı görüşlere göre, düzenleyenin el ile atılmış imzasını taşımadığı için, fotokopinin, senet sayılamayacağı, fakat yazılı delil başlangıcı sayılabileceği kabul edilmektedir²¹. Öğretideki diğer görüşlere göre, fotokopi makinesi ile elde edilmiş fotokopilerin her zaman hile ile yanıltıcı bir şekilde hazırlanması mümkün olduğundan, yazılı delil başlangıcı sayılamayacağı da ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, “yazı unsurunu tahakkuk ettirmemesi ve fotomontaj usulü ile elde edilmiş bulunması ihtimali” gerekçesi ile, fotokopinin yazılı delil başlangıcı kabul edilmemesi gerekir²². Diğer bir görüşe göre, yazılı delil başlangıcı takdiri bir delil olduğundan, fotokopilerin hile hazırlandığı ihtimal dışı görüldüğü takdirde, yazılı delil başlangıcı sayılabilir²³. Bazı Fransız hukukçuları ise, rötuş ve değişiklik tehlikesine işaret ederek, senet fotokopilerinin aslına eşdeğer tutulamayacağı; fakat herhangi bir senet sureti sayılarak Fransız Medeni Kanununun 1335 ve devamı maddelerindeki hallerin varlığı halinde, yazılı delil başlangıcı sayılabileceği sonucuna varmışlardır²⁴.

18 Kuru-Usul C.2 s. 2076 ve s. 2081; Pekcantez-Usul s.331; Pekcantez/Atalay/Özekes-Usul s.402; Pekcantez/Atalay/Özekes-Usul ve İcra s.118; Postacıoğlu s.597.

19 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.53-54 ve s.57.

20 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.57.

21 Kuru-Usul C.2 s.2076, s.2185, s.2309.

22 Postacıoğlu s.597 dn.37; Önen s.249; bkz. ayrıca: Karafakih s.192-193.

23 Mustafa Tiftik, Yazılı Delil Başlangıcı (AD 1984/2 s.247).

24 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.55 ve s.55 dn.55.

Fotokopilerin yazılı delil başlangıcına esas alınamayacağına ilişkin görüşlerin temel dayanağını sahtelik tehlikesi oluşturmaktadır. Fakat, sahtelik tehlikesi yalnızca fotokopilere ilişkin değildir. Senetlerin asıllarının da sahte veya üzerinde değişiklik yapılması mümkündür²⁵.

Yargıtay'a göre, senet fotokopisinin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 292. maddesi anlamında yazılı delil başlangıcı sayılabilmesi için, öncelikle, imzanın davacının elinden çıktığının belirlenmesi gerekmektedir²⁶. Yine, Yargıtay'a göre, belgelerin fotokopileri üzerinde inceleme ile sağlıklı sonuca ulaşılması mümkün değildir. Belgelerin tümünün aslı incelenerek sonuca varılmasıdır²⁷.

Aslı mahkemeye ibraz edilemeyen belgenin fotokopisi, yazılı delil başlangıcı sayılabilir. Düzenleyenin el ile atılmış imzasını taşımayan fotokopi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.292'ye göre yazılı delil başlangıcı sayılabilmelidir²⁸. Yazılı delil başlangıcının maddi unsurunu oluşturabilen yazı ve belgeler sınırlı sayıda değildir. Fotokopi yazılı delil başlangıcına örnektir. Herhangi bir yazıyı içeren belgeler, belirli bir hukuki işlemin ispatı bakımından başka bir şekilde nitelenemiyorsa (örneğin senet sayılamıyorsa) yazılı delil başlangıcının maddi unsurunu oluşturabilirler²⁹.

Faks metinlerini diğer fotokopilerden ayıran özellik, faks metnini ibraz eden tarafın elinde kural olarak asılın bulunmamasıdır. Faks metninin aslı, gönderen taraftadır. Fotokopi niteliğindeki faks metninin, bazı hallerde yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilmesi uygun olacaktır. Bunun yanında, yazılı delil başlangıcı sayılması konusunda, faks metninin mutlaka lehine delil oluşturduğu kişiye gönderilmiş olma zorunluluğu da aranmamalıdır. Fotokopi makineleri ile elde edilmiş belgelerden farklı olarak, faks cihazından çıkan metni ibraz eden taraf, o belgenin karşı taraftan sadır olup olmadığını belirleyebilir. Çünkü, gönderilen faks metninin üzerinde, bu metnin hangi tarihte ve saatte, hangi faks numarasından gönderildiği bellidir.

25 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.55.

26 13. HD 17.11.1981, 6777/7320 (Yasa HD 1982/4 s.607-608).

27 13. HD 17.04.1995, 3476/3822 (Alangoya s.283 dn.16).

28 Kuru-Usul C.2 s.2076; Kuru- El Kitabı s.457.

29 Konuralp-İspat s.39.

D-FAKS METNİ BİR BELGE NİTELİĞİNDEDİR

Faks cihazından çıkan ve aslının bir kopyası olarak elde edilen metin, medeni usul hukuku açısından bir belgedir. Yargıtay'a göre, "Tarafların faksından çıkan belge ile ödeme savunması ispatlanabilir"³⁰. Yani, faks cihazından elde edilen kopyanın, bir belge niteliğinde olduğu Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir. Faks metninin bir belge olarak kabul edilmesinin bazı sonuçları vardır. Belge olarak kabul edilen faks metni, senet veya yazılı delil başlangıcı olabilir, faks metni bir delil niteliğindedir, dava sırasında sadece faks metnine dayanılarak karar verilebilir.

İmzasız yazılı metinler de bir belgedir ve yargılama sırasında delil olarak dayanılabilir³¹. Hakim, gerekçe göstermek suretiyle, imzasız faks metnini dikkate alabilmelidir. Aleyhine delil olarak ileri sürülen taraf, fotokopinin ve altındaki imzanın kendisine ait olduğunu açıklamaması durumunda, fotokopi senede eşdeğer kesin bir delil sayılabilir. Yazılı delil başlangıcının maddi unsurunu oluşturan belgeler sınırlı sayıda olmadığından ve fotokopi yazılı delil başlangıcının bir örneğini oluşturduğundan, fotokopi niteliğindeki faks metni, belge olma-

30 Yargıtay kararında şu ifadeler yer verilmiştir: "Taraflar arasındaki davadan dolayı İzmir 1. Asliye Ticaret Mahkemesince verilen 10.10.1997 tarih ve 607-873 sayılı hükmün temyizden tetkiki davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü. Davacı vekili, müvekkilinin davalı şirkete sattığı iş makinesi lastik bedelinin ödenmediği için açtıkları takibe haksız yere itiraz edildiğini ileri sürerek, itirazın iptalini ve inkar tazminatının tahsilini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, mal bedelinin teslim anında belgesiz ödendiğini, ancak mal faturası açık kesilince faksla tahsilat makbuzu istenerek getirildiğini savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece toplanan deliller ve yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucuna göre, davacının faksından çıkan belge ile ödeme savunmasının ispatlandığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kararı davacı vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir" (11. HD 02.03.1998, 10712/1264: İzmir BD 1999/Ocak s.110).

31 "Satış sözleşmesi şekle bağlı değildir. Karşılıklı irade beyanlarıyla sözleşme gerçekleşmiş olur. Bu itibarla belgede davacının imzasının bulunması gerekmez. Davacının dayandığı belge satış sözleşmesinin yapıldığını gösteren ve davalı tarafından davacıya verilmiş bulunan bir delil niteliğindedir" (13. HD 10.1.1974, 832/9: YKD 1975/3 s.94-95).

sı nedeniyle yazılı delil başlangıcı kabul edilebilir³². Fotokopi niteliğindeki faks metni, yazı veya yazılı belgenin kendisi değildir. Fakat, ispat hukuku açısından bir belge özelliğindedir. Faks cihazı yoluyla elde edilen fotokopi, normal bir fotokopiden üstün tutulmalıdır. Faks metni, gerekli görülürse diğer delillerle desteklenerek veya tek başına ispat gücü kazanabilmelidir. Faks metni bir ispat aracı olabilir. Çünkü, fotokopi makineleri ile elde edilmiş belgelerden farklı olarak, faks metninin üzerinde, gönderilen tarih, saat, dakika ve faks numarası bellidir.

Tarafın belgeyi, kendi aleyhine delil olması iradesi ile düzenlemesi gerekmez; delil teşkil etme amacına yönelik olsun veya olmasın, yazılı olarak düzenlenmiş olan bir faks metni, belge sayılır. Faks metninin nasıl yazıldığı önemli değildir. Faks metninin, bilgisayar ve yazı makinesi ile veya el yazısıyla veyahut bir kısmı daktilo gibi yazı makinesiyle, bir kısmının el yazısıyla yazılması mümkündür. Faks metni, basılı (matbu) da olabilir. Metin, mürekkepli kalem, tükenmez veya kurşun kalemle yazılabilir.

Faks metni, Türkçe veya yabancı dilde yazılmış olabilir. Yabancı dille yazılmış faks metninin Türkçe tercümesi ile birlikte mahkemeye verilmesi gerekmektedir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.325 uyarınca, yabancı dille yazılmış bir belgeyi mahkemeye ibraz eden tarafın, bunun tercümesini mahkemeye sunması zorunludur. Yabancı dildeki belgeler sürenin işlemesine etki etmeyeceği gibi, dikkate de alınmayabilir. Fakat, bu durum, hukuki dinlenilme hakkını yeterince korumamaktadır. Mahkeme yabancı dildeki bir belgeyi tercüme ettirmesi için süre verir ve bu süre içinde tercüme edilmezse, bu belge o zaman dikkate alınmaz. Yabancı dille yazılmış bir belgeye dayanan taraf, kendisine mahkemece tanınan süre içinde bu belgeyi tercüme ettirmezse, mahkeme bu belgeyi nazara almayacaktır. Mahkemenin yabancı dilde yazılmış bir belgeyi tercüme ettirme zorunluluğu yoktur. Yabancı dille yazılmış belgenin tercümesi taraflara ait olup, mahkemenin tercüme zorunluluğu bulunmamaktadır³³. Hakim veya diğer taraf, verilen tercümeyi kabule değer görmezse, belgenin resmen (bir bilirkişiye) tercüme ettirilmesine karar verilebilir (HUMK m.325)³⁴.

32 Bkz. C.

33 Pekcanitez H.: Hukuki Dinlenilme Hakkı (Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan İzmir 2000 s.753-791 (Pekcanitez-Hukuki Dinlenilme s.782); Pekcanitez H.: Medeni Yargıda Adil Yargılama (İzmir BD 1997/2 s.35-55 (s.51).

34 Kuru/Arslan/Yılmaz s.462; Berkin s.791; Ansay s.288.

E-FAKS METNİNİN MAHKEMEYE İBRAZI

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.180 hükmü, davacının elinde bulunan yazılı deliller (belgeler) içindir³⁵. İlgili hüküm uyarınca, yalnızca örneklerin de dilekçeye eklenerek mahkemeye verilmesi mümkündür. Metnin aslı, gönderen tarafta olursa, davacının, fotokopi niteliğindeki faks metin örneğini mahkemeye vermesi mümkündür. Dava dilekçesinde bu örnek verilmezse; hakim, ilk oturumda, davacıya örneğin verilmesi için on günlük kesin bir süre verecektir. Hakimin uygun görmesiyle, tarafların her biri, daha sonrada yeni delil ibraz edebilirler (HUMK m.75, III, 217, 244, 378)³⁶. Faks metninin, yargılama sırasında da mahkemeye sunulması mümkündür.

Hakim, tahkikat aşamasında nezdindeki belgeler hakkında bilgi vermesi için resmi makamlara doğrudan doğruya başvurabilir³⁷. Faks metninin gerçek ve tüzel kişiler aracılığıyla gönderilmesi mümkündür. Bu nedenle, faks metni resmi makamlarca gönderilmişse, mahkemece, bu konuda bilgi vermesi amacıyla resmi makamlara başvurulabilir. Resmi bir dairede bulunması nedeniyle, belgenin aslını gösteremeyen taraf, onun getirtilmesini isteyebilir (HUMK m.324). Bu nedenle, fotokopi niteliğindeki faks metnine sahip olan taraf, resmi dairede olan faks metninin aslının mahkemeye getirtilmesini isteme hakkına sahiptir. Faks metninin aslı resmi bir dairede olduğu için, aslını mahkemeye veremeyen taraf, aslının ilgili daireden getirtilmesini talep edebilir. Belge mahkemenin yargı çevresi dışında bulunursa, hukuki yardım (istinabe) yoluna başvurularak, yetkili mahkeme aracılığıyla gerekli incelemeler yapılabilir (HUMK m.323, III). Bir taraf, Kanunda sayılan belgeleri, kendi aleyhine olsa bile, mahkemeye vermekle yükümlüdür (HUMK m.326 vd). Mahkemeye verilen dilekçe ve layihalarda dayanılan her türlü belgelerin istek halinde mahkemeye verilmesi zorunludur (HUMK m.326/1). Mahkemeye verilen dilekçe ve layihalarda bildirilen her türlü belgelerin istek halinde, mahkemeye verilmesi zorunludur³⁸. Bu nedenle, dilekçe ve layihada faks belgesinden bahsedilmişse, aslının istek halinde mahkemeye verilmesi gerekir. Hakim, mahkemeye verilmesi istenen faks belgesinin

35 Kuru/Arslan/Yılmaz s.351.

36 HUMK m.180' de yer alan, belgelerin ilk oturumda verilecek on günlük kesin süre içinde verilmesi kuralına rağmen, HUMK m.75 II, 217, 244 ve 378'de yer alan hükümler nedeniyle, HUMK m.180'in nasıl uygulanacağı konusunda bazı sıkıntılar mevcuttur (bkz. Pekcanitez-Yargının Hızlandırılması s.39).

37 Yıldırım-Delillerin Değerlendirilmesi s.111.

38 Kuru/Arslan/Yılmaz s.463.

davanın ispatı için gerekli olduğu kanısına varırsa, o zaman mahkeme, faksın aslını karşı taraftan mahkemeye vermesini ister. Karşı taraf, istenen belgenin elinde olduğunu ikrar ederse (yazılı talebe karşı sükut edilmesi, yani cevap verilmemesi de ikrar sayılır); bu durumda, karşı taraf, belirlenen süre içinde ikrar ettiği belgeyi mahkemeye vermez ve verememesinin nedeninin gerçek bir özüre dayandığını ispat edemezse, mahkeme, fotokopi niteliğindeki faks metni belgesinin aslına uygun olduğunu kabul edebilir.

F- FAKS METİNLERİNİN SENET NİTELİĞİNDE KABUL EDİLİP EDİLEMeyeCEĞİ HUSUSU

Faks metinleri, kopya niteliğine rağmen, yazılı bir belge olduğundan, bu belgelerin senet niteliğinde olup olamayacağı hususunun incelenmesi gerekmektedir. Faks metninin senet niteliğinde kabul edilip edilemeyeceği, senetlerin ne olduğunun belirlenmesine bağlıdır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuz senedi tanımlamamıştır. Senet konusunda öğretide bazı tanımlar yapılmıştır. Bu konudaki bazı tanımları şu şekilde belirtmek mümkündür. Senet, hukuki bir işlemi veya bir olayı belgelemek için yazılmış, resmi bir makam tarafından onaylanmış veya kendisine karşı delil oluşturan kimse tarafından imza edilmiş yazıdır³⁹. Senet, bir kişinin vücuda getirdiği (veya getirttiği) ve kendi aleyhine delil teşkil eden yazılı belgedir⁴⁰. Senet, bir beyanın ispatını sağlayacak şekilde, yazı ile dışa vurulmasıdır. Senet, bir kimsenin, kendisinin düzenlediği (veya düzenlettiği) imzalı belgedir⁴¹.

39 Yılmaz-Sözlük s.769 senet kavramı.

40 Kuru/Arslan/Yılmaz s.443; Önen s.240; Pekcanitez-Usul s.331; Kuru-El Kitabı s.433; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s.401; Kuru-Usul C.2 s.2073; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul ve İcra s.118; Bilge/Önen s.554; Berkin s.788; Postacıoğlu s.596; Deliduman S.: Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Noter Senetleri, Ankara 2001 s. 5.

41 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.45; Alangoya s.278; Senet konusunda diğer tanımlar için bkz. Üstündağ s.636-637; Karafakih s.180; bkz. ayrıca, senetle ispat kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukundaki önemi konusunda: Yıldırım M. K., İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 1999 s.65 vd.

Senetler, düzenleyen kişilere ve ispat güçlerine göre adi senetler⁴² ve resmi senetler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁴³. Adi senet, genellikle taraflarca düzenlenir. Fakat taraflar, senedi bir başkasına yazdırarak altını imza etmekle de yetinebilirler. Adi senedin geçerli olabilmesi için, senet metninin doğrudan doğruya senet borçlusu tarafından ve onun el yazısıyla yazılması gerekmez. Senet metni yazı makinesiyle veya bir başkasının el yazısıyla da yazılmış olabilir⁴⁴. Senette nelerin bulunması ve senedin şeklinin nasıl olması gerektiği, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda tam olarak belirtilmiş değildir. Senedin yazılı olması gerekir. Senet metninin, belgelendirdiği husus (hukuki işlem) hakkında tam bir bilgiyi içermesi ve senedin altının, senet aleyhine delil teşkil edecek kimse tarafından imza edilmesi gerekir (BK m.13-14)⁴⁵. Senet, senetle yüküm-

42 Adi senetlere; hususi, özel, resmi olmayan (gayriresmi) senetler de denilmektedir (bkz. Kuru-Usul C.2 s.2079; Kuru/Arslan/Yılmaz s.445; Ansay s.296).

43 Bkz. adi ve resmi senetler konusunda: Kuru-Usul C.2 s.2079 vd ve s.2111 vd; Alangoya s.281 vd; Pekcanitez-Usul s.332 vd; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s.403 vd; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul ve İcra s.119 vd; Deliduman s.12 vd; Önen s.240; Kuru-El Kitabı s.434; Bilge/Önen s.556; Üstündağ s.637; Ansay s.296; Karafakih s.181; Postacıoğlu s.597.

44 Önen s.241; Kuru-Usul C.2 s.2080; Ansay s.288; bkz. ayrıca: HUMK m.301.

45 “Mal ve hizmetlerin değişiminin ve sunumunun telekomünikasyon ağlarında yapılması” olarak tanımlanan, “elektronik ticaret” alanında önemli olan unsur “elektronik imza”dır. Bu noktada, “elektronik imza” için hukukumuzda bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu kabul edilmektedir (Alangoya s.280 dn.11a); bkz. ayrıca, elektronik imzanın tanımı ve çeşitleri konusunda: Konuralp-İspat s.55 dn.2. Elektronik senetlerin delil değeri tartışmalıdır. Japon ve Hollanda uygulamasında elektronik doküman ve belgeler ispat hukukunun genel hükümlerine göre değerlendirilmektedir (Pekcanitez-Yargının Hızlandırılması s.57). Almanya’da “elektronik imza” kanunu mevcuttur. Elektronik imza ile yapılabilecek sözleşmeler ve bunlara ilişkin düzenlemeler ayrı bir metinle düzenlenmektedir. Avrupa Birliği’nde de elektronik imzalar konusunda 1999 sonunda bir yönerge kabul edilmiştir: Directive 1999/93/CE 13.12.1999; bkz. ayrıca, elektronik imza ve elektronik ticari işlemler konusunda: Berber L.K., “İmzalıyorum O Halde Varım” Dijital İmza, Dijital İmza Hakkındaki Yasal Düzenlemeler, Dijital İmzalı Elektronik Belgelerin Hukuki Değeri (TBBD 2000/2 s.503-556); Krems, S.F., Die Rechtliche Gleichstellung von elektronischen Signaturen mit handschriftlichen Unterschriften im Europäischen Gemeinschaftsrecht und US-amerikanischen Bundesrecht (ZfRV 2001 s.1-9); Blaurock U., Technik und Recht, Neue

lülük altına giren kişi tarafından kendi el yazısıyla imzalanmalıdır. İmza, senet metninden sonra, senedin altına ve tüm senet metnini kapsamına alacak biçimde atılmalıdır⁴⁶. Senedin aleyhine delil teşkil edecek kişinin imzasını, mühürünü veya el ile yapılmış bir işaretini taşıması gerekir⁴⁷. Bir belgede imza veya mühür veya bunların yerini tutacak bir işaret bulunmazsa, o belge senet olma niteliğini kazanamaz⁴⁸. Belgenin altında imza mevcut değilse, bu belgeye senet nazarıyla bakılamaz, o belgenin kendisinden sadır olduğu bizzat o şahıs tarafından mahkeme huzurunda ikrar edilmiş olsa bile böyledir. Bu belge senet niteliğini alamaz⁴⁹. Bir adi senet, senet altında imzası bulunan (senedi vücuda getiren, senet kendisine karşı delil teşkil edecek olan) kimse tarafından ikrar edilirse, o senet kesin delil teşkil eder (m.296, II)⁵⁰. Makine ile yazılmış veya başka bir şahsa onun el yazısı ile yazdırılmış olsa bile, senet, altındaki imza dolayısıyla hukuken geçerlilik kazanır. Delil olarak mahkemeye verilen senedin, el yazısı veya yazı makinesi ile veya yabancı dilde yazılmış olmasının senedin geçerliliğine etkisi yoktur. Senet herhangi bir dilde yazılabilir⁵¹.

Tarafın senet teşkil edecek belgeyi, kendi aleyhine (HUMK m.303; TTK m.82-86 (85) delil olması iradesi ile düzenlemesi gerekmez. Delil teşkil etme amacına yönelik olsun olmasın, yazılı olarak düzenlenmiş olan bir belge senet

Regelungsfragen am Beispiel des elektronischen Zahlungsverkehrs (FS.für Alfred Söllner zum 70.GT München 2000 s.153-174); Thünken A., Die EG-Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs (IPRax 2001 Heft 1 s.15-22).

46 Pekcanitez-USul s.332; Pekcanitez/Atalay/Özekes-USul s.402; Önen s.241; Kuru/Arslan/Yılmaz s.445; Kuru-USul C.2 s.2080; Karafakih s.181-182; Ansay s.288.

47 Kuru-USul C.2 s.2076; Bilge/Önen s.556; Kuru/Arslan/Yılmaz s.443; Kuru-El Kitabı s.433; bkz. ayrıca: Postacıoğlu s.597; Karafakih s.182; karşı HUMK m.304.

48 Bilge/Önen s.556.

49 Postacıoğlu s.597 ve s.597 dn.36.

50 Kuru/Arslan/Yılmaz s.446; Kuru-USul C.2 s.2083-2084.

51 Berkin s.791.

sayılır. Senedin malzemesi ve senet metninin nasıl yazıldığı önemli değildir⁵². Senetteki çıkıntı, ekler ve silintilerin de imza altına alınması veya mühürle onaylanması gerekir. Aksi halde, diğer tarafın inkarı halinde bunlar geçersizdir. Ancak bu gibi çıkıntı, ek ve silintiler senedin sıhhati ve anlamına etki eder nitelikte görülürse senet kısmen veya tamamen hükümsüz sayılabilir⁵³.

Medeni usul hukukunda hukuki işlemlerin ispatında kullanılan senetler, maddi hukuktan farklı olarak bir delil aracıdır. Bir ispat aracı olarak senet, kesin (kanuni) bir delildir. Senet, kesin hükümden sonra gelen en önemli kesin delildir. Bunun nedeni, senet delilinin güvenli ve doğru bir ispat aracı olmasıdır. Senetler kesin delil niteliğinde olup, hakim in senetleri takdir yetkisi bulunmamaktadır. Senetle ispatlanan bir husus gerçek olarak kabul edilir. Senetler, hakimi bağlayıcı özellikte olan belgelerdir⁵⁴.

İspat şekli olarak senet aranan hallerde (HUMK m.288, 290) faks metinleri senet olmadıkları için hukuki işlemin ispatı konusunda yeterli olmayacaktır⁵⁵. Faks metinleri, fotokopi özelliğinde olduğundan, kural olarak senet niteliğinde kabul edilmesi mümkün değildir. Çünkü, düzenleyenin el ile atılmış imzasını taşımadığı için, fotokopi senet sayılmaz. Fotokopi, yazı demek olmadığından senet sayılmaz⁵⁶. Yargıtay'ın ceza hukukuna ilişkin fotokopi konusundaki kararlarına göre, usulüne göre onaylanarak aslı gibi olduğu belgelendirilmeyen fotokopiler delil olarak kullanılamaz⁵⁷. İcra hukukunda fotokopi ve faks metni

52 Kuru-Usul C.2 s.2075; Alangoya s.279; Bilge/Önen s.556; Deliduman s.8-9; Üstündağ s.637; Ansay s.287.

53 Bilge/Önen s.556-557; Alangoya s.279-280; Berkin s.791; Karafakih s.181.

54 Önen s.240 ve s.245; Kuru/Arslan/Yılmaz s.444; Kuru-El Kitabı s.433; Deliduman s.10-11; Ansay s.286; Özmen s.78.

55 Özmen s.79.

56 Kuru-Usul C.2 s.2076 ve s.2081; Pekcanitez-Usul s.331; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s.402; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul ve İcra s.118; Postacıoğlu s.597; b.kz. ayrıca: TD 12.3.1963, 3913/1399 (Kuru-Usul C.2 s.2076 dn.12).

57 “Sahteciliğin maddi konusunu oluşturan ve aslı elde edilmeyen belgenin aslına uygun olduğuna ilişkin onayının bulunmadığı ve bu durumuyla hukuksal sonuç doğurmayacağı gözetilmeden hükümlülük kararı verilmesi...bozmayı gerektirmiştir” (6. CD 3.11.1988, 7928/11809-S: Öztürk B.: Ses ve/veya Görüntü Kaydeden Araçlarla Yapılan Tespitlerin Ceza Muhakemesi Hukukundaki Değeri, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan,

senet olarak kabul edilmemektedir. Bu nedenle, senedin aslını ibraz edemeyen alacaklının tetkik merciine verdiği fotokopi borçlu tarafından kabul edilmezse, tetkik merci senedin fotokopisine dayanarak itirazın kaldırılmasına karar veremez⁵⁸.

Senet metni, senet aleyhine olan kişi tarafından el ile yazılmış olsa bile, belge altında kendisinin aleyhine olan kişinin imzası yoksa, böyle bir belge senet sayılmaz⁵⁹. Faks metninde imzanın bulunmaması, belgenin senet olarak kabul edilmemesi sonucunu doğurur. İmzasız yazılı metinler bir belgedir ve yargılama sırasında buna delil olarak dayanılabilir⁶⁰. İmzasız faks metni senet niteliğinde değildir. Fakat, imzasız faks metni bir belge özelliği taşıdığından, davada delil olarak dikkate alınabilir.

Faks cihazı ile gönderilen metinler altında imza taşımaları halinde, bu imza asıl olmayıp, fotokopi olması nedeniyle senet olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁶¹. Faks belgesi, ayrıca imzalanmadığı takdirde senet sayılmaz⁶². Faks belgesinin, el yazısı ile yazılmış bir imza taşınması halinde senet olarak kabulü mümkün olabilir. Aleyhine ibraz edilen taraf fotokopinin ve altındaki imzanın doğru (kendisine ait) olduğunu bildirirse (kabul ederse), artık böyle bir fotokopi

İzmir 2000 s.219-233 (s.231 dn.31). “Suça konu senet asılları celbedilip, incelemenin bunlar üzerinde yaptırılması gerektiği gözetilmeden fotokopi belgeler üzerinde yapılan inceleme ile yetinilerek yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir” (6. CD 23.1.1997, 74/351: Öztürk s.231 dn.32).

58 Kuru B./Arslan R./Yılmaz E.: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 1998 s.152. Yargıtay’a göre, senet fotokopisi üzerinde imza incelemesi yaptırılamaz (12. HD 27.9.1993, 9810/14141: Uyar T., İcra ve İflas Kanunu, C.IV, İzmir 1997 s.5493). İmzaya itirazın kaldırılması isteminin incelenmesinde, senet fotokopisi üzerinde imza incelemesi yapılması yeterli görülmemektedir (12. HD 5.10.1982, 6521/6846: Konuralp Yazılı Delil Başlangıcı s.56 dn.61).

59 Kuru-Usul C.2 s.2081; Deliduman s.7.

60 “Satış sözleşmesi şekle bağlı değildir. Karşılıklı irade beyanlarıyla sözleşme gerçekleşmiş olur. Bu itibarla belgede davacının imzasını bulunması gerekmez. Davacının dayandığı belge satış sözleşmesinin yapıldığını gösteren ve davalı tarafından davacıya verilmiş bulunan bir delil niteliğindedir” (13. HD 10.1.1974, 832/9: YKD 1975/3 s.94-95).

61 Özmen s.78.

62 Pekcanitez-Usul s.331; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s.402.

senet (kesin delil) sayılır⁶³. İbraz edilen faks metni asıl senedin fotokopisi niteliğinde ise, karşı tarafça ikrar edilmesi halinde ortada kesin delil olarak senet söz konusu olur. Bu husus, faks metninin senet sayılmasından değil, aslının başka bir kesin delil olan ikrar ile kabul edilmesinden doğmaktadır. Bu halde, belgenin yazılı delil başlangıcı niteliğinin tartışılmasına gerek yoktur⁶⁴. Herhangi bir yazıyı içeren belgeler, belirli bir hukuki işlemin ispatı bakımından senet sayılması yorsa yazılı delil başlangıcının maddi unsurunu oluşturabilirler⁶⁵.

G- FAKS METİNLERİNİN YAZILI DELİL BAŞLANGICI OLARAK KABULÜNÜN MÜMKÜN OLUP OLMADIĞI HUSUSU

Senetle ispat zorunluluğunun bazı istisnaları bulunmaktadır (HUMK m.292-294). Bu istisnalardan biri de, yazılı delil başlangıcıdır⁶⁶. Yazılı delil başlangıcı: Dava konusunun tamamen ispat edilmesine yetmemekle birlikte, böyle bir olayın olduğunu gösteren ve kendisine karşı gösterilmiş bulunan evrak ve belgelerdir. Yazılı delil başlangıcı için, el ile yazılmış ve imzalanmamış bir belgenin bulunması, bunun aleyhine gösterilen taraftan çıkmış (sadır) olması ve iddia edilen olayı inanılır durumda göstermesi gerekir⁶⁷. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.292 hükmünün birinci fıkrasında: “Senetle ispatı lazım gelen hususlarda tahriri bir mukaddimei beyyine mevcut olursa şahit istimai caizdir” denmektedir. İlgili maddenin ikinci fıkrasında ise, yazılı delil başlangıcının tanımı şu şekilde yapılmıştır: “Mukadimei beyyine müddeabihin tamamen sübutuna kâfi olmamakla beraber bunun vukuuna delâlet eden ve aleyhine ibraz edilmiş olan taraf canibinden verilen evrak ve vesaihtir”. Yazılı delil başlangıcı, uyuşmazlık halinde aleyhine ileri sürülen taraftan doğmuş ve dava konusu olayların tamamen ispatına yetmemekle beraber, gerçekleştiğine işaret eden her türlü

63 Kuru-Usul C.2 s.2076; Lozan Kanton Mahkemesi 20.8.1975 (BISchK 1979/4 s.101-102).

64 Özmen s.81.

65 Konuralp-İspat s.39.

66 Yazılı delil başlangıcı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz: Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.1 vd.

67 Yazılı delil başlangıcı, “tahriri mukaddimei beyyine” “yazılı beyyine başlangıcı”, “tahriri beyyine başlangıcı” olarak da adlandırılmaktadır (bkz. Yılmaz-Sözlük s.943 yazılı delil başlangıcı ve yazılı beyyine başlangıcı kavramlarına ve Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.22).

yazılı belgedir. Yazılı delil başlangıcı, iddianın⁶⁸ tamamen ispatına yetmemekle beraber, bunun vukuuna delalet eden ve aleyhine ibraz edilmiş olan taraftan sadır olmuş bulunan belgelerdir (HUMK m.292, II). Yazılı delil başlangıcı yalnızca hukuki işlemlerin ispatında söz konusu olur ve senetle ispat zorunluluğu bulunan hallerde hakimın takdirine bağlı olarak tanık dinlenebilmesini mümkün kılar⁶⁹.

Bir belgenin yazılı delil başlangıcı sayılabilmesi için üç unsurun varlığı birlikte bulunmalıdır (gerçekleşmelidir). Bu unsurları şu şekilde belirtmek mümkündür:

1- Yazılı bir belge bulunmalıdır.

2- Belgenin, aleyhine ileri sürülen tarafından verilmiş olması gerekir. Yazılı belge, aleyhine ileri sürülen tarafça düzenlenmiş olmalıdır. Yazılı delil başlangıcı olan belgenin mutlaka karşı tarafa yöneltilmiş bir irade açıklamasını taşıyan bir belge olması gerekli değildir.

3- Üçüncü olarak inandırıcılık unsuru bulunmalıdır. Belge hukuki işlemin vukuuna delalet etmelidir. Bu yazılı belge, varlığı iddia edilen hukuki işlemi tam olarak ispata yeterli olmamakla beraber, o hukuki işlemin varlığını göstermelidir. İddia edilen vakıayı kesin olarak değil, fakat inanılabilir bir halde göstermelidir. Yazılı delil başlangıcı, senetten farklı olarak ispatı istenen hukuki işlemin varlığı hakkında tam bir kanaat edinilmesine elverişli olmasa da, iddia edilen işlem hakkında az da olsa yeterli bilgiyi içermelidir⁷⁰.

Gerçekte bir tek yazılı delil başlangıcı yoktur. Kanunun öngördüğü unsurları taşıyan çeşitli belgeler vardır. Çeşitli belgeler, kağıtlar ve diğer ispat araçları, kanunun öngördüğü esaslara uygun oldukları ölçüde, yazılı delil başlangıcı

68 HUMK m.292, II'de "müddeabihin" denilmekte ise de, bunu (kaynak Fransız Medeni Kanununun 1347.maddesinde olduğu gibi) "iddianın" şeklinde anlamak gerekir (Kuru-Usul C.2 s.2289 dn.658; Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.120; Yaşar Karayalçın, Ticari Senetler, 4.baskı, Ankara 1970 s. 325 dn.74).

69 Kuru/Arslan/Yılmaz s.474-475; Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.2 ve s.34; Özmen s.79.

70 Kuru/Arslan/Yılmaz s.474-475; Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.40-41; Konuralp-İspat s.39; Kuru-Usul C.2 s.2290-2291; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s.413; Bilge/Önen s.567; Alangoya s.340; Kuru-El Kitabı s.455-456; Üstündağ s.676-678; Ansay s.295; Berkin s.800.

oluşturabilir⁷¹. Faks metinleri fotokopi niteliği dolayısıyla yazılı delil başlangıcı oluşturması mümkündür. Faks metninin yazılı delil başlangıcı oluşturduğu durumlarda, yargılama sırasında bazı delillere başvurulması mümkündür⁷².

H- FAKS METNİNİN EL YAZISI veya MAKİNE İLE YAZILMIŞ OLMASI

El yazısı veya imza, yazılı delil başlangıcı niteliği açısından bir zorunluktur. Çünkü, bu unsurlardan birinin dahi bulunmaması, objektif bir karşılaştırma yapabilmeyi ortadan kaldırır. Bu halde ise, belge ile kişi arasında bir bağlantı kurulamaz. İmza ve el yazının birlikte bulunması gerekli değildir. Bunlardan birinin varlığı yeterlidir. Çünkü, imza ve yazının bir arada bulunması, çoğunlukla kesin bir delil olan senedi oluşturur. Bu nedenle, el ile yazılmış, fakat imzasız olan belgeler yazılı delil başlangıcı sayılabilir⁷³. Yazılı delil başlangıcı için, belgenin yazı unsurunu gerçekleştirmesi gerekir. Belge, karşı tarafça, yalnızca kaleme alınmış ise, bu bir senet olamaz. Fakat, yazılı delil başlangıcı olabilir. Çünkü, bu belge bir yazı olmasından dolayı, inkar halinde objektif yazı karşılaştırması yapılarak o belgenin hasımdan sadır olup olmadığını belirlemek mümkündür⁷⁴. Aleyhine delil olarak kullanılan kişinin el yazısı ile yazılmış ve onun imzasını taşıyan faks metinleri, yazılı delil başlangıcı kabul edilmelidir. El ile yazılmış, fakat imza taşımayan faks metinleri, el yazısının aleyhine delil oluşturduğu kişiye aidiyetini, yazı karşılaştırması yoluyla belirlemek mümkün olduğundan, yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilebilir. Makine ile yazılmış faks metni, aleyhine delil oluşturduğu kişinin imzasını taşıyor ise, yazılı delil başlangıcı sayılmalıdır. Yazı makinesi ile yazılmış ancak imza atılmamış olmakla birlikte paraflanmış belgenin yazılı delil başlangıcı olabileceği kabul edilmektedir⁷⁵. Yazı makinesi ile yazılmış, ancak imza atılmamış olan belgede karşı tarafın el ile yapmış (yazmış) olduğu çıkıntılar varsa, böyle bir belgenin tamamı

71 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.40 ve s.159.

72 Bkz. C ve L.

73 Kuru/Arslan/Yılmaz s.445; Kuru-Usul C.2 s.2076; Berkin s.801; Karafakih s.182.

74 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.111; Bilge/Önen s.567; Kuru-Usul C.2 s.2291; Kuru/Arslan/Yılmaz s.474; Kuru-El Kitabı s.456; Önen s.249; Postacıoğlu s.614; HGK 9.6.1993, 1/109-436 (TBBD 1994/2 s.315-317).

75 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.111-112; Alangoya s.340; Kuru-Usul C.2 s.2293-2294; Kuru/Arslan/Yılmaz s.475.

yazılı delil başlangıcı sayılabilir⁷⁶. Yazı makinesi ile yazılmış olmasına rağmen, imza, paraf veya el yazısı ile çıkıntıları içeren faks metni yazılı delil başlangıcı özelliğindedir.

I- FAKS METNİNİN İMZALI, İMZASIZ veya PARAF EDİLMİŞ OLMASI

Faks metninin imzalı veya imzasız olması mümkündür. Yargıtay'a göre, bir belgenin fotokopisindeki imza (yani imzanın fotokopisi) açık ve seçik ise, yazılı delil başlangıcına esas alınabilir⁷⁷. Faks metni de, fotokopi niteliğinde olduğundan, metindeki imza yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilebilir. İmzasız basılı (matbu) yazılar yazılı delil başlangıcı olmaz. Çünkü, inkar halinde yazı incelemesinin gerçekleştirilmesi mümkün olmayacaktır⁷⁸. Buna göre, yazı makinesi ile yazılmış ve imza taşımayan faks metinleri hukuki açıdan en zayıf durumdadır. Fakat, bu nitelikteki faks metninin de yargılama sırasında dikkate alınması mümkün olabilir. Çünkü, faks metninden, gönderilen faks numarasını ve tarihini belirlemek mümkündür. Yazı makinesi ile yazılmasına rağmen, metinde, bazı kısımlar el yazısı ile yazılmışsa, bu halde faks metinleri yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilmelidir. Çünkü, el yazılarının, faks metni aleyhine olan kişi tarafından yazılıp yazılmadığı, yazı karşılaştırması yoluyla belirlenebilir. Makine ile yazılmış ve imza taşımayan faks metni, inkar edilmesi halinde aleyhine delil oluşturan kişiye ait faks cihazı ile gönderilmemişse, artık yazılı delil başlangıcından söz edilemez. Çünkü artık bu durumda söz konusu belgenin borçluya aidiyetini belirleyecek hiçbir belirti bulunmamaktadır. Fotokopi makineleri ile elde edilmiş belgelerden farklı olarak, faks metni ibraz eden taraf gönderim (teyit) raporu olarak sunulan belgelerle, o belgenin karşı taraftan sadır olup olmadığını gerçeğe yakın olarak belirleyebilir. Herhangi bir makine ile yazılmış ve imzasız metin, aleyhine delil olarak kullanıldığı kişinin adına kayıtlı faks cihazı ile gönderilmişse yazılı delil başlangıcı sayılmalıdır. Çünkü, telefon hattına bağlı olarak çalışan faks cihazını, adına kayıtlı olarak bulunduran ve çalıştıran kimse, bu kullanımı ile dışa karşı bir görünüm oluşturmaktadır. Bu cihaz ile çekilmiş faks metninin kendisi veya yetkili temsilcisi tarafından çekilmediği iddiasında bulunma hakkına sahip ise de, cihazın bu şekilde gereksiz ve kendi adına kullanımını önlemek yolunda özen göstermek zorundadır. Ayrıca, faks cihazının hileli ve sahibi adına ona zarar verecek şekilde kullanılarak karşı

76 Kuru-Usul C.2 s.2294 ve s.2294 dn.671; Kuru/Arslan/Yılmaz s.475; Alangoya s.340; Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.83.

77 13. HD 17.11.1981, 6777/7320 (Yasa HD 1982/4 s.607-608).

78 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.112.

tarafa faks gönderildiği iddiası günlük yaşam tecrübelerine pek uygun düşmektedir⁷⁹.

İmza yerine paraf taşıyan belgeler, yazılı delil başlangıcı olabilir. Paraf: İmzanın kısaltılmış biçimidir; bir yazının görüldüğünü, işlem gördüğünü veya o yazıdan haberdar olduğunu gösteren kısaltılmış imzadır⁸⁰. Yazı makinesi ile yazılmış ancak imza atılmamış olmakla birlikte paraflanmış belge yazılı delil başlangıcı olabilir⁸¹. Çünkü, paraf, el yazısı olması nedeniyle, yazı karşılaştırması ile kime ait olduğu belirlenebilir⁸². Bu nedenlerle, faks metinleri paraf içermekte ise, yazılı delil başlangıcı sayılması mümkündür.

İ-FAKS METNİNİN KOMŞU OLAYLARI GÖSTERMESİ

Yazılı delil başlangıcı sayılabilen belgeler, bazen ispatı söz konusu olan bir hukuki işlemin unsurlarının bir kısmının varlığını gösterirler. Yazılı delil başlangıcı olarak ileri sürülen bir belgenin, doğrudan doğruya uyumsuzluk konusu vakıayı veya onun bir unsurunu değil de, buna komşu olan başka vakıaları göstermek suretiyle, gerçeğe yakınlık unsurunu oluşturması mümkündür⁸³. Faks metninin yazılı delil başlangıcı sayılması hususunda, faks metninin mutlaka lehine delil oluşturduğu kişiye gönderilmiş olma zorunluluğu aranmamalıdır. Buna göre faks metninden lehine delil olarak yararlanan taraf, faks metnini gönderen tarafın, dava ile ilgisi olmayan bir kişiye gönderdiği metni yazılı delil başlangıcı olarak mahkemeye verebilecektir. Örneğin, davacı davalının inkar ettiği satış sözleşmesinin ispatı konusunda, davalının başka bir kişiye gönderdiği ve bu kişiyle yaptığı ödünç sözleşmesinden doğan borcunu davacı ile yaptığı uyumsuzluk konusu satış sözleşmesinden elde edeceği bedel ile ödeyeceğine ilişkin faks metninden davada yararlanabilmesi gerekir⁸⁴.

79 Özmen s.82-83.

80 Yılmaz-Sözlük s.699 paraf kavramı.

81 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.111-112; Alangoya s.340; Kuru-Usul C.2 s.2293-2294; Kuru/Arslan/Yılmaz s.475.

82 Bkz. Yılmaz-Sözlük s.943 yazılı delil başlangıcı ve yazılı beyine başlangıcı kavramlarına; Pekcanitez-Usul s.332 ve s.341; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s.402; Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.112; Kuru-El Kitabı s.456; Kuru/Arslan/Yılmaz s.475; Kuru-Usul C.2 s.2293; Bilge/Önen s.567; Berkin s.801; Postacıoğlu s.597 ve s.614.

83 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.124-125 ve s.127-130.

84 Özmen s.81.

J- FAKS METNİNDEKİ YAZI ve İMZANIN İNKARI

Yazılı delil başlangıcının kendisinden kaynaklandığı ileri sürülen kişi, yazıyı, imzayı (parafı) inkar edecek olursa, belgenin o kimseden kaynaklanıp kaynaklanmadığı konusu mahkemece araştırılmalıdır. Yargıtay'a göre, "Belgedeki yazıların davacının eli mahsulü olup olmadığı başka bir deyimle delil başlangıcı niteliğinde bulunup bulunmadığı davacının isticvabı suretiyle ve gerektiğinde istiktap edilerek bilirkişi aracılığı ile saptanmalıdır"⁸⁵. Yine, Yargıtay'a göre, senet fotokopisinin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 292. maddesi anlamında delil başlangıcı sayılabilmesi, her şeyden önce imzanın davacının elinden çıktığının tespit edilmesine bağlıdır. İmzanın davacının elinden çıkıp çıkmadığı, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.308 ve devamı uyarınca araştırılmalıdır⁸⁶.

Yazılı delil başlangıcının varlığında, tanık, resen yemin gibi delillere başvurabilen hakim, uyumsuzluk konusu olayın niteliği ile bağdaştığı ölçüde, imzanın ve el yazısının inkarı halinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.308-313 hükümleri uyarınca yazının veya imzanın karşı tarafa ait olup olmadığını araştırabilmelidir. Senetlerin sahteliğine ilişkin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.308 ve devamı hükümleri, aslına uygun olmadığı iddiası halinde, fotokopiler hakkında da uygulanmalıdır⁸⁷. Bu nedenle, faks metnindeki imza, el yazısı, paraf veya el yazıları aleyhine delil oluşturduğu kişi tarafından inkar edilecek olursa, senetlerin sahteliğine ilişkin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 308 ve devamı hükümlerinin faks metinlerinin ve metindeki imza ve parafın inkarı halinde de kıyasen uygulanması yerinde olacaktır. Bunun üzerine hakim, faks metninin, o kişi tarafından düzenlenip düzenlenmediğini araştırır. Bu halde, mahkemenin araştırma yaparak faks metnindeki imzanın gerçekten davalıya ait olup olmadığını belirlemesi gerekir. Bu araştırma ve incelemenin sırası ve şekli Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.308-313'te düzenlenmiştir⁸⁸.

85 15. HD 27.3.1981, 565/650 (YKD 1981/12 s.1587-1589).

86 13. HD 17.11.1981, 6777/7320 (Yasa HD 1982/4 s.607-608; Alangoya s.340; Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.114 dn.27).

87 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.56 ve s.112.

88 Bkz. imza inkarı halinde HUMK m.308-313 uyarınca, yapılması gereken araştırma ve incelemenin sırası ve şekli hakkında: Kuru/Arslan/Yılmaz s.446; Pekcanitez-USul s.336-337; Kuru-USul C.2 s.2085 vd; Kuru-El Kitabı s.435 vd; Alangoya s.282 vd; Önen s.245-246; Postacıoğlu s.604 vd. Yargıtay m.308 ve devamındaki sıraya aykırılığı bir bozma sebebi olarak kabul

K- FAKS METNİNİN TEMSİLCİ veya ÜÇÜNCÜ KİŞİ TARAFINDAN YAZILMASI ve GÖNDERİLMESİ

Bir kimsenin temsilcisi tarafından yazılmış olan yazılı belgeler, o kimseden sadır olmuş sayılır ve o kimseye karşı yazılı delil başlangıcı olabilir. Kendisine yazı isnat edilen kimsenin dikte ettirmesi üzerine biri tarafından yazılmış olan yazı o kimsenin eseridir. Bir kimsenin önünde veya onun isteğiyle başkası tarafından onun için yazılmış olan yazı o kimseden sadır olmuş sayılır. Bir kimsenin temsilcisinden kaynaklanan bir yazı temsil olunan aleyhine yazılı delil başlangıcı oluşturur. İradı temsilci veya kanuni temsilcinin yazısı temsil olunana karşı hukuken yazılı delil başlangıcı sayılabilir. Temsilcinin veya vekilin yazısı temsil yetkisinin sınırları içinde, temsil olunan kişiye karşı yazılı delil başlangıcı oluşturabilir. Maddi hukuk bakımından temsil ettiği kişi açısından sonuç doğru-cu işlemler yapabilen kişi, ispat hukuku açısından da aynı yetkilere sahiptir⁸⁹.

Kanuni veya iradi temsilci tarafından, temsil yetkisinin sınırları içinde alınarak yazılan faks metinleri, yazılı delil başlangıcı oluşturabilir. Bu şekildeki faks metinleri, temsil olunan kişiyi hukuken bağlayıcı olmalıdır.

Senet metninin, senet kendisine karşı delil teşkil edecek kişi tarafından yazılmış olması gerekli değildir; senedin o kişinin imzasını taşıması yeterlidir⁹⁰. Üçüncü kişiden kaynaklanan bir yazının iki taraf arasındaki uyumsuzlukta kural olarak bir delil değeri yoktur. Bir kimse, üçüncü bir kişiden sadır olan bir yazının içeriğini açık veya zımni bir onama ile benimserse, böyle bir yazı, kendisine karşı yazılı delil başlangıcı teşkil eder. Fakat, zımni bir kabulün varlığı hakim tarafından ihtiyatlı bir şekilde ele alınmalıdır. Bir kimsenin üçüncü bir kişiye yazdırdığı (dikte ettiği) yazılar da, yazdıran kişi aleyhine yazılı delil başlangıcı oluşturabilir. Çünkü, bu halde yazıyı yazan üçüncü kişi olmakla beraber, yazıdaki açıklamaların gerçek sahibi yazan değil, yazdıran kişidir. Dikte edilmiş bir yazı söz konusu olduğu zaman, bu yazı (yazdıran kişiye ilişkin imza, paraf gibi başkaca bir belirti taşııyorsa) yazdıran kişiden sadır olmuş sayılmalıdır. Başkasının kaleme aldığı yazı, o kimsenin maddi eseri değildir. Böyle bir hususun

etmektedir (HGK 1.12.1993, 545/750: Alangoya s.283-284 dn.16-17); bkz. ayrıca: Önen s.246 dn37. Uygulamaya elverişli imza araştırılmadan istiktaba başvurulması ve buna göre karar verilmesi halinde, Yargıtay usul kurallarına aykırılıktan dolayı hükmü bozmaktadır (Postacıoğlu s.606 dn.3).

89 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.118-119; Bilge/Önen s.568; Ansay s.287,295.

90 Kuru-Usul C.2 s.2082.

varlığı da, yazılı delil başlangıcı sayılabilmektedir⁹¹. Bu nedenle, bir kimsenin huzurunda olsun olmasın, istek üzerine üçüncü kişiler tarafından yazılan ve gönderilen faks metinleri de yazılı delil başlangıcı kabul edilmelidir. Üçüncü kişi tarafından yazılmış ve fakat aleyhine delil olarak kullanılacak olan kişinin herhangi bir şekilde isteğinin, iradesinin ve ilgisinin bulunmadığı faks metni yazılı delil başlangıcı sayılmamalıdır. Posta Telefon Telgraf İşletmesi yoluyla gönderilmiş faks metni karşılığında, bu idarece verilen gönderim raporlarında alıcının ve gönderenin açık kimliğine yer verilmiş ise yazılı delil başlangıcının varlığını kabul etmek yerinde olacaktır.

L- FAKS METNİNİN VARLIĞINDA BAŞVURULABİLECEK DELİLLER

Faks metninin, yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilebileceği hallerde, yargılama sırasında bazı delillere başvurulması mümkündür. Yazılı delil başlangıcı varsa, kesin delillerle ispat zorunluluğu yoktur. Takdiri delillerle ispat geçerlidir ve hakim in delilleri takdir yetkisi söz konusudur. Yazılı delil başlangıcında, tanık dinlenebilir. Davada, tanık beyanı dışındaki diğer takdiri delillerde geçerlidir. Yazılı delil başlangıcı tam bir delil değildir ve çoğu kez başka delillerle doğrulandığında ispat gücü kazanır. Yazılı delil başlangıcı sayılan belge, başlı başına takdiri bir delil haline gelmektedir. Yani, yazılı delil başlangıcı takdiri bir delildir. Hakimin kanaatini kesin kurullarla sınırlamak mümkün değildir. Hakim, yazılı delil başlangıcının inandırıcılık unsurunu serbestçe değerlendirebilir. Faks metninin delil niteliğinde olup olmadığı, hakim in takdirine bırakılmalıdır. Hakim, her olayda yazılı delil başlangıcının ispat gücünü ayrı ayrı araştırması gerektiğinden⁹², faks metninin el yazısı veya makine ile yazılmasına veya imzalı olup olmamasına göre, metnin ispat gücünü takdir edebilmelidir. Yazılı delil başlangıcının varlığında, yazılı delil başlangıcı+tanık beyanı+resen yemin veya yazılı delil başlangıcı+tanık beyanı veya yazılı delil başlangıcı+resen yemin gibi deliller yanında, yalnız yazılı delil başlangıcı ile de yetinilmesi mümkündür. Yazılı delil başlangıcı ile ispat açısından tanık beyanı ve/veya resen yemin teklifi zorunlu unsurlar değildir. Yazılı delil başlangıcı olarak nitelenen bir belge, ispatı söz konusu hukuki işlemin unsurlarını ikna edici bir biçimde doğruluyorsa bu takdirde tanık beyanına başvurmak zorunlu olmamalıdır. Tanık beyanına ancak o konuda bir tanık varsa başvurulabilir. Tanık beyanı ile yeterli kanaate ulaşılabilmesi halinde, resen yemin yoluna gidilebi-

91 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.16, s.94 ve s.119.

92 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.2, s.35, s.47, s.119, s.121-122, s.137; Postacıoğlu s.613.

lir⁹³. Faks metinleri konusunda, metin dikkate alınarak, tanık ve resen yemine başvurulması yanında, sadece tanık veya resen yemin delili ile de karar verilebilir. Tanığın bulunmaması halinde, resen yemin deliline başvurulabilir. Tanık ve resen yemine başvurulmadan, faks metnine dayanarak karar verilmesi mümkündür.

İmzasız belgenin yazılı delil başlangıcı kabul edilebilmesi için davacının eli ürünü olması, yani onun tarafından yazılmış bulunması gerekmektedir. Bu halde, belgedeki yazıların delil başlangıcı niteliğinde bulunup bulunmadığı davacının isticvabı yoluyla ve gerektiğinde istiktap edilerek bilirkişi aracılığı ile belirlenmeli, yazılı delil başlangıcı kabul edildiği takdirde tanık dinlenmelidir. Belgenin yazılı delil başlangıcı sayılmaması halinde, tanık deliline başvurulamaz. Bu halde, yemin teklif edilebilir⁹⁴. El yazısını içeren faks metinlerinin varlığında, isticvaba, istiktapa ve bilirkişiye başvurulması mümkündür. Yazı makinesi ile yazılmış faks metinlerinde, hakimin faks cihazları konusunda özel ve teknik bilgisi yok ise, bilirkişiye başvurulabilir.

Yazılı delil başlangıcı, senetle ispat zorunluluğuna ilişkin birinci ana kuralın (HUMK m.288) ve senede karşı senetle ispat hakkındaki ikinci ana kuralın (m.290) istisnalarından biridir. Bir hukuki işlem hakkında, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.292, II'deki unsurlara uygun bir yazılı delil başlangıcı varsa, hakim, yazılı delil başlangıcını güçlendirmek için, o hukuki işlem hakkında tanık dinleyebilir. Yazılı delil başlangıcı incelendikten sonra tanık gösterilmesi mümkün olmalıdır. Hakim, bu halde yazılı delil başlangıcı ve tanık ifadelerine ve diğer takdiri delillere göre bir karar verecektir. Yazılı delil başlangıcı ile ispat hususunun tamamlanması için, resen yemin teklif edilmesi zorunlu bir unsur değildir. Yazılı delil başlangıcı ve varsa bunu destekleyen tanık beyanları ile ispat edilmek istenen bir hukuki işlem hakkında, hakim yeterli bir kanaate varmışsa, resen yemin teklif yoluna gidilmesi gerekmez. Söz konusu delillerle yeterli bir kanaate varılmamışsa, bu durumda resen yemin teklifi söz konusu olabilecektir. Hakim, yazılı delil başlangıcı ve bu nedenle dinlediği tanıkların ifadeleriyle de yetinmeyerek, kanaatini kuvvetlendirmek için, yazılı delil başlangıcı sahibine kendiliğinden (re'sen) yemin (HUMK m.355 vd) de teklif edebilir. Hakim, ileri sürülen bir belgenin yazılı delil başlangıcı sayılmayacağını belirlemişse veya dinlenen tanık beyanlarını, iddianın ispatı açısından yeterli bulmuyorsa iddiayı ispat edilememiş saymalıdır. Resen yemin ancak yargılamanın sonunda teklif

93 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.144 vd.

94 15. HD 27.3.1981, 565/650 (YKD 1981/12 s.1587-1589).

edilebilir (HUMK m.359). Yeminin yerine getirilmesi durumunda, hakim, o taraf yararına karar verir (kesin delil)⁹⁵.

Bir yazılı delil başlangıcının varlığı halinde, tanık dinlenebileceği, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.292'de hükme bağlandığı halde, tamamlayıcı yemin verilmesi konusu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.355-356'da düzenlenmiştir. Yazılı delil başlangıcının varlığı halinde, hakimin resen yemin teklif edebileceği Kanunda açıkça düzenlenmiş değildir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.292 açısından resen yemin verilmesi zorunlu değildir. Resen (kendiliğinden, tamamlayıcı) yemin teklifi unsurlarını düzenleyen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.356 hükmünün incelenmesiyle yazılı delil başlangıcına ilişkin bir sonuca varılabilmektedir. Resen yemin teklif edilebilecek hallerden biri de bir yazılı delil başlangıcının var olması, ancak bununla ileri sürülen iddianın tam anlamıyla ispat edilememesidir. Hakimin yemin teklif edebilmesi için, Kanun (HUMK m.356) iki unsurun gerçekleşmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu unsurları şu şekilde sıralamak mümkündür: 1-İddia olunan hususun kesin delillerle ispat edilememiş olması, 2-İddia olunan hususun ispatı için gösterilen delillerin hüküm verebilecek derecede hakimi ikna edememesi gerekir. Öğreti ve Yargıtay kararlarında esas olarak kabul edilen görüş, her iki unsurun birlikte bulunması doğrultusundadır. Yemin teklifi, taraflardan yalnızca birine yapılır. Yemin, ispat yükü kendisine düşen ve haklılığını gerçeğe yakın şekilde ispat etmiş ve fakat hakimde tam kanaat oluşturmamış olan tarafa verilmelidir. Hakimin teklif ettiği yemin, o taraf lehine bir usule ilişkin kazanılmış hak doğurur ve bu nedenle, bu karardan rücu edilemez. Yemin teklif olunan kişi yemin ederse bu yemin ile hakim bağlıdır. Yani, yemin konusu sabit olmuş sayılır ve artık o konuda başka bir delil gösterilemeyeceği gibi, hakim de başka delil araştıramaz ve edilen yemin çerçevesinde karar vermek zorundadır. Mevcut hükümler çerçevesinde taraf yemini ile hakim tarafından teklif edilen (tamamlayıcı) yemin arasında bir fark yoktur ve her ikisi de kesin delildir. Hakimin yemin teklif ettiği taraf, yemini kabul eder ve yemini eda ederse, artık o konu kesin delille ispat edilmiş sayılır ve o doğrultuda karar verilir. Yemin ispat yükü kendisine düşüp de iddia-

95 Yılmaz-Yemin s.163 vd; Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.149 vd; Konuralp-İspat s.38 vd; Önen s.250; Kuru/Arslan/Yılmaz s.475; Bilge/Önen s.568; Kuru-Usul C.2 s.2313-2314; Pekcanitez-Usul s.340-341; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s.412-413; Kuru-El Kitabı s.458; Alangoya s.342; Karafakih s.197; Postacıoğlu s.613; Ansay s.295. "Takdiri bir delil olan yazılı delil başlangıcı başka delillerle takviye ve doğrulanmak suretiyle ilişkin olduğu vakianın ispatını sağlayacaktır" (16. HD 24.12.1996, 5110/6056: YKD 1997/8 s.1271).

sını tam olarak ispat edememiş tarafa teklif edilirse, o tarafın yemin etmemesi, iddiasını ispat edememesi (ve davasının reddi) sonucuna yol açacaktır⁹⁶.

M-HAKİMİN FAKS METİNLERİNİ DEĞERLENDİRMESİ

Delil, uyumsuzluğa neden olan fiili veya hukuki olgunun, olduğuna veya olmadığına hakimi inandırmak için, yargılama hukukunun gösterilmesine izin verdiği ispat aracıdır. Davada tarafların iddialarını ispat için dayandıkları ispat araçları senet, ikrar, yemin, kesin hüküm, tanık, bilirkişi, keşif ve özel hüküm sebepleridir⁹⁷. Bir vakıanın ispatı için başvuru vasıtalarına delil denir⁹⁸. Faks metni belge olduğundan, bir vakıanın ispatı konusunda mahkemeye delil olarak sunulabilmelidir. Faks metninin fotokopi niteliğinde olması, bu belgenin incelenmemesi sonucunu doğurmamalıdır. Fotokopi delil yokluğuna eşdeğer nitelikte görülmemelidir⁹⁹. Faks metni, fotokopi özelliğinde olmasına rağmen, bir delil olarak mahkemeye ibraz edilebilmelidir. Fotokopi, somut olayda hakimin duruşmanın genel muhtevassından edineceği kanaatle uyum içinde olması halinde tanıklık ile desteklenmeden kullanılabilir¹⁰⁰. 1998 yılının Ekim ayında yürürlüğe giren İspanya Medeni Usul Kanununda, deliller bakımından bazı yeniliklere yer verilmiştir. Belirtilen ülkede, delillerin sınırlı olması yerine, tekniğin gelişimi üzerine mahkemenin bu yeni delilleri de inceleyebilmesi için, örneğin ses bandı, görüntü ve resim gibi yeni delillerin kabulü hakkında, mahkemeye takdir yetkisi getirilmiştir¹⁰¹. İspata ilişkin konular, medeni usul hukukunun “belkemiği”dir ve teknolojik gelişmeler bu yapıyı zorlamaktadır. Faksın günlük yaşamımızdaki yeri bellidir. Faks kanunlarda henüz delil niteliğine kavuşturulmamıştır. Bu ve bunun gibi yeni delil türleri, gerçek değerini bulmalıdır. Medeni usul hukukumuzda “kanuni delil sistemi” geçerlidir ve hakim kesin delillerle bağlıdır. Çözüm olarak, hukukumuzda serbest delil sistemine geçilmesiyle, yeni

96 Bkz. hakim tarafından teklif edilen (tamamlayıcı, resen) yemin konusunda geniş bilgi için: Yılmaz-Yemin s.163 vd.

97 Yılmaz-Sözlük s.209 delil kavramı.

98 Kuru-Usul C.2 s.1966.

99 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.53-54 ve s.57. Alman Federal Mahkemesi kararına göre, fotokopi üzerinde, vekalet ehliyetine sahip avukatın imzası mevcut ise, fotokopinin mahkemeye ibrazı mümkündür (BGH NJW 90, 188: Thomas/Putzo s.309).

100 Yıldırım-Delillerin Değerlendirilmesi s.216.

101 Pekcanitez-Yargının Hızlandırılması s.43.

delil türlerinin hukuken kabulü daha kolay olabilecektir¹⁰². Senetle ispat kuralı, delillerin değerlendirilmesini önlemekte ve hakikatin bulunmasını engellemektedir. Senetle ispat kuralının terk edilmesi uygun olacaktır. Senetle ispat kuralının kamu yararı ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Kanuni ispat kuralları hakikati arayan hakimi sınırlamaktadır¹⁰³. Adaletin daha inandırıcı biçimde sağlanması amacıyla, yazılı delil başlangıcının kapsamının genişletilmesi uygun olacaktır. Böylece gerçeği gösterebilecek her türlü ispat aracından yararlanılarak, adaletin daha inandırıcı bir şekilde gerçekleştirilmesi mümkün olabilir¹⁰⁴.

Faks metinlerinin mahkemeye ibraz edildiği davalarda, ispat yükünün belirlenmesinde dürüstlük kuralından yararlanılabilir. Dürüstlük genel kuralı, ispat yükünün hangi tarafa düşeceğinin belirlenmesi ve delillerin gösterilmesi açısından önemlidir¹⁰⁵. Yeni delil araçları mümkün olduğu ölçüde kabul edilmelidir. Hakim, modern bir delili kanun tarafından öngörülmedi diye reddetmemelidir. Bir delil muteber olmadığı gerekçesiyle reddedilemez. Gösterilen delilin incelenmemesi veya delil gösterme talebinin reddi hukuki dinlenilme hakkının ihlalidir¹⁰⁶. Bu nedenle, faks metninin yargılama sırasında bir delil olarak incelenmemesi, hukuki dinlenilme hakkının ihlaline neden olabilecektir (HUMK m.73, m.377, m.381).

Fransız hukukunda, ticari davalarda delil serbestisi bulunduğundan, bu alanda telekse daha kuvvetli bir delil niteliği tanınabildiği görülmektedir¹⁰⁷. Faks metinlerine de, kesin delillere yaklaşan veya bazen kesin delil niteliği verilebilen bir özellik tanınabilir. Çünkü, faks metinlerinin hangi numaralar arasında, hangi tarihte gönderildiğini belirleyebilmek mümkündür. Faks metninin gönderilmesi üzerine, faks cihazından çıkan gönderim raporunda, gönderilen diğer faks cihazının numarası, gönderim süresinin başlama ve bitiş süresi, tarih, gün, saat ve gönderim işleminin gerçekleşip gerçekleşmediği bellidir.

102 Ejder Yılmaz Önsözden (Sema Taşpınar, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001 s.8).

103 Yıldırım-Delillerin Değerlendirilmesi s.207 vd.

104 Yıldırım-Delillerin Değerlendirilmesi s.218; Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.161-162.

105 Arslan R.: Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989 s.89-92.

106 Pekcanitez-Hukuki Dinlenilme s.777-778.

107 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.99.

Faks metni kural olarak uyuşmazlık öncesi bir delildir. Uyuşmazlık öncesi deliller genellikle yazılı delillerdir. Hukuki işlemlerde makbuz ve senetler, fotokopiler uyuşmazlık öncesi delillerdendir¹⁰⁸. Mahkeme bir vakıanın hakikate uygun olup olmadığını ikame olunan delillere göre karar verir, her delil aynı değerde olmadığı için somut bir delilin değerlendirilmesi de güçtür. Somut olaya göre delillerin ispat gücü farklıdır¹⁰⁹. Hakim, faks metnini, somut olayın özelliğine ve faks metninin yazı makinesi veya el yazısı ile yazılmış olup olmamasına, imzalı, imzasız bulunmasına, yada paraf içerip içermediğine, gönderim raporundaki bilgilere göre değerlendirmeye tabi tutacaktır. Hakim, kararlarında hayatın normal akışını ve içinde bulunduğu toplumun ekonomik özelliklerini ve taraf yararlarını gözötmelidir. Hakim, uyuşmazlığı akıl ve hukukun, hayatın kabul edeceği uygun bir şekilde çözmelidir. Davada, esas olan adaletin gerçeğe en uygun sağlanması amacı hiçbir zaman ihmal edilmemelidir. Verilen hükmün mükemmel sayılabilmesi için, kanuna, taraflara, olaya, yaşama ve gerçeğe, adalet duygusuna uygun olması ve ileride yeni uyuşmazlıklara yol açmayacak şekilde sağlam dayanaklar üzerine kurulması gerekir¹¹⁰.

Hakim karar verirken mahkeme dışında elde etmiş olduğu özel bilgisini de kullanır. Davada, diğer delillerle birlikte hakimnin özel bilgisi de varsa bunların makul gerekçeleri ortaya konulmalıdır¹¹¹. Faks cihazları konusunda, hakimnin özel ve teknik bilgisi mevcut ise, bu konuda bilirkişiye başvurmadan, gerekçe göstererek faks metinlerini inceleyip karar verebilmelidir.

Bilgisayar aracılığı ile de, bir telefon hattı üzerinden faks metinlerinin gönderilmesi mümkündür. Bilgisayar ortamında bulunan kayıtların değerlendirilmesinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.367 hükmü bir çıkış yolu olarak düşünülebilir. Bilgisayar ortamında saklanan bilgiler ve bunlardan alınan çıktılar, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.367 anlamında Kanunda öngörülmemeyen delillerden sayılırlar. Bilgisayar ekranında bir kayıt görünmüyorsa delil de yoktur. Bilgisayar ortamından alınan çıktı doğrudan doğruya bir delil değildir. Bir yazıcıdan (Printer'den) alınıp, mahkemeye sunulan belge orijinal (asıl) değildir. Yazıcıdan alınacak çıktı, delilin kendisi olmayıp bir anlamda suretidir. Bu tür deliller, Kanunda öngörülmediğinden ve Kanun tarafından, bu delillere hakimi bağlayıcı bir ispat gücü verilmediğinden, takdiri deliller arasında

108 Konuralp-İspat s.31.

109 Yıldırım-Delillerin Değerlendirilmesi s.35-36.

110 Akcan R.: Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara 1999 s.245, s.246, s.253.

111 Yıldırım-Delillerin Değerlendirilmesi s.252-253.

yer alırlar. Kanunda düzenlenmemiş bu tür takdiri deliller ancak bir delil sözleşmesi hükmü (HUMK m.287) ile hukuki işlemde doğan (HUMK m.288) bir davada geçerli delil (HUMK m.218) haline gelebilirler ve hakim tarafından vicdani kanaatine göre takdir edilirler (HUMK m.240)¹¹². Ancak, bilgisayar üzerinden faks metninin gönderilmesi halinde, yazıcıdan alınan çıktıda veya bilgisayar ekranında, faks metninin gönderildiği faks numarası ve tarih belli ise, bu hususun karar verilirken ayrıca dikkate alınması doğru olacaktır.

SONUÇ

Faks metni bir belgedir. Kural olarak, faks metni dava öncesi delillerdendir. Faks belgesi, Kanunda düzenlenmeyen delil türlerinden biridir. Kanun koyucunun faks belgesinin delil değeri konusunda, bir yasal düzenleme yapmasını gerekmektedir. Batı ülkelerinde serbest delil sistemine geçilmiştir. Bizim de hukuk sistemimizi buna göre değiştirmemiz uygun olacaktır. Yasal düzenleme yapılmıyaya kadar, hakim, hukuki işlemin ispatı için kendisine ibraz edilen imzalı, imzasız, el yazısıyla veya bir makine ile yazılmış bir faks belgesini, yazılı delil başlangıcı (HUMK m.292) veya özel hüküm sebebi olarak (HUMK m.367) kabul edebilecektir. Hakim, özel ve teknik bilgiye sahip değilse, bilirkişi aracılığıyla faks belgesinin altındaki imzanın gerçekten o kişiye ait olup olmadığı belirlenebilir. Hakim, faks cihazları konusunda özel ve teknik bilgisi mevcutsa, bilirkişiye başvurmayabilir. Faks metinleri, bir fotokopi özelliğindedir. Diğer fotokopilerden farklı olarak, faks cihazı ile gönderilen metinlerde gönderim raporu söz konusudur. Faks metninin, yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilmesi mümkündür. Bu halde, takdiri ve kesin delillere başvurulması mümkündür. Faks metninden ve gönderim raporundan, tarihi, saati, gönderen ve gönderilen faks numarasını, gönderme işleminin tamamlanıp tamamlanmadığını belirlemek mümkün olduğundan, faks metni, güçlü delil (kuvvetli takdiri) delil olarak kabul edilebilir. Yalnızca, faks metnine dayanılarak karar verilmesi de mümkündür. Faks metni aleyhine olan taraf, metnin kendisi tarafından gönderilmediğini ispat hakkına sahiptir.

112 Konuralp-İspat s.37 ve s.73.

PATENT HUKUKUNDA YENİLİK KAVRAMI ve YENİLİĞİN BELİRLENMESİ

Dr. Tahir SARAC*

I. Giriş

551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin¹ 5 maddesi patent verilebilirlik şartlarını düzenlemiştir. Bu maddeye göre, bir buluşa patent verilerek korunabilmesi için yeni olması, tekniğin bilinen durumunu aşması ve sanayiye uygulanabilir olması gereklidir. Bu şartlardan yenilik 7. maddede², tekniğin bilinen durumunu aşma 9. maddede³ ve sanayiye uygulanabilme 10. maddede⁴ ayrıca düzenlenmiştir⁵.

* Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Araştırma Görevlisi

1 RG. 27.06.1995, S. 22326. Bundan böyle çalışmamızda Kararname olarak anılacaktır.

2 Kararnamenin 7. maddesine göre, tekniğin bilinen durumuna dahil olmayan buluş yenidir. Tekniğin bilinen durumu, patent başvurusunun yapıldığı tarihten önce, buluş konusunda dünyanın herhangi bir yerinde toplumca erişilebilir yazılı veya sözlü tanıtım, kullanım veya bir başka yolla açıklanan bilgilerden oluşur (m. 7/II). Patent başvurusu tarihinde veya bu tarihten sonra yayınlanmış olan ve patent başvurusu tarihinden önceki tarihli Türk patent ve faydalı model belgesi başvurularının yayınlanan ilk metinleri tekniğin bilinen durumuna dahildir (m. 7/III).

3 Kararnamenin 9. maddesine göre; buluş, ilgili olduğu teknik alandaki bir uzman tarafından, tekniğin bilinen durumundan aşık bir şekilde çıkarılmayan bir faaliyet sonucu gerçekleşmiş ise, tekniğin bilinen durumunun aşıldığı kabul edilir.

4 Kararnamenin 10.maddesine göre; buluş, tarım dahil sanayinin herhangi bir dalında üretilebilir veya kullanılabilir nitelikte ise, sanayiye uygulanabilir olduğu kabul edilir.

5 Aslında sadece bu şartların yerine getirilmesi de patent almak için yeterli değildir. Buluşun patent alabilmesi için, aynı zamanda yasal olarak patent verilemeyecek konular veya buluşlar kapsamına girmemesi de gereklidir. Bir buluş patent verilebilirlik şartlarını taşısa bile kanunda patent verilemeyecek konular (örneğin, kamu düzenine aykırı buluşlar) arasında düzenlenmiş ise, yine patent alamayacaktır. Nitekim, İngiliz doktrininde patent verilebilirlik şartları incelenirken dördüncü şart olarak "yasal olarak patent verilemeyecek konulardan olmama" şartı işlenmektedir (bkz. **REID, C. Brain**; A Practical Guide to Patent Law, United Kingdom 1993, s. 9, 25; **CORNİSH, W. R**; Intellectual Property, Patents, Copyright, Trade Mark and Allied Rights, London 1996, s.147).

Patent verilebilirlik şartları içerisinde, her birisi ayrı bir öneme sahip olmakla birlikte, kanaatimizce en önemlisi yeniliktir. Çünkü, yenilik şartı başlangıç niteliğinde bir şarttır. Buluş olduğu ileri sürülen şeyin yeniliği kanıtlanamadığı takdirde, diğer şartlar bakımından inceleme yapılmaya geçilmeyecektir. Bu yüzden, yenilik şartı bir bakıma diğer şartlara nazaran ön şart niteliği taşımaktadır.

Bu önemi nedeniyle yenilik kavramı, bir yandan bütün patent kanunlarında patent verilebilirliğin ortak şartı olarak yer almış⁶, ancak yenilik kavramı açıklanmamıştır. Kanuni metinler incelendiğinde yenilik kavramının nasıl belirleneceğinin düzenlendiği görülmektedir. Bir başka deyişle, neyin yeni sayılacağına kriterleri kanuni düzenlemelerde yer almaktadır. Bu nedenle, kavram olarak yeniliğin ne ifade ettiği doktrin tarafından açıklanmaya çalışılmıştır. Biz de çalışmamızda, kavram olarak yeniliğin ne ifade ettiğini patent hukuku doktrinindeki görüşler çerçevesinde inceleyerek, Kararnamedeki yenilik kavramının nasıl anlaşılması gerektiğini açıklayacağız.

II. Yenilik Kavramının Önemi

Yukarıda ifade edildiği gibi, bütün patent kanunlarında benimsenen patent verilebilirliğin ortak şartı yeniliktir. Yeniliğin bu özelliği, patent hukukunun amacından kaynaklanmaktadır. Bir başka deyişle, yeniliğin ortak bir şart olarak yer alması, patent hukukunun amacının bir sonucudur. Çünkü patent hukukunun amacı teknik, ekonomik ve sosyal gelişmenin sağlanmasıdır⁷. Bu gelişmelerin sağlanabilmesi için toplumun teknolojik seviyesinin yükseltilmesi, teknolojik seviyenin yükseltilebilmesi içinse teknik alana yeni şeylerin ilave edilmesi, bir başka deyişle teknik alanın zenginleştirilmesi gerekir. Teknik alanın zenginleştirilmesi kolay değildir. Bunun yapılabilmesi için gerçekten yeni şeyler ortaya çıkartılmış olmalıdır. Bu nedenle patent hukukunun amacını kısaca, yeni şeyler ortaya çıkarmak⁸ olarak özetlemek mümkündür.

Bununla birlikte, yeni şeylerin ortaya çıkartılabilmesi ve böylece teknolojik gelişmenin sağlanabilmesi için, yeni şeyler üreten kimselerin teşvik edilmele-

⁶ Örneğin, Avrupa Patent Anlaşmasının 52. maddesinde; Amerikan Patent Kanununun 101. maddesinde; İngiliz, Alman ve İsviçre Patent Kanunlarının 1. maddelerinde yenilik patent verilebilirlik şartları arasında sayılmıştır.

⁷ Bu amaç, Kararnamenin birinci maddesinde "... buluşların sanayiye uygulanması ile teknik, ekonomik ve sosyal ilerlemenin gerçekleştirilmesini sağlamak..." şeklinde açıkça ifade edilmiştir.

⁸ **BERNHARDT, Wolfgang / KRASSER, Rudolf**; Lehrbuch des Patentrechts, München 1986, s.150.

ri gerekir. Çünkü, yeni şeylerin ortaya çıkartılabilmesi için, başta fikri emek olmak üzere zaman ve paraya ihtiyaç vardır. Yeni bir şey geliştirmek için çaba harcayan kimse bu çabasının karşılığını alamadığı takdirde, bir daha yeni şeyler ortaya çıkarmak için uğraşmayacaktır. Bu nedenle, yeni şeyler ortaya çıkartan kimselerin desteklenmesi, teşvik edilmesi gerekir.

Hukuki anlamda en büyük teşvik, yeni şeyleri ortaya çıkartan kimsenin etkili bir korumaya sahip olmasıdır. Etkili bir koruma sağlandığı takdirde kişi, ortaya çıkardığı yeniliği kendinde tutmayacak, yani sır olarak saklamayacak ve toplumla paylaşacaktır. Açıklanan bu yeni bilgilerin kullanılması suretiyle daha başka yenilikler gerçekleş-tirileceği için, toplumun teknolojik seviyesi ilerleyecektir. O halde, patent hukuku bir yandan yeni şeyler ortaya çıkartan buluşçuları teşvik ederken, diğer yandan toplumun menfaatlerini gözetmek zorundadır. Bu yüzden patent hukukunun hedefi, kamunun menfaatleri ile bireyin menfaatleri arasında bir denge kurmaktır. Yani, kamunun ulaşılabilir nitelikteki bilgilerden kayıtsız ve şartsız yararlanabilme konusundaki haklı çıkarıyla buluşa varmak için emek harcayan ya da yatırımda bulunan kişi ve kurumların ödüllendirilmelerini istemeye yönelik çıkarları arasında paralellik sağlamaktır⁹.

Gerçekten, buluş ve buluşçuların korunmaması durumunda toplumun teknolojik seviyesinin yükseltilmesini sağlamak mümkün değildir. Buna karşılık, buluşçunun aşırı derecede korunması ise, toplumun buluşçunun menfaatlerine terk edilmesi tehlikesini doğuracaktır. Bu son derece önemli bir tehlikedir. Zira, böyle bir durumda, hem buluşçunun haksız kazanç sağlamasına, hem de toplumun sömürülmesine imkan tanınmış olur. Buluşçu ile toplumun menfaatleri arasında bir denge kurabilmek amacıyla kanun koyucular, bir yandan buluşçuya etkili bir koruma sağlamaya çalışmış, diğer yandan hem bu korumanın elde edilebilmesi için bir takım şartlar öngörmüş¹⁰, hem de korumanın kapsamında bir takım sınırlamalara gitmiştir¹¹.

9 **ORTAN, Ali N.;** İşçi Buluşları Hukuku, İzmir 1987, s. 60.

10 Kararnamenin 1. maddesine göre, "Bu Kanun Hükmünde Kararname, sinai hakkın tesisine uygun buluşlara patent veya faydalı model belgesi verilerek bunların korunması ile ilgili esasları, kuralları ve şartları kapsar" (m. 1/II)

11 Patent belgesi verilerek sağlanan korumanın -ki bu koruma patentten doğan hak olarak isimlendirilir- kapsamının sınırları Kararnamenin 75. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, özel maksatla sınırlı kalan fiiller, deneme amaçlı fiiller, eczanelerde hazırlanan ilaçlara ilişkin fiiller, Paris anlaşmasına üye ülkelerin hava deniz kara nakil

İşte yenilik kavramı, kamu ile bireyin menfaatleri arasında kurulması amaçlanan dengeyi sağlamaya yönelik önemli bir araçtır¹². Gerçekten, bir buluşa patent vermek onun üzerinde inhisari (tekelci) bir hak oluşturmak demektir. Kanun koyucu bu inhisari hakkı, yeni bilgilerin açıklanmasına ve başkaları tarafından kullanılabilmesine olanak sağlanmasına karşılık olarak tanımaktadır¹³. Yeni olmayan bir buluş ya toplumun malıdır, ya da üzerinde bir başkasının hali-hazırda hakkı mevcuttur. Yeni olmayan bir buluşa patent verilmesi ise her iki durumda haksızlığa sebep olacaktır. Şöyle ki; toplumun malı olan bir bilgi için buluşa patent verilmesi kişinin haksız kazanç sağlamasına neden olacaktır. Başkasının hali-hazırda sahibi olduğu patentli buluşa patent verilmesi ise, söz konusu kişinin hakkını ihlâl edecektir. Bir başka deyişle, yenilik şartı, bir yandan kamunun malı olduğuna inandığı veya kamusal hale gelmiş bilgilerden elde edilen şeylerin uyanık kişiler tarafından tekelleştirilmesini¹⁴, diğer yandan bazı kimse-lerin halen hak sahibi buldukları değerler üzerinden başkalarının haksız kazanç sağlamalarının engellenmesine yöneliktir¹⁵. İşte, yenilik, gerçekten yeni bir buluş yerine, herkesçe bilinen bir bilginin ödüllendirilmesini önlemeye¹⁶ ve

vasıtalarında gerçekleştirilen fiiller ile Sivil Havacılık Anlaşmasında öngörülen fiiller patentten doğan hakkın kapsamı dışında kalır.

Öte yandan, patentten doğan hakkın kapsamının sınırları yalnızca bu maddeden ibaret değildir. Kararnamenin; 76. maddesinde düzenlenmiş olan hakkın tüketilmesi ilkesi, 77. maddesinde düzenleniş olan ön kullanım hakkı, 78. maddesinde düzenlenmiş olan Önceki tarihli patentlerin etkisi, 79. maddesinde düzenlenen patent konularının bağımlılığı, 81. Maddesinde düzenlenen Kanuni tekel durumu, 72. Maddesinde düzenlenen hakkın süresi hakkın kapsamının sınırlayan diğer hallerdir. Patentten doğan hakkın sınırları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Saraç**, Patentten Doğan Hak § 6.

12 Bu özelliği nedeniyle yenilik şartı, doktrinde patent sisteminin en önemli unsuru, adeta kalbi olduğu belirtilmektedir (**ERDEM, B. Bahadır**; Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2000, s.55).

13 **IRISH, Vivien**; Intellectual Property Rights for Engineers The Legal Protection of Innovation, London 1994, s. 67; **GROVES, Peter**; Intellectual Property with Competition Law and Practice, London 1994, s. 39.

14 **WILLIAMS, Jonh F.**; A Manager's Guide to Patents, Trademarks and Copyright, London 1986, s. 35; aynı yönde **HARMON, Robert L.**; Patents and the Federal Circuit, Chicago 1998, s. 83.

15 **Irish**, s. 65.

16 **Erdem**, s. 55.

toplumun menfaati ile buluşunun menfaati arasında kurulacak dengeyi sağlamaya yönelik bir araç olmaktadır¹⁷.

III. Yenilik Kavramına Yüklenen Anlamlar

Günlük Kullanımda Yenilik Kavramı

Genel olarak, günlük kullanımda “yeni” kavramı, o zamana kadar bilinmeyen¹⁸ ya da bilinenden farklı olanı ifade eder¹⁹. Gerçekten, şu ana kadar hiç kimse tarafından bilinmeyen, yapılmamış bir şey yeni sayıldığı gibi, bilinen ancak, daha öncekilere farklı nitelikler taşıyan şeyleri de yeni olarak nitelendiririz. Hatta, ancak bazıların bildiği veya uyguladığı fakat şimdiye kadar açıklamamış oldukları şeyleri de “yeni” olarak ifade ederiz²⁰. Yenilik kavramının bu derece farklı anlamlar taşıması, kavramın göreceli bir kavram olması özelliğinden kaynaklanmaktadır.

Görülebileceği üzere, yenilik kavramı, esas itibarıyla bilinip, bilinmeme noktasından hareketle anlamlandırılmaktadır. Her ne kadar farklı olma şeklindeki anlamlandırmada başka bir hareket noktası daha var gibi görünse de, aslında bu noktada bilinip bilinmemeye dayanır. Çünkü, farklı olma, bilinenden farklı olmayı nitelendirir. Bu bakımdan farklı olan, daha önce bilinmeyene eşittir. Dolayısıyla, yenilik kavramının “farklı olma” şeklinde anlamlandırılması durumunda,

- 17 Yenilik şartının bu görevi yerine getirebilmesi amacı ile Kararnamede (m. 56) “yenilik araştırması” yapılması öngörülmüştür (Yenilik araştırması hakkında çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı bilgi verilmiştir).
- 18 **KINGSTON, William**; *Innovation, Creativity and Law*, Dordrecht 1990, s. 95; **BAXTER, J. W.**; *World Patent Law vnd Practice*, London 1973, s. 84; **AYİTER, Nuşin**; *İhtira Hukuku*, Ankara 1968, s. 50.
- 19 **TROLLER, Alois**; *Immetarialgüterrecht*, München, Bd. I, Basel 1983, s. 195; **FOSTER, Frank / SHOOK, Robert L.**; *Patents, Copyrights & Trademarks*, USA 1993, s. 32; **Ayiter**, s. 50; **Ortan**, *İşçi Buluşları*, s. 64. Yenilik kavramının bu anlamda kullanımı konusunda bkz. ABD Patent Kanunu m. 102.
- 20 **Baxter**, s. 84; **TEKİL, Müge**; “554 sayılı KHK Çerçevesinde Endüstriyel Tasarım Kavramı ve Koruma Şartları”, *IÜHFİM (Prof. Dr. Orhan Münir ÇAĞIL’a Armağan Sayısı)*, C. LV, S. 4, 1997, s. 242; **SULUK, Cahit**; *Yedek Parça Tasarım Hakkının Korunması*, Ankara 2001, s. 24.

kavramın tam anlamıyla bilinmeyenle örtüşmesi sağlanmış olur²¹. Bir başka deyişle bilinmemenin içinde farklı olmada mündemiçtir.

Her iki nokta da kavramın kapsamını belirlemede yeterli olmamaktadır. Çünkü bilinen ile bilinmeyen arasındaki sınır belirli değildir. Bir başka deyişle, bir şeyin bilinip bilinmemesine veya farklı olup olmadığına yönelik değer yargısını verirken kullanabileceğimiz bir kriter günlük kullanımda mevcut değildir. Bu yüzden, günlük kullanımdaki bu anlamlandırmayı patent hukukuna aldığımız zaman, bir buluşun ne zaman yeni sayılacağı sorusuna cevap bulmakta güçlük çekeriz. Zira, bir farklılığın olup olmadığına ilişkin karar, günlük kullanımda bu belirlemeye yönelik bir kriterin bulunmaması nedeniyle mecburen subjektif nitelik taşıyacaktır. Dolayısıyla, bir şeyin yeniliğine karar verirken, bu karar karar vermeye yetkili olan kimseye göre farklılık taşıyacak, bir kimse herhangi iki şeyi aynı olarak değerlendirebilirken, bir başka kimse açısından bu iki şey arasında farklılık söz konusu olabilecektir²².

B. Patent Hukukunda Yenilik Kavramı

Günlük kullanımda yenilik kavramına yüklenen anlamda bilinen ile bilinmeyen veya farklı olmanın sınırının belirli olmaması, patent hukukunda kavrama bu sınırı belirleyecek şekilde kriterler eklenmesi ve böylece kavramın yeniden anlamlandırılması zorunluluğunu doğurmuştur. Bir buluşun patent hukuku anlamında ne zaman yeni sayılacağına belirlenmesinde kullanılan kritere bağlı olarak yenilik kavramını aşağıdaki gibi sınıflandırmak mümkündür.

1. Maddi Yenilik - Şekli Yenilik

Bu ayrımın temelini buluş ve patent koruması için kullanılan yenilik kavramlarının birbirinden ayrılması oluşturmaktadır. Buluş için kullanılan yenilik kavramına "maddi yenilik"; patent koruması için kullanılan yenilik kavramına ise "şekli yenilik" denmektedir²³. Başka bir deyişle, kelimenin kavram yönünü ifade etmek üzere maddi yenilik, bir nesnede bulunması gereken özellikler yö-

21 Troller, s. 195.

22 Troller, s. 196.

23 Troller, s. 195-198; BRÄNDEL, Oliver C.; Technische Schutzrechte, Hiedelberg 1995, s. 46; Ayiter, s. 51. Şekli yenilik, doktrinde suni (yapay) yenilik olarak da nitelendirilmektedir (bkz. Bernhardt/Krasser, s. 150; Ortan, İşçi Buluşları, s. 64)

nünü ifade etmek üzere ise şekli yenilik denilmektedir. Dolayısıyla, yenilik şartı buluşun değil, buluşun koruma altına alınabilmesinin şartıdır²⁴.

Maddi yenilik, kelimenin kavram yönünü; yani bilinmemeyi veya bilinenden farklı olmayı ifade etmektedir²⁵. Bu yönüyle yenilik kavramı, belirli kişi veya kişi topluluklarının belirli bir konudaki bilgilerini hedef olarak kullanmaktadır. Bu anlamda, tüm dünyada hiç kimsenin bilmediği şeylerin yeni sayılacağı hususunda bir ön şart bulunmamakla birlikte, yeniliğin belirlenmesinde dikkate alınacak objektif bir sınır da mevcut değildir. Bir başka deyişle, maddi anlamda yeniliğin hangi kişi veya kişi gruplarını ve hangi nesnelere kapsadığı açık bırakılmaktadır²⁶. Bu iki açıdan tehlikelidir. Birincisi, kişi veya kişi gruplarının bilgileri objektif bir ölçü olmadan dikkate alındığı için, yenilik kavramı tamamen subjektif değerlendirmelere terkedilmektedir. İkincisi, neden ve ne derecede farklı olmanın ölçüsü bulunmadığından, maddi anlamda yenilik nitelik ve nicelik itibarıyla bilinenden sapmayı ifade etmekte ve teknik gelişme ile eş anlamlı kullanılmaktadır²⁷. Bu anlamda yenilik esas alınacak olursa, ancak öncü buluşların²⁸ patentlenmesi mümkün olacaktır. Bu yüzden, patent hukukunda anlamında yenilik, maddi yenilik değildir.

Bununla birlikte, maddi yenilik aynı zamanda şekli yeniliğin temelini oluşturur. Maddi yeniliği bilinmeme veya farklı olma şeklinde tanımladığımızda, karşımıza ne derecede ve neden farklı olma sorularının çıktığını belirtmiştik. İşte şekli anlamda yenilik bu sorulara cevap vermektedir. Buna göre, bilinmeme veya farklı olma, mevcut olanlardan farklı olma şeklinde anlaşılacaktır. Gerçekten Kararnamenin 7. maddesine bakıldığında, yeniliğin “teknik bilinen durumu”²⁹ esas alınarak belirlendiği görülmektedir. Yani, farklı olmaktan kasıt, o

24 Ayiter, s. 51.

25 Troller, s. 196.

26 Troller, s. 196.

27 Troller, s. 196.

28 İlgili teknik alanda ilk olarak ortaya çıkan buluşlara (örneğin, telefon, televizyon, ampul vb) öncü buluş denilir.

29 Yeniliğin saptanmasında esas alınan teknik bilinen durumu; patent başvurusu (varsa rüçhan hakkı) tarihinden önce kamunun öğrenebileceği bilgi bütünüdür (Ortan, İşçi

ana kadar bilinenlerden farklı olmaktır. Buluş, bir teknik kural olduğuna göre, farklı olmaktan kasıt; o ana kadar bilinen teknik kuralların farklılığını kapsar³⁰ ve bu farklılık tekniğin bilinen durumunun kaynakları dikkate alınarak belirlenir. Bir başka deyişle, neyin bilinen kabul edildiği, Kararnamenin 7. maddesinde sayılan yazılı-sözlü tanımlamalar, kullanım veya diğer herhangi bir şekilde kamuya açıklanmış bilgiler dikkate alınarak belirlenir. Bir bilgi, bu şekillerden herhangi birisiyle topluma bilgisine sunulmuşsa, sunulan bu bilgi kapsamındaki şeylerin bilindiği kabul edilir ve bunlardan farklı olan şeyler yeni kabul edilir. Kısaca, şekli anlamda yenilik, tekniğin bilinen durumundan farklı olmayı ifade eder ve farklılığın belirlenmesinde (mukayesede) esas alınacak temel kriteri ön plana çıkarır.

Yukarıda ifade edildiği gibi şekli yenilik, bir nesnede bulunması gereken özellikleri ifade etmek üzere de kullanılmaktadır. Bu anlamda şekli yenilikten bahsedebilmek için, şeydeki farklılığın bir özellik halini almış olması gerekir. Bir başka anlatımla, buluşa sahibi olduğu bazı özellikler nedeniyle patent verilir. Buluşun sahibi olduğu özelliklerin tamamen öncekilerden farklı olması gerekli değildir³¹. Gerekli olan, bilinen teknik kurallar ile buluş olduğu ileri sürülen teknik kuralların birbirinden farklı olmasıdır³². Dolayısıyla, şekli anlamda yenilik, bir yönüyle maddi anlamda yeniliğin içerisinde gizlidir³³.

2. Objektif Yenilik - Subjektif Yenilik

Yenilik kavramı, yeniliğin belirlenmesinde neyin veya kimin dikkate alınacağı sorusu "objektif yenilik" ve "subjektif yenilik" ayrımını doğurmuştur.

Buluşları, s. 65; aynı yönde **PRESMANN, David**; Patent It Yourself, California 1992, s 5/8).

30 **Troller**, s. 198.

31 Bu durum çok basit, küçük ve önemsiz farklılıkların yenilik oluşturacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Bu konuda ayrıca bkz. III, B, 3.

32 Teknik kural, buluşun fonksiyonunu icra ederken izlediği yöntemdir. Bir başka deyişle buluş olduğu ileri sürülen fikrin, çözdüğü söylenen problemi çözerken izlediği yol, teknik kuralı oluşturur. Buluş olduğu ileri sürülen çözüm tarzı, sonuca yeni bir yol ile ulaşmış, yani fonksiyonu bir başka yöntem ile gerçekleştirmişse, teknik kuralların farklılığından bahsedilir. Tasarımlarda ise bu farklılık şekil ve görünümde farklılık olarak karşımıza çıkmaktadır. Tasarımlar açısından yenilik kavramı hakkında bkz. **Suluk**, s. 24 vd; **Tekil**, s. 242 vd; **ARIKAN, A. Saadet**; "Sinai Tasarımlar", Batider, C. 17, S. 3, Haziran 1994, s. 82, 87.

33 **Troller**, s. 198.

Subjektif yenilikte buluş, sadece buluşçu için yenidir, mevcut teknik durum için bir yenilik yoktur³⁴. Bir başka ifadeyle, subjektif yenilik, buluşun buluşçunun kişisel faaliyeti sonucu ortaya çıkmış olduğunu, buluşçunun bu buluşu başkalarınıninkileri taklit etmeksizin kendi bağımsız düşünce ve yetenekleriyle meydana getirmiş olduğunu ifade eder³⁵. Örneğin, bir kimse teknik alanda öyle bir çözüm tarzının zaten mevcut olduğunu bilmeksizin büyük emek ve çaba sarf ederek bir sonuca ulaşsa bir buluş yapmış olur ancak buluşu koruma görmez. Çünkü, kendisi bilmese bile genel olarak o bilgi, tekniğin o günkü durumunda mevcuttur³⁶. Kısaca, subjektif yenilik, buluşçu merkezli yeniliği ifade eder³⁷.

Buna karşılık, objektif yenilik, toplum merkezli yeniliktir. Buluş olduğu ileri sürülen teknik kuralın, buluşun ilgili olduğu alandaki ortalama yetenekteki kimseler tarafından bilinmemesini ifade eder. Yukarıda ifade edildiği üzere, şekli anlamda yenilik o ana kadar bilinenlerden teknik kuralın farklı olmasını ifade etmekteydi. O halde, o ana kadar neyin bilindiğini tespitite kullanılacak bir kriter ihtiyacı vardır. Böyle bir kriter olmaz ise buluşçuların ferdi bilgi birikimleri dikkate alınmak zorunda kalacak, bu durumda farklı kişiler tarafından patent koruması elde edilen aynı konudaki buluşlar karşımıza çıkacaktır. Bunu engellemenin yolu, teknik kuralın farklılığını belirlemede kişiye veya nesneye ilişkin bir kriterin bulunmasıdır.

Kararnamedeki düzenleme ile hem kişiye hem de nesneye yönelik kriter konulmuştur. Şöyle ki; Kararname, yeniliğin tespitinde tekniğin bilinen durumundan hareket etmiş, başvuru tarihinden önce herhangi bir şekilde kamuya sunulan bilgilerin yeni sayılmayacağı belirtilmiştir. Yani, yeniliğin tespitinde buluşçunun değil, toplumun bilgisi esas alınmış; ancak toplumun kayıtsız şartsız her türlü bilgisi değil, yazılı-sözlü tanımlama veya kullanım yoluyla elde ettiği ulaşılabilir kaynaklardaki bilgiler dikkate alınarak nelerin biliniyor kabul edileceğinin objektif sınırları çizilmiştir.

34 **Ayiter**, s. 51.

35 **Tekil**, s. 243.

36 **Ayiter**, s. 51. Federal Mahkemeye göre de, buluşçunun veya başvuru sahibinin tekniğin bilinen durumu ile ilgili bilgi ve tasavvurları, yeniliğin belirlenmesinde önem taşımaz (BGH GRUR 1973, 263, 265).

37 **Troller**, s. 197.

Karamamenin 9. maddesiyle de kişiye yönelik objektif sınır konulmuştur. Toplumun bilgisi sınırı bu maddeyle, buluşun ilgili olduğu teknik alandaki kimselerin bilgisine indirgenmiştir. Dolayısıyla, buluşun ilgili olduğu teknik alandaki ortalama yetenekteki kimsenin (vasat uzman) bilgisi, yeniliğin belirlenmesinde esas olacaktır. Vasat uzmanın, o ana kadar ulaşabildiği yazılı ve sözlü tanımlamalar veya ilgili teknik alandaki kullanımlarda böyle bir kurala rastlamaması, buluş olduğu iddia edilen teknik kuralın yeni sayılması için yeterlidir³⁸.

Bir başka açıdan, objektif yenilikte, buluşunun buluşu yeni addetmesi önem taşımamakta, buluşa objektif olarak patent verilip verilmeyeceği tartışılmaktadır³⁹. Şüphesiz ki, objektif olarak yeni olan buluş patent korumasına dahildir. Aksi takdirde, yani subjektif yeniliğin patent koruması için yeterli görülmesi durumunda, aynı buluşu birbirinden habersiz olarak meydana getiren kimselerin hepsinin ayrı ayrı hak sahibi olması yolu açılmış olur. Oysa, çifte buluşlarda hak sahipliği, buluşunu topluma ilk olarak açıklayan kişiye tanımıştır (m. 11/III)⁴⁰. Yani, kanun koyucu buluşunu topluma ilk olarak sunan ve böylece subjektif kalabilecek yeni bilgiyi topluma açıklayarak objektifleştiren kişiyi ödüllendirmiştir. Bu açıda bakıldığında, mevcut olan bir bilginin tekrar patentlenmesini önlemek amacıyla⁴¹ (çifte patentleme yasağı)⁴², yeniliğin ob-

38 Bu konuda ayrıntılı açıklama Yeniliğin Belirlenmesi başlığı altında yapılmıştır.

39 **Ayiter**, s. 51.

40 Çifte buluş kavramı ve çifte buluşlarda hak sahipliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **SARAÇ, Tahir**; "551 Sayılı KHK'nin 11. Maddesine Göre Patent İsteme Hakkı ve Hakkın Sahibi", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s. 539 vd.

41 Avrupa Patent Ofisine göre, çifte patentlemenin önlenmesi amacıyla, yeniliğin belirlenmesi tekniğinin bilinen durumuna bağlanmıştır [EPO, T 198/84, 16 IIC 614 (1985)]. Aynı şekilde, Federal Mahkemeye göre de, subjektif yenilikten hareket edilmesi durumunda, patent verilebilirliğin bir şartı olan yenilik kavramı içi boş bir şart haline gelecek ve çifte patentlemelere neden olacaktır (BGH GRUR 1973, 263, 265).

42 Çifte patentleme yasağı, patent hukukunun temel ilkelerinden birisidir. Çifte patentleme yasağı ile, aynı buluşun birden fazla patentlenemeyeceği ifade edilmek istenir. Basit yenilik koşulu benimsendiğinde, buluşçu, buluşunda önemsiz (küçük) değişiklikler yaparak söz konusu buluşa tekrar patent alarak, buluşun patent süresini, yani tekel hakkını süresiz hale getirmeye veya en azından kanuni sürenin ötesine geçirmeye çalışacaktır. İşte, buluşun önemsiz değişikliklerle ortaya çıkan varyasyonlarının da patent almasının önüne geçilebilmesi amacıyla çifte patentleme yasağı ilkesi ortaya çıkmıştır (bkz. **AMERNICK, A. Burton**; Patent Law for the Nonlawyer: A Guide for the Engineer, Technologist, and Manager, USA, 1986, s. 21). Dolayısıyla, çifte

jektif bir kritere bağlı olarak belirlenmesinin bir zorunluluk olduğu açıktır. İşte, Kararname bu zorunluluğu tekniğin bilinen durumunu esas alarak aşmaya ve objektif bir kriter koymaya çalışmıştır.

3. Basit Yenilik - Nitelikli Yenilik

Buluş, yaratıcı bir zihni ürün olduğu için, zaten genel bir yenilik içerir. Yani, yenilik aslında buluşun doğasında vardır. Ancak, bu genel yenilik buluşun paten alabilmesi için tek başına yeterli değildir. Çünkü, basit ve subjektif bir yenilik yaratıcı faaliyeti ortaya koymaya yetmez⁴³. Halbuki, bütün patent kanunlarının öncelikli amacı, buluş yapmayı özendirerek teknolojik gelişmeyi sağlamaktır. Eğer, basit yenilik kabul edilecek olursa yaratıcılığın değil, taklitçiliğin önü, üstelik taklitçiye yasal koruma sağlanarak açılmış olacaktır. Basit yenilik benimsendiği takdirde, küçük değişiklikler yaparak önceki patentleri tekrar patentlenebilir hale getirmenin önü açılmış olmaktadır. Oysa, bu tehlikenin önlenmesi amacıyla “çifte patentleme yasağı” patent hukukunun önemli bir ilkesi olarak kabul edilmiştir. Bu amaçla yeniliğin belirlenmesi tekniğin bilinen durumuna bağlanmış ve tekniğin bilinen durumuna dahil olmayan buluşlar yeni sayılmıştır. Bu sayede, yalnızca gerçekten sınai uygulama için yeni imkanlar açan buluş konuları patentlenebilir ve korunmaya değer kabul edilmektedir⁴⁴. Öyleyse, bir buluşa patent verilebilmesi için aranması gereken yeniliğin esasa ilişkin olması gerektiği söylenebilir. Esasa ilişkin yenilik, yaratıcı faaliyetin sonucunu (buluşu) önceki benzerlerinden farklı kılan unsurların belli bir nitelik taşımasını ifade eder⁴⁵. Bu nedenle patent, her yeni olan şeye değil, ancak nitelikli yenilik taşıyan şeylere verilir⁴⁶.

patentleme yasağı zaten basit yenilik koşulunun benimsenmesi patent hukuku açısından engellerken, nitelikli yenilik koşulunu zorunlu hale getirmektedir.

43 **Tekil**, s. 244.

44 **ROGGE, Rüdiger**; “The Concept of Novelty and European Patent Law”, IIC, Vol. 28, No. 4, 1997, s. 448.

45 **Tekil**, s. 244; aynı yönde **Suluk**, s. 32.

46 "Banyo küveti" unvanlı ihtiram tescili talebinin reddine ilişkin işlemin iptali dileğiyle açılan davada, ihtira beratı kanununun 2. maddesinde "sanayice yeniden bir netice ve eser vücuda getirmek ve bunların husulü için vesaiti cedide ihdas veyahut malum olan vesaiti bir sureti cedide istimal eylemek muhterattan addolunur" denilmekte olup, davacının ihtiramın sınai bir yenilik getirmedeği ancak bir model değişikliği mahiyetinde bulunduğu anlaşıldığından banyo küveti unvanlı ihtiram tescili talebinin

Öte yandan nitelikli yenilik şartını, tekniğin bilinen durumunun aşılması olarak anlamamak gerekir. Ancak, ikisi arasında yakın bir ilişkinin varlığı da yadsınmaz. Gerçekten, nitelikli yeniliğe sahip buluşlar genellikle tekniğin bilinen durumunu da aşmaktadırlar. Patent hukuku alanında yenilik, şekli açıdan yenilik olduğundan⁴⁷, tescili istenen buluş ile önceki buluşların bire bir karşılaştırılması sonucu bulunabilecek küçük farklılıklar bile yeniliğin kabulü için yeterlidir. Ancak, bu küçük farklılıkları hemen herkesin aklına gelebilecek önemsiz, değersiz farklılıklar olarak anlamamak gerekir⁴⁸. Örneğin, tekniğin bilinen durumuna dahil olan buluşta perçin kullanılmışken, tescili istenen buluşta bunun yerine vida kullanılmış olması yenilik için yeterli değildir. Sonuç olarak, tescili istenen buluş ile tekniğin bilinen durumuna dahil olan buluş bire bir aynı ve aradaki farklılık basit, değersiz bir farklılık değilse, buluşun yenilik şartını karşıladığını söylemek mümkündür⁴⁹.

4. Mutlak Yenilik - Nispî Yenilik

Patent hukukunda yenilik kavramının belirlenmesinde üzerinde en fazla durulan sınıflandırma, mutlak-nispi yenilik sınıflandırmasıdır.

Mutlak yenilik kavramının tanımlanması konusunda doktrinde iki farklı ekolün olduğu söylenebilir. Birinci ekole göre; mutlak yenilik, dünya üzerinde daha önce mevcut olmamış şeyler veya bilgiler için söz konusu olabilir⁵⁰. Bu ekole göre mutlak yenilik, buluştan önce o konuda dünyanın hiçbir yerinde, hiç kimse tarafından, hiçbir bilgiye sahip bulunulmasıdır⁵¹.

İkinci ekole göre ise mutlak yenilik, buluşun patent başvurusu tarihinden önce dünyanın herhangi bir yerinde kamuya açıklanmamış olmasıdır⁵². Bu kıs-

reddedilmesinde isabetsizlik görülmediğinden davanın reddine karar verilmiştir." (12. D. 30.1.1967, E. 66/517 K. 67/113, Dan. 12. D. Kararları 1976, C.1 442).

47 **HUBMANN, Heinrich / GÖTTING, Horst-Peter / FORKEL, Hans;** Gewerblicher Rechtsschutz, München 1998, s. 124; **Troller**, s. 196; **Brändel**, s. 46; **Ayiter**, s. 51.

48 **Brändel**, s. 49; **Troller**, s. 196.

49 bkz. IV.

50 **Troller**, s. 197.

51 **TEKİNALP, Ünal;** Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 1999, s. 503; **Tekil**, s. 243; **Suluk**, s. 30.

52 **SCHEER, Stefan;** Deutsches Patent-, Gebrauchsmuster-, Geschmacksmuster-, Marken-, Kennzeichen- und Arbeitnehmererfindungs- Recht, Köln 1995, s. 18;

tasa göre, bir kimse dünyanın herhangi bir yerinde kamuya açıklanmış bir bilginin patenle korunması için başvuruda bulunamaz. Yani, mutlak yenilikte yenilik kavramı ülke sınırları ile sınırlanmış değildir. Mutlak yeniliği benimseyen belli başlı ülkelere; Almanya, Fransa, İsveç, Norveç, Portekiz, Hollanda örnek olarak verilebilir.

Doktrindeki bu farklı yaklaşımlara bağlı olarak ülkelerin, hukuk sistemlerinin nitelendirilmesinde de farklılıklar göze çarpmaktadır. Örneğin; Japonya ve Çin'de, patent kanunlarının sistemi mutlak yenilik olarak nitelendirilmelerine karşın, gerçekte nispi yenilik söz konusudur⁵³.

Nispi yenilik, tescil için başvurusu yapılan bir buluşun başka ülkelerde bilinmesine veya tanınmasına rağmen başvuru yapılan ülkede ilk kez ortaya çıkıyor olmasını ifade eder⁵⁴. Bir başka deyişle, buluş hakkındaki bilginin açıklanma şeklinin yer veya zaman olarak bazı sınırlamalara tabi tutulması durumunda nispi yenilikten bahsedilir⁵⁵. Bu nedenle nispi yenilik ikiye ayrılır: a)

Hubmann/Götting/Forkel, s. 124; **Baxter**, s. 84; **Bernhardt/Krasser**, s. 151; **Williams**, s. 35.

- 53 Japonya'da; bir buluş Japonya içerisinde kamusal olarak bilinmiyor veya işletilmemişse yahut Japonya veya bir başka yabancı ülkedeki yayımlarda tanımlanmamışsa, yenidir. Buna göre, buluşun bir başka ülkede bilindiği veya kullanıldığı, fakat Japonya'da bilinmediği, kullanılmadığı ve yayımlanmadığı durumlarda söz konusu buluşun hâlâ yenilik niteliğine sahip olduğu söylenebilir. Aynı şekilde Çin'de yenilik, buluşun Çin'de veya bir başka ülkede yayımlanmamış olması yahut Çin'de kamusal olarak kullanılmamış veya herhangi bir şekilde kamusal olarak bilinmemiş olması şeklinde tanımlanmaktadır. Yine bu durumda bir başka ülkedeki kamusal bilgi veya kullanım Çin'de yayıma konu olmadığı müddetçe yeniliğe engel teşkil etmeyecektir [**Cortina**, A. José; When is Absolute Novelty Not Absolute Novelty (www.lawworks-iptoday.com/11-97/cortina.htm)].
- 54 **Kingston**, s. 95; **Irish**, s. 67-68; **Reid**, s. 26; **Tekil**, s. 243; aynı yönde **Brändel**, s. 47; **Suluk**, s. 30; **Cortina**, A. José; When is Absolute Novelty Not Absolute Novelty (www.lawworks-iptoday.com/11-97/cortina.htm). **Troller**'e (s. 196) göre nispi yenilik, belirli bir grup insanla ilgili, bu insanları ilgilendiren yeniliği ifade eder.
- 55 **Baxter**, s. 84. Bilginin açıklanma şeklinin bir yer (ülke) ile sınırlandırıldığı durumlarda nispi yenilik, yerel yenilik (local novelty) olarak da isimlendirilmektedir (bkz. **Irish**, s. 68).

herhangi bir yerde yayınlanmış bilgi veya yerel ön kullanım, b) her ikisi de yerel ön kullanım veya açıklanmış bilgi⁵⁶.

Nispi yenilik şartının benimsendiği ülkeye en güzel örnek Ameri Birleşik Devletleridir. Gerçekten, Amerikan Patent Kanununa göre (m. 102/a); buluş, tekniğin bilinen durumundan farklıysa yenidir. Bir buluşun yeni olabilmesi için, o buluşun patent müracaat tarihinden önce *ABD içerisinde* tanıtılmamış, bir üçüncü kişi tarafından kullanılmamış veya ABD'de yayınlanan bir yayın organında tanıtılmamış ya da patent müracaatının yapıldığı tarihten 1 yıl önce yabancı bir ülkede işletilmemiş veya satışa çıkartılmamış olması gerekir.

Mutlak yeniliğin benimsenmesinde iki birbirine bağlı iki sebebin etkili olduğu görülmektedir. Birincisi; tekniğin bilinen durumuna dahil, yani dünyanın herhangi bir yerinde toplumun geneli tarafından bilinen kurallar için patent başvurusu yapma fırsatçılığının engellemek istenmesidir. İkincisi ise, özellikle incelenerek verilen patentlerin daha sonra yenilik taşımadıkları gerekçesiyle hükümsüzlüklerine karar verilmesinin önceden önlenerek güçlü bir patent sistemi ve politikası oluşturulması amacıdır⁵⁷.

Buna karşılık, nispi yeniliğin benimsenmesinin temel sebebi, yabancı bir ülkedeki bilgilerin ispatındaki güçlükler ile bu bilgilerin bir başka ülkedeki kim-seler tarafından gerçekten erişilemez olduğu yönündeki düşüncedir⁵⁸.

Çağımızın bilgi çağı olarak nitelendirildiği düşünüldüğünde ve bu bilgi çağının başta internet olmak üzere, bilgiye ulaşma araçlarındaki çokluk, bilgideki sınırsızlık ve bilgi iletişimindeki hızlilik göz önüne alındığında, günümüzde bu düşüncelerin geçerli olamayacağı açıktır⁵⁹.

Ancak, hangi tür yeniliğin benimseneceği verilecek karar tamamen politik bir karar olmasına rağmen üzerinde ciddi tartışmaların yapılabileceği bir konudur. Özellikle, teknolojik iletişimin günümüzde en ileri seviyelerde olduğu iki ülkede (Amerika ve Japonya) nispi eniliğin benimsenmesi, sadece yabancı ülke-

⁵⁶ **Baxter**, s. 84.

⁵⁷ bkz. Gerekeçe m. 7 (**KOCAHANOĞLU, O. S;** Patent ve Markalar Mevzuatı, İstanbul 1996, s. 110).

⁵⁸ **SCHWARTZ, Herbert F.;** Patent Law and Practice, USA 1995, s. 54.

⁵⁹ Aynı yönde **Hubmann/Götting/Forkel**, s. 125. Yazara göre, yeniliğin mutlak yenilik olarak düzenlenmesinin temeli; nasıl, nerede ve ne şekilde olursa olsun açıklanmış bir teknik öğretinin modern haberleşme araçları ile erişilebilir olduğu düşüncesine dayanmaktadır.

lerdeki bilgilere erişmede problem olabileceği düşüncesine dayandırılmaz. Kanaatimizce, nispi yeniliğin benimsenmesinde ülke ekonomisinin korunması fikri de ağırlık taşımaktadır. Çünkü, nispi yeniliği benimsediğiniz takdirde, bir başka ülkede patent alınan buluşun bu ülkede de aynı anda patent başvurusunun yapılması ve buluşun kullanımının sağlanması amaçlanmaktadır. Özellikle, ülke nüfusunun çok olduğu, yani ekonomik açıdan büyük pazarlar olarak nitelendirilen ülkelerde, ortaya çıkan yeniliklerin derhal bu ülkelerde de korunması için başvuruda bulunulması sağlanmaktadır. Aksi takdirde, ülke içinde kullanım şartı gerçekleşmediğinden, o ülkenin bir vatandaşı bir başkasına ait bu yenilik için patent alabilir. Bu nedenle, ülkede patent başvurusu yapılması sağlanarak yeniliklerden toplumun yeniliğin ortaya çıktığı ülke ile aynı anda haberdar olması ve kullanmaya başlaması sağlanılmaktadır. Böylelikle, teknoloji transferi için yüksek lisans bedelleri ödenmesi de bir ölçüde engellenmiş olmaktadır. Bunun nispi yeniliği benimseyen ülke için başka bir yönden önemi ise, özellikle teknolojik gelişmenin daha ileri seviyelerde olan ülkelerde açıklanan bilgiye dayanarak daha ileri teknolojilerin, yani yeni buluşların ortaya çıkartılmasına olanak sağlanmış olmasıdır. Gerçekten nispi yenilik şartını benimseyen yukarıda bahsettiğimiz ülkelere bakıldığında, hem teknolojik, hem ekonomik, hem de sosyal ilerlemenin sağlanmış olduğu ülkeler olduğunu görmekteyiz.

Özetle, hangi tür yeniliğin benimseneceğine ilişkin karar, ülkenin teknolojik, ekonomik ve sosyal seviyesi dikkate alınarak verilmelidir. Teknolojik gelişmesini sağlayan ülkelerin büyük çoğunluğunda yenilik kavramının önce nispi yenilik, daha sonra mutlak yenilik olarak uygulandığı gözden kaçırılmamalıdır.

C. Türk Hukukunda Durum

Gerek patent verilebilirlik şartlarının düzenlendiği beşinci madde hükmünün, gerekse bu şartların içeriklerinin açıklandığı ilgili hükümlerin (m. 7-10) incelenmesi sonucu ülkemiz patent hukukunda yenilik kavramının, *objektif-nitelikli-mutlak ve şekli yeniliği* içerdiği söylenebilir. Şöyle ki;

Kararnamenin 7. maddesinde yenilik kavramının içeriği açıklanmıştır. Bu hükme göre buluşun yeni sayılabilmesi için, buluşa ilişkin bilginin dünyanın herhangi bir yerinde toplumun erişebileceği bir bilgi kaynağında bulunmaması gereklidir. Bilginin topluma açık sayılıp sayılmadığının belirlenmesinde sadece Türkiye Cumhuriyeti sınırları değil, dünyanın bütününün dikkate alınması *mut-*

lak yenilik şartının benimsendiğinin delilidir⁶⁰. Tekniğin bilinen durumuna dahil sayılan ve yeniliğe zarar verici nitelikte olduğu kabul edilen açıklamalar arasında, yazılı-sözlü tanımlamalar ve kullanım dışında “herhangi bir şekilde” yapılmış açıklamanın da düzenlenmiş olması mutlak yenilik şartının bir başka göstergesidir⁶¹.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, aslında buluşun doğasında genel bir yenilik vardır. Ancak, patent verilebilirlik şartlarını düzenleyen Kararnamenin 5. maddesinde, patent verilebilirliğin bir şartı olarak yenilik aranmıştır. Böylece, kelimenin günlük kullanımındaki anlamı, yani kavram yönü değil, bir nesnede (buluşta) bulunması gereken özellik yönü dikkate alınmış olmaktadır. Bir başka ifade ile, Kararnamenin aradığı yenilik maddi bir yenilik olmayıp *şekli* bir yeniliktir⁶².

Bu şekli yeniliğin belirlenmesinde, tekniğin bilinen durumundan hareket edilmesi, patent verilebilirlik şartları arasında tekniğin bilinen durumunun aşılmış olmasının aranması (m. 9) ve istemlerin yorumlanmasında eşdeğer unsurların da dikkate alınmasının öngörölmüş olması (m. 83/VII) *nitelikli* yeniliğin arandığını göstermektedir.

Nihayet, yeniliğin belirlenmesinde tekniğin bilinen durumundan hareket edilmesi ve gerek yenilik niteliğinin bulunup bulunmadığı, gerekse tekniğin bilinen durumunun aşılmış aşılmadığının belirlenmesinde, kamuya açık bilgileri de-

⁶⁰ Kararnamede benimsenmiş olan bu esas, başta mehz kanunlar (Almanya, İspanya, İngiltere) olmak üzere İtalya, Fransa, İsviçre gibi Avrupa ülkeleri tarafından da benimsenmiştir. Mutlak yeniliğin bütün Avrupa ülkeleri tarafından benimsenmiş olmasının nedeni, mutlak yenilik ölçütünün temelini Strasbourg Anlaşmasına (m. 4) dayanmasıdır. Ayrıca, mutlak yenilik şartı Avrupa Patenti Anlaşmasında da (m. 54) benimsenmiştir. **Tekinalp**’e göre ise (s. 503 Nr. 29) Kararname’de aranan bir açıdan mutlak yenilik değildir. Çünkü, Kararname, söz konusu buluştan önce o konuda dünyanın hiçbir yerinden, hiçbir kimse tarafından, hiçbir bilgiye sahip bulunulmadığının kanıtlanmasını aramamaktadır. Aranan, başvurusu yapılan buluş ile ilgili bilgilerin dünyanın herhangi bir yerinde toplumca ulaşılabilir biçimde açıklanmamış olmasıdır. Bir başka açıdan ise, Kararnamede aranan şeklen mutlak yeniliktir. Çünkü, Kararnamenin 7. maddesi, patent başvurusunun yapıldığı tarihten önce, buluş konusunda dünyanın herhangi bir yerinde, herhangi bir şekilde açıklanan bilgileri yeniliği kaldırır nitelikte görmektedir.

⁶¹ **Reid**’a göre de (s. 26) “herhangi bir şekilde” açıklanmış olmanın yeniliğe zarar verici açıklamalar arasında düzenlenmiş olmasının nedeni, mutlak yenilik şartının benimsenmiş olmasıdır.

⁶² Aynı yönde **Tekinalp**, s. 503 Nr. 29.

ğerlendirmede ilgili teknik alandaki ortalama bir uzmandan hareket edilmiş olması, *objektif* yenilik arandığının göstergesidir.

IV. Yeniliğin Belirlenmesi

Bir buluşun patent edilebilirlik açısından yenilik şartını karşılayıp karşılamadığının belirlenebilmesi için yeniliğin kontrol edilmesi, denetiminin yapılması gerekir. Bu denetim sayesinde ki yenilik şartı, kamu ile bireyin menfaati arasında denge kurmaya yönelik araç olma özelliğini gerçekleştirebilir. Bu nedenle, daha önce kamuya açıklanmış bilgilerin araştırılması gerekmektedir.

A. Yenilik Araştırması

Yeniliğin denetimi amacı ile bir buluşunun patent isteminin tekniğin bilinen durumu içerisinde bulunup bulunmadığının belirlenmesi için yapılan araştırmaya “yenilik araştırması” denilmektedir⁶³.

Yenilik araştırması, başvurusu yapılan bir buluşun daha önce kamuya açıklanmış buluş özelliklerinden herhangi bir farklılık gösterip göstermediğini belirlemeyi amaçlar⁶⁴.

Yeniliğin belirlenmesi amacı ile, Kararınameyle yenilik araştırması yapılması benimsenmiş; hatta kanaatimizce zorunlu hale getirilmiştir. Her ne kadar Kararınamenin 56. maddesinde “başvuru sahibi, başvuru tarihinden itibaren 15 ay içinde tekniğin bilinen durumu ile ilgili olarak araştırma yapılmasını Enstitüden talep eder” (KHK 551 m. 56/1) denilmekteyse de, aynı maddenin dördüncü fıkrası dikkate alındığında aslında araştırma yapılmasının bir zorunluluk olduğu görülecektir. Çünkü, söz konusu bu fıkraya göre, başvuru sahibi böyle bir araştırma yapılmasını talep etmediği zaman, patent başvurusu geri alınmış kabul edilecektir (KHK 551 m. 56/IV).

Kural olarak yenilik araştırması, patent başvurusunun yapılmasını takiben patent enstitüsü tarafından yaptırılır⁶⁵. Hatta Kararınamenin 56. maddesine göre, patent başvurusu sahibi, başvuru tarihinden itibaren en geç 15 ay içerisinde yeni-

⁶³ Aynı yönde **CHISUM, Donald S.**; Sources of Prior Art in Patent Law, Washington Law Review, Vol. 52, N. 1, November 1976, s. 1 dn 7.

⁶⁴ **Scheer**, s. 22.

⁶⁵ Ülkemizde yeterli alt yapı gereksinimleri bulunmadığı için bu araştırma Avusturya Patent Ofisine yaptırılmaktadır.

lik araştırması yapılmasını talep etmek zorundadır; aksi takdirde başvuru yapılmamış sayılacaktır (KHK m. 56/I-IV). Ancak, bu durum bir sakıncayı da beraberinde getirmektedir. Şöyle ki; Karamamenin bu düzenlemesi nedeniyle başvuru sahibi, ancak başvuru yapıktan sonra yenilik araştırması yapılmasını talep edebildiği için, başvuru yapabilmek için gerekli şartları yerine getirebilmek adına pek çok masrafı yapmak zorunda kalacaktır. Yenilik araştırması sonucunda başvurunun yenilik şartını gerçekleştirmediği anlaşıldığında yapılan onca masraf boşa gitmiş olacaktır. İşte, bu sakıncayı ortadan kaldırabilmek amacıyla, patent başvurusu yapmayı düşünen buluşçuların bir “ön yenilik araştırması” yapmaları son derece yararlı olacaktır. Hemen ifade edelim ki, bu araştırma kanuni bir araştırma olmadığı gibi, aslında hukuki bir sonucu da yoktur, ancak patent sahibine önemli kolaylıklar sağlayabilir⁶⁶.

66 Ön yenilik araştırmasının buluş/başvuru sahibine sağlayacağı pek çok faydadan bazılarına değinmek gerekirse; Yenilik araştırması, her şeyden önce patent sahibinin boşa masraf etmesinin önüne geçer. Çünkü, yeterli yatırım olanağı bulunamamış olması, buluşun öneminin icat edildiği zamanda anlaşılammış olması, icat edildiği dönemde söz konusu buluşun kullanım alanlarının sınırlı olması gibi çeşitli nedenlerle ticari hayata sunulmayarak ticarileştirilmemiş, ancak patent almış pek çok buluş vardır. Bu buluşlar tekniğin bilinen durumuna dahil olduğu için, ileride yapılacak patent başvurularını adeta sabote etmek için beklemektedirler. Eğer, bir yenilik araştırması yapmadan patent başvurusunda bulunulacak olursa, başvuru için harcanmış olan zaman, emek ve yapılmış olan masraflar boşa gitme tehlikesi ile karşı karşıyadır. Yenilik araştırması, buluşçunun ilgili teknik durumu önceden teşhis etmesini (belirlemesini) ve buluşun gerçekten yeni özellikleri üzerinde odaklanmasını sağlar. Yenilik araştırması sayesinde buluşçu, başvuru yapıp yapmama veya yenilik oluşturabilecek özelliklerin üzerinde daha fazla odaklanıp odaklanmama noktasında bilgi sahibi olmuş bir kişi olarak daha isabetli kararlar verebilir. Patent yenilik araştırması, buluşun yeni olan özelliklerinin kapsamını belirlemede buluşçuya yardımcı olur. Buluşçu bu yeni olan özelliklere yönelik istemlerde bulunacağı için, yenilik araştırması sonucunda elde ettiği bilgiler sayesinde yeni olan özelliğinin kapsamını, sınırlarını, hangi durumlarda tekniğin bilinen durumuna dahil olan bilgileri içerip hangi durumda bu bilgilerden farklılık taşıyacağını daha iyi açıklama imkanı elde etmiş olur. Böylece buluşçu, gerçekten yeni olan bir özelliğin tekniğin önceki durumuna dahil bir unsuru içermesi nedeniyle patent alamama tehlikesi ile karşı karşıya kalmama şansına sahip olur (**FLAG, Rodger**; The Importance of a Patent Novelty Search (www.expresssearch.com/inventor/search.html); **Foster/Shook**, s. 64-65. Ön yenilik araştırmasının patent sahibine sağlayacağı diğer faydalar hakkında bkz. **Presman**, s. 6/2 vd).

B.Yenilik Araştırmasının Yapılış Şekli

Bir buluşun yenilik niteliğine sahip olup olmadığına yapılacak karşılaştırma sonucunda karar verilebilir. Karşılaştırma, buluş ile tekniğin bilinen durumuna dahil olan bilgiler arasında yapılacaktır⁶⁷.

Bu karşılaştırmada, tekniğin bilinen durumu ile buluş arasındaki farklılıkların belirlenmesine çalışılmakta ve belirlenen farklılıklardan hareketle buluşun yenilik niteliğine sahip olup olmadığına karar verilmektedir⁶⁸. Hemen ifade etmek gerekir ki, küçük veya önemsiz değişiklikler yeniliğin belirlenmesinde etkili değildir. Çünkü, daha önceki patentlerin koruma alanı yalnızca istemlerde yazılı (lafzi) olarak tarif edilen alanı değil, eşdeğerler alanını da kapsar. Bir başka anlatımla, açıklanmış önceki buluşlardan hareketle gerek açıklamanın yapıldığı metinden, gerekse buluşun incelenmesinden yapılabileceği öngörülebilir olan, beklenmekte olan değişiklikler yenilik araştırmasında dikkate alınırlar⁶⁹. Çünkü, eşdeğerler doktrini sayesinde bu değişiklikler önceki patentin sahibine rezerv edilmiş durumdadır⁷⁰. Bu nedenle, eşdeğer olan veya önceki başvuruların kapsamından yapılabileceği beklenen değişiklikler yenilik olarak nitelendirilemezler⁷¹.

⁶⁷ **Reid**, s. 30; **Rogge**, s. 445; **Cornish**, s. 155; **Schwartz**, s. 52; **Bernhardt/Krasser**, s. 159; **Ortan**, İşçi Buluşları 65. Aynı yönde **Amernick**, s. 21; **ORTAN, Ali N.**; Avrupa Patent Sistemi, C. I, Avrupa Patent Anlaşması, Ankara 1991, s. 79; **HİRS, Ernst**; Fikri ve Sınai Haklar, Ankara 1948, s. 81.

⁶⁸ **Rogge**, s. 445. Daha önce bilinenlerden farklılık önem taşıdığı için, açıklanan buluşun daha önceki bilgilere dayanması önemli değildir. Hatta, her yeni buluş, daha önce açıklanan başka buluş fikirlerine dayanmaktadır. Bu nedenle, sınai mülkiyet hukukunda yasak olan taklit etmek olup, daha önceki buluşlardan esinlenerek yeni şeyler yapmak değildir. Dolayısıyla, bir buluşta kullanılan ve tek tek tanınan bütün yeni bir kombinasyon oluşturacak şekilde bir araya getirilmeleri durumunda patentlenebilecektir (bkz. **Bernhardt/Krasser**, s. 160).

⁶⁹ EPO, G 1/92 Availability to the Public 1993 EPOR 241.

⁷⁰ Aynı yönde **Rogge**, s. 449.

⁷¹ Bu durum Anglo-Sakson hukuk sisteminde "anticipation" olarak nitelendirilmekte ve tekniğin bilinen durumunu oluşturan bilgi kaynaklarından böyle bir gelişmenin olabileceği beklendiğinden, ortaya çıkan şeyin yenilik niteliği taşımadığı kabul edilmektedir (bkz. **Harmon**, s. 69 vd.).

Karşılaştırmanın yapılacağı birinci unsur olan buluş, patent başvurusunda tarif edilen buluştur. Patent başvurusunda buluş istemler yolu ile tarif edildiğinden ve buluşun kapsamı istemler aracılığı ile belirlendiğinden, esasen karşılaştırmanın konusunu patent başvurusunda koruma talep edilen istemler oluşturur. Karşılaştırmanın yapılacağı ikinci unsur olan kamuya açıklanmış sayılan bilgilerdir. Bu bilgiler tekniğin o günkü durumunu belirler, sınırlarını çizer. Karşılaştırma sonunda patent istemlerinde koruma talep edilen husus (buluş) ile bilinen kurallardan herhangi birinin özdeş (eşdeğer) ⁷² olup olmadığı tespit edilmeye çalışılır. Şayet, buluş tekniğin bilinen durumu ile özdeş değilse, yani buluş olarak nitelendirilen teknik kuralın ayınısına tekniğin bilinen durumu içinde rastlanmıyorsa, yenilik söz konusudur⁷³.

Kural olarak, yenilik araştırmasında yapılacak olan karşılaştırma, bireysel bilgi kaynakları ile buluşun karşılaştırılmasını kapsar. Yoksa buluş, birleştirilmesi muhtemel olan bilgi kaynaklarının birleştirilmesi ile oluşan toplam bilgi ile karşılaştırılmaz⁷⁴. Bu şekilde oluşan bilgi bütünü, ancak buluşun tekniğin bilinen durumunu aşip aşmadığını belirlemede kullanılabilir. Ancak bu durum, hiçbir zaman değişik kaynakların birleştirilerek yenilik değerlendirilmesinde kullanılamayacağı şeklinde de anlaşılmalıdır. Çünkü, buluşun açıkça bir başka yayımlanmış bilgi kaynağına atıfta bulunulduğu ve böylece buluş konusunun belirlendiği durumlarda, yenilik araştırmalarında atıfta bulunulan bu kaynak da patent başvurusu ile birlikte değerlendirilecek ve değerlendirme sonucu oluşacak toplam bilgi tekniğin bilinen durumuna dahil sayılacaktır⁷⁵.

⁷² Eşdeğer kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **SARAÇ, Tahir**; Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi; Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2001, § 4, II.

⁷³ **Presman**, s. 5/13; **Troller**, s. 161; **Harmon**, s. 72, 73; **Ortan**, Avrupa, s. 76. Avrupa Patent Kurumunun müstakar uygulamasına göre yenilik niteliğinin ortadan kalkmış sayılabilmesi için tekniğe ait sayılan bireysel bilgilerin özellikleri ile buluşun özelliklerinin tamamıyla birbirine uyması gereklidir [EPA-T 177/83, 29.8.1984; EPA-T 7/80 AB11982, s. 95 (naklen **Ortan**, Avrupa, s. 76). Aynı yönde Glaverbel S.A. v. Northlake Mktg & Supp. Inc., 45 F3d 1550, 33 USPQ2d 1496 (Fed. Cir. 1995).

⁷⁴ **Rogge**, s. 445; **Cornish**, s. 156; **Harmon**, s. 77; aynı yönde **BRUCHHAUSEN, Karl**; Patent-Sortenschutz- und Gebrauchsmusterrecht, Heidelberg 1985, s. 47.

⁷⁵ BGH GRUR 1980, 283, 284; **Cornish**, s. 156; **Harmon**, s. 77-78.

Yenilik denetiminde her bir kaynak ilgili alandaki ortalama bir uzman tarafından değerlendirilmeye tabi tutulmalıdır⁷⁶. Dolayısıyla, uzman kişinin sahibi olduğu genel uzmanlık bilgileri de yenilik araştırmasında dikkate alınmalıdır⁷⁷. Eğer, uzman kendi uzmanlık alanındaki bilgi birikimini kullanarak önceki teknik açıklamadan hareketle eşdeğer çözümleri bulabiliyorsa, bu durum yeniliği kaldırıcı etkiye sahiptir⁷⁸. Buna karşılık, tekniğin bilinen durumu ile özdeş olup olmadığının belirlenmesinde uzmanın mevcut bilgiden çok özel bir çalışma ve eğitimle çıkarabileceği çözümler yenilik incelemesinde göz önünde tutulmazlar⁷⁹. Yine, açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen, tanımlanmış olan bir teknik kuralın uygulanması sırasında ister istemez ortaya çıkan bilgiler –uzman için şartıcı nitelikte olsa bile- toplum tarafından biliniyor kabul edilir⁸⁰.

Öte yandan, karşılaştırmada önemli olan kelime kelimesine aynılık değil, buluş olarak tarif edilen özelliklerin teknik içeriğinin aynı olmasıdır⁸¹. Yapılacak karşılaştırma sonucunda buluş ile bilinen kurallar arasında farklılık varsa buluş yenidir. Söz konusu farklılıkların sayısının bir önemi yoktur, tek bir özelliğin bile farklı olması yeterlidir⁸².

Yenilik araştırması bütün ülkeler ve diller dikkate alınarak yapılır. Dolayısıyla sadece buluşçu tarafından bilinen bilgilerle sınırlı değildir⁸³. Yani, yenilik araştırması yapılırken buluşçunun o konuda daha önce açıklanmış bilgileri bilip bilmediği değil, buluşçunun açıkladığı bilginin (buluşun) kamu tarafından

76 BGH GRUR 1995, 330, 332 [27 IIC 541 (1996)]; BGH GRUR 1984, 797; **Rogge**, s. 445; **Hirs**, s. 81.

77 **SCHULTE, F.**; Patentgesetz, 4. Aufl., Köln,München 1987, § 3 Rdnr 5; BGH GRUR 1995, 330, 332 [27 IIC 541 (1996)].

78 **Schulte** § 3 Rdnr. 71.

79 BPatG GRUR Int. 1995, 338; BGH GRUR 1980, 166, 168; **MES, Peter**; Patentgesetz Gebrauchsmustergesetz, München 1997, § 3 Rdnr 15.

80 BGH GRUR 1980, 283, 285; BGHZ 76, 97, 105.

81 **Bruchhausen**, s. 47.

82 **Scheer**, s. 22; **Bruchhausen**, s. 47; BGH GRUR 1984, 797, 798.

83 **Irish**, s. 67.

daha önce bilinip bilinmediği araştırılır. Bilgi, dünyanın herhangi bir yerindeki toplumun herhangi bir üyesi tarafından biliniyorsa, yeni değildir. Bu durum, tekniğin bilinen durumunun objektif olarak belirlenmesinin bir sonucudur.

Özetlemek gerekirse; yenilik araştırmasında özü itibariyle araştırılan, buluşun daha önce kamuya açıklanmış olup olmadığıdır⁸⁴. Bunun tespiti için, buluş ile kamuya açıklanmış bilgiler karşılaştırılmaktadır. Bu karşılaştırma sonucunda buluş ile kamuya ait bilgiler arasında bir özdeşlik varsa buluş yeni sayılmamaktadır.

D. Yenilik Araştırmasında Esas Alınacak An

Yenilik denetiminde göz önünde bulundurulacak tarih, kural olarak patent başvurusunun yapıldığı tarih veya rüçhan hakkı tarihidir⁸⁵. Yenilik kriterinin gerçekleşmemiş sayılması için, yeniliği ortadan kaldıran sebeplerin başvuru tarihinden önce gerçekleşmesi gerekir. Bu açıdan patent başvurusunun yapıldığı saat ve dakika bile çok önemlidir. Patent başvurusu yapılmadan yalnızca bir dakika önce olsa bilgi kamuya açıklanmışsa, bu bilgi yenilik araştırmasında dikkate alınacak dolayısıyla buluşun yeniliğine engel teşkil edebilecektir. Nitekim, bu hususu dikkate alan kanun koyucu, patent başvuru tarihinin yetkili makama verildiği tarih saat ve dakika itibariyle kesinleşeceğini hükme bağlamıştır (KHK 551 m. 43/I).

Başvuru veya rüçhan tarihi yenilik araştırmasında dikkate alınacak üst sınırı oluşturmaktadır. Bu tarihten sonraki gelişmeler kural olarak yeniliğin tespiti açısından dikkate alınmazlar. Buna karşılık, yenilik araştırmasında zaman bakımından bir alt sınır yoktur. Yani, yenilik araştırması yapılırken 100 yıl hatta 1000 yıl öncesinin bilgileri de araştırma kapsamına dahildir⁸⁶. Bu nedenle, çoktan unutulmuş buluşlar bile -şayet aranıp bulunabilirse- buluşun yeniliğinin ortadan kaldırılabılır⁸⁷. Örneğin, taş devrinde bile yapılmış olsa bir buluş günü-

84 Aynı yönde **Cornish**, s. 149.

85 **Brändel**, s. 46; **Bruchhausen**, s. 47-48; **Hubmann/Götting/Forkel**, s. 127; **Cornish**, s. 150; **Irish**, s. 68.

86 1968 tarihli Alman Patent Kanunu eskiden bilinen ancak 100 yılı aşkın süredir unutulmuş bulunan buluşların yeniliği ortadan kaldırmadığını düzenlemekteydi. Bu hüküm 1981 tarihli Kanun ile kaldırılmıştır.

87 **Brändel**, s. 46; aynı yönde **Scheer**, s. 17.

müzde bilindiği takdirde patent başvurusu yapılan buluşun veya daha önce patent verilen buluşun yeniliğini ortadan kaldırabilir⁸⁸.

Yenilik araştırmasında kural olarak dikkate alınan tarih başvuru tarihi olmakla birlikte istisnaen rüçhan hakkı tarihi de dikkate alınabilir. Bu durum özellikle bir rüçhan hakkına dayanılarak patent başvurusunda bulunulduğu durumlarda geçerlidir⁸⁹.

SONUÇ

Çalışmamızdan anlaşılacağı üzere, patent hukukunun öz ve üzerine kurulu bulunduğu kavram yeniliktir. Teknolojik gelişmenin sağlanabilmesi, o zamana kadar bilinen teknik kurallardan farklı kuralların bulunmasını gerektirir. Bu farklılığın belirlenmesinde esas alınacak kriter, yenilik kavramının değişik şekillerde anlamlandırılmasını sağlamıştır. Patent hukukunda evrensel olarak kabul edildiği şekilde, şekli, objektif ve nitelikli yeniliğin ülkemiz açısından da kabul edilmesi isabetlidir. Mutlak yeniliğin benimsenmesi, güçlü bir patent sistemi sağladığı için kaçınılmaz olmakla birlikte, ülkemizin içinde bulunduğu teknolojik ve ekonomik durum dikkate alındığında, çağdaş bir patent sisteminin kurulması aşamasında bu yeniliğin benimsenmesi tartışılabilir. Ancak, Kararnamenin birinci maddesinde buluş yapma faaliyetini özendirme amacı zikredildiğinden, mutlak yeniliğin benimsenmesi kaçınılmaz bir sonuçtur.

Yenilik, tekniğin bilinen durumundan farklı olmayı ifade ettiğinden, yeniliğin belirlenebilmesi için, buluşun, o zamana kadar bilinen teknik kurallar ile

88 Brändel, s. 46

89 Kararnameye göre, rüçhan hakkı iki durumda söz konusu olabilmektedir. Bunlardan birincisi Kararnamenin 49. maddesinde düzenlenmiş olan anlaşmalardan doğan rüçhan hakkı durumudur. Buna göre; Paris Anlaşması'na dahil ülkelerden birine mensup veya bu ülkelerden birine mensup olmamakla birlikte onlardan birinde ikametgahı olan veya sınai-ticari faaliyette bulunan bulunan gerçek veya tüzel kişiler, bu ülkelerin herhangi birinde bir yetkili mercilere yaptıkları başvuru tarihinden itibaren, oniki ay süreyle patent belgesi almak için Türkiye'de başvuru yapma konusunda, rüçhan hakkından yararlanır.

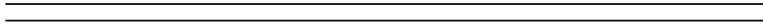
Kararnamede düzenlenmiş olan ikinci rüçhan hakkı durumu sergilerden doğan rüçhan hakkıdır. Kararnamenin 50. maddesine göre; Türkiye'de açılan milli ve milletlerarası sergilerde veya Paris Anlaşması'na taraf ülkelerde açılan resmi veya resmi olarak tanınan sergilerde, patent konusunu kapsayan ürününü teşhir eden, 49. maddenin birinci fıkrasında yazılı gerçek veya tüzel kişiler, sergideki teşhir tarihinden itibaren oniki ay içinde, Türkiye'de patent belgesi almak için başvuru yapma konusunda rüçhan hakkından yararlanır.

Patent Hukukunda Yenilik Kavramı ve Yeniliğin Belirlenmesi

karşılaştırılması gerekir. Buluşun aynısına veya eşdeğerine (özdeşine) bilinen kurallar arasında rastlanmamışsa, buluş yeni sayılacak ve patentlenecektir.

Bu karşılaştırma, ilgili teknik alanda ortalama yetenekte ve bilgi sahibi olan kimse esas alınarak yapılacaktır. Karşılaştırmayı yapacak olan kimsenin bir insan olması nedeniyle, yeniliğin belirlenmesinde verilecek karar, az da olsa subjektif etkiler taşıyacaktır. İnsan faktörünün işin içinde olduğu olaylarda, bu etkiyi ortadan tamamen kaldırmak mümkün değildir. Bu nedenle, yapılabilecek olan bu etkiyi en aza indirmektir. Kararname’de benimsenmiş olan tekniğin bilinen durumu kriteri, bugüne kadar patent hukukunda bu etkiyi en aza indirmeye yönelik olarak bulunabilmiş en objektif kriterdir.

makaleler



kamu hukuku

**THE MAIN FEATURES OF 1982 TURKISH
CONSTITUTION AND RECENT
CONSTITUTIONAL CHANGES IN
TURKEY**

Doç. Dr. Yavuz ATAR*

I. A Short Look at the Constitutional Developments in Turkey

The first constitutional movements in Turkey took place by the Deed of Alliance (Sened-i Ittifak, 1808), Decree of Reforms (Tanzimat Fermanı, 1839) and the Decree of Improvements (Islahat Fermanı, 1856). After these movements the first constitution was written and declared in 1876 titled Kanuni Esasi¹

The Deed of Alliance was accepted as a result of negotiations between the representatives of the central government and the notable (âyan) senators. By this Deed it was decided that none should interfere with governmental affairs except the government officials, that the chief president (sadrazam) should participate in the exercise of power and share responsibility, and that in case of a revolt against the state by a government official they should work together to repress him. However, no mechanism was proposed for applying these rules. In 1839, with the declaration of the Deed of Reforms by the Sultan, the state undertook the providence of security of life, property and honor for all subjects of the government, and the regulation of all taxation and military affairs. The Decree of Improvements has, in a sense, renewed promises which were initially suggested by the Decree of Reforms assuring equal treatment of all subjects without regard to their religious differences.

The Constitution of 1876 founded a parliament consisting of two assemblies: first was the "Heyet-i Mebusan" whose members were elected through a two-stage electoral system; and the Assembly of Senators (Heyet-i Ayan) whose members were appointed by the Sultan. According to the Constitution, the power of the Parliament were quiet limited and the law or deed proposition of the

* Assoc. Prof. Dr. Selcuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey.

¹ For the details of the constitutional developments in Turkey see: Tanör, Bülent: *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)*, İstanbul 1995, pp.33-183; Erdoğan, Mustafa: *Türkiye'de Anayasal Gelişmeler ve Siyaset*, Ankara 1997.

deputies depended on the consent of the Sultan. Moreover, the laws that had been accepted by both assemblies had to be approved by the Sultan. The responsibility of the government before the parliament was not clearly defined. The Sultan was authorized to dissolve the parliament. In 1909 some amendments were made to the Constitution of 1876 to construct a constitutional monarchy, thereby limiting the powers of the Sultan and transforming the Constitution into a genuine constitutional monarchic constitution.

By 1921, the Turkish Grand National Assembly (TGNA), in the midst of the National Salvation War accepted a new constitution. The Constitution of 1921 is a short but politically important document. The most important rule of this constitution is the principle of national sovereignty (Art.1). Moreover, the constitution declared that the legislative and executive powers were combined within the TGNA. Generally, it is accepted that the Constitution of 1921 founded a "government of an assembly". After the modifications in 1923, a new model for founding government in accordance with the development of a parliamentary governmental system was adopted. On the other hand, important parts of the Constitution of 1921 were about the provincial government. In this context, the Constitution has adopted the principles of administrative decentralization and local democracy. By the constitutional modifications of 23rd October 1923, it was declared that "The governmental system of Turkish State is the Republic". It was also accepted that the President of the Republic would be elected among the members of the TGNA for one term. One interesting aspect of this period is that the Constitution of 1876, having not yet been abolished, was in force. That is probably why some principles of fundamental rights and freedoms, as well as judicial power were not addressed in the new constitution.

In 1924 a new Constitution was adopted because it was agreed that the constitution of 1921 insufficiently addressed the foundation of the state and the regulations of rights and freedoms. The Constitution of 1924 founded a mixed governmental system combining the assembly government and the parliamentary system of government. According to the Constitution, only the TGNA could represent the Turkish Nation and only it could use the right of sovereignty on the name of the Nation (Art. 4). Legislative and executive powers were vested in the Assembly (Art. 5). The Assembly could always control the government, but the government had not been authorized to dissolve the Assembly. Nonetheless, some other elements of a parliamentary system took place in the Constitution. In periods when the Constitution of 1924 was in force it appeared that the governmental system was increasingly being transformed into a parliamentary system. Being a rigid Constitution, while accepting the principle of the rule of the Constitution, it had not reserved any place for the judicial control over the correspondence of the laws to the Constitution. The Constitution generally regulated the rights and freedoms of the individual except some social rights that had not

even appeared in contemporary Western constitutions, but it had not clarified the extent of the limitations that could be made by the Assembly. This was making possible an extreme constraining of rights for the majority of the Assembly. In 1928, the provisions that "The religion of Turkish State is Islam" and the "application of the Shariah laws" were taken out. The principle of secularism was added to the Constitution in 1937.

A primary factor in the development of the Constitution of 1961 was the fact that, the Constitution of 1924, which was mainly exercised in the period of single party ruling, was adopting a majoritarian democracy and was deprived of the insurance that could be taking place in a multiparty system. In that system, the institutions and balances allows the minorities in opposition to become majority were insufficient. The Constitution provided for majority-based democracy rather than a pluralist and participatory democracy. For example, it did not apply any constraints to the majority of the parliament; the legislative possibilities of controlling the government were insufficient; the opposition was not endowed with democratic and egalitarian functioning; and basic rights and freedoms were not sufficiently assured.² While the judicial control of the Constitution and accordance of the issued laws was not being recognized, thereby ignoring one of the most significant institutional conditions in terms of the rule of law and the protection of rights and freedoms, some anti-democratic decrees issued by the majority of the Assembly destroyed the relationships of the government and the opposition. This in turn brought about the strengthening of outside opposition and the emergence of student demonstrations, preparing the way for the May 27th military intervention.³ Another reason for the May 27th Revolution was that during the ruling of Democratic Party the military-civil officials and intellectuals had lost some of their social and political power. Then, in the realization of the May 27th military coup, the contribution of those strata was very important.

² Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, p. 300.

³ For some debates on this issue see: Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, pp.303-304; also for the factors preparing the May 27th, 1960 coup see: Hale, William: *Türkiye'de Ordu ve Siyaset: 1989'dan Günümüze*, (Translated by: Ahmet Fethi), İstanbul 1996, pp.100-108.

After the military coup, a Constituent Assembly was organized to draft a new constitution. The constitution made by this assembly was accepted by people in a referendum held on July 9th, 1961.

In the chapter on the general principles of the 1961 Constitution, a rigid code, it was emphasized that Turkish Republic is a national, democratic, secular and social Law State devoted to the principles pointed out at the beginning. The 1961 Constitution has clearly accepted the supremacy and binding force of the Constitution (Art. 8), and in the context of applying it, has founded the Constitutional Court to control the compatibility of the issued laws with the Constitution. On the other side, as a requirement of being a law state the Constitution, which has subjected all administrative deeds and affairs to judicial review, also founded the Supreme Council of Judges in order to assure judicial independence. The Constitution has also given place to "the principle of natural judgement" as well as principles concerning crime and punishment in this context. According to the Constitution, "Sovereignty is vested in the Turkish Nation without reservation or condition. The Nation shall exercise its sovereignty through the authorized organs as prescribed by the principles laid down in the Constitution" (Art. 4). The Constitution has adopted the separation of powers in terms of the relationships of legislation and execution, and the parliamentary governmental system in terms of the system of checks and balances. In this framework, a bicameral system has been constituted composed of the National Assembly and the Republic Senate. Furthermore the Constitution, in terms of the division of power, has adopted the principle of local government before the central government as well as some autonomous public institutions such as universities and the administration of radios and televisions. In order to develop the pluralist structure of society, the Constitution has regulated the political parties that were regarded as "indispensable elements of the democratic political life", by legally guaranteeing them. It also gave place democratically to union activities, the freedom of founding associations and public professional foundations, protecting them by certain legal guarantees. In addition to its strengthening and extending classical individual rights and freedoms as well as political rights, one of the most progressive aspects of the 1961 Constitution was its early regulation of social rights. It also brought some criteria such as "being appropriate to the spirit of Constitution" and "not conflicting with the essence of freedom", and charged some tasks upon the state in order to realize the social rights in practice. Moreover, it gave place to other regulations required by a social state. Given the principles and rules it issued, it can be said that the main aim of the 1961 Constitution was to construct a plural democracy.

On March 12th, 1971 a military memorandum was issued to the government for its inability to assure public order and cope with the increasing terrorism, to demand a solution with an "above-party" perspective. In the interim pe-

riod⁴, lasted until 1973, the Constitution was modified twice. Through these revisions, which radically contrasted the underlying philosophy of the 1961 Constitution, the provision of general protection concerning constitutional fundamental rights and freedoms was transformed into an item of general constraining and the reasons to constrain were duplicated. Additionally, the executive power was strengthened, the autonomy of university was narrowed down, the constitutional and executive judicial reviews were restricted, and the natural way of judgment was replaced by the way of legal judgment law. The Courts of the State Security and the Military Supreme Executive Courts were founded, and the right of the state officials to found unions was abolished. In this constitution the regulations strengthening the executive power were intended to adjust an important weakness of the 1961 Constitution, which, in contrast to the contemporary developments, had left the executive authority powerless. Nevertheless, the constraints placed upon the independence of the courts and basic rights and freedoms represented backwardness from what the 1961 Constitution had provided the Turkish constitutional system. As a matter of fact, the 1982 Constitution has maintained this tendency with more limitations on independence of courts, judicial review of the executive organ and the fundamental rights and freedoms.

II. The Main Features of 1982 Constitution

The 1982 Constitution⁵ was made by a Constituent Assembly composed of an Advising Assembly, which was constituted by the way of appointment, and the National Security Council, after the military coup realized by the Turkish Military Forces on September 12th, 1980 through a chain of command and imperative. The apparent reasons for the military coup were anarchy, terrorism, separatist activities, increasingly bad economic conditions, and the incapability of the government to cope with all these problems.⁶ The Constitution was pre-

4 For more on the discussions about the reasons preparing this period, which began on March 12th, 1972, the features of the interim period and constitution see: Hale, *Türkiye'de Ordu ve Siyaset*, pp. 160-184; Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, pp. 344-351.

5 For more on debates about the regulations of the 1982 Constitution, see: Özbudun, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 1993; Atar, Yavuz: *Türk Anayasa Hukuku*, Konya 2000.

6 On the debates about the reasons for the September 12th, 1980 military coup see: Hale, *Türkiye'de Ordu ve Siyaset*, pp. 205-208; Karatepe, Şükrü: *Darbeler, Anayasalar ve Modernleşme*, İstanbul 1993, pp. 246-251; Yazıcı, Serap: *Türkiye'de Askeri Müdahalelerin Anayasal Etkileri*, Ankara 1997, pp.144-154.

pared⁷ and accepted within the Assembly, and was accepted by the people by a referendum on December 7th, 1982.

Several factors contributed to the need for a new constitution. For the military, the transformation of the separation of powers created a conflict of power, public institutions misused their autonomous positions, political parties acted irresponsibly and encouraged separatist and destroying activities, partisanship was in force in administration; and the legislative organ was obstructed. The governmental system that was constructed by the 1961 Constitution did not function, so the ability of political decision-making and producing new policies was weakened so that it made the regime crisis more and more heavy. The freedoms brought by the 1961 Constitution were more than were necessary, and the state authority was shaken while being left defenseless.⁸ Thus, the 1961 Constitution was blamed as the source of various social, political and economic problems. While the criticisms of the functioning of the governmental mechanism were generally correct, it wouldn't be an accurate evaluation to regard Constitution as solely responsible for the weakening of state authority. The effective functioning of a government system as outlined in a constitution also depends on corresponding political factors. In the mid-seventies, however, the Turkish two-party system began to transform into a multi-party system, and this consequently resulted in coalition governments. In this context, the premature culture of "consensus" among the political parties brought about unfavorable conditions for the functioning of the system and brought about serious obstructions both in legislative and executive spheres.

In anticipation of the criticisms made to the 1961 Constitution, the 1982 Constitution was composed of a Preamble and seven parts. These parts are titled as follows: first, "General Principles", second, "Basic Rights and Duties", third,

⁷ During the codification of the 1982 Constitution, opinions and proposals of universities, high judicial organs, and public institutions about the constitution were taken and presented to the Constitutional Committee of Advising Assembly. These propositions were proliferated among themselves ranging from adopting the pluralist democratic approach of the 1961 Constitution, to even going beyond the tendency of the existing 1982 Constitution in restricting freedoms and strengthening the state authority. For the opinions and proposals of the institutions in question, see: Gürbüz, Yaşar: *Anayasa-Görüşler-Taslak*, İstanbul 1982, pp. 27-312.

⁸ On this issue, see: Yayla, Yıldızhan: *Anayasa Hukuku Ders Notları*, İstanbul 1985, pp.81-82; Tanör, Bülent: *İki Anayasa (1961-1982)*, İstanbul 1986, pp.97-99; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, pp. 24-25,27; Soysal, Mümtaz: *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, İstanbul 1986, pp.129-132; Özçelik, Selçuk: *Anayasa Hukuku Dersleri*, İstanbul 1983, pp. 313-318; Kuzu, Burhan: *1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler*, İstanbul 1990, pp. 1-19.

"Fundamental Organs of the Republic", fourth, "Financial and Economic Provisions" and the reminder, "Miscellaneous Provisions". The Constitution is rigid compared to the 1961 Constitution. It is a long and casuistic constitution composed of 177 articles (apart from 16 provisional articles some of that are no longer in force) some of which suggested a transitional period. The major reason for the relative length of the Constitution is the attempt to give long explanations to the articles restricting freedoms, and to put almost a constitutional article for each problem. Regarding the freedom-authority balance, the 1982 Constitution has increased the weight of authority, and tried to protect state against individual. The Constitution also issued some provisions to overcome the obstructions to the functioning of the parliament, which is usually considered a positive aspect. But, while the Constitution strengthened the executive organ, it favored some units of executive power excessively and increased the authorities of the President on a way incompatible with a parliamentary regime. On the other hand, given its initial regulation of the political parties, associations, foundations, unions, and the provisions it brought about political participation, the Constitution has suggested a less participatory democratic model compared to the 1961 Constitution. Through constitutional changes made in 1995, regulations were made regarding these issues that might be considered more democratic.

The 1982 Constitution, after stating the provision "The Turkish State is a Republic" (Art. 1), enumerates the characteristics of the Republic as follows: "The Republic of Turkey is a democratic, secular and social State governed by the rule of law; bearing in mind the concepts of public peace, national solidarity and justice; respecting human rights; loyal to the nationalism of Atatürk, and based on the fundamental tenets set forth in the Preamble" (Art. 2). Moreover, the Constitution has given place to the principle of equality before the law (Art. 10) in the part on the general principles.

The task of the state of fulfilling the three fundamental legal functions, legislative, executive and judicial functions were given by the Constitution to three corresponding state organs: Legislation to the TGNA; execution to the President of the Republic and the Council of Ministers; and judicial power to independent courts. The Constitution has adopted a moderate separation of powers between the legislative and executive organs based upon their cooperation, and the principle of independence of the courts.

According to the Constitution, which suggested a single-assembly system, legislative power is vested in the Turkish Grand National Assembly on behalf of the Turkish Nation. This power cannot be delegated (Art. 7). The primary tasks of the TGNA are to make law, to review the executive organ,

to give to the Council of Ministers the authority to issue decisions having the force of law, to evaluate the convenience of the confirming of international contracts, and to elect the President (Art. 87, 101). "The TGNA shall be composed of five hundred fifty deputies elected by universal suffrage" (Art. 75). Members of the Parliament shall not be liable for their votes and statements concerning parliamentary functions, for the views they express before the Assembly, and they shall have parliamentary immunity (Art. 83). Elections for the Turkish Grand National Assembly shall be held every five years. The Assembly may decide to hold a new election before the termination of this period, and new elections may also be decided upon according to a decision, taken in accordance with the conditions set forth in the Constitution, by the President of the Republic (Art. 77). The principles of democratic elections have been accepted by the Constitution. According to the Constitution, "elections and referenda shall be held under the direction and supervision of the judiciary, in accordance with the principles of free, equal, secret, and direct, universal suffrage, and public counting of the votes" (Art. 67). The determination of electoral system was left to the law. According to the Constitution however, "The electoral laws shall be drawn up in such a way as to reconcile the principles of fair representation and consistency in administration" (Art. 67). As for the Electoral Law of Representative, while by initial regulation it has been decided to be a mixed electoral system, in the amendments made to this Law in 1995, the d'Hondt version of proportional representation with a national quotient was accepted.⁹

According to the Constitution, "Executive power and function shall be exercised and carried out by the President of the Republic and the Council of Ministers in conformity with the Constitution and the law" (Art. 8). The executive organ within the parliamentary governmental system¹⁰ as accepted

⁹ The Mixed electoral system, which was accepted in 1983 and remained in force until 1995 with some modifications, was amended in 1995. Thus instead of narrow constituencies which gave a mixed nature to the electoral system, each province was principally regarded a constituency (large constituency system), the barrages in constituencies which were quite high were completely abolished, and an end was put to the practice of quota candidateship. The Turkish electoral system in force is the d'Hondt version of proportional representation with a national quotient. The general nation-wide barrage, however, has not been abolished. Therefore, in spite of the fact that the 10 percent barrage is quite high, it is more proper to regard the d'Hondt version of national quotient as proportional representation, instead of a mixed system.

¹⁰ The 1982 Constitution has accepted the elements of a parliamentary governmental system which required the responsibility of the government before the parliament; the election of the President by the Assembly, his political irresponsibility and the

by the Constitution has a dualistic body composed of the President of the Republic and the Council of Ministers. For the Constitution, the Assembly elects the president for seven years and he acts neutrally in his task. His main duties are to publish the issued laws and in some cases return them, to call new elections for the Turkish Grand National Assembly, to appoint the Prime Minister and the ministers, to accredit representatives of the Turkish State to foreign states and to receive the representatives of foreign states to the Republic of Turkey, to select members of the high judicial organs, to appoint the members of the Higher Education Council, to appoint rectors of universities, and to appeal to the Constitutional Court for the annulment of laws (Art. 104). The President is politically irresponsible and the treatments acted are subject to the rule of counter-signature, except those that were acted by him alone. The Council of the Ministers is composed of the Prime Minister and the ministers. The Ministers are appointed and dismissed by the President on the proposal of the Prime Minister (Art. 109). The Council of Ministers is established by the appointment of the President and takes the office. Having taken a vote of confidence the government goes on working. The Council of the Ministers is responsible altogether for the execution of the general policies of the government, and each minister is also individually responsible for the affairs within the limit of his authority and the deeds and procedures of those who work under his authority. The Council of Ministers has the authority to issue decrees having the force of law.

According to the Constitution, "Judicial power shall be exercised by independent courts on behalf of the Turkish Nation" (Art. 9). Judges shall be independent in the discharge of their duties, having the security of tenure. The Supreme Council of Judges and Public Prosecutors has been suggested to ensure judicial independence and guarantees for the judge. However it is criticized for being incompatible with the rule of law and the independence of the judiciary because there are somebody who are not judges in the Council and its decisions are immune from judicial review. The Constitution has suggested, as court of appeal, Council of State in the administrative sphere; High Court of Appeals in the sphere of judicial law, the Military High Court of Appeals and the High military Administrative Court of Appeals in the military judicial sphere, Jurisdictional Conflict Court in order to solve the disputes between courts of justice and administrative and military courts

obedience of his affairs to a counter-signature; and the authority of the President to renew the elections in the constitutional conditions.

concerning their jurisdiction and decisions, the Audit Court for the financial review of the administration, and finally the Constitutional Court for reviewing the compatibility of the laws to the Constitution.

The Constitutional Court was first established by the 1961 Constitution and adopted by the 1982 Constitution. It was recommended to be a special court composed of eleven regular members and four substitute members. The members are appointed by the President from amongst the proposed candidates. Its fundamental task is to review the compatibility of the norms with the Constitution.¹¹ The Constitution has defined the norms which are subject to review as laws, the Rules of Procedure of the Turkish Grand National Assembly, and constitutional amendments only in respect of their form.¹² As a method of appealing to the Constitutional Court, both principal proceedings and incidental proceedings have been accepted. The norms, except the constitutional amendments, which are reviewed only in respect of form, are reviewed in respect to both form and substance. Alongside the provisions of the Constitution, international conventions on human rights and the general principles of law are the criteria norms to be taken as substance. The decisions of the Constitutional Court are final and binding.

In the sphere of constitutional review, the 1961 and 1982 Constitutions have adopted, the methods of a centralized review system in terms of the courts authorized to review, and "corrective system" in terms of the consequences of the review. In the Turkish Constitutional judiciary, however, the way of "constitutional complaint" has not been opened to those whose rights are violated by public institutions.

While the 1982 Constitution's regulations concerning rights and resembles that of the 1961 Constitution in respect of content and system, it differs in respect to the content of the freedoms and their restrictions. Having considered respect for human rights as one of the main characteristics of the state, the 1982 Constitution has regulated the rights of the individual, social and economic rights, and political rights in parallel with the international human right contracts. It has adopted a positivist approach in the regulation of freedoms (Preamble, par. 8), and in respect to limiting the fundamental rights and

¹¹ The Constitutional Court also has some other tasks such as the legal and financial review of political parties, and review of some decisions of the parliament.

¹² On the other hand, the substantial review of the constitutional amendment is not accepted, and the decrees having force of law which are issued at states of emergencies, the laws of the National Security Committee period, and the Laws of Revolutions have been kept completely immune from judicial review.

freedoms by law, it did not suffice with explaining the "special reasons for limiting" each article concerning the rights and freedoms, but it also gave place to general reasons for limitations available for all freedoms (Art. 13). This did not take place in the 1961 Constitution. Moreover, there are some other limitations made directly by the Constitution. Because of this regulation, the 1982 Constitution has been criticized for favoring the state over individual, and destroying the individual-authority balance in favor of authority. The rules to be pursued in restricting the freedoms, in other words, the limits of restrictions are stated in the Constitution as follows: "Fundamental rights and freedoms may be restricted by law, in conformity with the letter and spirit of the Constitution... General and specific grounds for restrictions of fundamental rights and freedoms shall not conflict with the requirements of the democratic order of society and shall not be imposed for any purpose other than those for which they are prescribed."

III. The Criticisms of the 1982 Constitution

Since its inception, the 1982 Constitution has been criticized by lawyers, political scientists and politicians, in fact, by almost all segments of society. These criticisms are that:

- 1) The making of the Constitution was not democratic.
- 2) The state was protected against individual.
- 3) It adopted a less pluralist and participatory democratic model than the 1961 Constitution.
- 4) It involved official ideology.
- 5) It is a casuistic and extremely rigid constitution.
- 6) It is poorly worded.
- 7) It severely restricts the fundamental rights and freedoms, and the insurances it brings are insufficient.
- 8) There are many limitations on political parties, associations and labor unions.
- 9) The Presidency is strengthened in a way that is incompatible with a parliamentary system;

- 10) The situations under which may be declared a state of emergency or martial law are extended and the decrees having force of law during periods of martial law and states of emergency have been kept immune from judicial review.
- 11) The acts of the President of the Republic in his own competence and the decisions of the Supreme Military Council and the High Council of Judges and Prosecutors are outside the scope of judicial review.
- 12) Centralism has been increased and the principle of local administration weakened.
- 13) The autonomy of the universities has been abolished.
- 14) The structure and constitution of the High Council of Judges and Prosecutors negatively influences the independence of courts.
- 15) The principle of natural judgement has been transformed into a legal judgement insurance, and allows the founding of the State Security Courts and martial courts in a way incompatible with the principle of natural judgement.

IV. Amendments in the 1982 Constitution

As it appears, although the criticism made about the 1982 Constitution are numerous, and almost all political parties agree on the necessity of changing it,¹³ only limited changes have been made, and some attempts have failed because of the lack of consensus in political parties and other reasons external to the parliament.¹⁴ The constitutional amendments made in various dates since it

¹³ According to a study (see: *TBMM Aylık Bülteni*, March, 1993, Number 22, pp. 18-22) made on the proposals that the political parties represented in the TGNA presented about which articles of the 1982 Constitution they wanted to be modified, most political parties wanted to change more than an half of the articles of the Constitution.

¹⁴ Apart from the constitutional amendments mentioned above, in 1992 an attempt to change the Constitution was made but failed. After the general elections of October 29th, 1991, True Path Party (DYP) and Social Democratic-Populist Party (SHP) set a coalition. In the contract of this coalition they assigned they declared that "1982 Constitution fell behind the requirements of the society; "a full democratic, pluralist and contemporary constitution based on the rule of law should be prepared with the

has been put in force (in the years 1987, 1993, 1995, and 1999) have been generally positive, and aim at more democratization. However, the necessary fundamental amendments concerning the rights and freedoms have not been yet made. Some of the most important changes that have been made are as follows:¹⁵

The Amendment of the Preamble of the Constitution: By the amendment in the Preamble of the Constitution, the phrase "sacred Turkish State" in the first paragraph has been replaced by "great Turkish State" and the sentences praising the 1980 military coup were deleted¹⁶ from the text in effort to make the Constitution more democratic.¹⁷

reconciliation of political parties, other related institutions, and the people." Thus, the coalition parties, DYP and SHP, in May-June 1992 prepared a proposal of decree, and introduced it to the discussion of the political parties and public opinion, but the constitutional amendment could not be achieved in this date because the required consensus could not be assured. Some amendments taking place in this outline could be made only in 1995. On the other hand, the temporary 15th article of the 1982 Constitution, which had been tried to be amended by the attempt in 1995, and which provided judicial immunity for the military administrators of the 12 September period, again, could not be achieved because sufficient voting majority could not be gathered. At the beginning of 2001, the parties composing the coalition government, i.e., Democratic Leftist Party, Nationalist Action Party and Motherland Party were in agreement with the opponent Virtue Party in a limited amendment of the constitution, which consequently resulted in failure. According to this failed agreement, closing political parties would be harder, the period of Presidency would be longed and his authorities revised, and the judicial review of the laws issued at the 1980 military administration would be possible.

¹⁵ See: 17.51987 dated and 3361 numbered Law (*R.G.* [Official Gazette] 18.5.1987, Number 19464 repeated)

8.7.1993 dated and 3913 numbered Law (*R. G.* 10. 7. 1993, Number 21633).

3.7.1995 dated and 4121 numbered Law (*R.G.* 26.7.1995, Number 22355).

13.8.1999 dated and 4446 numbered Law (*R.G.* 14.8.1999, Number 23786).

18.6.1999 dated and 4388 numbered Law (*R.G.* 18.6.1999, Number 23729 repeated).

¹⁶ 23.7.1995 dated and 4121 numbered Law (*R.G.* 26.7.1995, Number 22355)

¹⁷ For the reason, see: *TBMM Tutanak Dergisi*, D: 19, Year of Legislation: 4, p.: 861

Freedom of Association: By the amendment made in the 33rd article of the Constitution concerning the freedom of association,¹⁸ the third paragraph “banning the associations to participate in political activities and to cooperate with labor unions, public professional organizations and foundations” was abolished. And relatively more democratic regulations concerning the procedures of dissolving associations and retaining them from activities were made by increasing the judicial insurances. This amendment was also important softening the restrictions upon civil society institutions, which are the most important elements of the contemporary democracy.

Privatization: Privatization was added as paragraphs to the 47th article of the Constitution regulating "Nationalization", and thus gaining a constitutional status.¹⁹ Thus, the privatization of the companies and properties present at hands of the state, public economic enterprise, and other corporate personalities, and the adjudication or transferring of the enterprises and services made by those personalities to real and corporate personalities on the base of private legal contracts would be possible by principles and procedures determined by law. Since there was not any impeding provision in the Constitution some public business had been privatized before this constitutional regulation was made, but the debates over their compatibility with the Constitution has never ceased. By this regulation, privatization has gained a clear constitutional base.

Recognizing the rights of public officials to establish unions and hold collective bargaining meetings with the administration: By the paragraph added to the 53rd article of the Constitution, the right of the officials "to form unions and hold collective bargaining meetings with the administration in accordance with their aims" has been accepted.²⁰ This right, however, did not include the right of strike, and collective negotiations held between the public officials and the administration have no binding character, rather, the reports of the negotiations are presented to the Council of Ministers for making appropriate legal and administrative regulations. As it is seen, this possibility that has been granted recognition has nothing to do with the collective contract.

18 23.7.1995 dated and 4121 numbered Law (R.G. 26.7.1995, Number 22355).

19 13.8.1999 dated and 4446 numbered Law (R.G. 14.8.1999, Number 23786).

20 23.7.1995 dated and 4121 numbered Law (R.G. 26.7.1995, Number 22355).

The Reduction of the Voting Age: With an amendment made in 1995 the voting age was addressed. According to article 67/3, "all Turkish citizens over 18 years of age shall have the right to vote in elections and to take part in referenda." Thus the voter age has been amended to eighteen in parallel with practices of other democracies.²¹

The Voting of Turkish Citizens Living in Foreign Countries: In order to make Turkish citizens living outside Turkey vote in the elections in Turkey, this statement has been added to the second paragraph of the 67th article:²² "However, the conditions under which the Turkish citizens who are abroad shall be able to exercise their right to vote, are regulated by law." While the Constitution allowed such voting methods as via attorneyship, letters, voting in the Turkish embassies and some other possible methods of voting by default, there has not been made any regulation since the Constitution was amended in 1995. Before that time, millions of Turkish citizens living outside the country, were deprived of the possibility of voting in elections.

The Voting of the Prisoners: The following statement was added to the fifth paragraph of the 67th article of the Constitution:²³ "The Supreme Election Council shall determine the measures to be taken to ensure the safety of the counting of votes when detainees in penal execution institutions or prisons exercise their right to vote; such voting is done under the on-site direction and supervision of an authorized judge."

Adopting the "Principles of Fair Representation and Stability in Administration" for the Laws of Elections: The provision "The electoral laws shall be drawn up in such a way as to reconcile the principles of fair representation and consistency in administration" was added to the 67th article of the Constitution,²⁴ thereby regulating the electoral system and other elec-

²¹ 23.7.1995 dated and 4121 numbered Law (R.G. 26.7.1995, Number 22355).

²² 23.7.1995 dated and 4121 numbered Law (R.G. 26.7.1995, Number 22355).

²³ 23.7.1995 dated and 4121 numbered Law (R.G. 26.7.1995, Number 22355).

²⁴ 23.7.1995 dated and 4121 numbered Law (R.G. 26.7.1995, Number 22355).

toral rules. This provision was added in an attempt to balance the principles of "equality" and "utility".

Amendments Concerning Political Parties: By the amendments made on the 68th and 69th articles of the Constitution, which had imposed extreme restrictions on political activities and parties, the constitutional framework of the political parties was re-worked in effort to make it more democratic.²⁵

The important amendments and additions in the 68th article regulating "Forming Parties, Membership and Withdrawal from Membership in a Party" are those: 1) The age of membership in the parties was reduced from 21 to 18. 2) The "deeds" of the political parties, as well as their regulations and programs, should not be contrary to the principles declared in the Constitution. 3) The members of higher education were allowed to be members to the political parties and to take tasks within the central organs of the parties. 4) The students of the higher education were allowed to join the political parties. 5) The State shall provide the political parties with adequate financial means in an equitable manner. 6) The provision that prohibited political parties to found sub-institutions was abolished.

The important amendments and additions in the 69th article regulating "Principles to be observed by Political Parties" are as follows: 1) The activities, internal regulations and operations of political parties shall be in line with democratic principles. 2) The prohibition upon the political parties of founding, or cooperating with associations, labor unions, foundations, co-operatives, and professional institutions was abolished. 3) The principles concerning the financial review of the political parties were regulated in more detailed form. 4) A new regulation about dissolving political parties was made, and it made dissolution possible in the event that "the statute and program of a political party should violate the provisions of the Constitution" or "the party in question has become a center for the execution of unconstitutional activities". 5) A party, which has been dissolved permanently, cannot be founded under another name. The members, including the founders, of a political party whose acts or statements have caused the party to be dissolved permanently cannot be founders, members, directors or supervisors in any other party for a period of five years from the date of publication in the official gazette of the Constitutional Court's final decision and its justification for permanently dissolving the party. 6) The principles concerning the electoral expenditures of the political parties and candidates were suggested to be regulated by law.

²⁵ 23.7.1995 dated and 4121 numbered Law (R.G. 26.7.1995, Number 22355).

Increasing the Number of Deputies: The Constitutional provision of Art. 75 regulating the establishment of the TGNA was amended two times in 1987 and 1995²⁶, and the number of the deputies was first increased to 450, then to 550. However, it is unlikely that this increase will bring about the changes, which are the rationale for this amendment.²⁷

New Regulations About the Loss of Membership of the Parliament: The 84th article of the Constitution entitled "Loss of Membership" was regulated again and amended.²⁸ Important provisions of these amendments are: 1) The loss of membership, through a final judicial sentence or deprivation of legal capacity, no longer be voting in TGNA, shall take effect after the final court decision in the matter has been communicated to the plenary of the Turkish Grand National Assembly. 2) The provision inhibiting a deputy, who resigned from his party from participating in a new party, taking task in the Council of Ministers, or being made candidate, was abolished from the text of the article. The former text was aimed at securing the political ethic by way of constitutional regulation, which was contrary to democracy. This meaningless provision which, indeed, was not working, and was being made ineffective by tricks, was rightly abolished from the Constitution. 3) The provision suggesting the dropping of memberships of all deputies of a permanently dissolved political party was amended and replaced by the provision suggesting the dropping of memberships of only those who caused the permanent closing of a party through their declarations and activities.

Local Governmental Elections: A statement about the election period of local administration was added to the third paragraph of 127th article of the Constitution.²⁹ According to the new regulation, "the elections for local administrations shall be held every five years... However, general or by-elections for local administrative bodies or for members thereof, which are

²⁶ 17.5.1987 dated and 3361 numbered Law (R.G. 18.5.1987, Number 19464 repeated); 23.7.1995 dated and 4121 numbered Law (R.G. 26.7.1995, Number 22355).

²⁷ Political parties have always felt difficulties in electoral periods while preparing their lists of candidates. Obviously this problem seems to have played important role in overcoming the difficulty through increasing the number of the deputies.

²⁸ 23.7.1995 dated and 4121 numbered Law (R.G. 26.7.1995, Number 22355).

²⁹ 23.7.1995 dated and 4121 numbered Law (R.G. 26.7.1995, Number 22355).

to be held within a year before or after the general or by-elections for deputies, shall be held simultaneously with the general or by-elections for deputies.” But while this regulation was intended for the reasons³⁰ of not introducing the country frequently into an electoral atmosphere, decreasing the costs of the elections, and precluding the governmental crisis which may arise out of possible defeat of the power parties in the local elections made before the general deputy elections, such an ambiguous regulation would, in practice, bear a risk of destroying the power-opposition relationship and leading to more instability.

In order to facilitate arbitration to settle the disagreements that arise from conditions and contracts, under which concessions are granted concerning public services, a statement has been added to the 125th article of the Constitution, which regulates the “recourse to judicial review”.³¹ According to this article: “Recourse to judicial review shall be available against all actions and acts of the administration. National or international arbitration may be suggested to settle the disagreements that arise from conditions and contracts under which concessions are granted concerning public services. International arbitration can only be applied in the case of the disagreements which involve foreign components.” Moreover, by the amendment made on the second paragraph of the 155th article³² regulating "The Council of State", the task of the Council of State "to examine the conditions and contracts under which concessions are granted" has been limited "to give its opinions on the conditions and contracts under which concessions are granted within two months."

Breaking the Monopoly of the State to construct and operate Radio and Television Stations: The 133rd article of the Constitution concerning "Radio and Television Administration and News Agencies" was amended³³ and the State monopoly over these institutions was abolished. According to the new regulation "Radio and television stations shall be established and administered freely in conformity with rules to be regulated by law" (Art. 133/1). The amendment of this provision of the Constitution was realized af-

30 For the reasons see: *TBMM Tutanak Dergisi*, D.19, Legislation Year: 4, P. Number: 861.

31 13.8.1999 dated and 4446 numbered Law (*R.G.* 14.8.1999, Number 23786).

32 13.8.1999 dated and 4446 numbered Law (*R.G.* 14.8.1999, Number 23786).

33 8.7.1993 dated and 3913 numbered Law (*R. G.* 10. 7. 1993, Number 21633).

ter certain radio and television programming began to be broadcast despite the Constitutional prohibition. As technological developments emerged in this area (broadcasting from outside Turkey via satellites and other new technologies) and social change occurred due to the public interest in these broadcasts) this constitutional amendment became inevitable.

Abolishment of the Political Prohibitions upon the Labor Unions and the Public Professional Organizations: The 52nd article of the Constitution entitled "Activities of Labor Unions" (but whose content regulated the prohibitions on the labor unions) was abolished. The 135th and 171st articles were amended;³⁴ thereby the lifting the prohibition upon labor unions and public professional organizations "to cooperate with political parties and associations".

Discharging Military Members from the Courts for Security of the State: In some decisions against Turkey taken by the European Human Rights Court, whose judicial authority is recognized by Turkey, the Courts for Security of the State were not recognized as "independent courts" because they included military members. This fact played a significant role of amending the 143rd article. The 143rd article of the Constitution was amended, discharging the military members of the Courts for Security of the State and the principle of appointing all judges by the civil judiciary has been accepted.³⁵

Amendment of the Constitution: Another Constitutional amendment made by the Law numbered 3361 was concerned with "Amendment of the Constitution". Through this new regulation, the procedure for changing the Constitution was highly amended. In the new regulation the subtitle of the 175th article of the Constitution has been transformed into the phrase "Amendment of the Constitution, Participation in Elections and Referenda", and it is difficult to explain systematically why in this article "participating elections" is mentioned. The last paragraph of this article (Art. 175) stating "Every measure including fines shall be taken to secure participation in referenda, general, by-elections and local elections", should not be located here,

³⁴ 23.7.1995 dated and 4121 numbered Law (R.G. 26.7.1995, Number 22355).

³⁵ 18.6.1999 dated and 4388 numbered Law (R.G. 18.6.1999, Number 23729 repeated).

but in the 67th article regulating "the right to vote".³⁶ After the amendment in the 175th article of the Constitution there has not been a change in terms of proposing Constitutional amendment. By the amendment, "the quorums required for decisions" which had been requiring 2/3 of full members of the Assembly, has been suggested in two different forms as 3/5 and 2/3 of the membership. Moreover, the voting was required to be secret. By the amendment, the authority to confirm the constitutional changes is shared between the President and the people. Thus, if a proposal for constitutional change admitted by 3/5 of the Assembly, the President could return it to the Assembly or present it for popular vote. If the change is accepted by 2/3 or more majority of the Assembly, the President can return it, can present it to the people, or can confirm and put it into force. In case of a return, the Assembly has to secure a 2/3 majority. Laws related to Constitutional amendment, which are submitted to referendum, shall require the approval of more than half of the valid votes cast.

Abolishing the Political Prohibitions: The provisional 4th article of the Constitution, which had placed certain political prohibitions upon some politicians of the period before September 12th, 1980, has been abolished by the Constitutional amendment made by the Law numbered 3361, dated 1987, but in order to be confirmed and put into force, this law was required to pass a popular vote.³⁷ As a matter of fact, according to the provisions of the "The Law of Submitting Constitutional Amendments to Referendum" dated 1987 and numbered 3376, abolishing the provisional 4th article of the Constitution has been accepted by people.³⁸

V. CONCLUSION

The 1982 Constitution has made the exercise of the most fundamental democratic freedoms, freedoms of expression and association, almost impossible. It precluded the development of a pluralist democracy and civil society, tried to constitute a single-type social and political structure, and destroyed the authority-freedom balance against individual by extremely restricting fundamen-

³⁶ On the other hand, it is obvious that this regulation also contradicts the Constitutional decree which states that: "Elections and referenda shall be held... in accordance with the principles of free, equal, secret, and direct, universal suffrage" (Art.67/2). See: Onar, Erdal: *1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu*, Ankara 1993, p.183.

³⁷ R. G. 18.5.1987, Number 19464 repeated.

³⁸ R. G. 12. 9. 1987, Number 19572.

tal rights and freedoms. Additionally, it did not acknowledge the autonomy of the universities, and put extreme prohibitions upon political parties in contrast to the practices in the contemporary democracies and the criteria brought by the international covenants. It kept the regulations made during the 1980 military coup, outside the scope of judicial review, as well as the acts of the President of the Republic in his own competence, and the decisions of the Supreme Military Council and the High Council of Judges and Prosecutors. Furthermore, it weakened the independence of the courts and brought restrictions upon the judiciary.

The Constitution of 1982 increased centralism and weakened the power of local government and could not ensure openness in public administration. Having also allowed the establishment of the courts for security of the State and martial courts in a manner incompatible with the principle of natural judgement, the Constitution has actually weakened the civil administration. Therefore, in spite of its suggestion of "a limited and controlled democracy", the 1982 Constitution has proved that it cannot fulfill the requirements of a contemporary society, and cannot respond to social change.

There has been a focus on democratization in Turkey by internal and external groups.³⁹ However, in spite of reports addressing "the political dimensions of democratization, human rights and the rule of law" that also offer important proposals and advise in this direction, only limited steps have been taken towards democratization.

Turkey has entered into the process of candidateship to the European Union, and now must attain the standards of Western democracies including democratic constitutions, internal contracts, and the democratic criteria set up by the Council of Europe and the Organization for Security and Cooperation in Europe. Decisions of the European Court of Human Rights and the civil constitutional attempts made by democratic circles within Turkish society should be evaluated and appreciated. It is time for Turkey to create "a new democratic constitution based on human rights and the rule of law" through consensus of the parties, and broader social participation.

³⁹ On these researches and reports, see: *TüSIAD "Türkiye'de Demokratik Standartların Yükseltilmesi- Tartışmalar ve Son Gelişmeler"*, Bülent Tanör (ed.), İstanbul 1999, pp.19-24.

MAHALLİ İDARELERDE ÖZERKLİKLE YÖNELİK TEHDİTLER VE MERKEZİLEŞME EĞİLİMLERİ

Doç. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ*

Günümüzde anayasal bir yönetim birimi olarak “mahalli idareler”¹, sayı ve alan olarak büyümelerine paralel olarak, idari ve mali açıdan sorunları da büyüyen idarelerdir. Bu sorunların başında mahalli idare özerkliğine yönelik tehditler gelmektedir.

Özerklik kavramı, farklı anlamlar taşıyabilen²; bazen devlet idaresinin bir parçası ve devletin sorumluluk alanında bir organizasyon prensibi olarak, bazen de devlet idaresinin karşısında farklı şekillerde karşımıza çıkan bir kavramdır³. Her ne şekilde anlaşılırsa anlaşılın genel özelliği ise kanunla belirlenen ölçüde tamamen veya kısmen bağımsızlık, faaliyet alanıyla ilgili serbest karar alabilme ve kendi adına ve sorumluluğu altında bu kararları uygulayabilme yeteneğidir⁴.

Anayasa Mahkemesi’ne göre genel anlamıyla özerklik; “...sosyal bir topluluğun ya da tüzel kişiliğin kendilerini yöneten kuralların tümünü ya da bir bölümünü bizzat saptayabilmeleri veya anayasa ve yasaların çizdiği sınırlar içinde

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Bilim Dalı öğretim üyesi

1 Özyay, “yerel yönetim” kavramını, “yönetim” kavramının siyasi boyutundan hareketle, “mahalli idare” kavramına tercih etmek gerektiğini; zira yerel yönetimlerin “politiko-teknik” kamu idareleri olduğunu ifade etmektedir. **ÖZAY** İl Han, *Günüşğında Yönetim*, İstanbul 1996, s. 180

2 Özerklik, “pasif”, siyasi olarak kamu hizmetinin vatandaşlar tarafından fahri olarak yerine getirilmesini anlatır. Ancak günümüzde hemen hemen sadece “aktif”, yani hukuki anlamda bir kavram olarak anlaşılmaktadır. **WOLFF** Hans J.-**BACHOF** Otto-**STOBER** Rolf, *Verwaltungsrecht II*, 5. Aufl., München 1987, § 84, rdn. 33.

3 **ACHERBERG** Norbert, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2. Aufl., Heidelberg 1986, § 11, rdn. 1.

4 **EHLERS** Dirk, “Die Abhängigkeit des Verwaltungsrechts vom Recht der Europaischen Gemeinschaften und vom Verfassungsrecht”, in: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Hrg. **ERICHSEN** Hans-Uwe-**MARTENS** Wolfgang, 9. Aufl., Berlin 1991, § 3, rdn. 44; **WOLFF-BACHOF-STOBER**, § 84, rdn. 34; **ACHERBERG**, § 11, rdn. 2.

hareket edebilme özgürlüğü ve yetkisidir”. Kararda mahalli idare özerkliği ise şöyle tanımlanmaktadır: “...özerklik..., anayasa ve yasaların belirlediği kamu hizmetlerinin önemli bir bölümünün yurttaşların yararına olarak, yerel yönetimlerin sorumluluğu altında yerine getirilmesi yetkisidir”⁵.

Teknik idare hukuku terimi olarak özerklik, kendi bağımsız iradesiyle hukuken geçerli, yürütülebilir kararlar alabilen ve bu kararları aynı şekilde uygulama gücüne sahip olan her “hukuksal varlık” için kullanılan bir kavramdır⁶. Bu anlamıyla da mahalli idarelerin unsurlarından bir tanesidir⁷.

Aslında özerklik, idarenin geleneksel olarak merkezileşme eğilimini dengeleyici bir rol oynar⁸. Halkın kendisini doğrudan doğruya ilgilendiren sorunlara, kendi çabasıyla çareler bulmasına imkân tanınması sebebiyle mahalli düzeyde demokrasinin esasını gösterir⁹. Özerk mahalli idareler de sadece demokratik katılım açısından önem taşımakla kalmaz, aşırı merkeziyetçiliğe karşı sağlıklı ve denge kurucu bir güç oluştururlar¹⁰.

I. ÖZERKLİĞE YÖNELİK TEHDİTLER

Günümüzde mahalli idareler, sürekli büyüme eğilimi göstermekte; artan ihtiyaçların ve hayat standartının getirdiği karmaşıklık nedeniyle, sorunların üstesinden gelememekteler. Merkezi idare ise, ülke üzerinde yaşayan herkesin hayat şartlarında birlik ve ahenk sağlamak için mahalli idarelerin işleyişine müdahale etmekte; bu durum, merkezileşme eğilimlerini artırmaktadır. Mahalli idarelerin özerkliklerini ciddi şekilde tehdit eden bu hususları şu şekilde belirtebiliriz:

⁵ E 87/18, K 88/23, KT 22.6.1988, AMKD, Sy. 24, s. 334.

⁶ **ÖZAY**, s. 180; **AYTAÇ** Fethi, Merkezi İdareden Mahalli İdarelere Devredilecek Hizmetler, Ankara 1994, s. 6.

⁷ **BLAIR** George, Government at The Grass-Roots, California 1981, s. 9.

⁸ **CARTER M.-HERZ** John H., Government and Politics in the Twentieth Century, London 1970, s. 88.

⁹ **CARTER-HERZ**, s. 88; **EHLERS**, § 3, rdn. 44;

¹⁰ **CARTER-HERZ**, s. 88.

A. Mahalli İdare Birimlerinin Büyüme Eğilimi Göstermesi

Son yıllarda mahalli idarelerin, özellikle belediyelerin sürekli büyüme eğilimi gösterdiği; plânsız bir şekilde belediyeleşme sürecine girildiği; böylece bir yandan belediyelerin sayısının süratle arttığı, diğer yandan da göçler, hızlı nüfus artışı ve kentleşme sebebiyle hizmet alanının aynı süratle genişlediği açıkça görülmektedir. Bu durum mahalli idare özerkliğine yönelik tehditlerin başında gelmektedir¹¹. Gerçekten, mahalli idareler büyüdükçe, belde halkının, kentin sorunları ile ilgilenmek mahalli yönetime katılmak istek ve şevkleri yok olmaktadır, kamusal yararın gerçekleştirilmesi yolundaki çabalar ikinci plâna itilmekte, kişisel yararın korunması ile ilgilenilmeye başlanmaktadır.

Mahalli idare özerkliğine yönelik bu tehdit, mahalli idarelerin büyümelelerinin durdurulmaları ile çözümlenemez. Çünkü, herşeyden önce mahalli idarelerin kendilerine verilen görev, yetki ve sorumlulukları gereği gibi yerine getirebilmeleri için, yeterli finansman ve düzenleme imkânlarını kendilerine sağlayacak bir alansal büyüklüğe ihtiyaçları vardır¹².

B. Toplumsal Hayatın Karmaşıklığı

Mahalli idarelerin özerkliği üzerinde ağırlığını hissettiren tehditlerden birisi de hayat şartlarının sebep olduğu karmaşıklığıdır¹³.

Katı atıkların ve diğer kalıntı ve döküntülerin imha edilmesi, bunlardan çevrenin temizlenmesi, yeniden topluma ve ekonomiye faydalı hale getirilmesi, ses ve hava kirliliğinin önlenmesi, kentlerin içme suyu ihtiyacının karşılanması, kullanılan suların arıtılması, enerji ihtiyacının giderilmesi ve toplu taşıma gibi kentsel sorunlar, bundan önceki dönemlerde küçük mahalli idare birimleri tarafından çoğu ya hiç düşünülmeyen ya da söz konusu olan bir kısmı itibarıyla, kolayca çözülebilen sorunlar iken; bugün artık sadece ülkemizde değil, bütün dünyada mahalli idarelerin kapasitesini aşar hale gelmiştir. Hemen hemen son yarım yüzyıldan beri, özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra, mahalli idareler yerel ihtiyaçları istenildiği şekilde karşılayamaz olmuşlardır.

¹¹ LAEPPLE Friedel, "Federal Almanya'da Yerel Özerklik Anlayışı Üzerine Düşünceler", Çarşaf Yerel Yönetimler, C. 2, Sy. 3, Mayıs 1993, s. 81.

¹² LAEPPLE, s. 82.

¹³ LAEPPLE, s. 82.

Mahalli idare birimleri artık zaman içinde kanunlarla kendilerine verilen ağır sorumlulukların üstesinden gelememektedirler. Bu nedenle, belirli ölçüler dışında kendilerinden yeterli ve kaliteli hizmet beklemek de mümkün değildir. Zira, kabiliyet ve imkânlarının üzerinde bir zorlama, onları iş göremez hale getirmektedir. Bu durum ise, “özerk mahalli idare” fikrinin zayıflamasına yol açmaktadır¹⁴.

Bilimsel ve teknolojik gelişmeler ve kitle haberleşme araçlarındaki değişim sayesinde halk, birbirine son derece yakınlaşmış; bilgi, görgü, eğitim, öğretim ve kültür bakımından birbirlerini etkileme imkânına kavuşmuştur. Bu durum halkın idareden de nitelik, nicelik ve kalite itibarıyla daha iyi hizmeti bekler hale gelmesine yol açmıştır. Ekonomik ve sosyal alanda görülen bu gelişmeler sonucunda mahalli idareler de, eskiden sınırlı ihtiyaçlara cevap verirken, artık kamu hizmetlerde meydana gelen değişiklik ve çeşitliliğin doğurduğu talepleri karşılayamaz olmuşlardır.

Tarımda makinalaşma, sanayileşme ve toprak kaybı veya toprağın veriminin düşmesi¹⁵, kentlerin sahip olduğu toplumsal ve kültürel imkânların çekiciliği, kentli olmanın gururunu paylaşma¹⁶ ve daha birçok nedenlerle şehirlere yönelik göçler, mahalli nitelikte birtakım sorunları ortaya çıkarmıştır. Artan nüfusa paralel olarak, konut, yol, trafik, su, elektrik, havagazı gibi sorunların giderilmesi ise mahalli idarelerin güç ve imkânlarını aşmıştır¹⁷.

Söz konusu yerel ihtiyaçların mahalli idare birimleri tarafından kısmen veya tamamen karşılanamaması hallerinde, bu görevlerin merkezi idareye aktarılması ya da merkezi idarenin bu sorunlara el atması söz konusu olmaktadır. Hatta bazı anayasalar, mahalli idarelerin görev ve sorumluluklarını yerine getiremedikleri durumlarda, bu görev ve sorumlulukları merkezi idarenin yerine getireceğini hükme bağlamaktadır¹⁸. Gerçi bu durum, en son çare olarak öngörül-

14 AKTAN Tahir, “Mahalli İdarelerin Bazı Sorunları Üzerine,” Amme İdaresi Dergisi, C. 7, Sy. 2, Haziran 1974, s. 107.

15 AKTAN, s.102.

16 KELEŞ Ruşen, Kentleşme Politikası, Ankara 1990, s. 12.

17 AKTAN, s.102.

18 Örneğin Almanya’da, hayat şartlarının iyileştirilmesi için Federasyonun işbirliği gerekiyorsa ve birlik için değer taşıyorsa, Federal devlet, Anayasa’nın 91 (a) hükmünde belirtilen hallerde eyaletin görevlerinin icrasına müdahale edebilmektedir. SCHMIDT-BLEIBTREU Bruno-KLEIN Franz, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl., Neuwid 1990, s. 1025 vd.; ESSER Josef, “Does Industrial Policy Matter? Land Governmentsin

mekte ise de, ister istemez mahalli idare özerkliğinin zedelenmesi sonucunu doğurmaktadır¹⁹.

C. Devletin Hayat Standartı Geliştirme Çabaları

Mahalli idare özerkliği üzerindeki tehditlerden birisi de devletin, ülkesinin tümünde benzer hayat şartları sağlamak arzusunun kaynaklanmasıdır²⁰. Halbuki, hayat şartlarındaki farklılığı ve çeşitliliği açıkça destekleyen mahalli özerklik ilkesi ile bu durum tamamen çelişmektedir²¹. Her ne kadar, ülkedeki tüm idarelerin tek bir otorite altında toplanması, kamu hizmetlerin yeknesak ve rasyonel bir şekilde yürütülmesini sağlamakta; kamu hizmetlerinin yürütülmesi bakımından yöreler ve vatandaşlar arasında birlik ve eşitliği mümkün kılmakta²² ise de, idari hizmetlerin yürütüleceği yörelerin ihtiyaçlarının tesbit edilmesinde ve hizmetlerin bu ihtiyaçlara uygun bir şekilde yürütülmesinde, halkın kendisini doğrudan doğruya ilgilendiren mahalli işlerle ilgilenmek ve mahalli idareleri denetlemek suretiyle yönetime katılması esasına dayanan mahalli özerklik ilkesi²³, idari hizmetlerin tüm ülke düzeyinde yerine getirilmesinde birliğin sağlanması bahaneleriyle, erozyona uğramaktadır.

D. Milletlerüstü Kuruluşların Yönelttiği Tehditler

Mahalli idare birimleri milli, egemenlikaltı (intra sovereign) kuruluşlardır. Ancak bunlarla ilgili düzenlemeler, sadece milli boyutta kalmamakta; milletlerarası, egemenliküstü (ultra sovereign) kuruluşlar tarafından da yapılabilmektedir. Bu anlamda çeşitli milletlerarası kuruluşlar tarafından, mahalli idarelerin statüleri düzenlenebilmekte veya devletler arasında yapılan anlaşmalar yo-

Research and Technology Policy in Federal Germany”, in: The New Centralism, Ed. CRUCH Colin-MORQUAND David, 1989, s. 97; LAEPPLÉ, s. 82.

19 LAEPPLÉ, s. 82.

20 HANSON A. H., “Türkiye’de Bağımsız Mahalli İdare Hakkında”, Mahalli İdareler Hakkında Etüdler, Ed. HANSON A. H., Ankara 1955, s. 144; LAEPPLÉ, s. 82.

21 LAEPPLÉ, s. 82.

22 GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, Ankara 1996, s. 39-40.

23 SCHOLZ Georg, Allgemeines Verwaltungsrecht I, 6. Aufl., s. 34; MAURER Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., München 1990, § 23, rdn. 2.

luyla bu idarelere bazı yetki, görev ve sorumluluklar verilebilmektedir. Söz konusu görev ve sorumlulukların yerine getirilmesi ise sadece devleti değil, mahalli idareleri de etkilemektedir²⁴.

Bu noktada, milletlerüstü kuruluşlar ve özellikle Avrupa Birliği karşısında mahalli idarelerin ve mahalli idare özerkliğinin yeri önemlidir. Topluluk üyesi devletler içerisinde mahalli idareler, çok küçük köyleri ifade eden “komünler” den, yasama yetkisi ile donatılmış çok büyük bölgesel otoritelere kadar çeşitlilik ihtiva etmektedir²⁵. Ayrıca, yetki ve görevlerin merkezi ve mahalli idareler ile bunların yerel ve bölgesel farklı düzeyleri arasında dağıtılması bir üye devletten diğerine farklılık gösterebilmektedir²⁶.

Özellikle belirtmek gerekir ki, Avrupa Birliği’nin meydana getirilmesi, mahalli idarelerin sahip oldukları haklardan, zaman içinde artan bir kısmının Avrupa Topluluğu’nun ve onun hukuki düzeninin yararına devrini gerektirmektedir. Avrupa Topluluğu Hukuku, üye devletlerde, milli hukuk yerine geçerek geniş bir uygulama alanı kazanmakta²⁷, gittikçe artan bir biçimde mahalli ve bölgesel idarelerin görev alanlarına müdahale etmektedir²⁸. Topluluk hukuku, bir çok düzenlemesi ile mahalli idareler tarafından üstlenilecek görevlere de uygulanmakta ve onların faaliyet alanlarını doğrudan etkilemektedir. Zira, Avrupa Birliği, milletlerüstü, egemenliküstü bir kuruluş olup, organlarında doğrudan doğruya üye devletlere yönelik, bağlayıcı kararlar alınabilmektedir²⁹. Burada şöyle bir soru akla gelebilir: Acaba, Avrupa Topluluğu Hukuku, üye devlet anayasalarının tanıdığı mahalli idare güvencelerine müdahale edebilir mi? Gerçekten, üye devlet anayasaları mahalli idareler hakkında çeşitli güvenceler ihtiva

24 **BONGERS** Paul N., *Local Government and 1992*, Longman 1990, s.11.

25 Özellikle Almanya’da, Federal yapı sebebiyle yerel ve diğer özerk kuruluşlarıyla bu çeşitlilik açık bir şekilde görülmektedir. **WOLFF-BACHOF-STOBER**, § 85, rdn. 29-32; **ACHTERBERG**, § 11, rdn. 11-50.

26 **LENZ** Carl Otto, “Entwicklung und unmittelbare Geltung des Gemeinschaftsrechts”, in: *Kommunale Selbstverwaltung und europäische Integration*, Hrg. HOPPE Werner-SCHINK Alexander, Köln 1990, s. 7.

27 **HESSEL** Bart-**MORTELMANS** Kamiel, “Decentralised Government and Community Law: Conflicting Institutional Developments?” *Common Market Law Review*, 30, 1993, s. 906.

28 **YETER** Enis, “Avrupa Topluluğu 1992-Tek Pazarı ve Federal Almanya Yerel Yönetimleri”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 23, Sy. 3, Eylül 1990, s. 69.

29 **YETER**, s. 70.

etmektedir³⁰. Burada hemen belirtmek gerekir ki, topluluk hukuku, milli hukuku dikkate almak durumunda değildir. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın çeşitli kararlarına göre, üye devletler egemenlik haklarının devriyle, kendilerini kapsayan, bir anlamda bağımsızlıklarını sınırlayan yeni bir hukuki varlık, bir tüzel kişilik oluştururlar. Bu açıdan bakıldığında, topluluk hukuku normları, ne milletlerarası ne de milli hukuk niteliğinde olup, "sui generis" (kendine özgü) bir yapıya sahiptir. İşte bu sebeple topluluk hukuku, üye devletlerin anayasa güncesinde bulunan mahalli idare hakkına müdahale edebilecek konumdadır³¹.

Avrupa Birliği gibi egemenliküstü kuruluşların faaliyetleri, kararları ve standartları nedeniyle mahalli idare özerkliğinin zedelenebileceği açıktır. Bu bakımdan mahalli idare özerkliğinin azaltılmasına karşı milletlerarası düzeyde de gerekli tedbirlerin alınması, örneğin, Avrupa Topluluğu gibi milletlerüstü kuruluşların statülerinde ve hukuksal belgelerinde, mahalli özerkliğini koruyucu hükümlerin yer alması sağlanmalıdır³².

7 şubat 1992 tarihli Maastricht Antlaşmasının imzalanması, Avrupanın bütünleşmesinde yerel ve bölgesel idarelerin işlevlerine ayrı bir önem kazandırmıştır. Söz konusu Antlaşmanın 3/B maddesine göre, "salt kendi yetki alanının bir parçasını oluşturmayan konularda, Topluluk (Birlik) yalnız yerellik (subsidiarity) ilkesine uygun olarak hareket eder. Yeter ki, söz konusu önlemlerin amacı, üye devletlerce yerine getirilmekte olsun, kapsamı ve etkisi açısından, Topluluk düzeyinde daha iyi ele alınabilsin. Toplulukça yapılacak işlem, Ant-

30 Örneğin, Alman Anayasası'nın 28. maddesine göre; "Eyaletlerin anayasal düzenlemeleri, Federal Anayasa anlamında cumhuriyetin, demokratik ve sosyal hukuk devletinin esaslarına uygun olmak zorundadır. Eyaletlerde, kentlerde ve belediyelerde halkın, genel, dolaysız, serbest, eşit ve gizli seçilmiş temsilcileri bulunmalıdır. Belediyelerde seçilmiş bir heyet, belediye meclisinin yerine geçebilir. Belediyeler kendi sorumlulukları altında ve kanunlar çerçevesinde bütün mahalli işleri kendileri icra etmelidir. Belediye birlikleri de kendi kanuni görev alanı içinde hukuki, kanuni ölçülerde özerkliğe sahiptir. Federal devlet, eyaletlerin anayasal düzenlemelerinin belirtilen hususlara ve temel haklara uymasını garanti eder." SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, s. 489 vd.

31 RENGELINK Hans-Werner, "Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung im Zeichen der europaischen Integration", in: Kommunale Selbstverwaltung und europaische Integration, Hrg. HOPPE Werner-SCHINK Alexander, Köln 1990, s. 38 vd.; YETER, s. 71; Mahalli ve Bölgesel idareler ile Topluluk hukuku arasındaki kurumsal gelişmeler hakkında geniş bilgi için bkz: HESSEL-MORTELMANS, s. 905-937.

32 LAEPPLE, s. 82.

laşmanın amaçlarına ulaşabilmek için gerekli olan ölçüleri aşamaz". Görüldüğü gibi, "yerellik" ya da "hizmette halka yakınlık" ilkesi yerel demokrasinin bir güvencesi olarak Antlaşmada yer almıştır. Keleş'e göre, "Bu ilke ile, gerçekte, aşağıdan yukarıya doğru bir yönetsel yapının oluşturulması amaçlanmamaktadır. Yani istenen, yalnız bir alt basamaktaki örgütün belli bir görevi yerine getirmeye gücünün yetmediği durumlarda üst düzeyde bulunan örgütün (Birliğin) işe karışmasına olanak veren bir yapının oluşturulması değildir. Kastedilen, optimizasyon ve etkinlik ilkelerine uygun olarak çalışan bir yapı oluşturmaktır"³³. Ancak şurası da bir gerçektir ki yerellik ilkesinin uygulanması, Avrupa Topluluğu'nda hukuk birliğinin etkilenmesine yol açacaktır³⁴.

Maastricht Antlaşmasınının 198/a maddesinde, ayrıca bir de görevi, Avrupa Komisyonu'na ve Bakanlar Konseyi'ne önerilerde bulunmak olan "Bölgeler Komitesi" nin kurulması öngörülmektedir. Kurulacak bu komite sayesinde, mahalli idareler ilk kez, Avrupa Birliği seviyesinde, karar ve danışma süreçlerinde söz sahibi olabileceklerdir³⁵.

II. MERKEZİLEŞME EĞİLİMLERİ

Her ne kadar, halkın yönetime katılması, demokrasi idealine bağlılık, mahalli idarelerin artan özerklik ve bağımsızlık talepleri, kalkınmanın mahalli teşebbüslerden ve halktan başlaması gibi düşüncelerle, yerinden yönetim biraz güç kazanmış görünse de, son yıllarda, merkezden yönetim ve yerinden yönetim arasındaki tercihlerde ya da bir ülkede her ikisinden yararlanma oranında, merkezden yönetim lehine bir değişme göze çarpmaktadır. Merkezi idarenin artan görevleri, kalkınma ve plânlama ihtiyaçları, plân ve programların milli birlik ve bütünlük gerektirmesi, toplum güvenliğinin sağlanmasında devlete düşen görevler, bu yöndeki gelişmeyi etkileyen etkenlerin başında gelmektedir³⁶. Özellikle, fonksiyonel farklılaşmada görülen devamlılık ve artan merkezileşme, modern devletin, her zaman birbiriyle uyumlu olmayan, iki önemli eğilimidir. Bu eği-

33 KELEŞ Ruşen, *Yerinden Yönetim ve Siyaset*, Genişletilmiş 2. Basım, Ankara 1994, s. 68-69.

34 HESSEL-MORTELMANS, s. 936.

35 Bölgeler Komitesi üyelerinin Birlik üyesi devletlere dağılımı şöyledir: Belçika (12), Danimarka (9), Almanya (24), Yunanistan (12), İspanya (21), Fransa (24), İrlanda (9), İtalya (24), Luksemburg (6), Hollanda (12), Portekiz (12), İngiltere (24). KELEŞ, *Yerinden Yönetim*, s. 69.

36 KELEŞ Ruşen, *Kent ve Siyaset Üzerine Yazılar (1975-1992)*, IULA-EMME, İstanbul 1993, s. 234.

limler, özerk bir kurum olarak, mahalli idare düşüncesinin haklılığını sorgular gibi gözükmektedir³⁷.

Dünyada olduğu gibi Türkiye’de de mahalli idareler tarafından yerine getirilen kimi hizmetlerin, merkezi idarenin görevleri arasında yer aldığı görülmektedir. 1580 sayılı Kanunun kabul edildiği 1930 yılından beri, merkezi idarenin görev alanı sürekli belediyeler aleyhine genişlemiştir. Bu süreç içinde belediyeye ait bir görev, ya merkezi idare tarafından kendi uhdesine alınmış ya da kaynaklar kısıldığı için belediyeler birçok görevi yerine getirmekten kendiliklerinden vazgeçmek zorunda kalmışlardır³⁸. Aynı şekilde, yürütülmesi 1913 tarihli Kanun ile il özel idarelerine bırakılan okul, hastane, yol yapımı, hayvancılık ve tarım gibi çeşitli alanlardaki görevler, zaman içinde kanunlarla merkezi idareye verilmiştir³⁹.

Mahalli idare birimlerinin gelir, harcama ve hizmet unsurları açısından, gittikçe artan bir biçimde merkezi idarenin kararlarına bağlı ve onun tarafından denetleniyor olması, merkezileşmenin bir diğer göstergesidir. Başka bir deyişle, gelir ve harcamaların büyük bir kısmının merkezi idare tarafından tesbit edilmesi ve kimi mahalli hizmetlerin giderek daha çok merkezi idare birimleri tarafından yerine getirilmesi, mahalli idare birimleri arasında farklılıkların ortaya çıkmasına yol açmakta ve mahalli hizmetlerin merkezileşmesi sonucunu doğurmaktadır⁴⁰.

Belirtmek gerekir ki, merkezileşme olgusu bir takım temel zorunluluklardan kaynaklanabilir. Bazı durumlarda, geleneksel olarak yürütülen kimi hizmetlerin daha geniş ölçekte ve daha yüksek düzeyde yerine getirilmesi, üretim ölçeğinin büyümesi nedeniyle düşük maliyetle üretimin mümkün olması yüzünden bazı hizmetlerin bir üst idareye, özellikle merkezi idareye aktarılması; savaş gibi kaçınılmaz olayların gelir ve giderlerde doğuracağı artış; mali ve iktisadi genel politikalar nedeniyle merkezi idarenin bazı hizmet ve harcamaları denetim altın-

37 **LOUGHLIN** Martin, *Local Government in The Modern State*, London 1986, s. 1.

38 **TEKELİ** İlhan, “Cumhuriyet Döneminde (1923-1973) Türkiye’de Belediyeciliğin Evrimi”, in: *Türkiye’de Belediyeciliğin Evrimi*, Ed. Ergun Türkcan, Birinci Kitap, Belediyecilik Araştırma Projesi, Ankara 1978, s. 280.

39 **AKYILMAZ** Bahtiyar, “İl Özel İdaresi”, *Türk İdare Dergisi*, Y. 60, Sy. 379, Haziran 1988, s. 102, 107.

40 **FALAY** Nihat, “Yerel Yönetim Birimleri Arası Farklılıklar”, Prof. Dr. Fadıl H. SUR’un Anısına Armağan, Ankara 1983, s. 124.

da tutmak istemesi ve nihayet, kamu hizmetlerine, gelir ve giderlerine merkezi idarenin müdahalesinin toplumda hoş görülme eğiliminin bulunması gibi çeşitli nedenlere bağlı olarak, gelir gider ve hizmetlerde zorunlu bir merkezileşmenin görülmesi de mümkündür⁴¹.

Merkezileşmenin sebepleri genel olarak; gelir kaynaklarının merkezileşmesi etkisini gösteren gelişmeler, bilimsel ve teknolojik alandaki ve ulaşımdaki gelişmeler, göçler, kamu hizmetlerinde görülen gelişmeler ve bunların rasyonel esaslara göre düzenlenmesi zorunluluğu olarak karşımıza çıkar.

A. Gelir Kaynaklarının Merkezileştirilmesi

Mahalli idarelerde gelirlerin merkezileşmesi; köy-kasaba-şehir ilişkilerinin ekonomik yönden çok fazla artması, hemşehrilik kavramının değişmesi, büyükşehir hizmetlerinin mahalli kaynaklarla yürütülememesi gibi sebeplere dayanmaktadır. Kamu hizmetindeki merkezileşme eğilimi, gelirlere de yansımaktadır.

Devlet gelirlerinde en önemli payı oluşturan gelir ve kurumlar vergisi gibi doğrudan, katma değer vergisi gibi dolaylı vergiler, merkezi idareye aittir. Buna karşılık mahalli idarelere yürüttükleri hizmetle orantılı gelir kaynakları verilmemiştir. Kaynakların bir kısmı da zaman içinde kamu hizmetinin merkezileşmesine bağlı olarak merkezi idareye devredilmiştir. Mahalli idareler, gelir kaynaklarını kaybettiği ölçüde hizmet görme imkânlarını da kaybetmişler, bu sebeple, geliri kendinde toplayan merkezi idare, hizmetleri de üstlenmek durumunda kalmıştır⁴².

Mahalli idare birimleri arasında ortaya çıkan gelir-gider farklılıkları da merkezileşmeyi doğurmaktadır. Gelir-gider farklılıklarının temelinde hizmet üretim ve sunumundan kaynaklanan kimi dış etkenler bulunmaktadır. Ayrıca sanayileşme ve kentleşme hızındaki farklılıklar da mahalli farklılıklar sorununun bir yansımasıdır. Bu farklılıklar, merkezi-mahalli idare birimleri arasında mali ilişkiler düzeninde ortaya çıktığı takdirde gelir ve giderlerde merkezileşme görülmektedir⁴³.

41 FALAY, s. 124-125.

42 NADAROĞLU Halil, Mahalli İdareler, 5. Bası, İstanbul 1994, s. 70-71.

43 FALAY, s. 119.

B. Bilimde Teknolojide ve Ulaşımındaki Gelişmeler

Bilim ve teknikte meydana gelen gelişmeler ulaşımında da etkisini göstermiş, ülkeler ve bölgeler arasındaki mesafeler kısalmıştır. Ulaşım teknolojisinde görülen ilerlemeler sayesinde nüfusun hareketliliği önemli ölçüde artmış; buna bağlı olarak yöreler arasındaki farklılıklarda çok radikal değişiklikler olmuştur. Birbirlerine yaklaşımları sonucunda görgü, bilgi, kültür bakımından kendilerini ve çevresini daha iyi tanıyan insan, idareden daha kaliteli hizmet bekler hale gelmiştir⁴⁴.

Bu gelişmelerin sonucunda, eskiden yerel kabul edilen birtakım hizmetler, merkezi bir nitelik kazanmıştır. Örneğin, turistik yörelerde ve sahillerde, mahalli idarelerin sağlık, konut ve temizlik gibi hizmetlerinin eskisi gibi mahalli bir hizmet olarak algılanması güçleşmiştir.

Teknik ve ekonomik alandaki gelişim, sosyal ve kültürel dokuların gelişmesine de yol açmış; bu durum, sorunların daha da karmaşık hale gelmesine sebep olmuştur. Mevcut imkânların yetersizliği ve gereken kaynaklarla donatılmama gibi nedenlerle, mahalli idareler yeni görevlerin üstesinden gelememişler, görevlerinin bir kısmını il veya başkent teşkilatı gibi daha üst merkezi idari birimlerine devretmek zorunda kalmışlardır. Yeni yeni mahalli ihtiyaçların ortaya çıkması, mahalli idareler arasında bunların yerine getirilmesi bakımından denge-sizlikler meydana getirmiş, mali yardımlar veya bağışlar dolayısıyla merkezi idare müdahale ve denetim yetkisini sürekli kendisinde görmüştür⁴⁵.

C. Göçler ve Kentleşme

Ekonomik ve sosyal nedenlerle köylerden kente yönelik nüfus akımı, kentleşmeye yol açmıştır⁴⁶. Kentleşmenin en önemli özelliklerinden birisi, nüfusun artan oranlarda büyük kentleri seçmesi, orta büyüklükteki kentlere rağbet etmemesidir⁴⁷. Kentleşmenin özünde sanayileşme yatar. Ancak, kentleşmeyi

44 AKTAN, s. 102; NADAROĞLU, s. 71.

45 AKTAN, s. 113.

46 TACHAU Frank, *The Politics of Authority, Democracy and Development*, Praeger, 1984, s. 148.

47 Örneğin Türkiye'de "100.000 ve daha fazla nüfuslu kentlerin, kentli nüfus içindeki payı, 1960'da % 43.3'den, 1985 yılında % 64.9'a yükselmiştir. 2000 yılında ise % 75 olacağını tahmin edilmektedir. 1960-1985 döneminde, kentlere yeniden 18.5 milyon insan

sadece sanayileşme ile özdeşleştirmek de mümkün değildir. Kırsal kesimde toprak üstündeki nüfusun baskısı, tarımda makinalaşma, toprağın küçük parçalara bölünmesi, kırsal alandaki ve özellikle ilçelerdeki sınırlı iş imkânları ile bunların sağladığı gelir düzeyindeki yetersizlikler, kentlere olan akımın diğer sebepleridir⁴⁸. Gerçekten, sanayileşmiş toplumlarda, kentlerdeki iş imkânları, hayat standartları ve kentlerde üretilen mal ve hizmetlere duyulan talep, kırsal nüfusu kentlere çekmektedir⁴⁹.

Kent idareleri için, nüfusun büyümesi, yeni ihtiyaçlar, yeni talepler, yeni sorunlar, yeni sorumluluklar ve buna bağlı olarak yeni politikalar, yeni hizmetler ve yeni ajanlar demektir.

Kentsel büyümenin sonuçlarından biri ve belki de en önemlisi, geniş alanlara yayılan ve sayısı artan nüfusun nitelik ve nicelik açısından kent yönetimlerinden daha çok hizmet istemesidir⁵⁰. Böylece kentleşme, mahalli idarelerin hizmetlerinde ciddi bir genişlemeye yol açmakta⁵¹, eskiden karşılamakta güçlük çekmedikleri yerel hizmetleri, karşılayamaz hale gelmelerine sebep olmaktadır.

Büyük kentlerdeki tarihi, kültürel zenginlikler, sağlık, eğitim ve benzeri hizmetlerdeki göreceli üstünlükler, sadece buralarda yaşayanların yararlanacakları cinsten mahalli özellikler değildir. Ülke nüfusunun çoğunluğu bu imkânlardan yararlanmaktadır. Belirtmek gerekir ki, üniversitelerin, kültürel ve sanatsal faaliyetlerin, yeterli sağlık ve eğitim hizmetlerinin büyük çoğunluğunun büyük şehirlerde yoğunlaşması da göçün en önemli sebeplerindendir.

Büyük şehirlerde mahalli hizmetler, sayı, tür ve nitelik olarak da artmaktadır. Bunun ilk nedeni, büyük kentlerde yaşayan insanların, kırsal veya daha az

gelmiştir. 2000 yılında, kentli nüfusa 20 milyon insanın daha eklenmesi beklenmektedir. Bu 20 milyonun 18 milyonu 10.000 ve daha fazla nüfuslu kentlerde yaşayacaktır.” KELEŞ Ruşen, Türkiye’de Kent Yönetimi, Ankara 1988, s. 9.

48 KAZANCI Metin, “1973 Sonrası Belediyeler ve Belediyelere İlişkin Sorunlar”, in: Belediye İşlevlerine Nicel Bir Yaklaşım, Ed. TÜRKCAN Ergun Belediyecilik Araştırma Projesi, Türk İdareciler Derneği, Bilimsel Araştırma Dizisi-2, Ankara 1979, s. 240.

49 KELEŞ, Kentleşme Politikası, s. 9.

50 Kentsel büyümenin diğer sonuçları için bakınız: YAŞAMIŞ Firuz Demir, “Üçüncü Bin Yılın Yönetim Teknolojisine İlişkin Gereksinimleri ve Türk Belediyeleri”, Yeni Türkiye, Yıl :1, Sy.1, Mayıs-Haziran 1995, s. 428.

51 SHARPE L. J., “Is There a Fiscal Crisis in Western European Local Government? A First Appraisal,” in: The Local Fiscal Crisis In Western Europe, Ed. SHARPE L. J., London 1981, s. 18.

nüfuslu yerlerde yaşayanlara oranla daha az kendi kendine yeterli (self-sufficient) olmasıdır. İkincisi, artan nüfus yoğunluğuna bağlı olarak evlerin, dükkanların, büroların ve fabrikaların birbirlerine yakın olması, bunun da bir takım ek mahalli hizmetlerin yerine getirilmesini gerektirmesidir. Üçüncüsü ise, kırsal alanlarda ortaya çıkmayan kolektif ihtiyaçların doğması; kentin büyümesiyle birlikte, cadde aydınlatması, kanalizasyon, cadde temizliği, kamu ulaşımı ve itfaiye hizmetleri gibi kentsel hizmetlerin sağlanmasında da artma sözü konusudur⁵².

Bütün bu ve buna benzer sebeplerle, özellikle eğitim, sağlık gibi hizmetler, yerel özelliklerini yitirmekte ve merkezi idare tarafından yürütülen ya da yürütülmesi gereken hizmetler haline gelmektedirler.⁵³

D. Kamu Hizmetlerindeki Gelişmeler

Teknolojik gelişmeler sonucunda bazı hizmetlerde öylesine gelişmeler görülmüştür ki, bunlar mahalli idarelerin, hatta merkezi idarenin sınırlarını aşmış, devletlerarası ilişkilere konu olmuştur. Çevrenin korunması yolundaki çalışmalar bunun en güzel örneğidir.

Avrupa Topluluğuna üye devletler, 1973' te ortak bir çevre politikası uygulanması için bir takım ilkeler belirlemişler ve bu politikanın amacını şu şekilde açıklamışlardır: “İnsana mümkün olan en iyi yaşam koşullarını sağlayacak bir çevre vererek gelişmeyi insanın hizmetine sunmak ve bu gelişmeyi gittikçe daha büyük bir önem kazanan doğal ortamı koruma zorunluluğuyla bağdaştırmak için elbirliği ile çalışmak”⁵⁴.

E. Kamu Hizmetlerinin İdaresinin Rasyonel Esaslara Göre Düzenlenmesi Zorunluluğu

Teknolojik gelişmelere paralel olarak, kamu hizmetlerinin de asgari bir ölçüğe göre teşkilatlandırılması suretiyle, daha rasyonel işletme ve idare usullerine göre yerine getirilmesi zorunludur. Bu asgari ölçük ise yoğunlukla mahalli

⁵² SHARPE, s.19-20.

⁵³ NADAROĞLU, 71.

⁵⁴ Aynı konuda, Akdenizin kirlenmesini önleyecek ortak bir çözüm bulunması konusunda yapılan ve Türkiye'nin de dahil bulunduğu milletlerarası çalışmalar örnek olarak verilebilir

ihtiyaçlara göre değil, milli ihtiyaçlara göre belirlenecektir⁵⁵. Böylece, bir kısım hizmetlerin merkezi idare tarafından yerine getirilmesiyle, mahalli idarelerin aynı hizmeti üstlenmesine oranla geniş ölçekli üretim ortaya konulmuş, maliyet tasarruflarından daha etkin ve verimli bir şekilde yararlanılmış olacaktır⁵⁶.

F. Plânlamanın Daha Yaygın Bir Uygulama Alanı Bulması

Merkezileşmeyi teşvik eden diğer bir gelişme de, devlet hayatında plânlamanın, gittikçe daha yaygın bir uygulama alanı bulması olmuştur.

1930' lu yıllarda dünyayı etkisi altına alan ekonomik buhranı izleyen dönemde, ekonomideki yeni düzenlemelerin ve toparlanmanın, savaşın yaralarını sarmanın, insanlığın geleceğini daha mutlu ve güvenli bir düzeye ulaştırmanın, ancak, milli kalkınma plânlaması ile gerçekleştirilebileceği kabul edildi. Ancak, kalkınma plânlarının hazırlanması, işsizliğin önlenmesi, sosyal adaletin sağlanması, ekonomik büyümede istikrar, ödemeler dengesi, enflasyona yol açmayan sıhhatli bir para politikası, geniş kapsamlı amaçlarla, sınırlı kaynaklar arasında denge kurulması ve önceliklerin isabetli tesbit edilmesi, mahalli idarelerin değil, merkezi idarenin faaliyet alanı içinde görüldü⁵⁷.

G. Mali Denge ve Sorumluluk

Mali denge, bireylerin, "ödedikleri şeyi elde etme" ve "elde ettikleri kadar ödeme" ihtiyacıdır⁵⁸. Mahalli idareler arasındaki gelir-gider farklılaşması, bazı mahalli idarelerin, bir takım kamu hizmetlerini yerine getirememelerine, dolayısıyla mahalli halkın bu hizmetler açısından tatmin edilememesine yol açmaktadır. Mali açıdan güçlü mahalli idarelerde mali denge de sağlanmakta, yani hem hizmet yerine getirilmekte, hem de hizmetten yararlananlar tatmin edilmektedir. Kentin mahalli hizmetleri halka sunmasındaki mali denge ve sorumluluk sorunları da demokratik ve etkin kent idarelerine yönelik tehditlerdendir.

Mahalli halkla mahalli idarenin karşılıklı sorumluluklarını yerine getirememeleri de bir başka sorun olarak karşımıza çıkar. Genelde, mahalli meclislerin, çalışması için elverişli ortamın mevcut olmayışı, yönetim riskleri, kentin

55 NADAROĞLU, s. 72.

56 ÖNCEL Yenal, Mahalli İdareler Maliyesi, İstanbul 1992, s. 37.

57 AKTAN, s. 113-114.

58 KARAMAN Zerrin-Toprak, "Türkiye'de Siyasetin Kent Yönetimine Etkisi", Yeni Türkiye, Y. 1, Sy. 4, Mayıs-Haziran 1995, s. 542.

mevcut imkân ve araçlarının kentsel hizmetlere yetişememesi, mahalli halkın yönetime ilgisizliği, ekonomik tercihlerinden kaynaklanan göçler gibi birbiriyle ilgili konular, demokratik, etkin ve kendi kendine yeten bir mahalli idarenin gelişimini engellemekte, onun özerkliğini tehdit etmektedir⁵⁹.

III. MERKEZİLEŞME EĞİLİMİNE İKİ ÖRNEK: İNGİLTERE, ALMANYA

Son yıllarda Batı'da da Dünyadaki genel gelişime uygun olarak mahalli hizmetlerde merkezileşme eğilimleri görülmektedir.

İngiltere'de, kimi hizmetlerin mahalli idarelerden merkezi idareye devredilmesi, özel yardımların artırılması, mahalli idare harcamalarının ve yerel meclislerin vergileme yetkilerinin denetim altına alınması yolunda çalışmalar bulunmaktadır.

1970 ortalarına kadar olan dönemde, mahalli idareler üzerinde merkezin denetiminin yavaş yavaş artması ile ekonomik ve sosyal değişiklikler aynı zamana rastlamıştır. Ancak, bu değişikliklerin mahalli idare özerkliğini azaltma arzusuyla yapıldığını söylemek zordur⁶⁰. Çünkü, bu dönemde, özel yardımların yerini genel yardımların alması, hükümetlerin mahalli idareleri eğitim ve diğer sosyal hizmetlerin sağlanması konusunda cesaretlendirmeleri, mahalli idarelerin harcamalarının genişlemesine neden olmuştur. Hatta bu dönemde, mahalli idareler, yerel olarak konan vergilerle finanse edilmişler ve genel yardımlar, mahalli otoritelere göreceli bir özgürlük vermiştir.

Mahalli idare özerkliğini azaltıcı eğilimler, 1970'li yılların ortalarında başlamış olmasına rağmen, muhafazakârların ve İşçi partililerin yaklaşımları farklı olmuştur. İşçi partisi, merkezden yapılan genel yardımların miktarını azaltarak muhafazakârlar ise, özel yardımları istekle ve şevkle kullanmak suretiyle yerel meclisleri etkilemeye çalışmışlardır.

1980'li yıllarda, merkezi ve mahalli idareler arasındaki siyasi bölünmüşlük⁶¹ yüzünden merkezi ve mahalli otoriteler arasında ortak hedef birliğinin bulunmaması, sosyal ve ekonomik amaçların başarılabilmesinin, mahalli otoritele-

⁵⁹ KARAMAN, s. 542.

⁶⁰ TRAVERS Tony, "The Threat to The Autonomy of Elected Local Government", in: The New Centralism, Ed. CROUCH Colin-MORQUAND David, 1989, s. 19.

⁶¹ Aynı yıllarda iktidarda Muhafazakârların bulunmasına karşılık, mahalli meclislerde İşçi Partisinin adırlığı bunuyordu.

rin zayıflatılmasıyla kolaylaşacağı düşüncesiyle⁶², merkezi hükümet tarafından mahalli idarelerin özerkliğini zedeleyici birtakım yasal düzenlemelerin yapıldığı görülmüştür.

1980 tarihli Mahalli İdareler Plânlama ve Arazi Kanunu, merkezin, mahalli idareler üzerindeki etkisini artırmak için önemli bir adım atıyor ve “blok yardımlar”ın dağıtılmasında “ihtiyaç” ve “kaynak” elemanlarına dayanılmasını öngörüyordu. Böylece, artan mahalli harcamaların kısılmasında blok yardımların kullanılması, mahalli idare özerkliğini azaltıcı sakıncalarına rağmen, kaçınılmaz bir çare olarak öngörülmüştü. Blok yardımlar, mahalli idare özerkliğinin sınırlandırılmasının ilk adımını teşkil etmiş, daha sonra bunlar, artan oranda cezalandırıcı amaçlarla kullanılmıştır⁶³.

1979 yılından sonra Muhafazakâr hükümetler mahalli idarelerin kent kalkınmalarına yönelik yetkilerini geri alan politikaları benimsemiştir⁶⁴. Özellikle, mahalli idare girişimlerinin sınırlanması için yasa yapma üstünlüğünü kullanmış, kalkınma süreci üzerindeki yerel kontrol sınırlandırılmış, ayrıca, idarelerarası ortaklığa dayanan kentsel kalkınma programları üzerindeki merkezi denetimler de genişletilmiştir⁶⁵. Bu stratejilerin devamı olarak, Kent Kalkınma Tüzelkişilikleri (Urban Development Corporations) kullanılmıştır⁶⁶. Bu tüzel kişiliklere, kamu arazileri, dikkate değer mali kaynaklar ile plânlama ve ulaşım

62 Muhafazakâr Hükümet, kamu hizmetlerinin en önemli sunucusu olmalarına rağmen, mahallî kurumların önemli ideolojik ve siyasî rollerinin bulunması ve bu kurumların önemli kamu harcamalarını yapmaları gibi nedenlerle, İngiliz toplumunu yeniden yapılandırmanın engelleri ardasında mahallî idareleri de görüyordu. **DUNCAN** Simon - **GOODWIN** Mark, Local State and Uneven Development, 1988, s. 94.

63 TRAVERS, s. 10; **DUNCAN** -**GOODWIN**, s. 108.

64 **HARDING** Alan, “Central Control in British Urban Economic Development Programmes” in: The New Centralism, Ed. **CROUCH** Colin-**MORQUAND** David, 1989, s.31.

65 **HARDING**, s. 35.

66 Kentsel Kalkınma Tüzelkişilikleri, mahalli idarelerin kontrolünden çıkarılan önemli alanlarda kurulmuşlar ve Hazineden finanse edilmişlerdir. Bunlar, Parlamenteoya karşı sorumlu olmuşlar ve ilgili bakan tarafından atanan kişiler tarafından idare edilmişlerdir. Mahallî otoritelerin kalkınma kontrol fonksiyonlarının yönetimini devralmışlardır. **HARDING**, s. 34.

konusunda önemli yetkiler verilmiştir. Kentsel Kalkınma Tüzelkişilikleri mahalli idare özerkliğini önemli bir şekilde azaltmıştır⁶⁷.

Almanya'da da son yıllarda merkezileşme eğilimlerine tanık olunmuştur. Federal Hükümet ile eyaletler arasında açık bir işbölümü tesis etmek zordur. Anayasa'ya göre, Federal Hükümet, dış politika, savunma, temel hak ve hürriyetler, milli para, federal sınırlar, demiryolları, hava taşımacılığı, posta ve kitle haberleşmesi ve merkezi polis gibi fonksiyonlardan tek başına sorumludur⁶⁸. Federal hükümetin, görevli olduğu alanların dışında ve söz konusu alanların düzenleme hakkını, kendi yasama yetkisinin bulunduğu alana almadığı sürece, eyaletlerin her türlü yasama yetkileri mevcuttur⁶⁹. Federal Devlet, eyaletlerin yasama yetkisi dahilinde olan şu üç alanda "federal yasamaya ihtiyaç olduğu ölçüde" yasama yetkisi kullanabilir: Eyalet kanunlarının etkili olmadığı durumlarda, eyaletin yapacağı kanunların diğer eyaletlerin veya tüm ülkenin menfaatini ihlal edeceği hallerde ve nihayet, Anayasa'nın, öngördüğü "hukuki veya ekonomik birliğin korunması, özellikle, eyalet üzerindeki hayat şartlarında ahengin sağlanması" ile ilgili konularda⁷⁰. Üçüncü durumu, federal sistem içerisinde "merkezileşmenin truva atı" olarak değerlendirilmiştir⁷¹. Çünkü, bu hüküm gerçekte, Federal Hükümetin kendi görev ve sorumluluğu altına alacağı, dış politika ve hatta hukuki, ekonomik, tarımsal, taşıma ve sosyal politika gibi politika

67 TRAVERS, s. 13.

68 Federasyonun tek başına yasama yetkisine sahip olduğu hususlar; dışişleri, milli savunma, vatandaşlık, seyahat özgürlüğü, pasaport işleri, göç, suçluların iadesi, para, ölçü, ağırlık rejimi, zaman birimi tesbiti, gümrük ve ticaret işleri, demir ve hava yolları, posta ve telekomünikasyon işleri, Federasyona bağlı kamu kuruluşlarındaki görevlilerin personel rejimi, ihtira ve yayın hakları, adli polis, federal polis ve federal istatistik çalışmaları olarak Anayasa'nın 73. maddesinde onbir bent halinde tadadı (enumerativ) bir şekilde sayılmıştır. SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, Art 73, s. 817-832; THIEME Werner, Verwaltungslehre, 2. Aufl., 1969, rdn. 567, 569, 811, 975, 981; ESSER, s. 97.

69 Anayasa m. 70/ (1) "Eyaletler, bu Anayasanın Federasyonun inhisarına bırakmadığı ölçüde yasama yetkisine sahiptirler". Bkz. SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, Art 70, s. 807-811.

70 Anayasa m.72.

71 ESSER, 97.

alanlarına temel teşkil edebilmektedir. Böylece, eyaletlere sadece eğitim politikaları ile idari yapı kalmış olmaktadır⁷².

Merkezileşme eğilimleri, 1966-67 ekonomik durgunluk dönemini takip eden yıllarda en yüksek düzeyine ulaşmıştır. Ekonomiyi altüst eden ekonomik krizin üstesinden gelmek için, devlet, müdahaleciliği gerekli görülmüştür. Keynesyen mekanizmaların üretilmesinden, devletçi görüşte olan ticaret birliklerinin ve karar verme sürecinin güçlenmesinden sonra, gerçekleştirilen en önemli yenilik, daha fazla merkezîyetçilik ve federalizmin rasyonelleşmesi olmuştur. Bölgesel ve yerel kurumların ekonomik istikrarı bozucu etkisinin üstesinden gelmek amacıyla, özellikle, eyaletlerin ve mahalli idarelerin mali özerklikleri azaltılmış, merkezi hükümetin yasama ve idari yetkileri genişletilmiş ve yerel ve millî politikalar arasındaki koordinasyonun sağlanması için, "Mali Plânlama Konseyi", "Ekonomi Yönetimi Konseyi" ve bölgesel plânlama kurumları gibi yeni merkezi kurumlarla birlikte, alt-düzye bölgesel ve mahalli otoritelerin plânlama ve idari yetkilerinin güvenlik altına alınması yoluna gidilmiştir. "Dikey politikaların entegrasyonu"nun en önemli sonucu olarak, tarımsal ve bölgesel ekonomik yapıların, yüksek öğretimin ve eğitim ve araştırma politikalarının düzeltilmesi için mahalli idarelere yönelik projeler üretilmiştir⁷³.

Özetle, Almanya'da, 1980'li yıllarda Eyalet endüstriyel politika faaliyetleri genişlemiş, teknolojik gelişmelere paralel olarak, birtakım yenileştirme programları geliştirilmiştir. Devlet cihazında yapılan kurumsal ve usulî değişiklikler arasında yetki ve kararların merkezileşmesi de söz konusu olmuştur. Fonksiyonların merkezi devletten Eyaletlere transferi, bu yoldaki teze rağmen sürdürülememiştir. Federal Devlet, 1970'lerin ortalarında endüstriyel politika ve faaliyetlerini genişletmiştir. Kendi faaliyetlerindeki artışa rağmen, Eyalet ortaklaşa yapılan federalizmden feragat etmemiştir. Yeni anahtar teknolojilerin oluşturulması ve içeriğinin şekillenmesinde büyük şirketler stratejik olarak önemli rol oynamışlardır. Eyaletler ise bu firmaların faaliyetlerini yasaklamamışlardır⁷⁴.

IV. MAHALLİ İDARE REFORMLARININ MERKEZİLEŞME ETKİSİ

Mahalli idareler son yıllarda ülkelerin bir çoğunda yeniden teşkilatlandırılmıştır. Bu yapısal gelişmenin en önemli müşterek sonucu, merkezileşme etkisi

⁷² ESSER, 97.

⁷³ ESSER, 98.

⁷⁴ ESSER, 107.

meydana getirmeleridir⁷⁵. Gerçekten, özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, gerek dünya'da ve gerekse Türkiye'de mahalli idare birimlerinde çok büyük gelişme ve değişimler olmuştur. Bu gelişmelerin ve değişmelerin en önemli sonucu, kendisini, mahalli idarelerin reorganize edilmesinde göstermiştir⁷⁶. Bu gelişmeler, mevcut mahalli idare yapılarının yetersiz kalmasını sağlamış ve belediyeleşmeden ziyade millileştirme için bir sebep teşkil etmişlerdir⁷⁷.

Mahalli idarelerin yeniden teşkilatlandırılmasının, ekonomik, sosyal ve siyasal şartlara bağlı, kalkınmış veya kalkınmakta olan ülkelerin her ikisinde de gözlemlenen yeniden teşkilatlandırılmalarının iki önemli esas sebebi, şehirleşme ve sanayileşmedeki gelişmelerdir⁷⁸.

Ekonomik, teknolojik, siyasi ve psiko-sosyolojik sebeplere⁷⁹ bağlı olarak ortaya çıkan şehirleşmenin mahalli idareler bakımından ciddi sonuçları bulunmaktadır. Ülkeden ülkeye, hatta aynı ülkede yöreden yöreye değişmeye müsait ve etkileri çok büyük olan bu sonuçların en önemlilerinden birisi, şehir belediyesi nüfuslarının artması ve özellikle şehirde oturanlar ile mahalli idareler arasındaki uzaklıkların önemli ölçüde büyümesidir⁸⁰. Gerçekten, gelişmiş olsun veya gelişmekte bulunsun, kapitalist veya sosyalist olsun bütün ülkeler şehirleşmenin sonuçlarının etkileriyle karşı karşıyadır. Birleşmiş Milletlerin tahminlerine göre, beş milyonu aşan şehirlerin sayısı ikibin yılında altmışı bulacaktır⁸¹. Şehirleşmenin ikinci önemli sonucu, metropolitan bölgelerin ortaya çıkmasıdır⁸². Çoğu durumlarda, mahalli idare metropolitan bölge içerisinde parçalanmıştır ve

75 **ROWAT, Donald R.**, "Son Mahalli İdare Reorganizasyonlarının Merkezileşme Etkisi," İller ve Belediyeler Dergisi, Yıl:40, Sy. 459, Ocak 1984, 1390.

76 **ROWAT**, 1390.

77 **LOUGHLİN**, 7.

78 **ROWAT**, 1390.

79 Şehirleşmenin sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: **Keleş**, Kentleşme Politikası, 8 vd.

80 **ROWAT**, 1390.

81 **KELEŞ**, Kentleşme Politikası, 6-7.

82 **ROWAT**, 1390.

metropolitan idaresinin her şeye şamil bir birimi mevcut değildir. Hatta, metropole dahil yerler arasında hizmet dengesizlikleri bile giderilememektedir. Özellikle gelişmekte olan ülkelerde, şehir hayatının gerektirdiği hizmetleri sunamayan bu idarelerin metropole dahil olan çevrelerin sorunlarını çözmesi mümkün olmamaktadır. Sanayileşmenin ortaya çıkışı ile, şehirleşmenin artması birbiriyle yakından ilgilidir. Sanayileşme ile, ülke ekonomisinde entegrasyon artmış ve mahalli değil, milli düzeyde halledilmesi gereken sorunlar ortaya çıkmıştır. Gerçekten, sanayileşme ile birlikte şehirleşmenin ortaya çıkardığı kişisel ve bölgesel farklılıkların giderilmesi, servetin vergilendirilmesi ve mahalli idareler vasıtasıyla yeniden dağıtımının sağlanması zorunluluğunun yanında, sosyal ve idari hizmetlerin ülkenin her tarafından asgari olarak sağlanması ihtiyacı doğmuştur. Böylece, tüm ülke düzeyinde, birörnekliliği, adaleti, etkinliği ve kalkınmayı teşvik etmek için merkezden yönetime doğru bir gelişme eğilimi ortaya çıkmıştır. Pek çok ülkede, tarımsal üretim yapısına göre kurulmuş mahalli idare birimlerinin, sanayileşme ve şehirleşme sonucunda boyutlarındaki büyüme nedeniyle, mahalli hizmetlerin yerine getirilmesinde yetersiz kaldıkları söylenebilir.

Son yıllarda mahalli idarelerde gerçekleştirilen reformların gerçek hedefi, mahalli idarelerin özerkliklerini artırmak, mahalli düzeyde karar vermek ve halkın yönetime katılmasını ve onunla diyalog kurmada kolaylıkların sağlanması gibi demokratik değerlerin teşvik edilmesinden ziyade, hizmetlerin götürülmesinde en fazla verimliliğin ve milli entegrasyonun sağlanması, ekonomik kalkınmanın teşvik edilmesi doğrultusunda olmuştur⁸³. Gerçekten, mahalli idare reformlarının çeşitli ülkelerde gelişimi incelendiğinde görülmektedir ki, vatandaşın yönetime katılmasında teknik etkinlik üzerinde durulmuş ve merkezileşme teşvik edilmiştir. Özerk bölgesel mahalli idarelerin meydana getirilmesi ve mevcutlarının güçlendirilmesi çabalarının yanında, merkezi idarenin denetim derecesi artmış, mahalli idare özerkliği kısıtlanmış ve mahalli idareler vatandaştan daha da uzaklaşmıştır.

Mahalli idarelerin yeniden düzenlenmesi amacıyla, halktan kopuk, milli etkinliğe ağırlık veren reformların yapılması, bir ülkenin demokratik mahalli idare temellerini zayıflatacağı gibi, halktan uzak bir bürokrasinin oluşmasına hizmet edecektir. Rowat'ın dediği gibi, "etkinliğe verilen değer, demokrasi değerlerinin çiğnenmesi anlamına gelmemelidir"⁸⁴.

Halkın idare ile diyalog kurabilmesi, yönetime katılabilmesi ve mahalli seviyede karar oluşturulabilmesi için yeni birtakım vasıtaların ortaya çıkarılması

83 ROWAT, 1391.

84 ROWAT, 1392.

gerekir. Diğer bir ifade ile, önemli kararların mahalli seviyede alınmadığı süreçte gerçek mahalli idare özerkliğinin sağlanması mümkün değildir⁸⁵.

SONUÇ

Mahalli idarelerin özerkliği (yerel özerklik) birtakım tehditlerin altındadır. Mahalli idare birimleri gittikçe büyümektedir. Bu büyüme ise, örneğin belediyelerde, yerel halkın belde sorunları ile ilgilenmeleri ve mahalli sorunların çözümü ile ilgili faaliyetlere katılmak hususundaki şevk ve isteklerini kırmaktadır. Bu tehdidin ortadan kaldırılması için, mahalli idare birimlerinin alansal olarak büyümelerinin durdurulması yoluyla değil de, onlara yeterli mali özerklik vermek suretiyle ve özellikle halkın mahalli sorunların çözümüne çeşitli şekillerde katılmasının hukuken öngörülmesi ile mümkündür.

Yerel ihtiyaçların mahalli idare birimleri tarafından hiç veya yeterince karşılanamaması hallerinde, bu ihtiyaçları karşılayan yerel hizmetlerin merkezi idareye aktarılması veya merkezi idare ile ortaklaşa yürütülmesi öngörülmektedir. Bu mahalli idare özerkliğine büyük bir tehdittir. Merkezi idareler, artan ve mahalli idarenin boyutlarını aşan yerel hizmetleri kendi uhdesine almak yerine, o hizmetin mahalli idare birimi tarafından yerine getirilmesini sağlayıcı kaynak transferini gerçekleştirmelidir.

Ayrıca, devlet, tüm ülke düzeyinde yürütülen kamu hizmetlerinde birlik ve ahenk sağlama düşünceleriyle de olsa mahalli idare özerkliğini tehdit edici faaliyetlerden kaçınmalıdır. Zira, yerel özerklik düşüncesi doğrudan doğruya yerel halkı ilgilendiren sorunların yine kendilerin tarafından çözülmesi esasına dayanmaktadır. Bu nedenle, merkezi idare, kamu hizmetlerinde birlik sağlamak gibi düşüncelerle mahalli idarelere müdahale etmek yerine, hizmet standartları getirmek ve bu standartta hizmet üretmeleri için mali imkân vermek suretiyle yerel özerkliği korumak yoluna gitmelidir.

Egemenlik-üstü kuruluşların statüleri düzenlenirken veya devletler arasında anlaşmalar yapılırken, devletlere ve dolayısıyla mahalli idarelere çeşitli görevler vermektedirler. Bu durum ise, mahalli idare özerkliğine yönelik bir tehdit unsuru oluşturmaktadır. bu nedenle, merkezi idareler, milletlerüstü kuruluşların yönelttiği tehditleri ortadan kaldıracı ve "hizmette halka yakınlık ve yerellik" ilkesini öngören hükümlerin milletlerarası anlaşmalara konulması için merkezi idareler çaba harcamalıdır.

85 ROWAT, 1392.

Son yıllarda hem ülkemizde ve hem de dünyada mahalli hizmetlerin tedricen merkezi idarelerin görevleri arasında yer almaya başladığı; mahalli idarelerin gelir, harcama ve hizmet unsurları açısından gittikçe merkezi idarenin kararlarına bağlı hale geldiği; mahalli idarelerin gelir kaynaklarının merkezileştiği; bilimsel ve teknolojik gelişmeler, göçler, kentleşme gibi nedenlerle, yerel kamu hizmetlerinin mahalli idarenin boyutlarını aştığı görülmektedir. Bu ve benzeri gelişmeleri ise, yerel kamu hizmetlerinde merkezileşmeyi doğurmaktadır. Merkezi idareler, her ne sebeple olursa olsun, yerel ihtiyaçları karşılayan hizmetleri kendi uhdesine almak yerine, mahalli idarelere yeterli kaynak sağlayarak, onların karşılıklı işbirliği içerisinde güçlerini birleştirmelerine vesile olarak veya birlik kurmalarını sağlayarak kendi sorunlarını kendilerinin çözmelerine yardımcı olmalıdırlar. Çünkü, çağımızda, mahalli idare özerkliğine yönelik en büyük tehdit, mahalli idarelerce yerine getirilemeyen yerel kamu hizmetlerinin merkezileşmesidir.

Günümüzde mahalli idareler, hem sayıca hem de fiziki ve fonksiyonel açıdan gittikçe büyümektedirler. Bu büyüme, yerel halkın belde sorunları ile ilgilenmek ve mahalli sorunların çözümü ile ilgili faaliyetlere katılmak hususundaki şevk ve isteklerini kırmaktadır. Bu tehdidin ortadan kaldırılması, mahalli idare birimlerinin alansal olarak büyümelerinin durdurulması yoluyla değil, onlara yeterli idari-mali özerklik verilmesi ve özellikle halkın mahalli sorunların çözümüne çeşitli şekillerde katılımını sağlayacak hukuki düzenlemelerin yapılmasıyla mümkündür.

Yerel ihtiyaçların, mahalli idare birimleri tarafından hiç veya yeterince karşılanamaması hallerinde, bu hizmetlerin merkezi idareye devredilmesi veya merkezi idare ile ortaklaşa yürütülmesi, mahalli idare özerkliğine büyük bir tehdittir. Merkezi idareler, artan ve yerel boyutlarını aşan hizmetleri, kendi uhdesine almak yerine, o hizmetin mahalli idare birimi tarafından yerine getirilmesini sağlayıcı kaynak transferini gerçekleştirmeli; onların karşılıklı işbirliği içerisinde güçlerini birleştirmelerini veya birlik kurmalarını sağlayarak kendi sorunlarını kendilerinin çözmelerine yardımcı olmalıdır.

Devlet, tüm ülke düzeyinde yürütülen kamu hizmetlerinde birlik ve ahenk sağlama düşünceleriyle de olsa mahalli idare özerkliğini tehdit edici faaliyetlerden kaçınmalıdır. Zira, yerel özerklik düşüncesi doğrudan doğruya yerel halkı ilgilendiren sorunların yine kendilerin tarafından çözülmesi esasına dayanmaktadır.

Merkezi idareler, milletler-üstü kuruluşların yönelttiği tehditleri ortadan kaldırmaya ve “hizmette halka yakınlık ve yerellik” ilkesini öngören hükümlerin milletlerarası andlaşmalara konulması çaba harcamalıdır. Çünkü, çağımızda, mahalli idare özerkliğine yönelik en büyük tehdit, mahalli idarelerce çeşitli sebeplerle yerine getirilemeyen yerel kamu hizmetlerinin merkezileşmesidir.

RAWLS' THEORY of JUSTICE II: RAWLS' POLITICAL TURN

Dr. Ali Şafak BALI*

1. Introduction: Addressing the failure of justice as fairness as a moral theory

Communitarian criticisms have obviously had an immense impact on Rawls' theory, as on all liberal theories in general. Many liberals have felt a need to reinterpret their theories so as to withstand communitarian objections.

Since 1978, Rawls has been modifying his conception of justice as fairness. He has recently proclaimed that his theory is not a metaphysical or philosophical but is a political theory¹. This is perhaps because he realised that the kind of stability required in a just democratic society marked by a pluralism of reasonable comprehensive moral doctrines was inconsistent with the account of stability given in *A Theory of Justice*. Therefore, as Ivison points out, Rawls revised his argument in a way that it now intends "to establish a more realistic account of a *well-ordered* society; that is, creating legitimate political stability amidst a plethora of conflicting yet reasonable conceptions of the good."²

In *A Theory of Justice*, Rawls presents a theory of justice as fairness consists of two principles of justice chosen by free, equal and rational individuals in an original position behind a 'veil of ignorance'. The aim of the theory of justice as fairness was to generalise and carry to a higher level of abstraction the traditional moral theories. Rawls considered the social contract tradition as a part of moral theory and accordingly introduced a universal moral

* Lecturer on Philosophy and Sociology of Law at Selcuk University Law School

¹ See Rawls, J. (1985), "Justice as Fairness: Political not Metaphysical" in *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 14, No. 3; Rawls, J. (1989), "The Domain of the Political and Overlapping Consensus", *New York University Law Review*, Vol. 64, No. 2; also see Powers, W. Jr. (1993), "Constructing Liberal Political Theory", *Texas Law Review*, Vol. 72, p. 445

² Ivison, D. (1995), "The Art of Liberalism", *Canadian journal of Political Science*, Vol. 28, No.2, pp.203-226

theory as an alternative to other moral theories such as utilitarianism and rational intuitionism.³

The most notable failure of Theory was that it did not then distinguish between two different kinds of moral conceptions, that of a comprehensive moral theory that is more general in scope in addressing the problems of justice, and that of a strictly political conception of justice that is restricted in scope and is supposedly independent of any general comprehensive theory (whether moral, religious, or philosophical)⁴

Therefore, "Rawls' attempt to present a universal moral theory led several logical inconsistencies. Justice as fairness was framed to accord with the idea of well-ordered society. A well-ordered society was supposed to be regulated by a public conception of justice"⁵ In such a society, Rawls claimed, "citizens would eventually come to accept the principles of justice as the basis of social organisations,"⁶ by supposing that "everyone accepts and knows that others accept the same principles of justice, and the basic social institutions satisfy and are known to satisfy these principles."⁷ As Sarangi points out, such a society should be relatively homogeneous in its basic moral beliefs in that everyone believes, say, the same religion, or hold the same moral or philosophical view as true or, at least, there should be a broad agreement about what constitutes the good life. Since well-ordered society is supposed to remain over time, its conception of justice must be stable "i.e. when institutions as defined by the conception of justice, those taking part in these arrangements acquire the corresponding sense of justice and desire to do their part in maintaining them." "Such stability provided a basis for Rawls to argue that justice as fairness was a comprehensive philosophical doctrine."⁸

When conceived in this way, justice as fairness turned out to be simply another reasonable comprehensive doctrine that was opposed to and so

³ Rawls, J. (1993), *Political Liberalism*, New York 1993), p. xv

⁴ Martin, R. (1994), "Rawls's New Theory of Justice," *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 69, p. 738.

⁵ Sarangi, P. (1994), "From Metaphysical to Political: John Rawls' Revised Version of Liberalism", *Economic and Political Weekly*, Vol. 29, No. 23, p. 1396

⁶ Powers (1993), p. 451

⁷ Rawls, J. (1972), *A Theory of Justice*, Cambridge: Belknap Press of Harvard UP, p. 454

⁸ Sarangi (1994), p. 1396

incompatible with other reasonable doctrines, such as a religion, utilitarianism and Kantian moral theory. This meant that the well-ordered society of justice as fairness was not only an unrealistic ideal for a democratic society but also it was incompatible with the fact of reasonable pluralism.⁹ As Powers points out, the acceptance of Rawls' principles of justice by citizens in a well-ordered society required them "to abandon their own comprehensive moral theories to the extent those theories conflicted with justice as fairness as a theory of the right." Thus, it is regarded that Rawls' earlier idea of a well-ordered society was too optimistic by looking at the fact of pluralism in our societies.¹⁰

Rawls also realised that the idea of well-ordered society as it appeared in *A Theory of Justice* was unrealistic. He admits that "the fact of plurality of reasonable but incompatible comprehensive doctrines –the fact of reasonable pluralism– shows that ... the idea of well ordered society of justice as fairness was unrealistic. This is because it is inconsistent with realizing its own principles under the best of foreseeable conditions."¹¹

Citizens in a well-ordered society were supposed to "endorse this conception on the basis of ... a comprehensive philosophical doctrine." That is, in a well ordered society associated with justice as fairness the two principles of justice were to be affirmed by citizens as a part of a comprehensive moral doctrine as similar to that of utilitarianism.¹² In other words, to express justice as fairness as a comprehensive moral theory meant to undermine the rival comprehensive religious, philosophical and moral conceptions of justice affirmed by citizens of a democratic society. Rawls now argues that political philosophy should play an important role in contributing to stable democratic societies.¹³

I think that, therefore, in his recent writings, Rawls has made a clear distinction between two kinds of moral conceptions and shifted from a general

9 Sarangi (1994), p. 1396

10 Powers (1993), p. 451

11 Rawls (1993), p. xvii

12 Rawls (1993), p. xvi

13 Klosko, G. (1993), "Rawls's "Political" Philosophy and American Democracy", *American Political Science Review*, Vol. 87, No. 2, p. 348

comprehensive moral conception to a more restricted political conception of justice.

2. Political conception as distinct from a comprehensive moral theory

Rawls says that "the distinction between political conceptions of justice and other moral conceptions is a matter of scope." According to him, a moral theory becomes comprehensive when: (i) it applies to a wide range of subjects. This is also what makes it general; and (ii) "it includes conceptions of what is of value in human life, as well as ideals of personal virtue and character, that are to inform much of our nonpolitical conduct"¹⁴

A political conception, on the other hand, differs from a general comprehensive moral theory because; (i) "it is a moral conception worked out for a specific subject, namely the basic structure of a constitutional democratic regime."; (ii) accepting a political conception does not presuppose accepting any other deeper comprehensive moral theory or doctrine; and (iii) a political conception is not formulated in terms of any comprehensive doctrine, but its roots is found in certain fundamental ideas "latent in the public political culture of a democratic society."¹⁵

Taken together, these three features of a political conception of justice provide the basis for Rawls to argue that his conception of justice is now more feasible since it has its basis in the ideas that are "latent in the public political culture," and thus it is also noncontroversial in nature.

Therefore, he now emphasises that justice as fairness is a political theory, not a metaphysical, or moral comprehensive theory.¹⁶ This means that we can now hope that citizens in a well-ordered society would come to accept common political principles of justice without abandoning their own more general comprehensive religious, philosophical or moral doctrines. In that sense, it is supposed that Rawls' two principles of justice, now political, "can accommodate not only competing theories of the good, but also competing comprehensive moral doctrines."¹⁷

¹⁴ Rawls (1993), p. 175

¹⁵ Rawls, (1993), p. 175; also see Rawls, J. 1988), "The Priority of Rights and Ideas of the Good", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 17, No. 4, pp. 252-253

¹⁶ See Rawls (1985, 1987, 1989) ; also see Powers(1993), p. 445

¹⁷ Powers (1993), p. 451; and see Rawls (1993), p. 15

3. Rawls' Political Conception of Justice

3.1. The fundamental questions

Rawlsian political liberalism addresses two fundamental questions of political conception of justice for a democratic society. The first question is: what would be the most appropriate conception of justice for specifying the fair terms of social cooperation between citizens regarded as free and equal and fully cooperating members of society over a complete life, from one generation to the next?¹⁸ And the second question is: “what are the grounds of toleration understood in a general way, given the fact of reasonable pluralism as the inevitable result of the powers of human reason within enduring free institutions?”¹⁹

Taken together these questions make up the subject of political liberalism, that is, the problem set up by Rawls to be resolved throughout the *PL*:

how is it possible that there may exist over time a just and stable society of free and equal citizens, profoundly divided by reasonable though incompatible religious, philosophical, and moral doctrines? Put another way: How is it possible that deeply opposed though reasonable comprehensive doctrines may live together and all affirm the political conception of a constitutional regime. What is the structure and content of a political conception that can gain the support of such an overlapping consensus?²⁰

The answer to this complicated question is simple, that is: “the basic structure of such a society is *effectively* (stress is added) regulated by a political conception of justice that is the focus of an overlapping consensus of at least the reasonable comprehensive doctrine affirmed by its citizens.”²¹ The whole book concentrates to justify this claim, although unconvincingly. Here I want to take attention to the term “effectively”. He does not say “rightly”, or “justly”, as he used to say in *A Theory of Justice*. I think he realised that designing a unique basic structure would be more effective rather than it would be more just.

18 Rawls (1993), pp. 3, 20, 47

19 Rawls (1993), p. 47, also see p. 4

20 Rawls (1993), p. xviii, also see pp. 4, 47

21 Rawls (1993), p. 48

3.2. An historical argument

In order to make his account of well-ordered society regulated by the principles of political justice more realistic Rawls introduces a historical argument. He thinks that citizens in a democratic society will now come to acknowledge his political conception of justice because it is based on the ideas that have already been recognised by them in their background public culture of democratic society. He believes that the political conception of justice will extend and complete the movement of ideas that began three centuries ago with the gradual acceptance of the principle of religious toleration. As has already been mentioned he specifically underlines three historical developments²² and adds that among them, the Reformation had enormous consequences like the modern understanding of liberty of conscience and freedom of thought. He argues that "pluralism made religious liberty possible. Of course, other controversies are also of crucial importance, such as those over limiting the powers of absolute monarchs by appropriate principles of constitutional design protecting basic rights and liberties." However, despite the significant importance of these latter issues, the fact of religious division remains. Therefore,

political liberalism assumes the fact of reasonable pluralism as a pluralism of comprehensive doctrines, including both religious and non religious doctrines. This pluralism is not seen as a disaster but rather as the natural outcome of the activities of human reason under enduring free institutions. To see reasonable pluralism as a disaster is to see the exercise of reason under the conditions of freedom itself as a disaster. Indeed, the success of liberal constitutionalism came as a discovery of new social possibility: the possibility of reasonably harmonious and stable pluralist society²³.

As Sarangi rightly points out, the contemporary problems of public culture do not simply consist of the issue of religious toleration but include some other diverse issues, such as ethnicity, gender and race. This calls a different set of principles of justice that Rawls did not discuss in *A Theory of Justice*. It seems that Rawls is now aware of this. As we have discussed, the earlier version of justice as fairness was based on abstract conceptions, and "it employed an unworkable distinction between the public and the private that rendered it unable to deal with problems and gender and family. ... He [now] seems to argue

²² Rawls(1993), p.xxiv

²³ Rawls(1993), p. xxiv-xxv

that it is possible to delineate the fair terms of co-operation between citizens characterized as free and equal yet divided by profound doctrinal conflicts.”²⁴

Rawls claims that “we are the beneficiaries of three centuries of democratic thought and developing constitutional practice” and thus, “we can presume not only some public understanding of, but also some allegiance to, democratic ideals and values as realized in existing political institutions.” For example:

religion toleration is now accepted, and arguments for prosecution are no longer openly professed; similarly slavery is rejected as inherently unjust, and however much the aftermath of slavery may persist in social practices and unwound attitudes, no one is willing to defend it. We collect such settled convictions as the belief in religious toleration and the rejection of slavery and try to organize the basic ideas and principles implicit in these convictions into a coherent conception of justice.²⁵

Rawls also believes that these political values have sufficient weight to override all other values that may come in conflict with them²⁶.

3.3. The characteristic features of political conception of justice

Rawls, reviews four general facts about modern democratic societies: (i) The diversity of comprehensive doctrines found in democratic societies is a permanent feature of the common culture of democracy. (ii) General affirmation of one religious, philosophical, or moral doctrine could be brought about only through the oppressive use of state power. (iii) “an enduring and secure democratic regime, one not divided into contending doctrinal confessions and hostile social classes, must be willingly and freely supported by at least a substantial majority of its politically active citizens” (iv) The political culture of a reasonably stable democratic society normally a number of certain intuitive ideas from which it should be possible to work up “a political conception of justice suitable for a constitutional regime.”²⁷ Klosko thinks that there is a fifth,

²⁴ Sarangi (1994), p. 1396

²⁵ Rawls (1985), p. 8

²⁶ Rawls (1993) PL, p. 138

²⁷ For these four feature see Rawls (1989), pp. 234-235, also see Klosko (1993), pp. 348-349

(v) "For various reasons, it is unlikely that rational arguments alone could bring about agreement throughout society on important moral, religious, and philosophical questions. Rawls refers to this as "the burdens of the reason". It is because of this that such agreement could be secured only through the oppressive use of state power."²⁸

To be appropriate to these general facts of a modern democratic society, Rawls assigns three characteristic features to his political conception of justice. The first is that it is a moral conception worked out for a specific kind of subject, that is, the political, social and economic institutions (in short, the basic structure) of society not for whole way of life. A political conception of justice focuses first and foremost on "the framework of basic institutions and the principles, standards, and precepts that apply to it, as well as how these norms are to be expressed in the character and attitudes of the members of society who realize its ideals."²⁹

The second feature which complements the first is that a political conception is not to be understood as a part of a general and comprehensive moral conception that applies to the political order, as if this order was only another subject, another kind of case, falling under that conception. Thus, a political conception of justice is different from many familiar moral doctrines, for these doctrines are widely understood as general and comprehensive views. This feature of the political conception of justice rather relates to its mode of presentation. Rawls claims that a political conception is a free-standing view. It is neither presented as, nor as derived from a comprehensive moral doctrine.³⁰ To formulate such an independent conception of justice, he offers to apply the principle of toleration to philosophy itself: In this sense, according to him, in a constitutional democracy, the public conception of justice must be political as independent of controversial philosophical and religious doctrines and not metaphysical³¹. He presumes that it is possible for persons with conflicting, but reasonable comprehensive views to agree that political conception should be the account of justice that is most compatible with their own views. As such the

28 Klosko (1993), p. 349

29 Rawls (1993) pp.11-12

30 Rawls presumes that "basis structure is that of a closed society: that is, we are to regard it self-contained and as having no relations with other societies. Its members enter it only by birth and leave it only by death." Rawls (1993), p. 12

31 Rawls (1985), p. 4

political conception would then be the object of an overlapping consensus about (*political* conception of) justice.³²

The third feature of the political conception of justice is that its content is expressed in terms of certain fundamental ideas seen as implicit in the public political culture of a democratic society.³³ According to Rawls, there are three such fundamental ideas of public political culture in a democratic society. The 'central organizing idea', in his view, is that of "society as a fair system of cooperation over time, from one generation to the next."³⁴ This fundamental idea is associated with two others. One is the Rawlsian political conception of person. He presumes that the citizens of a democratic society are free and equal persons. The other is that of "a well-ordered society as a society effectively regulated by a political conception of justice."³⁵ To these three fundamental ideas Rawls adds the idea that political conception of justice specifically applies to the basic structure of a society. Finally, by re-introducing the idea of the original position, he completes the set of fundamental ideas of political liberalism. However, this latter idea clearly differs from the others in this cluster of fundamental ideas in the sense that it is not necessarily latent in the public political culture. Rather it is regarded as necessary as a mediating model that integrates the other fundamental ideas into a coherent scheme of justice.³⁶

4. Resulting Changes from Theory of Justice

What has changed in Rawls' theory? Rawls claims, there is no fundamental change in the basic idea of justice as fairness. Undoubtedly, it is

³² Rawls (1993), p. 15

³³ Public political culture of a society is composed of "the political institutions of a constitutional regime and the public traditions of their interpretation (including those of the judiciary) as well as historic text and documents that are common knowledge." However, all comprehensive doctrines belong to what Rawls calls the "background culture" of civil society. He claims that this not the culture of political, but of the social. It is the culture of daily life, and of its associations such as churches and universities, learned and scientific societies, clubs and teams and other private associations. Rawls (1993), pp. 13-14

³⁴ Rawls (1993), p 14, explained pp.15-22

³⁵ Rawls (1993), p. 14

³⁶ Rawls (1993), pp. 11, 14, 22, 29

still the same conception (liberal principles) of justice for the same subject, the public institutions of a democratic society. As I shall indicate shortly, the principles of justice, except a small modification in the first principle, remained the same. Rawls still thinks that the principles chosen resulting from an abstract reasoning process would best regulate the basic social, political and economic institutions of a democratic society. However he now tries to justify it from a different view point that is not philosophical and ontological but political he hopes that these principles based on a long tradition of a liberal culture. So they are applicable to a liberal democratic society with a long tradition. This is one limit, he now puts, the second is that even in such societies, he acknowledges, there may be unreasonable doctrines that may not support his principles. This is the second limit. The third is the principles do not apply to whole social life, but to the political domain of a society that means that all reasonable doctrines must accept a strong distinction between public and non-public aspects of social life. And another and may be most important weakness of his theory is that it is constructed on many presumptions that if it can be shown that one of these assumptions is wrong the whole theory come into question. For example, it assumes that individuals are free, equal, reasonable and rational. Or assumes that there are enough such individual that would support his principles, it assumes that in a liberal democratic society there are reasonable doctrines more than unreasonable .

4.1. Original position

Rawls modified his idea of original position in the sense that it has now a more restricted role than it had in *A Theory of Justice*. Rawls, by using the idea of original position in *A Theory of Justice*, wanted not only to justify his two principles of justice for basic structure, but also to specify the basic political setting, constitutional essentials, that would give rise to the democratic institutions.³⁷ Now, the task of the original position is more modest, that is to show that only a particular set of principles chosen in the original position is compatible with the fundamental ideas implicit in a democratic society marked by the fact of reasonable pluralism.³⁸ Once the original position is viewed as a device of representation, Rawls claims, the parties in it donated with the knowledge of the five general fact of democratic society mentioned would choose the principles of justice that reflects these fundamental ideas.

³⁷ Martin (1994), pp. 749-50

³⁸ Rawls (1993), pp. 22-28

However, this is still not sufficient in resolving the problem stability raised above. Rawls felt a further need to supplement the justification of his political conception of justice and, so, introduced the idea of *overlapping consensus*.

4.2. Need for a new justification : the idea of an overlapping consensus and political stability

By introducing the concept of overlapping consensus Rawls wants to show that his political conception would be preferred by reasonable persons over any other political or moral conception. In setting up the problems with which political liberalism is concerned Rawls asks the question:

how is it possible that there can be a stable and just society whose free and equal citizens are deeply divided by conflicting and even incommensurable religious, philosophical and moral doctrines?³⁹.

By this, he aims to find an acceptable and unifying basis of agreement for a political conception of justice that would regulate the basic institutions of a democratic society characterised not simply by a pluralism of comprehensive doctrines, but by a pluralism of incompatible yet reasonable comprehensive doctrines. He argues that no single comprehensive religious, philosophical or moral doctrine is appropriate for fulfilling this task or for providing the stability over generations, because no one of them is affirmed by citizens generally and no hope that any or some of them would ever be affirmed by all citizens or nearly all citizens of a democratic society.⁴⁰ “In such a society, a reasonable comprehensive doctrine cannot secure the basis of social unity, nor can it provide the content of public reason on fundamental political questions.” Therefore, to see how a well ordered society is unified and stable Rawls introduces another basic idea namely the idea of *overlapping consensus*.⁴¹

a consensus in which it is affirmed by the opposing religious, philosophical and moral doctrines likely to thrive over generations in

39 Rawls (1993), p. 133

40 Rawls (1993), p. xvi

41 Rawls (1993), p. 134

more or less just constitutional democracy, where the criterion of justice is that political conception itself⁴².

He believes that "in such a consensus, the reasonable doctrines endorse the political conception, each from its own point of view"⁴³ He claims that social unity is based on a consensus on the political conception of justice. In regard to stability he argues that

stability is possible when the doctrines making up the consensus are affirmed by society's politically active citizens and the requirements of justice are not too much in conflict with citizens' essential interests as formed and encouraged by their social arrangements.⁴⁴

In short, Rawls tries to specify a free-standing-political conception of justice which will be supported by an overlapping consensus and presumes that this political conception of justice cannot only provide a shared public basis for the justification of political and social institutions but also helps ensure stability from one generation to the next⁴⁵. In his words

The idea of an overlapping consensus enables us to understand how a constitutional regime characterized by the fact of pluralism might ... achieve stability and social unity by the public recognition of a reasonable political conception of justice⁴⁶.

In this sense, it seems that Rawls has removed the controversy that communitarians claimed to be in *A Theory of Justice*. Because, seemingly Rawls' political conception has now its basis in the fundamental ideas of a democratic society that supposedly shared by all citizens, and thus it should be acceptable to the wide variety of reasonable comprehensive doctrines. The other reason is that the political conception makes no controversial claim about any reasonable comprehensive view. Rawls states that "we try, so far as we can, neither to assert nor to deny any particular religious, philosophical or moral view, or its associated theory of truth and the status of values. Since we assume each citizen to affirm some such view, we hope to make it possible for all to

42 Rawls, (1987), "The Idea of An Overlapping Consensus" *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 7, No. 1, p. 1

43 Rawls (1993), p. 134

44 Rawls (1993), p. 134

45 Rawls (1987), p. 1

46 Rawls (1987), p. 2

accept the political conception as true or reasonable from the standpoint of their own comprehensive view, whatever it may be.”⁴⁷ Thus, political conception is neither skeptical nor indifferent to the claims made by these views. Instead it seeks to provide a basis for citizens to determine what issues can be removed from the political agenda and those that cannot.⁴⁸ Given these considerations, Rawls claims that his principles of justice would then be the object of an overlapping consensus by those persons holding reasonable, but incompatible comprehensive views.

4.3. Overlapping consensus versus modus vivendi

Given that the idea of original position has a more modest role in Rawls theory, one may object that his theory now appears to be a consensus based on a self-interest rather than on the principles of justice. To response this objection Rawls contrast his idea of overlapping consensus with another way of reaching agreement, namely a modus vivendi, on a political conception. He claims that “overlapping consensus is quite different from a modus vivendi.”⁴⁹ Because, a social consensus based upon a modus vivendi occurs when the various parties find it to be in their own self-interests to abide by the conditions of a contract or treaty. However such a way of agreement, according to Rawls lacks any principled basis. The parties to such agreement many abandon the agreement if their interest require them to do so. In contrast, overlapping consensus differs from modus vivendi in two aspects: The first is that the objet of consensus is the political conception of justice which is itself moral. And second, overlapping consensus is affirmed on moral grounds. “It includes conception of society and of citizens as persons as well as principles of justice, and an account of the political virtues through which these principles are embodied in human character and expressed in public life.”

An overlapping consensus, therefore, is not merely a consensus on accepting certain authorities, or on complying with certain institutional arrangements, founded on a convergence of self- or group interests. All those who affirm the political conception start from within their own

47 Rawls (1993), p. 150

48 Rawls (1993), pp. 151-152

49 Rawls (1993), p.147

comprehensive view and draw on the religious, philosophical, and moral grounds it provides.⁵⁰

4.4. Changes in the two principles of justice

In *PL*, Rawls also modifies his two principles (conception) of justice. Their new statements are as follows.

First Principle

Each person has an equal claim to a fully adequate scheme of equal basic rights and liberties, which scheme is compatible with the same scheme for all; and in this scheme the equal basic liberties, and only those liberties, are to be guaranteed their fair value.

Second Principle

Social and economic inequalities are to satisfy two conditions: first, they are to be attached to positions and offices open to all under conditions of fair equality of opportunity; and second, they are to be to the greatest benefit of the least advantaged members of society.⁵¹ (PL 5-6)

If we look at the second principle first, we see no changes in its formulation. And it is also remarkable that in *PL* there is virtually no specific discussion on this principle. However, the first principle is significantly reformulated in *PL*. As we have seen, (see n.³⁹) in *A Theory of Justice* Rawls had stated the first principle as follows: "Each person is to have an equal right to the most extensive total system of equal basic liberties compatible with a similar system of liberty for all." In *Political Liberalism* Rawls modifies the beginning of the first principle by replacing the phrase "each person has an equal right" to "each person has an equal claim." He also replaces the phrase "most extensive total system of equal basic liberties" with the phrase "a fully adequate scheme of equal basic rights and liberties."

However, he never satisfactorily explains why these changes have taken place and what affects they make in the overall idea of the theory of justice as fairness. Obviously, *having an equal right* is different from *having an equal claim*. But Rawls fails to explain what this difference is. Also, "the most extensive total system" is not the same with "a fully adequate scheme". For example, he does not answer whether he now acknowledges that there may be certain rights and liberties that are more fundamental than others as he claims

⁵⁰ Rawls (1993), p. 147

⁵¹ Rawls (1993), pp. 5-6

that the only political liberties are to be given their fair value. Therefore, it is not clear in *PL* that how political liberties take precedence over the other rights and liberties.⁵²

5. Problems with the political conception of justice

One thing is obvious in Rawls' later writings. He does not prescribe a fully comprehensive account of justice embracing the principles for whole social life. His conception of justice is now political, not metaphysical or philosophical, but not *social* either. It is, as he strongly stresses, a conception of justice for a special domain of social life, that is, *the domain of the political*, not the whole of social life. Rawls' conception relies on a strong distinction between the public (or political) and non-public aspects of social life. However, Rawls acknowledges that not every moral, philosophical or religious doctrine makes such a sharp distinction between the different aspects of social life. They impose values and principles to regulate the whole way of life; public and non-public. On the contrary, a political conception, in his words, "views the political as a special domain, with distinctive features that call for the articulation within the conception of the characteristic values that apply to that domain," and it is a free-standing moral view that neither it is a part of fully or partly comprehensive doctrine nor is it derive from any of them.

Although Rawls, in his later writings, himself clearly admits that the idea of well-ordered society as it appeared in *A Theory of Justice* was unrealistic, he still believes that his two principles, with a small modification on the first principle mentioned, best define the terms of fair co-operation. Therefore, he hopes that an overlapping consensus of reasonable doctrines on his political conception of justice is possible despite the existence of deeply opposed views in almost all modern democratic societies. His aim is to show that his conception of justice is now appropriate "to secure the stability of a constitutional regime and relatively to achieve free and willing agreement on a political conception of justice that establishes at least the constitutional essentials."⁵³

However, Rawls fails to show that such an agreement exists even in liberal societies. Rawls' method of justification, the project of deriving from a contractarian reasoning principles, appears to have been relinquished in favour of a methodology which avowedly relies upon traditions and judgements

⁵² Martin (1994), pp. 745-747

⁵³ Rawls (1987), p. 5

characteristic of a constitutional democracy. Gray argues that Rawls has relativized the contractarian methodology to deploy the intuitions of representative citizens of such regimes; it is silent in other contexts. Moreover, "in the later Rawls, the agenda of fixity and unique determinacy he sets for the principles of the theory of justice is even more problematic. It is more than questionable whether an 'overlapping consensus' ... of institutions and judgements exists in Western constitutional democracies, ... it is highly doubtful if such a consensus exists even in the United States, on which Rawls's model of constitutional democracy is chiefly, if not exclusively, based."⁵⁴

Before going on to discuss whether an overlapping consensus would ever been achieved *on* Rawlsian political conception of justice, I want to raise a more fundamental question. Rawls claims that "a political conception ... views the political as a special domain with distinctive features that call for the articulation within the conception of the characteristic values that apply to that domain."⁵⁵

Klosko, who criticises Rawls' political conception of justice from the empirical point of view, shows that, "Rawls' political defence of the two principles fails on empirical ground. A strong conception of rights does not appear to lie at the heart of the liberal culture"⁵⁶

In order to establish a stable political conception of justice, Rawls still avoids disputed philosophical, moral and religious questions that contradict his conception of right or justice and tries to find basis of agreement than that of a general and comprehensive doctrine. This is simply because, for Rawls' there is no other alternative exists: no transcendental a priori argument would ever satisfy the political conception of justice. However, as he avoids disputed moral, philosophical and religious questions, he does not think that they are unimportant, on the contrary, he takes them seriously and sees "too important" but, the problem for him is that "there is no way to resolve them politically." In his words

there is no better way to elaborate a political conception of justice for the basic structure from the fundamental intuitive idea of society as a fair system of cooperation between citizens as free and equal persons⁵⁷.

⁵⁴ Gray (1995) *Liberalism*, Second Edition, Buntingham: Open University Press, p. 89

⁵⁵ Rawls (1989), p. 233

⁵⁶ Klosko (1993), p. 355

⁵⁷ Rawls (1985), p. 18

Thus, as an alternative basis of agreement, he proposes a political conception of justice that is limited in scope, and that is possible by applying the principle of toleration. It is also an alternative to the autocratic use of state power although it reserves the use of this power for itself to impose a set of institutions regulated by the two principles of justice that override all other arrangements that may come into conflict with it. Rawls hopes that such a political conception of justice might be supported by an overlapping consensus⁵⁸ despite the existence of people holding what he calls *unreasonable* doctrines.

In this sense, Ivison questions to what extent Rawls' theory is open to the deep diversity of late-modern political communities. He thinks that Rawls tries to persuade people to comply with liberal norms despite themselves. According to Ivison the drive for transparency here-through seeking out agreement on first principles of justice obscures the 'arts' of political liberalism and prevents us from thinking about the diversity of political communities in other ways.⁵⁹

One of the main questions that Rawls fails to answer in *PL* is what reasons one would have to accept the political conception of justice as formulated by Rawls, other than merely pragmatic ones. Associated with this, another problem is that it is not clear in *PL* whether Rawls' conception of justice as fairness would in fact achieves an overlapping consensus of even reasonable comprehensive doctrines in an actual democratic society. For example, could a utilitarian, or other moral philosopher ever affirms Rawls' priority of right over the good, in other words the priority of the first principle over the second?⁶⁰ The answer is, as has been said above, obviously in doubt.

Another problem relates to one of the key conception, specifically emphasised in *PL*, "reasonableness". Rawls, in his earlier writings, proposed that we should view citizens, as *free, equal, rational* and *reasonable* individuals. He argues that a fair political system is one to which *reasonable* and *rational, free* and *equal* individuals can agree.⁶¹ And, in his later writings, he always

58 Rawls (1987), p. 5

59 Ivison, D. (1995), "The Art of Liberalism", *Canadian Journal of Political Science*, Vol. 28, No. 2, p. 203

60 See Martin (1994), pp. 757-760

61 See Caney, S. (1995), "Anti-perfectionism and Rawlsian Liberalism", *Political Studies*, Vol. XLIII, p. 252

talks, not simply about the fact of pluralism, but about the fact of pluralism of *reasonable* comprehensive doctrines and states that “overlapping consensus required only among reasonable religious, philosophical and moral doctrines”⁶² But, what about “*unreasonable* persons or doctrines”? He does not deny the existence of unreasonable comprehensive doctrines. “He does not so much discount their existence as imply that, were they to gain widespread currency, democratic society could be neither stable nor fair. A secure and just regime requires the support of a ‘substantial majority of its politically active citizens’. We need not all be reasonable, but enough of us must be.”⁶³ By any chance if there is not “enough of us” in a democratic society as Rawls characterised “*us*” his theory absolutely remains silent. We need to know which comprehensive doctrines are unreasonable and why? Rawls explains that

such a doctrine is unreasonable: it proposes to use the public’s political power –a power in which citizens have an equal share– to enforce a view bearing on constitutional essentials about which citizens as reasonable persons are bound to differ uncompromisingly. When there is a plurality of reasonable doctrines, it is unreasonable or worse to want to use the sanctions of state power to correct, or to punish, those who disagree with us⁶⁴.

In the first sight, it is quite reasonable what Rawls says here, but when we imagine a society in that existing (reasonable or unreasonable) comprehensive doctrines, incompatible with each other, do not want to use coercive political power to impose their ideas to others, but still do not agree on Rawlsian conception of justice, Rawls has nothing to offer to solve even the problems of reasonable pluralism in such societies.

For example, there may be reasonable comprehensive doctrines that do not want to use political power to enforce others to accept their ideals yet think that the basic institutions of society, at least partially, should be organised according to their conception of good, for they assume that, on some grounds (even if not on all aspects of human life) the good is prior to right.

As another possibility there may arise some comprehensive doctrines that may hold a different package of basic rights and liberties than those of Rawls’

⁶² Waldron, J. (1993), “Justice Revisited: Rawls turns towards political philosophy”, *The Times Literary Supplement*, No 4707, p. 5

⁶³ Archard, D. (1994), "Fair Enough", *Radical Philosophy*, Vol:66, p. 48

⁶⁴ Rawls (1993), p. 138

and thus simply think that basic institutions are not rightly or therefore justly ordered by Rawls' political conception of justice.

Moreover, Rawls' political conception of justice for public life may contradict to their sense of justice, and since they do not make any such distinction between private and public spheres, it would be impossible for them to accept Rawls' principles of justice without abandoning their own view.

Rawls does not consider such possibilities for he simply takes for granted that all reasonable doctrines that do not want to use coercive state power will employ his principles of justice as the principles of right from their own moral point of view. However there is no convincing argument (historical, empirical or otherwise) in Rawls' writings to support this claim. On the contrary, as has been stated, the recent empirical works show that there is no such consensus even in United States. When seen from the other way around, this means that Rawls considers only those doctrines as reasonable that support his political conception of justice. In other words, he only allows to use coercive state power for those comprehensive doctrines that agree with his principles of justice. Let us imagine again that there are moral doctrines that are fully comprehensive and perfectly reasonable but for some reasons (for example they maintain that abortion should be banned, or polygamy should be allowed –at least for their members) they do not agree what Rawls political conception of justice offers in organising the basic institutions; social, political, and economic structure of society. Although they may be fully comprehensive and 'intelligible'⁶⁵ views, and supported by large number of people in a pluralist society, for they do not endorse what Rawls political liberalism offers to them, they are labelled by Rawls as being unreasonable and thus Rawls' liberalism has nothing to offer them in a modern constitutional democracy. I think that, as Gray rightly points out,

Rawls' liberalism has nothing to say to our contemporaries in Ankara, in Delhi, in St. Petersburg or in Shanghai. It is silent on the difficulties confronting those peoples, the majority of mankind, after all, who do not enjoy the blessings of our institutions⁶⁶

⁶⁵ According to Waldron, intelligible refers 'reasonable' in some sense. In that sense, he thinks it is "indisputable that modern feminism, militant Islamic advocacy of shari'a, and the type of Christian fundamentalism that espouses "family values" are all views about God, politics and society which are intelligible in the light of the burdens of modern reason.

⁶⁶ Gray, J. (1993), "Can We Agree to Disagree?" *The New York Times Book Review*, May 16, p. 35

Rawls' Theory of Justice II: Rawls' Political Turn

I believe that all political theories, including Rawlsian political liberalism, imply limits to what extent pluralism can be tolerated. Especially those based on some substantive moral principles of justice whether fully comprehensive or political are unattainable even as a political conception of justice in a pluralist democratic society.

RADYO–TELEVİZYON ÜST KURULU VE İDARİ TEŞKİLAT İÇİNDEKİ YERİ

Arş. Gör. S. Burak AÇDOYURAN*

I.GİRİŞ

Uzun yıllar, radyo ve televizyon gibi en etkin iki kitle iletişim aracının yayın tekeli devletler kendi ellerinde ve kontrollerinde tutup bu muhteşem gücün avantajını kullanmışlardır. Elektronik ve telekomünikasyon alanındaki çarpıcı gelişmeler nedeniyle, dünya tarihi için çok kısa ancak yayıncılık tarihi için çok uzun kabul edilebilecek bu süreç sona ermiştir¹.

Eskiden cihaz, mekan ve personel yüzünden çok büyük bedellere malolan yayın faaliyetinin, teknolojideki bu baş döndürücü gelişme nedeniyle, çok daha basit şekilde yapılabilir hale gelmesi; devlet gibi güçlü tekellerin dışındakilerin de bu işe girişebilmelerini mümkün kılmıştır.

Telekomünikasyondaki bu gelişme, yayın tekeli ya da bir takım imtiyazları kabul eden ülkelerin mevzuatını zorlamış; adeta bu mevzuatla alay etmiştir².

Ülkemizde de farklı dönemlerde, radyo ve televizyon yayıncılığı ile ilgili farklı yasal düzenlemelere gidilmiştir. 1961 Anayasası'nın 121. maddesinde, televizyon istasyonları idaresinin özerk kamu tüzel kişiliği halinde kanunla düzenleneceği ve her türlü radyo ve televizyon yayının tarafsızlık esasına göre yapılacağı öngörülmüştür. Aynı maddenin 1. fıkrasını değiştiren 20 Eylül 1971 tarih ve 1488 sayılı kanunla da, radyo ve televizyon istasyonlarının ancak devletin eliyle kurulabileceği ve idaresinin tarafsız bir kamu tüzel kişiliği halinde kanunla düzenleneceği hükme bağlanmış, yani televizyon yayıncılığında devlet tekeli kabul edilmiştir. Bu anayasal düzenleme çerçevesinde çıkarılan 24 Aralık 1963 tarih ve 359 sayılı TRT Kanunu'nun 35. maddesi Türkiye'de radyo ve televizyon istasyonları kurma ve işletme hakkını TRT'ye vermiştir. 1488 sayılı kanun ile Anayasa'nın 121. maddesinde yapılan değişiklik sonucu, yayın tekeli yine

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Bilim Dalı.

1 **AZİZ** Aysel, "Yeni Radyo ve Televizyon Düzeni", AÜBYYO. Yıllığı, Nermin Abadan Unat'a Armağan, 1989/1990, s. 207.

2 **CAN** Aytekin, "Yeni Radyo Televizyon Düzeni ve Türkiye", Yeni Türkiye, sy. 11, Eylül-Ekim 1996, s. 382.

TRT’de kalmakla birlikte, TRT’nin özerkliği kaldırılmıştır. Özerkliği ortadan kaldıran 22 Eylül 1971 tarih ve 1568 sayılı TRT kanunu, ilk bakışta yeni bir kanun olarak görülmesine rağmen, 359 sayılı eski kanunun muhtevasına yeni kurallar getirmeyen ancak daha sistemli olarak düzenleyen bir kanun olmaktan ileri gidememiştir³. Düzenlemede, özerkliğin kaldırılması dışında en belirgin nokta, TRT’nin “tarafsız” bir kamu tüzel kişisi olarak düzenlenmesidir.

1982 Anayasası’nda da, 133. maddede, radyo ve televizyon istasyonlarının ancak devlet eliyle kurulabileceği ve yönetiminin tarafsız bir kamu tüzel kişiliği halinde düzenlenebileceği öngörülmektedir. 11 Kasım 1983 de de buna bağlı olarak 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu çıkarılmıştır⁴.

Ancak yukarıda izah etmeye çalıştığımız teknolojik değişiklikler, Türkiye’de özel radyo ve televizyonlarının uydu yolu ile izlenmesi yönündeki gelişmeler, radyo ve televizyon yayıncılığındaki devlet tekelinin kırılmasını gündeme getirmiş; ortaya çıkan fiili durum yani ulusal düzeyde yayıncılık yapan pek çok televizyon kuruluşunun kendilerini bağlayan kanuni bir düzenleme olmaksızın korsan yayıncılık yapmak durumunda kalması, Devleti bu yönde yeni düzenlemeler yapmak zorunda bırakmıştır.

İşte bu toplumsal konjonktür neticesinde 8 Temmuz 1993’de Anayasa’nın 133. maddesinde yapılan bir değişiklik, radyo ve televizyon yayıncılığında devlet tekeline son verilip, kanunla düzenlenecek şartlar çerçevesinde yayın faaliyeti serbest bırakıldı.

Bu yayın serbestisi çerçevesinde, tekel olma özelliğini kaybeden Devletin, en azından kontrolü sağlayabilmek amacıyla öngördüğü Radyo Televizyon Üst Kurulu, 13 Nisan 1994 tarih ve 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkındaki Kanunla Türkiye’nin idari yapısına girmiştir. 3984 sayılı kanununun 5. maddesinde, RTÜK’ün radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenlemek amacıyla kurulan özerk ve tarafsız, kamu tüzel kişiliği niteliğinde bir kurul olduğu belirtilmektedir.

II. 2954 SAYILI KANUNA GÖRE TRT ve RTYK

Hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşlarından biri de Türkiye Radyo Televizyon Kurumu’dur. Bu kuruma kısaca “TRT” denilmektedir⁵. 8

³ **AZİZ** Aysel, “Yeni TRT Yasası”, AÜSBFD., c. 27, Aralık 1972, No:4, s. 104; **GÖZÜBÜYÜK** Şeref Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu, AÜSBFD., c. 24., Mart 1969, No:1, s. 53.

⁴ **YENGİN** Hülya, Ekranın Büyüsü, İstanbul 1994, s. 112.

⁵ **GÖZÜBÜYÜK**, TRT, s. 51.

Temmuz 1993'te Anayasa'nın 133. maddesinde değişiklik yapıncaya kadar, TRT radyo ve televizyon yayınlarında tekel olma niteliğini korumuştur.

1982 Anayasasının 133. maddesinde öngörülen esasları dikkate alan kanun koyucu 11.11.1983 tarihli ve 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu'nu yürürlüğe koymuştur. Daha sonra kanun, 3093 sayılı ve Aralık 1984 tarihli bir diğer kanunla bazı değişikliklere tabi tutulmuştur.

2954 sayılı kanunun, önceki kanundan en önemli farkı, bu kanunun TRT Kurumu Kanunu olmayıp, Radyo Televizyon Kanunu niteliği taşımasıdır⁶.

2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu'nun 8. maddesi, TRT'nin "tarafsız bir kamu tüzel kişisi" olduğunu belirtmiş, kurumun özerkliğinden bahsetmemiştir.

Kanuna göre, merkezi Ankara'da olan TRT hakkında, kanunun öngördüğü özel hükümler dışında, kamu iktisadi kuruluşlarına uygulanan genel hükümler uygulanır ve Kurum hükümet ile ilişkilerini Başbakan aracılığı ile yürütür.

Kurumun görevleri kanunun 9. maddesine göre; radyo ve televizyon verici istasyonları ve tesisleri kurmak, radyo ve televizyon yayınları yapmak, bunları genişletmek ve geliştirmek; radyo ve televizyon yayınları için haber toplama ve program yayın ve yapımı maksatlarıyla gerekli birimleri oluşturmak; yabancı radyo ve televizyon kuruluşlarıyla ilişkileri yürütmek ve Başbakanlığın onayını alarak gerektiğinde anlaşma imzalamak; tesislerde kullanılacak araç ve gereçler ile ilgili araştırmaları yapmak, bunların onarımını ve bakımını sağlamak ve yurtiçi ve yurtdışında, Anayasa'da belirtilen ilkeler çerçevesinde kamu yararına yayın yapmaktır.

Kanunun 11. maddesine göre, kurumun en yüksek karar ve yönetim organı olan Yönetim Kurulu, Radyo ve Televizyon Yüksek Kurulu tarafından seçilerek teklif edilen on iki aday arasından Bakanlar Kurulu kararı ile atanan altı üye ile Genel Müdürden oluşur. Kurula üyelik süresi dört yıldır. Kurul üyeleri TRT'nin görev ve yetkilerine giren konularda taraf olamaz ve çıkar sağlayamaz. Üyeler siyasi partilere de giremezler.

TRT'yi temsil ve yönetme yetkisi bulunan Genel Müdür, kanunda öngörülen özel şartlara sahip kişiler arasından Radyo ve Televizyon Yüksek Kurulunu teklif edeceği üç aday arasından, Bakanlar Kurulu Kararı ile atanır. Görev süresi dört yıldır.

⁶ İÇEL Kayıhan, Kitle Haberleşme Hukuku, İstanbul 1985, s. 279.

TRT Kurumunun hizmetlerinin yürütülüp geliştirilmesi, birimleri arasında işbirliğinin sağlanması ile görevli olan kurul; Genel Müdür, Genel Müdür Yardımcıları, Başhukuk Müşaviri, Genel Sekreter, Personel Daire Başkanı ve Eğitim Dairesi Başkanından oluşur.

2954 sayılı kanun, yayıncılık tarihimizde ilk kez yer alan bir kurum olan Radyo Televizyon Yüksek Kurulu'nu, kısa adı ile RTYK'yı da öngörmekteydi. Bu kurul, başta TRT olmak üzere, yapılan radyo ve televizyon yayınlarını denetlemek ve genel ilkeleri saptamakla görevlendirilmişti⁷.

2954 sayılı kanunun 6. maddesine göre, kurulun kuruluş amacı; yurt içine yapılacak radyo ve televizyon yayınları için milli siyasete uygun ilkeleri tespit etmek, bu kanunda belirtilen görev ve esasların uygulanmasının gözetim, denetim ve değerlendirmesini yapmaktır.

Kurul 12 üyeden oluşmaktadır. Kurulun başkanı, bu üyeler arasından Cumhurbaşkanınca seçilir. Kurula üyelik süresi altı yıl olup, iki yılda bir üyelerin üçte biri değişmektedir. Kurul üyeleri Ceza Kanunu uygulaması bakımından memur sayılmaktadır. Kurul üyeleri; TRT'nin ve radyo yayını yetkisi verdiği kurum ve kuruluşların görev ve yetkilerine giren konularda doğrudan doğruya veya dolayısıyla taraf olamaz ve bu konularda hiçbir menfaat sağlayamazlar. Siyasi partilere üye olamazlar.

Bu sayılan niteliklere uymayan kurul üyelerinin, Cumhurbaşkanınca atanan ve seçilenleri Cumhurbaşkanınca; Bakanlar Kurulu tarafından atananları Bakanlar Kurulu'nca görevden alınır ve atamalarındaki usule göre yerlerine yenileri atanır.

Kanunun 7. maddesine göre RTYK'nun önemli görevleri ise; yurtiçine yapılacak radyo ve televizyon yayınları için kanunda belirlenen yayın esaslarına uygun ilkeleri saptamak; TRT Kurumu ile yayın yapmasına izin verilen kişi, kurum ve kuruluşların yayınlarının Kanuna uygulamasını denetlemek; sonucu Cumhurbaşkanlığına, Başbakanlığa, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğine bildirmek ve kanunla verilen yayın görevlerinin yerine getirilmediği, tarafsızlığın ihlal edildiği ya da yayın esaslarına aykırı yayın yapıldığı hallerde idari ve kanuni işlem için ilgili mercilere duyuruda bulunmaktır.

III. ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ VE YENİ RADYO TELEVİZYON KANUNU

Son yıllarda iletişim teknolojisinde meydana gelen hızlı gelişmeler, pek çok ülkede olduğu gibi Türkiye'de de teknik, hukuki ve toplumsal sorunlar ya-

⁷ ÇANKAYA Özden, "Türkiye'de Radyo ve Televizyon Yayıncılığının Yasal Gelişimi", Türkiye'de TV, Editör: Emir Turam, İstanbul 1996, s. 70.

ratmıştır. Kimi ülkeler bu sorunları hazırlıklı karşılamışlar ya da sorunlar çıktıktan hemen sonra çözümlenmeye çalışmışlardır. Türkiye'nin de içinde bulunduğu kimi ülkeler ise bu gelişme sürecini, sancılı geçirmişler ya da geçirmektedirler. Bu sorunların temel nedeni ise, iletişim teknolojisinin getirdiği teknik olguların toplum yaşamında hemen kabul görmesi, buna karşılık bu teknik olanakların sunduğu hizmetlerle ilgili kanuni düzenlemelerin bu gelişmeye ayak uyduramaması olarak özetlenebilir⁸.

Ülkemizde de radyo-televizyon teknolojisini getirdiği yeniliklerle, yayıncılık tarihinde eşine az rastlanır bir kaos yaşanmıştır. Anayasa'ya göre tekel durumunda olan TRT yayınlarına karşın, gerek yurt dışından gerek yurt içinden herhangi bir kanuni dayanağı olmayan yüzlerce radyo ve televizyon yayını başlamıştır⁹.

Çağın ve teknolojinin gerisinde kalmış, eski kanunlarıyla yayın tekeline sahip olan devlet, yaşadığı bu gerçeği yeniden düzenleme ve kaybettiği radyo ve televizyon tekelini hiç olmazsa organize ederek, kontrolünde tutabilecek kanuni düzenlemeler yapmak yolunu tercih etmiştir¹⁰. Bu amaçla yapılan düzenlemeler sırasıyla aşağıdaki gibidir.

8 Temmuz 1993 tarihinde 3913 sayılı kanunla, 1982 Anayasası'nın 133. maddesi değiştirilmiş¹¹; özel radyo ve televizyon kuruluşları kanunlar çerçevesinde özgürce yayın yapabilme olanağına kavuşmuşlardır. "Radyo ve televizyon istasyonları kurmak ve işletmek kanunla düzenlenecek şartlar çerçevesinde serbesttir" (md. 133/2) denilerek, özel radyo ve televizyonların kurulması ve düzenlenmesinin ilişkin olarak çıkarılacak bir kanun için, anayasal dayanak da sağlanmıştır.

Anayasa'nın 133. maddesinin değiştirilmesi ile 1991 yılından beri Anayasa'ya aykırı olarak yayın yapan yurt içi ya da yurt dışı özel ya da kamu kesiminin ve yerel yönetimlerin ellerindeki radyo ve televizyon istasyonlarının en azından Anayasa'ya aykırılıkları ortadan kalkmıştır. Anayasa değişikliğine rağmen, özel radyo ve televizyonların kuruluşu ve yayın ilkelerini düzenleyecek

⁸ **AZİZ** Aysel, "3984 Sayılı Radyo Televizyon Yasası", İLEF Yıllık 93, AÜİF. Yayınları, Ankara 1994, s. 25.

⁹ **DÖNMEZER** Sulhi, "Radyo ve Televizyonculuğumuzun Bugünkü Yapısı Üzerine Görüşler", Türkiye'de TV, Editör: Emir Turam, İstanbul 1996, s. 83.

¹⁰ **CAN**, s. 382.

¹¹ **ÇANKAYA**, s. 71.

kanun tasarısının TBMM’de görüşülmesi çeşitli nedenlerle gecikmiştir¹². Bu arada kanunsuz yayınların sayıları her geçen gün biraz daha artmış, yayınlar üzerinde hiçbir denetim yapılmamış hatta bu kanunsuz programlara devletin en yüksek makamlarındaki görevliler bile bazen katılmıştır¹³.

Nihayet, bir yıl gecikmeyle de olsa, bu alanı düzenleyen kanun 13 Nisan 1994’te kabul edilerek, 20 Nisan 1994’te Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, 8 bölüm halinde düzenlenen 42 madde, 9 geçici madde olmak üzere 51 maddeden oluşmaktadır.

3984 sayılı kanunun, 2954 sayılı kanun ile benzerlikleri olmakla birlikte, ondan ayrılan en önemli özelliği, Anayasa’nın değiştirilen 133. maddesi uyarınca izin verilen özel radyo ve televizyonların kuruluşu, işleyişi, yayın ilkeleri ve yükümlülükleri ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler getirmesidir. Kanunun bir diğer önemli ve konumuz dolayısıyla bizi ilgilendiren düzenlemesi ise, 2954 sayılı kanun kapsamında olan Radyo ve Televizyon Yüksek Kurulu’na (RTYK) benzer nitelikte olan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) ile ilgili ayrıntılı hükümler getirmesidir.

IV. RAYO VE TELEVİZYON ÜST KURULU (RTÜK)

3984 sayılı “Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun”la Türkiye’nin gündemine giren “Radyo Televizyon Üst Kurul”u aynı kanunun 5. maddesinde ifade edildiği şekilde, radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenlemek amacıyla kurulmuş, özerk ve tarafsız kamu tüzel kişiliği niteliğinde bir kuruldur.

Radyo ve televizyon kanallarının faaliyetlerinin düzenlenmesi konusunda oluşturulan kurullar, yapısal farklılıklar taşımasına rağmen hemen hemen her ülkede vardır. Bu duruma örnek olarak Fransa’da Yayıncılık Yüksek Konsey’i , İtalya’da Garantör, İngiltere’de Bağımsız Televizyon Komisyonu, Almanya’da Eyalet Medya Kurulları gibi kurullar verilebilir¹⁴. Bu kuruluşların yetki, görev ve sorumlulukları ülkeden ülkeye değişmektedir.

12 **BARANSEL** Ali, “Görsel İşitsel Yayıncılığın Hukuki Altyapısı”, Türkiye’de TV, Editör: Emir Turam, İstanbul 1996, s. 76.

13 **DÖNMEZER**, s. 84.

14 **ÇAPLI** Bülent, Televizyon ve Siyasal Sistem, Ankara 1995, s. 129.

Ülkemizde bu amaçla bulunan RTÜK, bir taraftan teşkilatlanma faaliyetini yürütürken diğer taraftan da hukuki düzenlemelere ilişkin son derece yoğun bir çalışma içine girmiş ve faaliyet alanıyla ilgili çok sayıda yönetmelik çıkarma yoluna gitmiştir¹⁵.

A. RTÜK Üyelerinin Seçimi, Üyelik Süresi ve Sona Ermesi

3984 sayılı kanunun RTÜK üyelerinin seçimini ve görev süresini açıklayan 6. maddesinde¹⁶; Üst Kurul'un basın, yayın, iletişim ve teknolojisi, kültür, eğitim, hukuk alanlarında birikimi olanlardan ve yüksek öğretim görmüş, devlet memuru olma niteliğine sahip, beşi iktidar partisi veya partilerinin, dördü muhalefet partilerinin göstereceği adaylar arasından TBMM'ce seçilen 9 üyeden oluşacağı ifade edilmektedir. Seçim için, iktidar partisi ya da partileri on, muhalefet partileri sekiz aday gösterebilirler. Adayların belirlenmesinde, siyasi partilerin TBMM Başkanlık Divanı'ndaki temsil oranları esas alınmaktadır.

Üst kurul üyelerinin görev süresi altı yıl olup, üyelerin üçte biri iki yılda bir yenilenmektedir. Üyeliklerde herhangi bir sebeple boşalma olduğu zaman TBMM tarafından, boşalma tarihinden veya boşalma tarihinin tatile denk düşmesi halinde, tatilin bitiminden başlayarak bir ay içinde yeni bir üye seçilmesi gerekmektedir. Boşalan üyeliğe seçilen kişi, yerine seçildiği üyenin süresini tamamlar.

Kanuna göre, tarafsız olacağı varsayılan RTÜK'ün kabul edilen bu oluşum biçimiyle; hükümete bağlı, siyasi tartışmalara odak olacak bir yapı olacağı açıktır¹⁷. Bu itibarla üst kurulun oluşumu itibarıyla objektifliği sağlayacak esas ve unsurlara yer verilmesi; toplumun bağımsız çıkar ve düşünce gruplarını temsil eden nitelikte oluşacak katılımcı ve demokratik bir yapının öngörülmesi daha yerinde bir yaklaşım olacaktır¹⁸.

15 MÜFTÜOĞLU Güneş, "Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun (RTÜK) Kuruluşu ve Kurumlaşma Süreci", Yeni Türkiye, sy. 11, Eylül-Ekim 1996, s. 359.

16 AKGÜNER Tayfun- İLAL Ersan-ÖNGÖREN Gürsel, Kitle İletişim Mevzuatı, İstanbul 1995, s. 263.

17 ÇANKAYA, s. 72

18 DÖNMEZER, s. 86.

B. RTÜK'ün Görev ve Yetkileri

3984 sayılı kanunun 8. maddesinde üst Kurul'un görev ve yetkileri 16 bent halinde düzenlenmiştir. Bu görev ve yetkiler; planlama yapma (md. 8/a-f): Ulusal, bölgesel frekans planlamalarındaki gerekli ön koşul ve koşulları Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesinin ilkeleri çerçevesinde saptamak¹⁹, kanal ve frekans bandları tahsis (md. 8/b-d-j): Radyo ve televizyon kuruluşlarına ulusal, bölgesel ve gerekli olduğu yerlerde yerel yayın izni ve lisans vermek, radyo ve televizyon verici tesislerinin kurulması ve denetlenmesi, yaptırım uygulaması (md. 8/c-d): Ulusal, bölgesel ve yerel yayınlar için tahsis edilen frekans band planlamalarına uygun yayın alanlarının kapsayacak verici tesislerinin kurulmasını ve işletimini Telsiz Kanunu hükümlerine göre denetlemek, zaman paylaşım- lı program kanallarının teşvik edilmesi (md. 8/e): Özellikle bölgesel dengelere göre yayım yapılmasını sağlamak üzere tahsis alan radyo ve televizyon kanallarını bu yörelerde "zaman paylaşım- lı" olarak yayım yapmaya yöneltmek, yönet- melikler çıkarma (md. 8/9-p): Kanun bu maddesinde ve diğer maddelerinde ve- rilen görevleri yerine getirmek, yetkileri kullanabilmek için ilgili yönetmelikleri çıkarmak, şifreli ve kablolu yayınlarla ilgili düzenlemeler yapma (md. 8/l): Kanun çer- çevesinde PTT'nin başlattığı kablolu ve şifreli yayınlarla ilgili düzenlemeleri yapmak, kamuoyu araştırmaları yapma ve yaptırma (md. 8/m-o): Toplumun yayınlarla ilgili istek, beğeni, tutum ve davranışları ile ilgili kamuoyu araştırmalarının yapılmasını sağlamak, ilgili kurum ve kuruluşlarla bu konuda işbirliği yapmak ve uluslararası yayım kuruluşlarında temsil etme (md. 8/n): Yayınlarla ilgili uluslararası kurum ve kuruluşlarda Telsiz Genel Müdürlüğü, Dışişleri Bakanlığı ve TRT'nin doğru- dan ilişkili olduğu, üyesi bulunduğu kurum ve kuruluşlar dışındaki uluslararası platformda Türkiye'yi temsil etmek tir.

Görüleceği üzere, üst kurula verilen yetkiler oldukça fazladır. RTÜK'ün bunlar dışında, toplumda en çok tepki gören belki de en önemli yetkisi de 3984 sayılı kanunun 4. maddesinde öngörülen yayım ilkelerine²⁰ aykırı yayım yapıl-

19 Kanunda bir yandan Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesine gönderme yapılırken, diğer yandan da sözleşmeye aykırı düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin, sözleşmenin 14. maddesinde "Konulu filmlerin veya televizyon filmlerinin sürelerinin 45 dakikadan fazla olması halinde, her 45 dakikalık bölüm için, bir kez olmak üzere, bir reklam kesintisi yapılabilir" denilerek, 90 dakikalık bir filmde iki reklam arası yapılması kurala bağlanmışken, 3984 sayılı kanunda 90 dakikalık bir filmde 4 reklam kesintisi hakkı verilmektedir. Bu konuda bkz. VURAN Ateş, "Prematüre Bir Yasa: RTÜK Yasası", Yeni Türkiye, sy. 11, Eylül-Ekim 1996, s. 370.

20 Kanunun 4. maddesi incelendiğinde "Kamu hizmeti anlayışı..."nın, özel radyo ve televizyon kanalları içinde öngörüldüğü ve bu bağlamda pek çok yayım ilkesinin tespit edildiği görülecektir. Genel hatları ile devlet radyo ve televizyonu için öngörülmesi uygun olan bu ayrıntılı düzenlemenin, aynen özel radyo ve televizyonlara da

ması halinde, ilgili yayın kuruluşuna yaptırım uygulayabilmesidir. Kanunun 33. maddesine göre, 4. maddede belirtilen esaslara aykırı yayın yapılması halinde Kurul, ilgili yayın kuruluşuna “uyarı” gönderir. Eğer ilgili yayın kuruluşu, uyarıda belirtilen aynı ilkeye aykırı olarak bir kez daha yayın yaparsa, “yayın izni durdurulması” yaptırımını uygulanır. Bu kez yayın kuruluşunun “yayın izni” bir yıla kadar durdurulur, yani ekran karartılır veya duruma göre yayın izni iptal edilir. Yayın durdurmaya veya izin iptaline rağmen yayıncı yayına devam ederse, Kanun’un 34. maddesi uyarınca ilgililer hakkında altı aydan iki yıla kadar hapis ve ağır para cezaları uygulanır²¹.

Görüldüğü gibi, RTÜK’ün görevleri çoktur ve üst kurul bu görevlerin yerine getirilebilmesi için geniş yetkilerle donatılmıştır. Bu görev ve yetkileri 2954 sayılı Kanun’un 6. maddesine göre kurulan RTYK’nun görev ve yetkileri ile karşılaştıracak olursak, bu kurulun tüm yetkilerinin RTÜK’e devredilmesinin yanında, Üst Kurul’un denetim noktasında yaptırım uygulayabilme gibi daha pek çok önemli yetkilerle donatıldığı göze çarpmaktadır²².

C. RTÜK’ün Mali Kaynakları ve Bütçesi

3984 sayılı kanunun 12. maddesinde düzenlenen esaslara göre, Üst Kurul’un gelirleri, TRT ve tüm özel radyo ve televizyon kuruluşlarınca elde edilen brüt reklam gelirlerinden kesilecek % 5 pay ile bu kanun gereğince alınan yayın izni ve lisans ücretleri ile gerektiğinde TBMM bütçesinin transfer tertibinde yer alan ödenekten oluşur.

İlgili maddede, Üst Kurul’un her yıl için yapacağı işlerin programına ve masraflarına karşılık olmak üzere TBMM bütçesinden verilmesi gereken ödenek tutarını TBMM Başkanlığı’na sunacağı belirtilmektedir. Ayrıca Üst Kurul’un bütçesi ve kadro cetvellerinin TBMM bütçesi ile birlikte Plan ve Bütçe Komisyonu’nda incelenerek, TBMM Genel Kurulu’nda görüşülüp karara bağlanacağı ifade edilmektedir.

uygulanması sıkıntı yaratmaktadır. Kanunun bu maddesi ile özel radyo ve televizyonların; bir bakıma “mülkiyeti özel TRT” ler haline getirilmek istendiği açıktır. Bu konuda bkz. **GÜRKAN** Uluç, “Radyo ve Televizyonun Özeli”, Yeni Türkiye, sy. 11, Eylül-Ekim 1996, s. 358.

21 **ÖNGÖREN** Gürsel, Medya ile Mücadele Rehberi, İstanbul 1998, s. 144-145.

22 **AZİZ**, 3984 Sayılı Radyo ve Televizyon Yasası, s. 42.

Görüldüğü gibi RTÜK'ün gelirlerinin büyük kısmı radyo ve televizyonların reklam gelirlerinden kesilen yüzde beşlik paydan kaynaklanmaktadır. Bu durum Üst Kurul'un tarafsızlığına, denetim özgürlüğüne gölge düşürecek nitelikte bir durumdur. Uygulamaya baktığımızda da, Üst Kurul'un yayınıyla birçok ilkeyi ihlal eden yayın kuruluşuna ancak bir gün kapatma cezası verdiğini, ihlalin yinelenmesi halinde de aynı cezayı tekrarladığı gözlemlenmektedir. RTÜK'ün kapatma kararı nedeniyle yayın kuruluşunun uğradığı maddî zarar, sonuçta yine RTÜK bütçesi için de söz konusu olmaktadır. Bu nedenle RTÜK'e ayrı bir gelir kaynağı bulup özgürleştirmek ve gerçekten denetim yapmasını sağlamak gerekir²³.

Üst Kurul'un gelirlerinin büyük kısmını oluşturan bu yüzde beşlik payın çok yüksek tutulmuş olması da ayrı bir problemdir. Bugün yayın hayatını sürdüren radyo ve televizyon kanallarına sayısının son derece yüksek olması nedeniyle, bu yüzde beşlik reklam gelirinin gerçekte Üst Kurul'un ihtiyaçlarının çok üzerinde miktarlara ulaşacağı açıktır. Bu sebeple fazla miktarın Hazineye gelir kaydedilmesi ya da taşrada çok sınırlı bütçelerle yayıncılık faaliyetini sürdürmeye çalışan yayın kuruluşlarına bir çeşit teşvik niteliğinde verilmesi yönünde bir düzenleme, kanımızca daha yerinde olur.

D. RTÜK'ün İşlemlerinin Yargısal Denetimi

RTÜK'ün idari teşkilat içinde yer alması nedeniyle, RTÜK aleyhine açılacak davalarda görevli yargı düzeni, idarî yargıdır.

Yetkili mahkeme konusunda ise 3984 sayılı kanunun 39. maddesinde özel bir yetkilendirme söz konusudur. Maddeye göre Üst Kurul aleyhine açılacak idarî davalarda yetkili mahkeme olarak Ankara mahkemeleri yetkili kılınmıştır²⁴.

Üst Kurul aleyhine açılacak davalarda Ankara Mahkemelerini yetkili kılan bu düzenlemenin, taşrada çok sınırlı bütçelerle faaliyet gösteren yayın kuruluşlarının Üst Kurul kararlarına karşı hak arama özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikte bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz.

E. RTÜK'ün Teşkilatı

Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun Çalışma Esas ve Usulleri Hakkındaki Yönetmelik'te²⁵, RTÜK'ün görevlerini yerine getirmek amacıyla oluşturulan teşkilatın yapısı belirtilmiştir.

²³ ÖNGÖREN, s. 147.

²⁴ AZİZ, 3984 Sayılı Radyo ve Televizyon Yasası, s. 67.

Yönetmeliğin 3. maddesinde, Üst Kurul teşkilatının Danışma ve Denetim Birimleri, Hizmet Birimleri ve Yardımcı Birimler'den oluştuğu hükme bağlanmıştır. Danışma ve Denetim Birimleri içerisinde, Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliği, Hukuk Müşavirliği ve Denetim Birimi yer almaktadır (Yönetmelik mad 4-5-6). Hizmet Birimleri içerisinde, Yayın Hizmetleri Başkanlığı, İzleme ve Değerlendirme Dairesi Başkanlığı, Kamuoyu ve Yayın Araştırmaları Dairesi Başkanlığı, Teknik Hizmetler Başkanlığı, Planlama – Düzenleme ve Teşvik Dairesi Başkanlığı, İzin ve Tahsisler Dairesi Başkanlığı, Etüd – Proje – Yatırım ve Teknik Araştırmalar Dairesi Başkanlığı, Dış İlişkiler Başkanlığı, Uluslararası İlişkiler Dairesi Başkanlığı, Kurumlararası ilişkiler Dairesi Başkanlığı, Hukuk İşleri Dairesi Başkanlığı yer almaktadır. Yardımcı Birimler içerisinde ise Finansman ve Yönetim Hizmetleri Başkanlığı, Bütçe – Mali Hizmetler ve Muhasebe Dairesi Başkanlığı, Personel ve Eğitim Dairesi Başkanlığı, İdarî Hizmetler Dairesi Başkanlığı ve Savunma Sekreterliği yer almaktadır.

Yönetmeliğin 24. maddesinde, Üst Kurul Teşkilatının hizmetlerinin, memurlar ve işçi sayılmayan sözleşmeli personel eliyle yürütüleceği belirtilmektedir.

Üst Kurul'u temsil ve kurulca alınan kararların uygulanmasını sağlama görevi Üst Kurul Başkanı'ndadır.

Üst Kurul üyeleri Türk Ceza Kanununun uygulanması bakımından Devlet memuru sayılırlar ve her yıl TBMM Başkanlığı'na mal bildiriminde bulunurlar.

1996 yılı verilerine göre Üst Kurul'da 9 daire başkanı, 16 hukukçu, denetçi, müşavir vb., 78 uzman, 77 memur ve yardımcı personel olmak üzere toplam 181 personel çalışmaktadır²⁶.

V. RTÜK'ÜN İDARİ TEŞKİLAT İÇİNDEKİ YERİ

A. Genel Olarak

RTÜK'ün yapısı, görev, yetki ve sorumlulukları genel olarak değerlendirildiğinde, Türk yayıncılık tarihinde şimdiye kadar görülmeyen bir yapıda oluşturulduğu görülmektedir.

²⁵ 20 Kasım 1994 gün ve 22117 sayılı RG.'de yayımlanmıştır.

²⁶ MÜFTÜOĞLU, s. 360.

Bu bağlamda, RTÜK'ün idari teşkilat içindeki konumu ile ilgili olarak, teknik bilgi ve uzmanlık isteyen belli bir hizmetin devlet tüzel kişiliği ve merkezi idare teşkilatlaması dışında bir bağımsız birim tarafından yürütülmesi söz konusu olduğundan²⁷, ilk akla gelen, teşkilatın bir "hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşu" olduğudur.

RTÜK'ün "hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşu" olup olmadığının tespit edebilmek için, bu kuruluşların ortak özelliklerini sıralamak yerinde olacaktır²⁸:

– Hizmetsel kuruluşların, yerel yönetim kuruluşları gibi tüzel kişilikleri vardır. bu tüzel kişiliği kanunla ya da kanunun verdiği yetkiye dayanan idarî işlemle kazanırlar.

– Hizmetsel kuruluşlar da diğer idarî kuruluşlar gibi ya kanunla, ya da kanunun verdiği yetkiye dayanarak idarî işlemle kurulurlar.

– Hizmetsel kuruluşların özerklikleri vardır. Bunların özellikleri, gördükleri hizmetin niteliğine göre değişmektedir.

– Hizmetsel kuruluşlar belli görev ve yetkilerle donatılmışlardır.

– Hizmetsel kuruluşların kendilerine özgü mal varlıkları ve bütçeleri vardır.

Bu ortak özellikler çerçevesinde RTÜK'ü ele aldığımızda; tüzel kişiliğe sahip olması, kanunla kurulmuş olması, özerkliğinin söz konusu olması, pekçok görev ve yetkiyle donatılmış olması, kendine özgü mal varlığı ve bütçesinin olması nedenleriyle, bir "hizmet yerinden yönetim kuruluşu" olduğunu kabul etmek mümkündür.

Gerçekten de bugünkü klasik idarî teşkilatlanma modelimiz içinde RTÜK'e verebileceğimiz nitelik, teşkilatın yerinden yönetim içinde bir hizmet yerinden yönetim kuruluşu olduğu yönündedir.

Ancak bugün çağdaş dünyada, kamu yönetiminde klasik idarî teşkilatlanma modelinin dışına çıkan yeni idarî yapılanmalar gözlemlenmektedir²⁹. Çalışmamızın bu bölümünde bu yeni yapılanmalardan "Bağımsız İdari Otorite" kavramından ve RTÜK'ü bu yapılanma içinde kabul eden görüşlerden bahsetmek istiyoruz.

²⁷ GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, Ankara 1996, s. 350.

²⁸ GÖZÜBÜYÜK Şeref – AKILLIOĞLU Tekin, Yönetim Hukuku, Ankara 1992, s. 119.

²⁹ GÖZÜBÜYÜK Şeref – TAN Turgut, İdare Hukuku, c. 1, Ankara 1998, s. 286.

B. Bağımsız İdarî Otorite Olarak RTÜK

1. Bağımsız İdari Otorite Kavramı

BİO terimi, Türkiye’de kanunî ya da idarî düzenlemelerde gündeme gelmemiş, Fransız İdare hukuku için bile yeni kabul edilebilecek bir kavramdır.

BİO’ların amacı; yeni teknolojilerin ve malî enstrüman ve manipülasyonların bazı temel hak ve özgürlükleri ve ekonomik düzeni tehdit ve ihlallerine karşı koruma ve kollamadır. Bu amaca yönelik BİO’ların, bu amacı gerçekleştirebilmesi için, kamusal ve özel güçlerden gelebilecek söz konusu tehlike ve zararları önleme ve yaptırımlara bağlama yetkisine sahip birimler olması kaçınılmazdır³⁰.

Bu kuruluşlar, bağımsız yapılanmalarından ve pekçok özel yetkilerle donatılmış olmalarından dolayı genellikle merkezî idare içinde ayrı bir konumda bulunmakta ve devlet adına idarî işlem yapmaktadırlar. Kısacası organik ve fonksiyonel anlamda gerçek birer otorite olarak karşımıza çıkmaktadırlar.

BİO’ların genel işlevi, toplum yaşamının duyarlı alanlarındaki kamusal ve özel etkinlikleri düzenlemek, izlemek, denetlemek, aykırı davranış ve durumları önlemek ve yaptırım uygulamak suretiyle kimi temel hak ve özgürlükleri korumak ve güvence altına almaktır. Bu görev ve yetkileri idarî nitelikte kamu hizmeti niteliği taşımasına rağmen, belirli bir edim sunmaya yönelik değildir. Söz konusu işlemler; danışma, tavsiye niteliğinde olduğu gibi, kesin icraî karar ve düzenleyici genel işlem gücü ve etkisi de taşır³¹.

2. BİO’ların Ortak Özellikleri

Bu tür kuruluşlar gerek yapıları, gerekse yetkileri açısından farklılık göstermekle beraber, kendi aralarında pek çok ortak yönleri de bulunmaktadır. Bu ortak özellikleri şu şekilde sıralayabiliriz³².

– Kuruluş amaçları toplum hayatının bazı hassas alanlarını düzenlemek ve bu çerçevede idare edilenleri korumaktır³³.

30 DURAN Lütfi, “Türkiye’de Bağımsız İdarî Otoriteler”, AİD., c. 30, sy. 1, Mart 1997, s. 4.

31 DURAN, s. 5.

32 GÖZÜBÜYÜK – TAN, s. 288.

– Devletin sorumluluk ve yetki alanına giren düzenleme ve denetim işlevine katılmaktadırlar.

– Bu otoriteler merkezi idare içinde yer almakla beraber herhangi bir siyasi ya da idari makama bağlanmamakta, fakat genellikle tüzel kişiliğe de sahip bulunmamaktadır³⁴.

– Üyeleri bağımsız, yönetimleri ise özerktir.

– Faaliyetleri sadece yargısal denetime tabi olup, hiyerarşi veya vesayet türü idari denetime tabi değildir. İşlemlerinin çoğu danışma, tavsiye, bilgilendirme niteliğinde olduğundan, sadece “icraî – idarî karar” karakterini taşıyan küçük bir bölümü iptal davasına konu yapılabilir³⁵.

– Çeşitli idari yaptırım uygulama yetkileri vardır.

3. RTÜK Bağımsız İdarî Otorite midir?

RTÜK’ün Bağımsız İdarî otorite olup olmadığı sorusunun cevabını verebilmek için, söz konusu teşkilatın yukarıda BİO’ların ortak özellikleri olarak anlattığımız özellikleri taşıyıp taşımadığının tespiti gerekir.

Öncelikle, daha önceki başlıklarımızda değindiğimiz görev ve yetkilerine genel olarak baktığımızda, görüyoruz ki; Üst Kurul’un amacı ülkede yapılan radyo ve televizyon yayınlarına bir düzenleme getirmek, belli standartlara ulaştırmak ve onları bu yönde denetlemektir (3984 Sayılı Kanun md. 8 ve md. 33). Kısacası, nihai amaç radyo ve televizyon yayıncılığı gibi zaman zaman toplumda büyük etkiler yaratabilecek bir faaliyeti kontrol altında tutmak, toplum bireylerinin kimi temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almak, yani kamu düzenini korumaktır. Bu anlamda üstlendikleri işlev, devletin sorumluluk ve yetki alanına giren, kamu düzeninin korunmasına yönelik bir düzenleme ve denetim işlevidir.

Ayrıca Üst Kurul üyeleri birtakım güvencelerle donatılmışlardır. Örneğin bu kişiler üyelik ile bağdaşmayan istisnaî birtakım hallerinin tespiti dışında, seçildikleri görev süresince Kurul’daki görevlerinden alınmazlar. Ayrıca bu kişilere görevleri süresince, en yüksek devlet memurunun almakta olduğu aylık, sosyal yardımlar ile zam ve tazminatlar ödenir (3984 Sayılı Kanun md.10). Bu

33 DURAN, s. 5.

34 DURAN, s. 6.

35 DURAN, s. 7.

ayrıcılıklar, kurul üyelerine tarafsızca ve yürütme organından bağımsız olarak hareket edebilme imkanı tanımak için verilmiştir.

Üst Kurul'un, mevzuatta Başbakanlık ya da herhangi bir bakanlıkla doğrudan ilgilendirilmesi de söz konusu değildir. 3984 Sayılı Kanun'un 14. maddesinde yer alan "Hükümetin üst kurul ile ilişkileri Başbakan tarafından yürütülür" hükmü, doğrudan bir ilgilendirme değildir. Bu ilişki, şimdiye kadar idarede varlığı bilinen "bağlı" veya "ilgili" bakanlık kavramlarından farklı bir münasebeti içermektedir.

Mali kaynaklarla ilgili olarak da, TRT ve tüm özel radyo ve televizyonlarca elde edilen brüt reklam gelirlerinden kesilecek % 5 pay, yayın izni ve lisans ücretleri ve TBMM bütçesinden transfer edilecek pay ile Kurul'a ayrı ve güçlü bir bütçe sağlanmış (3984 Sayılı Kanun md. 12), bu yolla Üst Kurul'un özerk olma niteliği bir kez daha vurgulanmıştır.

BİO'lar hizmet yerinden yönetim kuruluşlarından ayıran başlıca özellik ise geniş düzenleme yapma ve doğrudan yaptırım uygulama yetkileridir. Bu açıdan RTÜK'ü ele aldığımızda; Üst Kurul'un 3984 Sayılı Kanun ve Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi ilkelerine uygun biçimde çalışma ve faaliyetleri ile ilgili yönetmelik ve diğer her türlü düzenlemeyi yapma yetkisi söz konusudur (3984 Sayılı Kanun md. 8/p). Ayrıca RTÜK, yükümlerini yerine getirmeyen, yayın ilkelerine aykırı yayın yapan özel radyo ve televizyon kuruluşlarını önce uyarmakta; ihlalin yinelenmesi durumunda ihlalin ağırlığına göre, izin uygulamasını bir yıla kadar geçici olarak durdurmakta veya yayın iznini iptal etmektedir (3984 Sayılı Kanun md. 33). Bu yaptırımların uygulanmasında herhangi bir yargı merciinin, işleme katılması söz konusu değildir. Görüldüğü gibi bu anlamda Üst Kurul'un, geniş bir düzenleme yapma ve doğrudan yaptırım uygulama yetkisi mevcuttur.

Bu değerlendirmeler bize, RTÜK'ün; herhangi bir yükseköğretim kurumu ya da Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demir Yolları İşletmesi gibi "hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları"ndan farklılık arzeden özel bir konumu olduğunu göstermektedir. Bu anlamda, idarî sistemimizin belirgin verileri ve genel ilkeleri karşısında fantezist bir girişim olarak nitelenebilirse de³⁶, RTÜK'ü bir BİO olarak kabul etmek mümkündür.

Ancak; Türk Devlet yapısının katı merkezîyetçi eğilimi içinde ortaya çıkan klasik idarî teşkilat şemamızda, BİO gibi bağımsız bir idarî otoriteden söz etmenin zorluğu karşısında, RTÜK'ü "hizmet bakımından yerinden yönetim ku-

36 DURAN, s. 3.

ruluşları” arasında “özellik gösteren birimler”³⁷ başlığı altında tasnif etmenin daha gerçekçi olacağı kanaatindeyiz. Böyle bir tasnife gitmek; hem şu an yürürlükte olan mevzuatımıza uygun düşecektir, hem de ileride BIO’ların bizim teşkilat şemamız içinde de yer almasını sağlayacak idari reformlara zemin teşkil edecektir.

VI. SONUÇ

Kitle haberleşmesi; yaşadığımız dönemi, geçen tarih dönemlerinden ayıran en önemli özelliği oluşturmaktadır. Kitle haberleşmesi sistem ve araçları, çağdaş hayat bakımından oynadıkları rolün büyüklüğü nedeniyle, yüzyılımıza damgasını vurmuştur.

Bu araçlar aracılığıyla; bireylerin, etraflarındaki dünya ve bizzat kendileri ile ilgili düşünceleri değişmektedir. Bu anlamda, ön plana çıkan en önemli kitle haberleşme araçları hiç şüphesiz radyo ve televizyonlardır³⁸.

Radyo ve televizyon yayıncılığı toplumu derinden etkileyebilme özelliği nedeniyle, uzun yıllar devlet tekelinde kalmıştır³⁹. Ancak kitle iletişim teknolojisindeki hızlı değişim nedeniyle, dünya tarihi için çok kısa ancak yayıncılık tarihi için çok uzun kabul edilebilecek bu süreç sona ermiştir.

Ülkemizde de aynı süreç, Batı’ya göre geç de olsa, ortaya çıkmış ve radyo televizyondaki devlet tekelini fiilen kalmıştır. Bu fiili durumun, Anayasal alandaki yansıması ise Anayasanın 133. maddesinde, 8 Temmuz 1993’te yapılan değişiklik ile, radyo televizyon yayıncılığında devlet tekelinin kaldırılmasıdır.

Yayın tekelini kaybeden devlet, en azından söz konusu yayınları denetleyebilme yetkisine sahip olabilme kaygısıyla bir denetim birimi öngörmüş ve bu birimi 13 Nisan 1994 tarih ve 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkındaki Kanunla hukuk sistemimiz içine sokmuştur.

Kanunun 4. maddesinde radyo ve televizyon yayınlarının kamu hizmeti anlayışı içinde yapılması gerektiği belirtilerek, bir takım yayın ilkeleri tespit edilmiştir. Bu ilkelere uyulmasını sağlamak ve radyo – televizyon faaliyetini dü-

³⁷ ÖZAY İl Han, *Günlüğünde Yönetim*, İstanbul 1996, s. 199.

³⁸ DÖNMEZER Sulhi, *Basın ve Hukuku*, İstanbul 1976, s. 33.

³⁹ ÇAPLI, s. 92.

zenlemek amacıyla özerk ve tarafsız bir kamu tüzel kişiliği niteliğinde öngörülen denetim birimi, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'dur⁴⁰.

Üst Kurul, basın – yayın ve iletişim teknolojisi, kültür, din, eğitim, hukuk alanlarında birikimi olanlardan ve yükseköğretim görmüş Devlet memuru olma niteliğine sahip kişiler arasından Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce seçilir. Kanun Üst Kurul üyelerinin beşinin iktidar, dördünün ise muhalefet partilerinin göstereceği adaylar arasından seçilmesini öngörmektedir.

Siyasal partilerin göstereceği adaylardan oluşan bir kurulun tarafsızlık ilkesini ne kadar sağlayabileceği ve özerkliğinin gereğini nasıl yerine getirebileceği tartışma konusudur. Ayrıca seçimin TBMM tarafından yapılması, üye seçimi işleminin yargı denetimi dışında bırakılması sonucunu doğurmaktadır. Bu seçime karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz, söz konusu seçim işlemi Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetim alanı içinde sayılan bir işlem değildir. İdarî yargı mercii ise TBMM kararına karşı açılan davayı, idarenin bir işlemi olmadığı gerekçesiyle reddedecektir.

RTÜK ile ilgili meselelerin bir diğer boyutu da, Üst Kurul'un konumu ve içine düştüğü durum ile ilgilidir. Sürekli ceza verme durumu RTÜK'ün neredeyse tüm gündemini bu tür görevlere ayırmasına neden olmaktadır. Bu durum ise RTÜK'ün 3984 sayılı Kanun'da öngörülen frekans planlaması, yönetmelik çıkarılması, izleyici araştırmalarının yapılması gibi diğer görevlerini sekteye uğratmaktadır. Ayrıca yayın ilkelerine aykırı yayın yapılması halinde, 3984 Sayılı Kanun'da öngörülen kanal kapatma cezası, RTÜK'ün özel radyo ve televizyon kanalları önünde ve kamu oyunda bir "sansür kurulu" gibi algılanmasına ve bundan ötürü de yıpranmasına neden olmaktadır. Bunun yerine, ihlal halinde; para cezası, reklam yayınlamama cezası, programın yayından kaldırılması ya da lisans izninin kısıtlanması gibi kademeli ve daha yumuşak cezaların öngörülmesi, RTÜK'ün kanunun kendisine tanıdığı yetki ve sorumluluklar çerçevesinde karar aldığı halde, "haksız", "tarafı", "politik karar veriyor" konumuna düşmesini önleyecektir.

Esasında kamu yararının gözetilmesi gibi önemli bir meseleyi tek başına bir düzenleyici kuruluşa (yani RTÜK'e) bırakmak ta çok gerçekçi bir yaklaşım

⁴⁰ **KABAALIOĞLU** Haluk A. – **YILDIRIM** Turan, Türkiye'nin İdarî Teşkilatı, İstanbul 1995, s. 369.

değildir. Yayıncılık açısından kamu vicdanı ve kamu yararının ilk savunucusu tüm unsurlarıyla kamunun kendisi, ikinci savunucusu da yayıncılar olmalıdır⁴¹.

Çalışmamız boyunca belirttiğimiz konular çerçevesinde RTÜK ile ilgili bir değerlendirme yapacak olursak; RTÜK radyo ve televizyon yayıncılığı faaliyetlerini düzenlemek amacıyla kurulmuş, özerk, tarafsız bir kamu tüzel kişiliğidir. Yetki alanıyla ilgili geniş bir düzenleme yetkisi ve doğrudan yaptırım uygulama yetkisi mevcuttur.

Üst Kurul, klasik idari teşkilat şemamız içinde, hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları içinde yer almaktadır. Ancak kurulun yapısı, kuruluşu, yetkileri ve teşkilatı ile ilgili derinlemesine bir inceleme yapıldığında, klasik hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşlarından daha geniş düzenleme ve yaptırım uygulama yetkilerinin olduğu dikkati çekmektedir. Bu çerçevede, RTÜK'ün, idare hukukunda son yıllarda gündeme gelen ancak henüz kanunî zemine sahip olmayan “Bağımsız İdari Otorite”lerden kabul edilmesi de mümkündür. Ancak böyle bir saptama, bugünkü mevzuat ve idare hukuku ilkeleri çerçevesinde, özendirici ya da gelecek için yol gösterici olmaktan ileriye gidemeyecektir.

Kanaatimizce, Üst Kurul'un “hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları” arasında “özellik gösteren birimler” başlığı altında tasnif edilmesi idare hukuku sistemimiz içindeki mevcut realiteye ve Üst Kurul'un özellik arzeden statüsüne daha uygun düşmektedir.

⁴¹ **KARACA** Fatih, Radyo ve Televizyon Yayıncılığında İlkeler ve Sorumluluk, Yeni Türkiye, sy. 11, Eylül – Ekim 1996, s. 372.

makaleler

ekonomi - maliye

1929 DÜNYA EKONOMİ BUHRANI VE TÜRKİYE

Yrd. Doç. Dr. Yaşar SEMİZ */ Yrd. Doç. Dr. Osman AKANDERE**

ÖZET: Cumhuriyetin ilânından sonra Türkiye Cumhuriyeti Hükümetleri 1929 yılına kadar Osmanlı döneminden kalan evrak-ı nakdiye miktarını artıramadı. Hatta reel anlamda para arzında bir gerileme bile söz konusuydu. Hükümetin 1923-1929 döneminde para politikası açısından pasif tutumu, özellikle tarımsal yapısı itibarıyla mevsimlik dalgalanmalarla karşı karşıya gelen Türkiye’de zaman zaman olumsuz etkilere sebep oldu. Buna ilave olarak Lozan Antlaşması gereği 1929 da uygulamaya konulacak yeni gümrük tarifesinin resimleri çok fazla yükselteceğini düşünen spekülâtör-lerin kişisel çıkarları için büyük oranda mal ithal ederek Türk parasını dışa akıtmaları, 1929 Dünya İktisadî buhranı ile birleşince Türk parasının değerinde ciddi düşme oldu. Bu sebeple aynı yıl içinde Türkiye’nin ödemeler bilançosundaki açığı birden bire iki katına çıkarak 101 milyona ulaştı.

Bu çalışmada 1929 Dünya İktisadî Buhranı’nın Türkiye’deki etkileri, Türk parasının değer kaybetmesinde rol oynayan faktörler ve alınan önlemler değerlendirilmektedir

Anahtar Kelimeler: Türkiye, Türk Parası, 1929 Dünya İktisadî Buhranı, Spekülasyon, Güven

ABSTRACT: *After the announcement of the republic, the consequent governments couldnot increase the national income Per capita until 1929. Even to the extend that the crculated currency was subject to set back. The policies of the Government between 1923 – 1929 were inadequate specifically in agriculture, being an agricultural country that time, resulted in seasonal fluctuations that from time to time had caused negative implications. On top of this and as a requirement of Lossane Treaty Turkish government had to increase the tax on imported items which lead to some individuals(speculators) buying more foreign goods which subsequently caused the flow of the national currency abroad. The flow of currency abroad coincided with the international crisis which lead to more serious fall of the value of Lira. The same year the foreign debt was doubled.*

* Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü öğretim üyesi

** Selçuk Üniversitesi Teknik Bilimler Meslek Yüksekokulu öğretim üyesi

In this study, 1929 international economic crisis' effect on Turkey, the reasons for the currency devaluation and combating measures are discussed.

Keywords: Türkiye, Turkish currency, 1929 international crisis, speculations, confidence.

GİRİŞ

Türk ekonomisi 1923-29 döneminde tamamen ziraî bir karakter göstermekteydi. Bunda, uzun süre devam eden savaşların yanı sıra az çok sanayi şubelerini ellerinde tutan gayri Müslimlerin savaş yıllarında Türkiye'yi terk etmek zorunda kalmaları ve onların boşalttıkları sanayi ve dış ticaret sahalarına yeni kadroların yerleştirilmemesinin rolü vardır. Bu sebeple Türkiye, 1929 yılına demir, çelik, makine v.b. gibi teknik malzemelerin yanı sıra un, şeker, Amerikan bezi gibi bazı temel ihtiyaç maddelerini de ithal etmek zorunda idi¹. Bunun önüne geçilebilmesi için 1927'de yeniden düzenlenip yürürlüğe konan Teşvik-i Sanayi Kanunu ile sanayi yatırımcılarının desteklenmesine rağmen kısa vadede yatırımlarda beklenen gelişme sağlanamadı. Bu sebeple hükümet iktisadî kalkınmanın finansmanı için gerekli müesseselerin kurulması ve etkin organizasyona kavuşturulması gayesiyle 1929'a kadar dolaylı, 1930'dan sonra doğrudan ekonomiye müdahale etti. Özellikle sanayii, tarımı, ve ticareti geliştirmek gayesiyle yeni tedbirler aldı. Demiryolu ve diğer alt yapı yatırımlarına önem verdi, ekonomideki yabancılaşmayı önlemek amacıyla imtiyazlı yabancı şirketlerin elinde bulunan demiryolları, limanlar, maden işletmeleri, büyük kentlerin su, elektrik, haberleşme ve taşıma ihtiyacını gideren işletmeleri millileştirmeye başladı.

Tarım sektöründe ise az çok piyasaya kapalı işletmelerin hakimiyeti söz konusuydu. Bununla beraber ürünlerin nispeten elverişli fiyatlarla satıldığı 1923-28 döneminde gerek yeni işletmeleri kurma, gerekse eskilerini onarma ve daha verimli tarım aletleriyle donatma yolundaki yatırımlarda gözle görülür bir artma vardır². Türkiye, tarımdaki bu gelişmelerin yanı sıra 1929'da gümrük tarifeleri-

¹ Bu alanda Osmanlı'dan devir alınan miras 1923-30 dönemindeki gelişmelerle ilgili geniş ve ayrıntılı bilgi için, Milli İktisat ve Tasarruf Cemiyeti'nin neşrettiği, 1930 senesi Sanayi Kongresi Raporlar, Kararlar, Zabıtlar, Ankara 1930.; Hüseyin Avni-Halit Güler, Türkiye'de Sanayii'nin İnkişafı, İstanbul (İstanbul Milli Sanayi Birliği Yayını), 1937.; Eldem Vedat, Osmanlı İmparatorluğu'nun İktisadî Şartları Hakkında Bir Tetkik, İstanbul 1970. Keyder Çağlar, Dünya Ekonomisi İçinde Türkiye (1923-1929), Ankara 1982; Ökçün Gündüz, Osmanlı Sanayii 1913-1915 Yılları sanayi İstatistikleri, Ankara 1984'e bakılabilir.

² Ayrıntılı bilgi için bak. Milli İktisat ve Tasarruf Cemiyeti, 1931 Birinci Ziraat Kongresi Raporları, 2 cilt, Ankara 1932.; Keyder, A.g.e.

nin kontrol hakkının ele geçmesinden³ doğacak vergi kaynaklarıyla, aynı yıl yürürlüğe konacak olan alt yapı programlarının belirli oranlarda finanse edilebileceği düşüncesiyle, 1929 yılına oldukça iyimser girdi. Meselâ: Cumhurbaşkanı Atatürk 1 Kasım 1928'de TBMM'nin 3. dönem II. toplanma yılını açarken söylediği "*Efendiler vatan iktisadiyat tedbirlerinin başında addettiğimiz muvassala faaliyetleri önümüzdeki senelerde gözle görülür neticeler vermeğe namzettir...*"⁴ ve 1929 senesi 1 Kasım'ında 3. dönem toplanma yılını açarken söylediği "*Ziraatte, geçen istihsal senesi bazı muntikalarda tabii tesirattan ziyade zarar oldu. Bununla beraber vaziyet evvelki senelerin darlığına nispetle umumiyetle normale yaklaşmıştır denebilir... Ticaret sahasında normal şeraitin tesis ve takviyesine devam olunacaktır. Bir sene zarfında teşekkül eden Türk şirketlerinin temsil ettikleri sermaye 15 milyon lirayı geçmektedir. Bu ve ticaret tahsili için görülen ziyade rağbet ticarette intibahın kuvvetli delilleridir...*"⁵ sözlerinden iyimserliğini izlemek mümkündür. Hakeza dönemin Başbakanı İnönü'de aynı iyimserliği "*İktisadi vaziyetimiz ümitle dolu bir devrededir. Yedi seneden beri bazı mahdut vilayetlerimizde az çok devam eden ve bilhassa son üç senede ziyadesiyle darlaşan ziraat ahvali daha müsait bir devreye giriyor...*"⁶ şeklinde dile getirdi. Benzer iyimserlik zaman zaman basında da yer aldı⁷.

BUHRANIN TÜRKİYE'DEKİ ETKİLERİ

Gerçekten de 1929 buhranı ilk zamanlardan itibaren bizde zirai ürünlerin fiyatlarında büyük düşüslere sebep olmasına rağmen ⁸ üretimde artma devam

- 3 Kurmuş, Orhan, "1916 ve 1929 Gümrük Tarifeleri Üzerine Bazı Gözlemler" "O.D.T.Ü. Gelişme Dergisi Özel Sayısı, Ankara 1978; "Yeni gümrük Tarifemizin İlk Esası yetiştirdiğimiz Maldan Azami Resim" "Milliyet, 8.5.1929.
- 4 Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri, C.1, Ankara 1961,s.376; Öztürk Kazım Atatürk'ün TBMM'deki Açık ve Gizli Oturumlardaki Konuşmaları, C.2, Ankara 1986,s.1059.
- 5 Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri, C.1,s. 377-380; Öztürk, A.g.e.,C.2,s.1072.
- 6 Türk Devrim Tarihi Enstitüsü, İnönü'nün Söylev ve Demeçleri, İstanbul 1946,s.198.
- 7 H.Z. "Türkiye ve Türkleri Amerika ve Amerikalılar Kadar Zengin Yapmak Kabildir", Cumhuriyet , 1.7.1929. Bu seneki mahsul memleketi idare edecek", Cumhuriyet, 2.7.1929.
- 8 Buhranla Türkiye'nin temel ihtiyaç mallarının fiyatlarındaki ani düşüş bir arz fazlalığı yarattı. Bundan dolayı 1923-31 yılları arasında buğday fiyatlarında yaklaşık % 50, pamukta % 60 gibi azalma oldu. Bak. İstanbul Ticaret ve Sanayi Odası Mecmuası N.6

etti. Bunun önemli bir sebebi fiyatların düşmesiyle azalan gelir miktarlarının bir süre için üretimi artırma yöntemiyle karşılaşmanın düşünülmüş olmasıdır. Ancak fiyatlardaki düşmenin kontrol edilememesi üzerine bilhassa ihraç ürünlerinden tütün, pamuk, afyon vb. üretim sahalarında ciddi daralmalar görüldü.⁹ Hububatta fiyat düşüşü daha fazla olmasına rağmen¹⁰ üretim miktarındaki azalma daha yavaş oldu. Ancak tarım ürünleri fiyatlarındaki hızlı düşüş, sadece tarımsal gelirleri olumsuz yönde etkilemekle kalmadı, ekonominin bütün kesimlerinde kendisini gösterdi.¹¹ Tarım sektöründe görülen dalgalanmanın Türk ekonomisini bu kadar etkilemesinin sebebi Türkiye'deki ithal ürünlerinin tamamının tarım ürünlerinden oluşmasından kaynaklanıyordu. Dönemin görgü tanıklarından A. Hamdi Başar, tarım ürünlerindeki fiyatların düşmesinden sosyal yapının nasıl etkilendiğini izah ederken "... Köy gittikçe fakirleşiyor, yaşamayacak hale geliyordu. Hele son Dünya Buhranıyla beraber mahsul ve bilhassa buğday fiyatlarının düşmesi büyük bir panik husule getirmişti. Köylü mahsülünü satarak tohum masraflarını bile karşılayamıyor, öbür taraftan vergiler banka faiz ve rüsumlarını ve piyasa borçlarını ödemek için tazyik altında kalıyordu."¹² demektedir. Oysa mahsülün nispeten para ettiği krizden önceki dönemde köylünün yeme ve giyinmesinde bir düzelme bir bolluk görülmekteydi

13.

Haziran 1936, s.267, Milliyet,9.10.1929, Ayın Tarihi, S. 18, Mayıs 1935,s.92; C.H.F. 3. Büyük Kongre Zabıtları 10-18 Mayıs 1931,İstanbul 1931,s.47. Fiyatların düşmesinden sonra üzüm, pamuk, ham ipek vb. gibi ürünlerin üretimi ve ihracatı artmasına rağmen bu ürünlerden hazineye sağlanan gelir azalmaya devam etti. Bak. İstatistik Yıllığı,1935-36,s.251-253 ve buna ek.

- 9 Yalnız pamuk sahasında 1933'ten sonra yerli dokuma sanayiinin kurulmasıyla üretimdeki düşüş durmuştur.
- 10 Çelik Aruoba, Cumhuriyetin Kuruluş Yıllarında Türkiye'nin Tarımsal Yapısı ve Tarıma Yönelik Politikalar, " Atatürk Dönemi Ekonomi Politikası ve Türkiye'nin Ekonomik Gelişmesi", Ankara 1982,s.86.
- 11 Hatipoğlu, Ş.R., Türkiye'de Zirai Buhran, Ankara 1936, s.81 ve devamı.
- 12 Başar, Ahmet Hamdi, Atatürk'le Üç Ay ve 1930'dan Sonra Türkiye,Ankara 1981,s.21.
- 13 Bu dönemle ilgili sosyal hayatın bir kesiti için bkz. Hasan Fehmi, " Köylerimizin Tarihinden " Hakimiyeti Milliye, 11.12. 1931.; Tokin, F. Hüsrev, Türkiye'de Köy İktisadiyatı, İstanbul 1934,s.22-24; Tokin F. Hüsrev, "Türkiye Köy İktisadiyatında Borçlanma Şekilleri", Kadro, C.1, S.3, s.25-34, Arioba, A.g.m., s.82-83; Hatipoğlu, A.g.e., s.88 ve devamı.

Buhranın bizdeki ilk belirtileri Türk parasının hızla değer kaybetmesi şeklinde görüldü¹⁴. Türk parasının 1923'ten itibaren yavaş bir şekilde seyreden değer kaybı Mayıs 1929'dan itibaren hızlanması üzerine bir panik havası doğdu¹⁵. 1923'ten itibaren Türk parasının İngiliz Sterlini, Fransız Frangı ve ABD doları karşısındaki değeri aşağıda ki tabloda görüldüğü gibidir¹⁶.

Tablo I.

1923-1932 Yılları Arasında Türk Lirası'nın Belli Başlı Yabancı Paralar Karşısındaki Değeri

Yıllar	£ /TL	20 Fransız Frangı (TL olarak)	US \$ 1 /TL	Bir Türk Altını (TL olarak)*	Tedavüldeki Banknot (Milyon TL)
1923	7.62 ²⁴	2.21 ¹²	1.67 ⁸³		
1924	8.72 ⁷⁴	2.03 ¹⁶	1.88 ²⁴	8.15	161
1925	8.90 ⁸⁷	1.72 ⁸⁶	1.83 ³⁴	8.13	165
1926	9.2999	12.5 ¹⁶	1.90 ⁸⁸	8.9	153
1927	9.46 ⁶⁸	15.2 ⁴¹	1.93 ⁸⁸	8.26	153
1928	9.56 ¹⁹	15.3 ⁸⁸	1.95 ²⁵	8.30	153
1929	10.08	16.2 ⁵	2.06 ⁸⁷	8.74	159
1930	10.34 ⁰⁷	16.7 ⁷²	2.12 ⁸⁹	9.17	159

14 Köklü, Aziz, Türkiye'de Para Meselesi, Ankara 1947,s.35.; Tekeli,İlkin A.g.e.,s.77; Yunus Nadi, " Türk Parasının Kıymetini Mutlaka Yükseltmek Hayat Şartımızdır", Cumhuriyet, 15.12.1929; Yunus Nadi, "Cihan İktisadi Bühranın Sebepleri ", Cumhuriyet, 13.10.1931; Ali Süreyya, "Bizde Bühranın Sebepleri ", Cumhuriyet,18.4.1933; Aydemir, Şevket Süreyya, Cihan İktisadiyatında Türkiye, Ankara 1931.

15 Bu sebepten İnönü, yapacağı icraatlar için Kabineden yeniden güven oyu istemek zorunda kaldı. Milliyet 13. 12. 1929. Panik için ayrıca bak. Bazı örnekler, " İngiliz Lirası alabildiğine Yükselmektedir" ; Bu Tereffunun Sonu Ne Olacak "; " Meşum Tereffü Devam ediyor" Cumhuriyet,12.5.1929; 21.10.1929 ve 1.12.1929; Ali Rıza Seyfi, " 1929 senesinde Para Piyasası", İTSOM. N. 2, Şubat 1930.

16 T.C. Ticaret Vekaleti, Konjonktür, Şubat 1940 seri A.N. 2, S.2.; 16 Mart 1940; N.3, s.22; İstatistik Yıllığı 1935-1936,s.333-335.

* Bir Türk altını 916 2/3 ayarında ve 7.21657 gram veznindedir.

1929 Dünya Ekonomi Buhranı ve Türkiye

1931	9.68 ⁹⁷	16.8 ²⁷	2.11 ⁹⁴	9.19	159
1932	7.55 ⁹²	17.066	2.11 ⁹³	9.29	164

Türk parasının buhran yıllarında değer kaybının hızlanmasının çeşitli sebepleri vardır. Bunları şu şekilde özetlemek mümkündür.

1 - Savaş yıllarında mahsur ve birçok ihtiyaçtan mahrum yaşamının verdiği endişeyle Lozan barışından sonra ithal ürünlere karşı halkın aşırı talebi.

2 - Yeni gümrük tarifelerinin tatbiki; Gümrük tarifelerinin yeniden düzenleneceği tarihin önceden açıklanması, ithal malı ile ticaret yapan bazı tüccarların kısa süre içinde çok yüksek miktarda malı getirmelerine yol açtı. Dönemin başbakanı İsmet İnönü tüccarların bu telaşı için "... Masum ruhlar, kendi on liralarını tehlikeden kurtarmak için döviz tedarikine kalkmışlar ve herkesin aynı telaşıyla kendi on lirasını değil evini, dükkânını, tarlasını, istikbalini tehlikeye atacağını fark etmez olmuşlardır..." dedi¹⁷.

3 - Dış borçların ödenmesine başlanacak olması¹⁸.

Bu husus Türkiye için siyasal bir problem yarattı. Çünkü buhrana karşı alınan önlemlerden dolayı Osmanlı borçlarının şimdilik ödemesine imkân kalmamıştı. Dolayısıyla Aralık 1928'de borçların ödenmesiyle ilgili imzalanan mukavelelerin uygulanmaya konulması da gecikti¹⁹.

17 Tüccarların bu telaşı için bak.. "İsmet Paşa Hazretlerinin Nutku " TBMM Z.C., C.13,s.14-17; Aynı nutuk için Ayın tarihi, C.23, N. 69, s.5291-5298; Milliyet 13.12.1929; Cumhuriyet 13.12.1929; İnönü'nün Söylev ve Demeçleri,s.204-205; Kuruç, Bilsay, Belgelerle Türkiye İktisat Politikası, C.1, 1929-1932, Ankara 1988,s.36-39; Muhit, N.7, Mart 1930, s.2, Türk Yurdu, Birinci kânun 1929, S.24-218,s.69-75.

18 Ödemek zorunda kaldığımız borçlar, Osmanlı Devleti'nden kalmadır. Bkz. İsmail Hakkı, " Osmanlı Borçları ", Ayın Tarihi, c.27,S.74, Mayıs 1930, 6275-6299; Çağlayan Topar, Osmanlı Dış Borçları Neden ve Sonuçları ", 1854-1923, Maliye Dergisi, Eylül-Ekim 1980, s.26-55.

19 Borçların ödenmesi meselesi uzun görüşmelerden sonra 23 Nisan 1933'te Paris'te yeniden karara bağlanmıştır. Paris'te imzalanan mukavele için bak. Düstur 3. Tertip, C.14, s.311.

4 - Psikolojik etkenler, asılsız söylentiler vb. sebeplerden dolayı halkın, Türk parasının değer kaybedeceği endişesiyle elinden çıkararak İngiliz parasıyla değiştirmeye çalışması²⁰.

Başbakan İnönü 12.12.1929'daki ünlü konuşmasında bu hususu açıklarken "... kötü niyetli ve imansız olanlar için meydan, zehir saçacak tam bir fırsat gösteriyordu. Devletin mubaaya ihtiyacı ileride daha fazladır. Devlet paranın kıymetini tutabilmek için bütün servetini sarf etmiştir. Hükümet milli parayı düşüre düşüre sifıra yaklaştıracak sonra az bir bedel ile parayı piyasadan toplayıp devlet bankası açacak ve yeni para çıkaracak gibi spekülâtorlerin propagandalarıyla, halkı Türk parasını elden çıkarmağa yönettiklerini..."belirtir.²¹

5 - Para kredi işletmelerini ülke düzeyinde kontrol edecek bir kuruluşun bulunmaması. Cumhurbaşkanı Atatürk böyle bir müessesenin eksikliğini önceden tespit ederek 1 Kasım 1928'de TBMM'nin 3. dönem 2. toplanma yılını açarken şöyle demişti: "*Cumhuriyetin kâğıt parasının değiştirilmesi hitam bulmuştur. Cumhuriyet Bankası'nın*²² *bu sene zarfında açılmasına muvaffakiyetimiz, yüksek ve esaslı icraatımıza hakikaten iftihar olunacak bir ilave olacaktır*"²³ ve 1 Kasım 1929'da "*Senelerden beri malî sahada devam eden İslahat bu sene ki faaliyetimizde de yeni mevzular bulacaktır... Devlet bankasının teşkiline dair kanun da Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne takdim olunacaktır*"²⁴ ifadelerini kullanmıştır. Atatürk'ün direktifleriyle 1928'de kuruluş çalışmalarına başlanan Merkez Bankası ancak 1930'da açılabilirdi²⁵. Kuruluş aşamasında Alman iktisatçıları K. Müller,

20 Mısırlıoğlu, M.Kemal, Karabekiroğlu Deniz, " 1929 Buhranı ve Harcama Politikaları " Maliye dergisi Atatürk Özel Sayısı, Ekim 1981,s.159; İsmail Habip " İthalattan İbret " Çukurova'da Memleket, Yıl 2, sayı 13-26, 15 Nisan 1930.

21 Ayın Tarihi, C.23, N.69,s.5291-5298; Kuruç, Belgelerle,s.36, Milliyet, 13.12. 1929; Çukurova'da Memleket, Nisan 1930,S.13-26.

22 Atatürk Cumhuriyet bankasıyla Merkez Bankasını kastetmektedir.

23 S.D., C.1, s.376.

24 S.D., C.1, s.381.

25 TBMM Z. C. 20.,11.6,19'30 tarihli oturum s. 204 - 207. Ayrıca bak Yunus Nadi "Devlet Bankası" Cumhuriyet, 12.11,1930; Bankanın kuruluş kanununun neşri için Cumhuriyet 24.5.1930; Ayrıca İlkin Selim "Türkiye'de Merkez Bankası Fikrinin Gelişmesi" Türkiye İktisat Tarihi Semineri, H. Ü. yay. Ankara 1975, s. 537-583; Tekeli İlhan - İlkin Selim, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası, Ankara 1981, s. 300 - 307.

ardından da Hjalmar Schout'a, Türkiye'de böyle bir bankanın kurulması için gerekli zemin bulunup bulunmadığı konusu incelendi²⁶.

6 - Spekülatif faaliyetleri körükleyen yabancı bankalar üzerinde gerekli kontrolün sağlanmaması. Spekülatif nitelikli bu bankalar kısa süre içinde 2 milyon 770 bin TL sermaye ile 58 milyon 668 bin TL mevduat toplamayı basardılar²⁷. Bu miktar para krizi içinde bulunan Türkiye için önemli bir kayıptı.

7 - Halkın yerli malı kullanımı ve tasarruf konusunda bilinçsiz olması ve bazı ithal mallarına karşı aşırı talebi, Başbakan İnönü, bunun önüne geçilmesi için şöyle dedi *"eğer istihsalimiz kifayet etmiyorsa ve çalışkan vatandaş ekmekle kahve arasında muhayyer(kararsız) kalacaksa onun kahveyi tercih edip dermansız düşmemesi için gücümüzün yettiği kadar kulağına bağıracağız. Güzel lavanta sürünmüş ince ipekler içinde Türk kızlarının cılız ve ciğeri çürümüş hale gelmesine muvafakat etmeyeceğiz"*²⁸. İnönü halkı tasarruf etmeye ve yerli malını kullanmaya özendirmek için bizzat Atatürk'le birlikte yerli kumaştan elbise yaptırdı²⁹. Bankalarda tasarruf hesapları açtırdı. Ancak halk bir süre daha yerli malına rağbet etmediği için tüccarlar yerli mamullerini, Avrupalı diye sattılar. Bu durum çeşitli zamanlarda tahkikatların açılmasına sebep oldu³⁰.

Buhran sırasında görülen bu olumsuzluklar iç ve dış ticaret hadlerini bozdu. İthalat hacmini daralttı. Hükümetin bütçe gelirlerini önemli ölçüde azalttı³¹. 1923-29 yılları arasında Türkiye'nin dış ticareti, ham madde ve tarımsal madde-

-
- 26 Muller raporunu 15.10.1929'da bitirdi. Ağustos 1930'da da Cumhuriyet Gazetesinde tefrika edildi; Tekeli-İlkin A.g.e., Ek-IV de rapor yeniden neşredildi. Ayrıca rapor hakkındaki ilginç bir tartışma için bak. TBMM ZC, C. 21, 25 Eylül 1930 tarihli oturum, s. 9 - 24
- 27 Alaattin Cernil, "Bizde Ecnebi Bankalar" Ayın Tarihi 1929-1930, C. 68-71, s. 5673-81, sadece döviz üzerinde kredi açan yabancı bankalar hakkındaki şikayetler için bak. Siirt Mebusu Mahmut (Soydan), "Mali Vaziyetimiz", Hakimiyeti Milliye, 8.11.1929; aynı konuda Milliyet, 13.1.1930 ve Türkiye'deki Yabancı bankaların buhran dönemindeki mevduat miktarları ve mudi adeti için bak İstatistik Yıllığı, C. 5, 1931 - 32, s. 391.
- 28 Ayın Tarihi, C. 23, No: 69, s. 5291 -5298, Milliyet ve Cumhuriyet, 13.12.1929, Kuruç, Belgelerle... s. 38.
- 29 Halk Dergisi, 4/372, s. 45, 16.12.1929.
- 30 Bazı örnek olaylar için bak "Avrupa Malı diye Satılan Yerli Mallarımız, Cumhuriyet, 27.11.1933" Sahtekârlık Tahkik ediliyor, Cumhuriyet, 28.11.1933.
- 31 Ali Süreyya, "Bizde Buhranın Tesirleri" Cumhuriyet, 18.4.1933.

lerin ihracı ve her türlü mamul maddelerin ithalinden oluşuyordu. Yapılan ithalatın önemli bir bölümü milli ekonominin kurulmasına kaynak teşkil eden malzemelerden oluştuğundan 1929'dan sonra iç üretimin artmasını sağladı.³²

Türkiye, buhrana girmeden önce Lozan Antlaşması'nın özel şartları sebebiyle gümrüklerine tam olarak sahip olmamakla birlikte; gümrük miktarını az da olsa artırmayı başarmıştı. İhraç mallarına prim vermek, bir ihraç bankası kurmak, ihraç mallarının standardizasyonunu sağlamak bu başarının içinde sayılabilir.³³ Alınan bu tedbirlerin yanı sıra buhran yıllarında düşen fiyatlara karşı Türkiye birbiri ardından gelen iyi hasılat yıllarının katkısıyla daha fazla mal ihraç ederek buhrana karşı tedbir almaya çalıştı. Bunun sonucunda 1930'dan itibaren ihracatımızda belirli oranlarda artma görüldü.³⁴ Ancak ihraç mallarının miktarı tabloda görüldüğü gibi buhran döneminde ton olarak artmasına rağmen maddi değer olarak düştü.

Tablo II.

1930 -1938 Arasında İhraç Mallarımızın Miktarı ve Değeri³⁵

- 32 Ticaret Bakanlığı ve 50 yıl Ticaret Vekaleti Yay. No: 1, s. 47.
- 33 Tekeli - İlk, 1929 Dünya Buhranında Türkiye'nin İktisadi Politika Arayışları, Ankara 1977, s. 89
- 34 1929-1938 döneminde ihraç edebildiğimiz maddeler genel olarak şu şekilde özetlenebilir;
- I- Gıda maddeleri: Canlı hayvan, balık, yumurta, peynir, yağ, buğday, arpa, bakliyat, kuş yemi, vb.
- II- Meyveler: Üzüm, incir, fındık, ceviz, fıstık, badem, portakal, kayısı, vb., zeytin, zeytinyağı, tütün.
- III- Ham maddeler: Pamuk, yün, tiftik, koza, ipek, kendir, keten, deri, afyon, palamut kitre, mazı, kereste.
- IV - Madenler: Kömür, bakır, krom.
- V - Diğer: Halı, kilim vb.'dir. T. C. Ticaret vekaleti, Konjonktür, seri A N. 2, Şubat 1940, s. 17; N. 4 Nisan 1940, s. 19.
- 35 Tablo: İstatistik Yıllığı 1940-1941, s. 359-359 ve Ticaret Vekaleti Konjonktür Şubat 1940 Seri A, s. 47 dokümanlarına dayanılarak hazırlanmıştır. Bu dokümanlarda 1928 - 39 yılları arasındaki ihraç ürünlerimizin ayrı ayrı dökümü ve ihraç nispetleri ayrıntılı olarak verilmektedir.

Yıllar	İhraç Ürünlerinin Miktarı (Ton)	TL.	US \$ 1 000
1930	776.663	151.454	71.308
1931	883.221	127.275	60.226
1932	1.077.520	101.301	47.971
1933	1.251.436	96.162	58.065
1934	1.637.653	92.149	73.007
1935	1.479.949	95.861	76.232
1936	1.376.916	117.733	93.670
1937	1.068.454	137.984	109.225
1938	1.104.845	144.949	115.019

BUHRANA KARŞI ALINAN ÖNLEMLER

Bu sebeple hükümet buhrana karşı ciddi tedbirler almak zorunda kaldı.³⁶ Hatta konu parti ve hükümet programlarına girdi³⁷. Alınan tedbirler Başbakan İnönü'nün deyimiyle "milletçe ve devletçe azamî tasarrufu" gerektiriyordu³⁸. Bunun için ilk etapta döviz alım satımı kontrol edildi. Milli para korundu. Spekülasyonların önlenmesi ve paranın korunması için 30.5.1929'da çıkarılan 1447 sayılı menkul kıymetler ve kambiyo borsası kanunundan istenilen faydanın sağlanmaması üzerine, paranın, altına nazaran sabit bir kıymetle ölçülmesi sağlandı. İnönü "... Milli paranın düşürülerek ortadan kaldırılması değil, milli paranın daha ziyade kıymetlendirilerek altına bağlanması bizim bütün gayret ve kuvvetimizi sarf ettiğimiz başlıca hedeftir" dedi³⁹.

Atatürk milli paranın hükümet tarafından bu şekilde korunmasını memnunlukla karşılıyordu. 13.12.1929'da Başbakan İsmet İnönü'ye çektiği telgrafta

³⁶ Yunus Nadi, "Buhrana Karşı Fevkalâde Tedbirler" Cumhuriyet 11.2.1931; Yakup Kadri "Buhran Karşısında" Hakimiyeti Milliye, 4.11.1931; Ali Süreyya "Bütçe Tasarruflarının ilmi Esasları Nelerdir" Cumhuriyet, 14.7.1931; F. G., "İktisadi Hareketler", Cumhuriyet, 4.11.1987.

³⁷ 2.10.1930 tarihli V. İnönü Hükümeti'nin Programı, Haz. Dağlı Nuran, Aktürk Belma, Hükümet Programları, C. I, 1920- 1960, Ankara 1988, s. 40 -43.

³⁸ Meclis Müzâkerâtı", Cumhuriyet, 18.6.1930.

³⁹ Ayın Tarihi, C. 23, N. 69, s. 5292 - 5293.

"*Milli paramızın kıymetini muhafaza yolunda hükümetin aldığı tedbirlerin iyi neticeler vermekte olmasından memnunum*" dedi⁴⁰. Hükümet, Atatürk'ün bu açıklamasının ardından 22.2.1930'da Türk parasının kıymetini koruma hakkındaki 1567 sayılı kanunu çıkardı⁴¹. Buna bağlı olarak çıkardığı kararnamelerle döviz kısıtlamasına gitti. Spekülasyonu yasakladı. Kişi ve kurumların, ihtiyaçları olmadıkça döviz alıp satmaları engellendi. Kişi ve kuruluşların dövize olan ihtiyaçlarının karşılanması için ihtiyaç miktarının önceden liste halinde tespit edilerek bakanlığa bildirilmesi mecburiyeti getirildi. Ayrıca bankalarda, bankerlerin yabancı paralarını karşılık göstererek Türk lirası üzerinden avans vermeleri, Türk parasıyla yapılan tediya (ödemeleri) ve kendi hesaplarını, ihtiyaç listeleri dışında dövizle yapmaları yasaklandı. Bunlara ilave olarak Merkez Bankası'nın kuruluşuna kadar geçecek süre içinde kambiyo alım ve satımını idare etmek ve spekülasyon yapılmasına meydan vermemek gayesiyle milli ve yabancı bankaların katılımıyla 24.5.1930'da Maliye Bakanlığının başkanlığında bankalar konsorsiyumu kuruldu⁴². Ziraat Bankası ile İş Bankası'nın kaynakları artırıldı. Osmanlı borçlarının yıllık daha düşük tutarlarla ödenmesi karara bağlandı. İthalat zorlaştırıldı. Öte yandan hükümet; paranın değer kaybetmesiyle ticaret açıkları arasında yakın bir bağlantı olduğu gerekçesiyle ithalatta takas sistemi, ithal kotaları ve klining antlaşması gibi vasıtalarla dış ticaret açığını kapatmaya çalıştı⁴³. Temmuz 1931'de yürürlüğe giren 1873 sayılı kanunla hükümet ithalata fiziki sınırlama getirme yetkisi aldı⁴⁴. Kasım 1931'de de kota listelerini ilan etti⁴⁵. Zaruri olmayan ya da faydası mahdut olan yurt dışı seyahatleri durduruldu⁴⁶.

40 Hakimiyeti Milliye, 15.12.1929.

41 Geniş bilgi için bak. Köklü, A.g.e., s. 35-36.

42 Derin Haldun, Türkiye'de Devletçilik, İstanbul 1940, s. 151-152; Aysan Mustafa, Atatürk'ün Ekonomi Politikası, Kırklareli - Vize 1981, s. 49. Tekeli -İlkin, A.g.e., s. 82 ve 115-119.

43 Celâl Bayar'ın 1934'te yaptığı radyo konuşması, ed. Kutay Cemal, Celâl Bayar, C. 1, İstanbul 1939, s. 335 - 341.

44 Düstur 3. tertip C. 12, s. 1013; Boratav Korkut, Türkiye'de Devletçilik, İstanbul 1974, s. 128 - 129.

45 Düstur, C. 13.

46 Milliyet, 20.12.1929.

Hükümet yapılan bu kısıtlamalarla ithalatı azaltıp ihracatı artırarak dış ticaret dengesini sağlamayı, yerli malı üretimini artırmayı ve vatandaşı tasarrufa teşvik ederek yeni kalkınma politikası için sermaye biriktirmeyi amaçlıyordu. Bu sebeple 1929'dan sonra yapılan ithalatın yapısı 1923 -1929 döneminden oldukça farklı bir görünüm arz etti.

Buhran, millî gelir ve bütçe gelirlerinde de ani düşümlere sebep oldu.⁴⁷ Bütçe gelirlerinin cari dengeleri 1929'da 224 milyon TL'den 1931 de 167 milyon TL'ye kadar düştü. Bu düşüş 1935'e kadar devam etti.⁴⁸

SONUÇ

Sonuç olarak buhran Türkiye'nin sosyo-ekonomik yapısında önemli değişiklikler meydana getirdi. Hükümet de 1929 yılının sonlarına doğru daha önce yapılan açıklamaların aksine buhranın salt spekülâtif hareketlerden ibaret olmadığını bu sebeple yalnız başına kanunî müeyyidelerle buhranın önlenemeyeceğini kavradı. Başbakan İnönü'nün "*Milyonların itimadı teklârlerden başlar... Millî para üzerinde en hassas ve en müessir olan âmil halkın itimadı*" yolundaki sözleri buhrana karşı halkın da hükümete yardımcı olması gerektiğini ortaya koydu. Bu doğrultuda hükümet ithalat ve ihracat açıklarını kapatmaya yarayan kısa vadeli yabancı kredilerin⁴⁹ yerine yurt içinde yeni kaynaklar aradı.⁵⁰

Kriz döneminde Türkiye'nin asıl problemi, kalkınmış ülkelerde olduğu gibi çeşitli önlemlere başvurarak artan mal stoklarını eritmek değil, verimliliği arttırmak ve yeni kapasite yaratmaktır. Çünkü Türkiye birkaç tarım ürünü dışında dışarıya satacak mal bulamamanın yanı sıra şeker, gaz, bez gibi zaruri tüketim mallarını bile dışarıdan satın almanın sıkıntısını çekiyordu. Bunların en kısa zamanda giderilmesi için ülke çapında yeni bu sosyo ekonomik dinamizm sağlamak, halkın ekonomik hayattaki aktivitesini arttırmak ve zaten kıt olan ekonomik imkânlardan tasarrufta bulunmak gerektiğine inanıyordu. Ancak Başbakan İnönü'nün 12.12.1929 tarihli konuşmasından anlaşıldığı gibi bizde millî iktisat diye bir mefhumun topluma benimsetilememesinden, halk yerli üretimi kullan-

47 Bak. Bulutay Tuncer, Tezel Y. Sezai ve Yıldırım Nuri, Türkiye'de Millî Gelir 1923 - 1948, Ankara 1974'te bu konuda ayrıntılı bilgi vermektedir

48 Konu hakkındaki tablo ve açıklamalar için bak. Derin, A.g.e., s. 47-50; Tezel, Yahya Sezai, Cumhuriyet Döneminin İktisadî Tarihi (1923-1950) Ankara 1986, s. 206; 35 nolu dipnot.

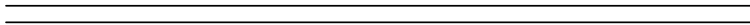
49 Okyar Osman, "Atatürk ve Ekonomi", Atatürk'ün Milliyetçilik ve Devletçilik Anlayışı, Ankara 1982, s. 53.

50 "11 Senelik İktisadi Bilanço" Milliyet, 29.10.1934.

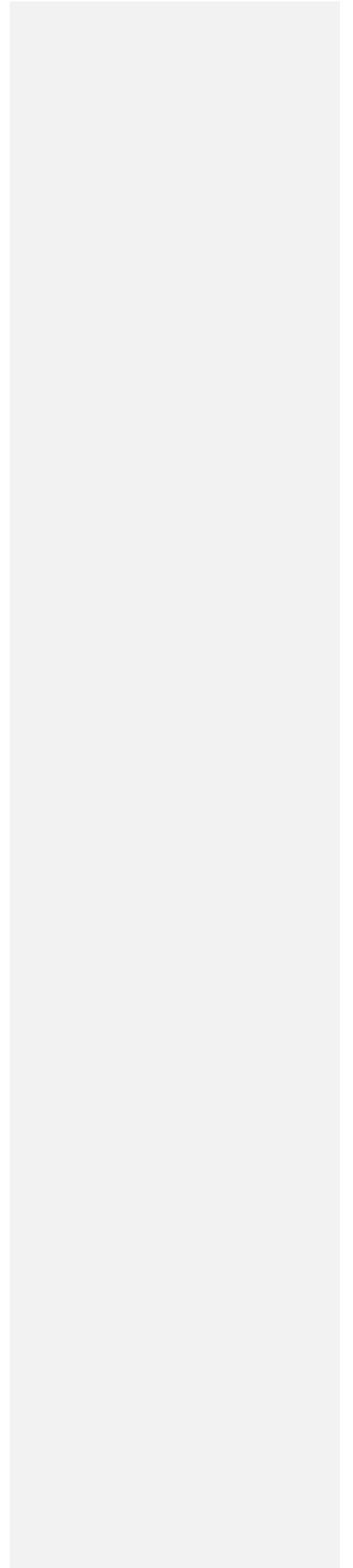
mak konusunda gerekli titizliği göstermiyordu. Bunun giderilmesi amacıyla II. Meşrutiyetten itibaren sürekli gündemde tutulan milli iktisat ve yerli malını kullanma politikasına yeni bir boyut kazandırıldı. Ve İnönü'nün 12.12.1929 tarihindeki buhran ve milli iktisat konusundaki ünlü konuşmasının ardından, Millî İktisat ve Tasarruf Cemi-yet'i kuruldu⁵¹.

⁵¹ Cemiyet hakkında geniş bilgi için bak Semiz Yaşar, 1929-1938 Döneminde Millî İktisat ve Tasarruf Cemiyeti, S.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü tarafından 1991 tarihinde kabul edilmiş olan yayınlanmamış doktora tezi.

metinler



seminer - konferans



**YARGI REFORMLARI: TRENDLER,
SORUNLAR VE STRATEJİLER***

Prof. Hiram CHODOSH**

Çev. Dr. Birol AKGÜN***

***BİR HİKAYE VE ULUSLARASI DİYALOG İÇİN
ÇIKARILACAK DERSLER¹***

Çok eskiden Polonyalı fakir bir adam, rüyasında kendisinin güzel Viyana şehrine seyahat ettiğini gördü. Adam, bir askerın koruduğu köprüden geçti ve köprünün altında bir çömlek dolusu altın buldu. Adam ertesi sabah uyandıığında, ailesini ikna ederek rüyasında gördüğü hazineyi aramak için uzun ve sıkıntılı Viyana yolculuğuna çıkmaya karar verdi.

Günlerce süren yolculuktan sonra, harap ve bitap düşmüş olarak sonunda Viyana'ya ulaştı. Gerçekten de adam o köprüyü buldu ve rüyasında gördüğü Avusturya'lı askerle karşılaştı.

Adam nöbetçiye doğru yaklaştığında askerın yüzündeki hayretkar bakışı farkettil. Hemen öğrendiki, bu asker de günler önce bir rüya görmüştü. Asker rüyasında Polanya'da küçük bir köye gittigini görmüş ve bu fakir adam ve ailesiyle karşılaşmış ve adamin evindeki odun sobasının altında bir çömlek dolusu altın bulmuştu.

* Copyright, Hiram E. Chodosh, 2000. Bu makale Profesör Chodosh'un Mayıs 2000'de Ankara ve İstanbul'da vermiş olduğu bir dizi konferansın yazarın kendisince kaleme alınmış şeklidir. Bu konferanslar Amerikan dışişleri bakanlığının "Vatandaş Değişim" bürosunca desteklenmiş ve finanse edilmiş olup Ankara'daki Barolar Birliği (3 Mayıs) ve İstanbul Barosu Eğitim Merkezinde (4 Mayıs) gerçekleşmiştir.

** Case Western Reserve Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi ve Frederick K. Cox Uluslararası Hukuk Merkezi direktörüdür.

*** Selçuk Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü Öğretim Görevlisi.

¹ Bkz. Hiram E. Chodosh, Stephen A. Mayo, A. M. Ahmedı & Abhishek Singhvi, *Indian Civil Justice System Reform: Limitation and Preservation of the Adversarial Process*, 30 N.Y.U. INT'L L. & POL. 1 (1998).

Bu hikayeden iki ders çıkarılabilir. Birincisi ve genel olarak akla gelen ilk ders şudur; fakir adam, rüyasını gerçekleştirmek için kendi yaşam sınırlarının ötesine bakmak zorunda değildir. Bir çömlek altın, hemen yanındaki sobanın altında durmaktadır. İkincisi ve daha az akla gelen ders ise daha önemlidir. Eğer fakir adam rüyasında gördüğü hazineyi aramaya çıkmasaydı, hiç bir zaman ne evdeki hazineyi ne de uzaktaki hazineyi keşfedebilecekti.

Bu hikaye bize uluslararası fikir alışverişinin önemini, faydalarını ve risklerini gösteriyor. Bizler daha iyi bir toplum düzeni, daha iyi bir eğitim ve daha iyi bir yargı sistemi kurma konusundaki hayallerimizi gerçekleştirmek için istekli olmalıyız. Bizler, yaşadığımız toplumun bize çizdiği sınırları aşmaya hazır olmalıyız. Ve son olarak bizler hem uzak ülkelerdeki hem de burnumuzun dibindeki saklı hazineleri bulmak için ufkumuzu açık tutmalıyız.

Bu anlayışla, yargı reformlarındaki global trendleri, bu gelişmelerin ortaya çıkardığı büyük zorlukları, ve bu zorlukları aşmanın değişik yollarını birlikte gözden geçirelim.

* * *

YARGI REFORMLARINDAKİ GLOBAL TRENDLER

Geçen on yılda, pek çok ulusal hukuk sistemi üç alanda kapsamlı reformlara girişti. İlk olarak, geleneksel otoriter siyasi sistemler ülkelerinde hem seçimler yoluyla hem de daha sorumlu ve saydam bir yönetim anlayışını yerleştirerek ve insan hakları alanında iyileştirmeler yaparak daha demokratik bir sistem kurmaya çalıştılar. İkincisi ise, hükümetler ekonomik sistem üzerindeki kontrollerini gevşetirken, gittikçe daha serbest bir pazar ekonomisini kurmaya ve mülkiyet ve telif haklarını (*intellectual property*) korumaya ve genişletmeye çalışıyorlar. Üçüncüsü de, uluslararası toplumun kontrol edilemeyen ve dönüşü olmayan globalleşme sürecine girmesidir. Malların, hizmetlerin ve sermayenin daha önce görülmemiş ölçüdeki günlük akış hızı ulusal sınırları delip geçmektedir.²

Bu ilkeleri (demokrasi ve insan hakları; serbest ve bilgiye dayalı ekonomi; globalleşme ve uluslararası engellerin azaltılması) gerçekleştirmek için ülkeler, geniş kapsamlı yeni hukuk kuralları yarattılar ki bunlar anayasa, sivil haklar, ceza hukuku reformları, yeni medeni kanun ve ticaret hukuku alanındaki düzen-

² Bkz. Hiram E. Chodosh, *Reflections on Reform: Considering the Legal Foundations of Peace and Prosperity in the Middle East*, 31 CASE W. RES. J. INT'L L. 427 (1999).

lemelerle, serbest ticaret anlaşmaları ve bölgesel ekonomik birlikleri kapsamaktadır.³

YENİ SORUNLAR

Hükümetlerin giriştiği bu reformların uygulanmasında büyük sorunlar yaşanmaktadır. Oy hakkının hayata geçirilmesi, işkencenin önlenmesi, sözleşme hürriyetinin ve mülkiyet hakkının korunması, diğer uluslarla ağır vergilere ya da adaletsiz muameleye maruz kalmadan ticaret yapılabilmesi her şeyden önce tarafsız ve etkin işleyen bir yargı sisteminin varlığını gerektirir.⁴ Büyük çoğunlukça paylaşılan 21. yüzyıl hedeflerinin gerçekleşmesinde hem mahkemelere hem de hakimlere önemli görevler düşmektedir. Bu kurumlar demokratik, müreffeh, ve hukuk temeline dayalı global bir toplumun doğumuna engel teşkil eden siyasal, ekonomik ve yasal tehditlere karşı kritik bir denge hizmeti görür.

DÜNYADA YARGI REFORMU STRATEJİLERİ

Yukarıda sayılan amaçlara ulaşmada yargı gücü, en az tehlikeli ve en önemli devlet organıdır.⁵ Siyasal ve ekonomik aktörleri hukuka uymaya zorlamada, ticari hakların korunması ve sorumlulukların yerine getirilmesinin sağlanmasında, ve toplumun en zayıf kesimlerinin tarafsız yargılama yoluyla korunmasında diğer hiç bir devlet organı yargı gücü kadar iyi tasarlanmamıştır.

Üzücüdür ki, yargı organı en çok ihmal edilen branştır. Çoğu zaman yargı yeterli ödenekten, siyasi destekten, himayeden ve eğitilmiş personelden yoksundur. Ulusal yargı sistemleri demokrasinin gelişme hızına, serbest piyasanın işleyişine ve globalleşmeye ayak uyduramamaktadır.

Biz bu sorunlarla samimi olarak uğraşmadıkça ve bunlara elbirliğiyle yaratıcı çözümler bulmadıkça durum daha da kötüleşecektir.

Bu da günümüz gerçekleriyle hedefler arasındaki açığın anlaşılması ve bu açığın kapatılması için bazı stratejilerin saptanmasını gerektirir. Öncelikle üç genel soruna değinmek istiyorum: dosya birikimi ve davaların ertelenmesi, siyasal iktidarın ve özel kişilerin yargının bağımsız işleyişine müdahalesi, ve adalet

³ Bkz. Hiram E. Chodosh, *Judicial Mediation and Legal Culture*, ISSUES IN DEMOCRACY (November, 1999).

⁴ Bkz. Jeffrey D. Sachs, *Globalization and the Rule of Law*, YALE L. SCH. OCCASIONAL PAPERS, 2d ser., no. 4 (1998).

⁵ Bkz. ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS (2. baskı, 1986).

sisteminde zayıfların yeterince korunmamasıdır. İkinci olarak, reform sürecinde başvuru bazı stratejilerden bahsedeceğim. Son olarak, yargı alanındaki reform girişimlerinin başarısı, belli bir modelin ya da tasarının uygulanmasından daha çok reform sürecinin kendisinden kaynaklanır.

DOSYA BİRİKİMİ VE ERTELEMELERLE MÜCADELE

Uygulamaya konulan yeni yasalar mahkemelere yeni yükler getirmektedir. Yeni haklar mahkemelerde yeni iddialar ve çözülmesi gereken tartışmalar demektir. Yargının kapasitesinde ya da verimliliğinde bir artış sağlamadan uygulamaya konan reformlar, zaten ağır işleyen yargı sürecini daha da yavaşlatır ve bekleyen dosya sayısı gittikçe artar. Pek az ülkede her yıl açılan davalar aynı yıl içinde sonuçlandırılmaktadır. Pek çok ülke davaların % 80'inden azını sonuçlandırmakta, geri kalan % 20'sini de gelecek yıllara bırakmaktadır ki, bu da bekleyen dava dosyalarının sayısının bir gün azaltılabileceği ümidini yok etmektedir.

Etkileri

Aşırı derecede yavaş işleyen yargı süreci en temel kamusal hukuk ilkelelerini geçersiz hale getirir, hak ve yükümlülük kavramlarını anlamsızlaştırır, rüşvet için uygun ortam yaratır, güçlüye zayıfı ezdirir, ve böylece hukukun egemenliğini, yargının tarafsızlığını ve bireylerin yasalara uyma duygusunu zayıflatır.

Nedenler

Dava dosyalarının birikimi ve ertelenmesi personelin sorumsuzluğundan, disiplinsizlikten, aşırı bilgiçlikten, ve sonuçsuzluktan kaynaklanır. Mahkemeler olayları, kayıtları ve delilleri izlemede yetersiz kalır. Dava süreci kesintili, parçalanmış, ve sürekli ertelemelere açıktır. Daha az formal, daha az çatışmacı ve taraflar için daha kazançlı olabilecek uzlaşma yolları son derece azdır. Pek çok ülkede anlaşmazlıkların çözümü için ilk akla gelen yol dava yoludur. Siyasal organların doğrudan ya da dolaylı olarak yargı kararlarını askıya alabildiği yerlerde ya da yargı kararlarına uymamanın bir yaptırım içermediği durumlarda ise davaların sonuçlanması önemini kaybeder.

Çareler

Bu sebepleri geniş ölçüde ortadan kaldıracak genel reform stratejileri elde mevcuttur. Yargının yönetimi ile ilgili reformlar mastır planları yapar, davaların akışını düzenleyen sistemi kurar, yeni sınıflandırma sistemleri oluşturur, benzer davaları birleştirme kriterlerini geliştirir, ve dava usulüne ilişkin kuralları koyarak

takip edilmeyen davaların ortadan kalkmasını sağlar.⁶ Bireysel davaların yönetimine ilişkin reformlar ise mahkeme sırasında harcanan zamanı yeniden düzenler, hazırlık soruşturması aşamasındaki görevleri tanımlayarak davaların daha verimli görülmesini sağlar, ve nihayet taraflara yargı yolu dışındaki alternatif uzlaşma yollarını gösterir. Alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmaları günümüzdeki resmi, zıtlasmaya dayalı, zorunlu ve tarafların sadece birinin kazancı ve diğerinin kaybıyla sonuçlanan dava sürecine karşın arabuluculuk, bağlayıcı olmayan hakemlik ve tarafsız değerlendirme gibi informal, tarafların işbirliğine ve uzlaşmasına dayanan, her iki tarafın da kazançlı çıkacağı yöntemleri önerir. Yargının karar verme sürecine siyasal müdahalenin önlenmesi, yargılama sonucunda verilen karara uymayanlara karşı yaptırımların konması ve nihayet rızaya dayalı çözümlerdeki artış yargı kararlarının uygulanmasını kolaylaştırır.

YARGI TARAFSIZLIĞINA YÖNELEN TEHDİTLERLE MÜCADELE

Yargının tarafsızlık ve bağımsızlığına yönelik tehlikelerin birbirinden farklı fakat birbiriyle ilişkili iki kaynağı vardır: Siyasal gücün kamuya müdahalesi ve özel ekonomik gücün kamuya etkisi (rüşvet).

Nedenler

Her iki müdahale şekli de üç ana faktöre atfedilebilir: Güçlü özendiricilerin varlığı, önleyici tedbirlerin zayıflığı ve fırsatların çokluğu. Yargının davranışını illegal yollardan etkilemeye yönelik saikler oldukça güçlüdür. Yargı çalışanlarının düşük ücretleri, politikleşen atama ve terfi sistemleri, kariyerin ve makamın garanti olmaması, sınırlı ekonomik ve kişisel güvenlik gibi nedenler yargı mensuplarının yasadışı parasal kaynaklar arama gereksinimlerini artırır ve onları politik tartışma yaratacak kararlar vermekten caydırır. Çoğu kez bunları önleyici tedbirler de zayıftır. Belirsiz ahlak normları, yetersiz izleme kapasitesi, yozlaşmış inceleme sistemleri ve etkisiz yargılama ve infaz kuralları yasadışı davranışların riskini önemli ölçüde azaltır.⁷ Ortak iletişimin ve akıl yürütmenin sınırlı

⁶ Bkz. Yukarıdaki 2 numaralı dipnot, sayfa 12-13. (Hindistan yüksek mahkemesi başkanı Ahmedi'nin başarılarını anlatmaktadır. Ahmedi, Ekim 1994'ten Eylül 1994'e kadar mahkemelerde bekleyen dava sayısını 120.000'den 28.000'e düşürmüştür.)

⁷ Judge J. Clifford Wallace, *Resolving Judicial Corruption While Preserving Judicial Independence: Comparative Perspectives*, 28 CAL. W. INT'L. J. 341 (1998). (Uzak

olduğu, pek çok aşamaların ve temyiz oluşturduğu yavaş işleyen ve parçalanmış bir yargı süreci, ve uyuşmazlıkların çözümünü devletin tekeline bırakan ve pek çok takdir yetkisini çok az sayıda insanın eline veren bir yargı sisteminde rüşvete olanak veren fırsatlar kontrol edilemez.

Çareler

Rüşvet sorununun (siyasal ve ekonomik) çözümüne yönelik alınacak önlemlerin uygulanması zordur. Ama bu konuda kararlı olanlar için dikkatli bir uyarlamayla başvurulabilecek pek çok strateji vardır.

İlk olarak, yargıdaki çalışma şartlarının iyileştirilmesi rüşveti yaratan yapıyı zayıflatacaktır. Ücretlerin artırılması, atama, yer değiştirme ve terfilerin politik etkiden arındırılması, meslek ve makamın daha güvenli hale getirilmesi, yasadışı karanlık güçlerle (organize suçlar gibi) mücadele eden yargıçların kişisel güvenliklerinin sağlanması ve emekliliklerinde daha iyi maddi imkanlar sunulması yargı personelinin hizmet ettikleri kuruma ve bu kurumun ilkelerine olan inanç ve bağlılıklarını güçlendirecektir. İkinci olarak, iyi bir gelir izleme yeteneği olan, çıkar çatışmasını düzenleyen daha açık ahlak kurallarını içeren, kurum içinden ve dışından oluşturulacak bağımsız izleme ve disiplin komitelerini kapsayan ve daha saydam bir yapıyı hedefleyen sistemler yasadışı güçlerin yargı üzerindeki etkilerinin azaltılmasında caydırıcı olacaktır. Son olarak, ortak iletişimi, akıl yürütmeyi ve kamuya açıklığı teşvik eden şeffaf yargılama sistemleri ve daha etkili, sürekli ve esnek hukuk süreci rüşvet olanaklarını önemli ölçüde azaltabilir.

ZAYIFIN KORUNMASI

Geniş anlamda yargının kalitesi, yargı sisteminin toplumun en zayıf ve korumasız üyelerine ne ölçüde adil davrandığı ile ölçülebilir. Suç işlediği iddia edilen kişilerin, ve özellikle çok fakir ve zayıfların, yargılama sürecinde yetersiz temsili çok yaygın bir sorundur.

Nedenleri

Kısmen yargının yetersiz teknik donanımı nedeniyle, pek çok yerde mahkemeler büyük ölçüde (açık veya kapalı olarak) itiraflara ve ifadelere dayanarak karar verir. Dolayısıyla bu sistem, yargılama sürecinin çeşitli fiziki ve duygusal yöntemlerle suiistimal edilmesine imkan yaratır. Bu nedenle ceza davalarında sanıkların temsili, bu suiistimallerin önlenmesi açısından son derece önemli bir kontrol görevi görür.

doğudaki yargı sistemlerinde yargıçların disiplini için başvuru yöntemlerinin çeşitliliğini anlatmaktadır).

Bazı sistemlerde sanıkların avukata danışma hakkı sadece belli ağırlıktaki suçlar için (örneğin en az bir kaç yıl ceza gerektiren suçlar) tanınmıştır. Avukata *danışma hakkı* genişletilmiş olsa dahi pratikte sanıklar bu haktan mahrum edilebilmektedir. Danışma avukatlarına ücretlerin devlet tarafından ödenmesi durumunda bile ücretler ya yetersiz kalmakta ya da ödemeler çok sonra yapılmaktadır ve bu ödeme savunma için gerekli olan hazırlık ve araştırma harcamalarını kapsamamaktadır. Ceza yargı usulünde savunma hakkının tanınmış olması ve yeterli mali desteğin sağlandığı durumlarda ise, pek çok sistem avukatın rolünü sadece yargılamanın son aşamasıyla sınırlandırmaktadır. Dolayısıyla savunma avukatı bir davanın en kritik aşaması olan delillerin toplanması ve gerçeklerin saptanması sırasında sanığı yeterince temsil edememektedir.

Çareler

Ceza yargılama sistemlerinin teknik kapasitelerinin artırılması ve ifadelerin alınması sırasındaki suiistimallerin önlenmesine ilave olarak, avukata danışma hakkının ve bu haktan yararlanma imkanlarının genişletilmesi sanıkların yargılama sürecindeki temsili açısından önem taşır. Danışma hakkının cinayet dışındaki davaları da kapsayacak şekilde genişletilmesi, avukatların ceza ve tutuk evlerine girişinin kolaylaştırılması ve ücretsiz danışma hakkının daha da genişletilmesi gerekmektedir. Savunma hakkının etkin kullanımı açısından son derece önemli olan avukatların ceza davasının hazırlık ve araştırma aşamasına dahil edilmesi daha iyi koruma sağlayacaktır. Bu gibi tedbirler, toplumun en zayıf ve korumasız kesimlerinin temel haklarının korunması garantisini genişletecektir.

REFORMLARIN YÖNTEMİ

Bu reformların hayata geçirilmesi için yeni yasaların yapılması zorunludur, ama kesinlikle yeterli değildir. Yasalara öncülük edecek liderler, kurumsal yeterlilik, meslek içi eğitim ve reformların işleyiş sürecini de dikkate almaları gerekir. En önemlisi, hukuk reformlarını yapanlar sadece reformların model tasarımı üzerinde odaklanmamalı, bizzat reform sürecinin kendisiyle de ilgilenmelidirler.

Hükümet yetkilileri, akademisyenler, yargıçlar, özel sektör uzmanları, Sivil Toplum Kuruluşları (STK) ve uluslararası yetkililer modern reform girişimlerinin bilinen niteliklerini yeniden gözden geçirmelidirler.

Dışarıdan empoze edilen ya da yukarıdan aşağıya dikte edilen reformların uygulanma olasılığı çok daha azdır. “Tek tıp-herkese uyar” mantığıyla dış mahfillerde tasarlanan reformların benimsenme şansı zayıftır. Özellikle hukuk cami-

asının henüz yeterince hazır olmadığı kısa dönemli reformlar, ya da pilot uygulamaların tecrübesine dayanmadan yürürlüğe sokulan ulusal düzeydeki planların başarısız olması ve derin hayal kırıklıkları yaratması kuvvetle muhtemeldir.

Uluslararası ve dış kaynaklı yardım ve baskılar, hükümetlerin kararlılığı, benzer reform planlarından yararlanılması, ani adımlar, ve ulusal ölçekte planlamanın hepsi faydalı ve çoğu zaman da gereklidir. Geleneksel olarak bulunması gerekli olan bu niteliklerin yanında reformların pek çok alternatif süreçlerle tamamlanması gerekir. Benim baş raportörlüğünü yaptığım ve dünya genelindeki hukuk reformcularının oluşturduğu hükümet dışı bir kuruluş olan (STK) Hukuk Sistemleri Araştırma ve Geliştirme Enstitüsü (*The Institute for the Study and Development of Legal Systems*) geçen on beş yılda otuzu aşkın ülkede reform süreçlerinin geliştirilmesi konusunda önemli başarılar elde etti.

Çağdaş reform girişimleri, hem bu reformları uygulamakla sorumlu olanlardan hem de bu reform sürecinden öncelikle etkilenecek kişilerden oluşan gruplar olmalıdır. Bunlara çalışma grupları adı verilir. İki kesimin karşılıklı iletişimini sağlayan bu gruplar: (1) salt dış ya da salt iç bakışlara dayalı reform girişimlerini önler; (2) tepeden inme kararların ve uygulamaların aşağıdan gelen öneriler ve girişimlerle dengelenmesini sağlar; (3) dünyadaki diğer modellerin yerel şartlara uyarlanmasını kolaylaştırır; (4) kısa dönemde atılacak adımları uzun dönemde tedricen yapılacak uygulamalarla uyumlu hale getirir; ve (5) ulusal planları yerel pilot uygulamalarla tamamlayarak, zamanla reform sürecinde ortaya çıkacak aksaklıkların anında giderilmesini sağlar.

SONUÇ: KARAMSARLIK YERİNE ÜMİT

Sistem ve eğitim kaynaklı bu sorunların karşısında bizler geliştirilen reformların sonuçları hakkında iyimser mi olmalıyız yoksa kötümser mi? Bir Rus atasözü şöyle der: "Dünyada iki çeşit insan vardır; iyimser ve kötümser. Ama gerçekte ise herkes iyimserdir, kötümserlerin sadece biraz bilgisi fazladır." Bu atasözü oldukça öğreticidir. İyimserlik, sorunların varlığını ve ciddiyetini unutturarak bizleri kayıtsızlığa sevk etmemelidir. Öte yandan kötümserlik ise-eğer bizler yüzeysel çözümlerden öte ciddi planlar geliştirmek niyetinde isek-motivasyonumuz üzerinde olumsuz etki doğurabilir.

Bizler bardağın yarısı dolu mu boş mu diye tartışacağımıza, değişime olan susuzluğumuzu giderebilmek için doğrudan doğruya bardaktaki su miktarını artırmanın yolunu aramalıyız. İşte bunun için de sadece bilgiye değil umuda da ihtiyacı var.

Devrim öncesi büyük Çin yazarlarından Lu Hsun'un sözlerine kulak verelim: "Ümit, yeryüzündeki bir yol gibidir. Aslında ise dünyada ilk başta yol da yoktu, ama pek çok kişi aynı yerden geçince bir yol kendiliğinden oluştu."⁸

Bu anlayışla ben uzun, yorucu ama karşılığı olacağını tahmin ettiğim bu yolculuğun başında bana katıldığımız için hepinize teşekkür ederim.

⁸ LU HSUN, My Old Home, in SELECTED STORIES OF LU HSUN 54, 64 (Yang Hsien-yi & Gladys Young trans. 3rd ed., 1972).

HUKUK EĞİTİMİ: TRENDLER, SORUNLAR VE STRATEJİLER*

Prof. Hiram CHODOSH**

Çev. Dr. Birol AKGÜN***

BİR HİKAYE VE ULUSLARASI DİYALOG İÇİN ÇIKARILACAK DERSLER¹

Çok eskiden Polonyalı fakir bir adam, rüyasında kendisinin Viyana şehrine seyahat ettiğini gördü. Adam bir askerın koruduğu köprüden geçti ve köprünün altında bir çömlek dolusu altın buldu. Adam ertesi sabah uyandığında, ailesini ikna ederek rüyasında gördüğü hazineyi aramak için uzun ve sıkıntılı Viyana yolculuğuna çıkmaya karar verdi.

* Copyright, Hiram E. Chodosh, 2000. Bu makale Profesör Chodosh'un Mayıs 2000'de Ankara ve İstanbul'da vermiş olduğu bir dizi konferansın, yazarın kendisince kaleme alınmış şeklidir. Bu konferanslar Amerikan dışişleri bakanlığının "Vatandaş Değişim" bürosunca desteklenmiş ve finanse edilmiş olup Ankara'daki Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesinde (3 Mayıs) ve İstanbul'daki Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde (5 Mayıs) gerçekleşmiştir.

** Cleveland, Ohio'da bulunan Case Western Reserve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi ve Frederick K. Cox Uluslararası Hukuk Merkezi direktörü ve müfredatı geliştirme komitesi başkanıdır. Profesör Chodosh, bu konferansların gerçekleşmesinde emeği geçen ABD'nin Ankara büyükelçiliğinden Jean Vander Woude ve Hakan Yurdadoğana, İstanbul konsolosluğundan Susan Schultz ve Alev Alemdara, Washington'daki ABD Dışişleri Bakanlığında Steven Prieto'ya şükranlarını sunar.

*** Selçuk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Uluslararası İlişkiler Bölümü

¹ Bkz. Hiram E. Chodosh, Stephen A. Mayo, A. M. Ahmedı & Abhishek Singhvi, *Indian Civil Justice System Reform: Limitation and Preservation of the Adversarial Process*, 30 N.Y.U. INT'L L. & POL. 1 (1998).

Günlerce süren yolculuktan sonra, harap ve bitap düşmüş olarak sonunda Viyana'ya ulaştı. Gerçekten de adam o köprüyü buldu ve rüyasında gördüğü Avusturya'lı askerle karşılaştı.

Adam nöbetçiye doğru yaklaştığında askerin yüzündeki hayretkar bakışı farketti. Hemen öğrendi ki, bu asker de günler önce bir rüya görmüştü. Asker, rüyasında Polanya'da küçük bir köye gittiğini görmüş ve bu fakir adam ve ailesiyle karşılaşmış ve adamın evindeki odun sobasının altında bir çömlek dolusu altın bulmuştu.

Bu hikayeden iki ders çıkarılabilir. Birincisi ve genel olarak akla gelen ilk ders şudur; fakir adam rüyasını gerçekleştirmek için kendi yaşam sınırlarının ötesine bakmak zorunda değildir. Bir çömlek altın hemen yanı başındaki sobanın altında durmaktadır. İkincisi ve daha az akla gelen ders ise daha önemlidir. Eğer fakir adam rüyasında gördüğü hazineyi aramaya çıkmasaydı, hiç bir zaman ne evdeki hazineyi ne de uzaktaki hazineyi keşfedebilecekti.

Bu hikaye bize uluslararası fikir alışverişinin önemini, faydalarını, ve risklerini gösteriyor. Bizler daha iyi bir toplum düzeni, daha iyi bir eğitim ve daha iyi bir yargı sistemi kurma konusundaki hayallerimizi gerçekleştirmek için istekli olmalıyız. Bizler, yaşadığımız toplumun bize çizdiği sınırları aşmaya hazır olmalıyız. Ve son olarak bizler hem uzak ülkelerdeki hem de burnumuzun dibindeki saklı hazineleri bulmak için ufkumuzu açık tutmalıyız.

Bu anlayışla, yargı reformlarındaki global trendleri, bu gelişmelerin ortaya çıkardığı büyük zorlukları, ve bu zorlukları aşmanın değişik yollarını birlikte gözden geçirelim.

YARGI REFORMLARINDAKİ GLOBAL TRENDLER

Geçen on yılda, pek çok ulusal hukuk sistemi üç alanda kapsamlı reformlara girişti. Birinci olarak, geleneksel otoriter siyasal sistemler ülkelerinde hem seçimler yoluyla hem de daha sorumlu ve saydam bir yönetim anlayışını yerleştirerek ve insan hakları alanında iyileştirmeler yaparak daha demokratik bir sistem kurmaya çalıştılar. İkincisi ise, hükümetler ekonomik sistem üzerindeki kontrollerini azaltırken, gittikçe daha serbest bir pazar ekonomisini kurmaya ve mülkiyet ve fikir haklarını (*intellectual property*) korumaya ve genişletmeye çalışıyorlar. Üçüncüsü de, uluslararası topluluğun kontrol edilemeyen ve dönüşü

olmayan globalleşme yoluna girmesidir. Malların, hizmetlerin ve sermayenin daha önce görülmemiş ölçüdeki günlük akışı ulusal sınırları delip geçmektedir.²

Bu ilkeleri gerçekleştirmek için (demokrasi ve insan hakları; serbest ve bilgiye dayalı ekonomi; globalleşme ve uluslararası engellerin azaltılması) ülkeler, geniş kapsamlı yeni hukuk kuralları yarattılar. Bu kurallar daha çok anayasa, sivil haklar, ceza hukuku reformları, yeni medeni kanun ve ticaret hukuku alanındaki düzenlemelerle, serbest ticaret anlaşmaları ve bölgesel ekonomik birlikleri kapsamaktadır.³

YENİ SORUNLAR

Hükümetlerin giriştiği bu reformların uygulanmasında büyük sorunlar yaşanmaktadır. Oy hakkının hayata geçirilmesi, işkencenin önlenmesi, sözleşme hürriyetinin ve mülkiyet hakkının korunması, diğer uluslarla ağır vergilere ya da adaletsiz muameleye maruz kalmadan ticaret yapılabilmesi her şeyden önce tarafsız ve etkin işleyen bir yargı sisteminin varlığını gerektirir.⁴ Büyük çoğunlukça paylaşılan 21. yüzyıl hedeflerinin gerçekleşmesinde hem mahkemelere hem de hakimlere önemli görevler düşmektedir. Bu kurumlar demokratik, müreffeh, ve hukuk temeline dayalı global bir topluluğun doğumuna engel teşkil eden siyasal, ekonomik ve yasal tehditlere karşı kritik bir denge hizmeti görür.

HUKUK EĞİTİMİNİN VAZGEÇİLMEZ ÖNEMİ

Bu trendlerin, güçlüklerin ve stratejilerin ışığında nasıl bir hukuk eğitimi olmalı sorusu hayati bir öneme sahiptir. Çünkü hukukçular, ister çatışmaların önlenmesinde ister anlaşmazlıkların çözümünde olsun, ister kamu ya da özel sektörde görev yapsınlar, ister ceza davalarına ister ticari davalara baksınlar, ister yerel isterse uluslararası davalara baksınlar geniş toplum kesimlerine adaletin sunulmasında vazgeçilmez rol oynarlar.

Sağlıklı bir yargı sisteminin en önemli göstergelerinden birisi avukatların kalitesi ve dürüstlüğüdür. Bir insan kaynakları sorunu olan bu konu, çoğu zaman göz ardı edilir ve nadiren abartılır. Bu konuda yeni ve halen karşılanmamış ta-

² Bkz. Hiram E. Chodosh, *Reflections on Reform: Considering the Legal Foundations of Peace and Prosperity in the Middle East*, 31 CASE W. RES. J. INT'L L. 427 (1999).

³ Bkz. Hiram E. Chodosh, *Judicial Mediation and Legal Culture*, ISSUES IN DEMOCRACY (November, 1999).

⁴ Bkz. Jeffrey D. Sachs, *Globalization and the Rule of Law*, YALE L. SCH. OCCASIONAL PAPERS, 2d ser., no. 4 (1998).

lepler vardır. Dolayısıyla, adalet hizmetlerinin gerektirdiği liyakatli hukukçuları yetiştirmeyi hedefleyen eğitim sistemi, artan taleplerin karşılanması bakımından son derece önem kazanmaktadır.

Bu bağlamda ben, Amerika'daki hukuk eğitiminin temel özelliklerini, güncel sorunlarını, ve günümüz ihtiyaçlarını karşılamak için bizim uyguladığımız özel programları tartışmak istiyorum.

Temel Özellikler

Klasik Müfredat

Amerika'da hukuk eğitimi, lisans derecesi üzerine yapılan üç yıllık bir yüksek lisans programıdır. Hukuk eğitimi almak için mutlaka belli dallarda (örneğin siyaset bilimi ya da ekonomi gibi) öğrenim görmüş olmak gerekmez. Ama, başvuran herkesin ulusal düzeyde uygulanan özel yetenek testini (LSAT) alması gerekir. İlk yılda öğrenciler borçlar, mülkiyet, sözleşme, ceza, anayasa hukuku ve yargılama usulü ile ilgili dersler alırlar. Ayrıca öğrenciler, bir araştırma ve yazma dersi alırlar ki bu derste kütüphane kullanmayı, bilgisayar destekli araştırma yapmayı ve hukuksal metinleri hazırlamanın özel tekniklerini öğrenirler. İkinci ve üçüncü yıllarda ise öğrenciler idare hukuku, vergi hukuku, deliller ve benzeri konularda ileri düzeyde pek çok seçmeli ders alırlar. Bir çok okul, öğrencilerinin belli bir konuda araştırma makalesi yazmasını da şart koşar.

Örnek Olaylar ve Sokratik Metotlar

Geleneksel olarak sınıf içi eğitimde kullanılan metot, seçilen örnek davalar (örnek olay yöntemi) üzerinde doğrudan soru sormaya (Sokratik Metot) dayanır. Örnek olay yöntemi, gerçek hayatta karşılaşılan çatışmalardan alınan ve insan ilişkilerinin çeşitli yönlerini ve bunlardan kaynaklanan hukuksal sorunların farklı yönlerden incelenmesine dayanan bir yöntemdir. Bu yol, öğrencilere sadece mahkemelerdeki karar verme sürecini öğretmekle kalmaz, bunun ötesinde gerek mahkemedeki taraflar gerekse benzer konumdaki diğer toplumsal aktörlere yönelik sonuçlarını da anlamalarını sağlar. Sokratik sorgulama yoluyla dersi veren öğretim üyesi öğrencilere değişik ve zor sorular sorarak sürekli onları sınırlar, olayların farklı yorumlarını öğretir ve zor konularda daha derin düşünerek gerekçeli kararlar oluşturmalarına yardım eder. Bu yaklaşımda hukuksal akıl yürütme süreci en azından eldeki somut davanın içeriğini tartışmak kadar önemli görülür.

Analiz Dereceleri

Bu metotlar vasıtasıyla, hukuk eğitimi beş analiz düzeyinde değişebilir. Birinci derece, pratik olarak kanunların nasıl uygulandığı, hukuksal işlemleri ve düzenlemeleri ve davaların nasıl yürüdüğü konularını kapsar. İkinci derece ise genel kuralları ve değişik hukuk alanlarındaki doktrin ve düzenlemeleri içerir. Üçüncü derece ise hukuk politikalarıyla ilgilidir. Burada biz, farklı hukuk kurallarının önemli siyasal amaçlara (ekonomik verimlilik, güvenlik, kanunların caydırıcılığı, çevrenin korunması, bireylerin şereflerinin çığnenmemesi gibi) ulaşmada olumlu yada olumsuz etkilerini inceleriz. Dördüncü derecede, biz değişik toplumsal değer yargılarının göreceli önemi üzerinde tartışarak alternatif politikaları keşfetmeye çalışırız. Örneğin, ekonomik gelişmeyi hızlandıracak ama çevreye zararlı olabilecek bir kanun nasıl değerlendirilmelidir? Son aşamada biz hukuki tartışmalarda açık ya da kapalı olarak kullandığımız varsayımlarla ilgili olarak teorik tartışma yaparız, ve özellikle de belli bir hukuk kuralının ve bu hukuk kuralının varmayı amaçladığı belli bir sonuçla o kuralın dayanağı olan toplumsal değer yargısı arasındaki ilişki üzerinde dururuz. Ölüm cezası gerçekten cinayetleri azaltır mı? Vergilerin düşük tutulması vatandaşların vergi kanunlarına daha fazla uymasını sağlar mı? Eğer bizler belli bir kanunun siyasal gerekçelerine katılıyorsak, o kanunun altında yatan insan davranışı ile ilgili varsayımlar konusunda da sorumlu tutulmalıyız.

Barolar

Hukuk mezunları avukat olabilmek için baroların açtığı sınavlara girmek zorundadırlar. Herbir eyaletin kendisinin avukatlık ruhsatı veren ayrı bir makamı vardır. Baro sınavları, ulusal düzeydeki adli ve hukuki etik kurallarını, ulusal düzeydeki hukuk mevzuatını (sözleşmeler, borçlar, ceza, anayasa, ve mülkiyet hukuku) kapsar. Ayrıca adayların her bir eyaletin kendi yerel mevzuatının sorulduğu ikinci bir sınavı almaları gerekir. Bunların dışında adayların mesleğin gerektirdiği yüksek seciye ve ahlaki nitelikleri taşıyıp taşımadığı baronun yaptığı mülakat ve özel referans mektupları ile tespit edilir.

Karşılaşılan Güçlükler

Çağdaş toplum, değişimin derin baskısı altındadır. Zenginlik artışı aynı zamanda daha geniş fakirlik alanları da yarattı. Teknolojik değişim görülmemiş derecede uzmanlaşma ihtiyacını doğurdu. Piyasalardaki artan karmaşıklık yepyeni ve daha karmaşık finansal araçlar yarattı. İnternet teknolojisindeki ilerleme bilgi değişiminin ve ticari işlemlerin maliyetini önemli derecede azalttı. Ve ni-

hayet gittikçe artan globalleşme süreci sermayenin, ticaretin, malların, hizmetlerin, sosyal göçün ve suçun ülkeler arasındaki akışına hız kazandırdı.

Bu hızlı değişime karşın, hukuk muhafazakardır ve yeni şartlara uyumda yavaş kalır. Hatta hukuk eğitimi hukukun kendisinden çok daha muhafazakardır. Bizim eğitim sistemimizin klasik özellikleri günümüzdeki değişen şartlara ayak uydurmakta geç kaldı. Biraz düşününce, aşağıdaki korkutucu sorular karşımıza çıkıyor:

Toplumsal yaşamda hayati önem taşıyan adalet hizmetlerinin yerine getirilmesi gerektiğini ödeme gücü olmayanlara nasıl anlatacağız?

Hizmet içi eğitim verme konusunda çok daha az istekli bir özel sektörün varlığını dikkate alarak, acaba biz öğrencilerimiz için daha uzmanlaşmış bir hukuk eğitimini nasıl verebiliriz?

Öğrencilerimizi yeni mülkiyet hakları, yeni borsa işlemleri konusunda ve iş hayatının yeni gereklerine göre nasıl eğitebiliriz?

Öğrencilerimizi internet işlemlerinden doğan hukuki sorunların çözümü konusunda nasıl hazırlayabiliriz?

Öğrencilerimizi birden fazla makamın yetki alanına giren konularla karşılaştıklarında nasıl bir hukuki tavsiyede bulunmaları gerektiği konusunda nasıl yetiştirebiliriz?

Çözüm Girişimleri

Günümüzde Amerikan hukuk fakülteleri bu sorunlarla yüzleşmeye başladı. Bunu nasıl yaptıklarını göstermek için benim görev yaptığım Ohio eyaletinin Cleveland şehrindeki Case Western Reserve Üniversitesi Hukuk Fakültesinde bizim başlattığımız pek çok yeni ve heyecan verici uygulamalardan bazılarını size aktarmak istiyorum.

Kamu Hizmeti

Öğrencilerimizde güçlü bir kamu hizmeti anlayışı yaratmak için onlara dersler yanında, ders paraleli programlara ve ders dışı aktivitelere katılma fırsatları sunuyoruz. Öncelikle bizim geniş bir hukuk kliniği programımız var. Burada öğrencilerimiz, yaşadığımız toplumda avukat tutmaya gücü yetmeyen kişileri gerek ceza davalarında gerekse sivil davalarda (boşanma gibi) temsil ederler. Ayrıca bizim yeni bir toplum kalkındırma kliniğimiz var ki burada da öğrencilerimiz kar amacı gütmeyen yerel toplumsal yardım kuruluşlarını temsil ederler. İkinci olarak, biz öğrencilerimize ders dışında katılabilecekleri bir çok kamusal hizmet imkanları sunuyoruz. Örneğin, kendi alanında ödül kazanan ve “Büyük

Biraderler” adı verilen bir programımız var ki burada bizim öğrencilerimiz, çevremizdeki fakir ailelerin çocuklarına hem kılavuzluk yapıyorlar hem de onlara derslerinde yardımcı oluyorlar. Bu programı, öğrencilerimiz çok yararlı bulduğu için bu tür toplumsal faaliyetlere büyük ihtimalle mezuniyet sonrasında da devam edeceklerdir.

Öğrencilerimizin hukuk alanındaki uzmanlaşmalarına yardım etmek için geniş kapsamlı bir yetenek geliştirme programımız var. Klinik ortamındaki gerçek kişileri temsil etmek yerine, bizim yetenek geliştirme programımızda öğrenciler, simule edilmiş senaryolar yoluyla nasıl temsil edeceklerini öğrenirler. Bu senaryo metoduyla öğrencilerimiz, hukuk fakültesini tamamladıktan sonra karşılaşacakları zorluklara karşı daha hazırlıklı hale gelirler. Ayrıca belli bir alanda uzmanlaşmak isteyenler için daha özel bir akademik eğitim programı uyguluyoruz. Bizim okulumuzda öğrencilere dört ana dalda-ışletme hukuku, sivil hukuk, sağlık hukuku ve uluslararası hukuk-uzmanlaşma imkanı sunuyoruz. Bunun için de öğrencilerimiz hem temel dersleri hem de uzmanlaşmak istedikleri alanlarla ilgili derslerden oluşan bir akademik eğitim programı izlerler. Bir de öğrencilerin hem kapsamlı bir araştırma makalesi yazmaları gerekir hem de genel not ortalamalarının en az B olması gerekir. Bu programlarda çok istisnai başarı gösterenler “onur” almaya hak kazanırlar.

İş Hayatının Karmaşıklaşması

Sayıları hızla artan öğrencilerimize 21. yüzyılın iş hayatı ile ilgili pratiklerini öğretebilmek için süresi dört yıl olan bir Hukuk-İşletme ortak mastur (JD/MBA) programı uyguluyoruz. Bu programı tamamlayan öğrencilerimiz bugünün iş piyasasında olağanüstü başarı gösteriyorlar. Karmaşıklaşan iş dünyasında özel şirketler hukuk eğitimi almış kişileri özellikle tercih ediyorlar. Hukuk mesleği de artan ölçüde çok yönlülük gerektiriyor. Dolayısıyla finans ya da muhasebe eğitimi almış olan avukatlar klasik hukuk eğitimi almamış meslektaşlarına göre daha avantajlı oluyorlar. Bu nedenle biz, ortak programa kayıtlı olmayan öğrencilerimize “Avukatlar İçin Finans İlkeleri” adlı bir ders de veriyoruz. Eğer bu, işletme hukuku alanındaki uzmanlaşma ile de birleştirilirse öğrencilerimiz için çok harika bir eğitim hizmeti sunulmuş olur ki, karmaşık iş hayatı da zaten bunları aramaktadır.

İnternet Programı

İnternet aktivitelerinden kaynaklanan hukuki problemlere karşı öğrencilerimizi hazırlamak için geniş kapsamlı ve dengeli bir yaklaşım geliştirme sürecindeyiz. Artık internet klasik hukuk eğitiminin hemen her alanını etkilemekte-

dir. Sözleşmelerin yapılması, yetki alanının belirlenmesi, fikir hakları (ticari markalar, yayın hakları, patent hakları) gibi pek çok konu çözüm beklemektedir. Bununla birlikte, çok kısmi gelişmeler dışında internetle ilgili yeni hukuki düzenlemeler yok denecek kadar azdır. Her ne kadar insanlar artan ölçüde sanal alemde işlemler yapıyorlarsa da, diğer yandan bu işleri gerçek bir dünyada, belli bir bilgisayarla ve belli bir bölgede yapmaktadırlar. Bu nedenle hukukçular önceden varolan kaynaklara, kurallara ve doktrinlere başvurarak sorunları çözmeye çalışıyorlar. Bu yeni konuları öğretmek için biz klasik disiplinlerle çakışan birer kredilik dersler açtık. Örneğin biz gelecek sömestride, elektronik ortamda faaliyet gösteren işletme kuruluşları (*e-business*) ve elektronik ortamda işlenen suçlar (*e-criminal*, örneğin internet sitelerine saldırılar, çocuk pornogropisi gibi) konusunda dersler vereceğiz. İnanıyoruz ki bu elektronik dersler modeli yeterli derecede geniş kapsamlı, dengeli ve ihtiyaçlara cevap verecek nitelikte olacaktır.

Ders Programımız

Globalleşen dünya ekonomisine uyum sağlamak zorunda olan hukuk öğrencilerini eğitmek için bizler, Frederick K. Cox Uluslararası Hukuk Merkezinin katkılarıyla çok değişik dersler, ders-paraleli aktiviteler ve ders-dışı programlar sunuyoruz. Birincisi, biz karşılaştırmalı hukuk ve uluslararası hukuk alanlarında çok zengin bir ders çeşidi sunuyoruz. Bu, hukuk eğitiminin ilk yılında verilen “Global Perspektifler” adlı çok özel bir seçimlik dersle başlar. Bu derste öğrencilerimize uluslararası özel hukukun temel ilkelerini, karşılaştırmalı yargı reformlarını, uluslararası özel hukuktaki sınır ötesi yargılamalarla ilgili ilkeleri ve uluslararası kamu hukukunu öğretiriz. Uluslararası Hukuk alanında ise hukuk fakültesinde öğrenciler şu dersleri alabilirler: Uluslararası Hukuk, Yasaların Çatışması, Karşılaştırmalı Hukuk, Uluslararası Hakemlik, Uluslararası Ticari İşlemler, Uluslararası Örgütler, Uluslararası Ticaret ve Kalkınma, Avrupa Topluluğu Hukuku, Uluslararası Anlaşmazlıkların Çözümlemesi, Göçmen Hukuku, Uluslararası Ekonomik Entegrasyon, Fikir Haklarının Uluslararası Korunumu, Uluslararası Müzakereler ve Anlaşmalar, Hukuk ve IMF/Dünya Bankası Grubunun incelenmesi ve diğerleri.

Ders Paraleli Aktiviteler

Bunlara ilaveten biz, bir dizi ders paraleli sosyal aktiviteler düzenliyoruz. Bunlardan biri, dünyadaki değişik ülke hükümetlerinin öğrencilerimiz tarafından temsil edildiği iki ayrı uluslararası farazi mahkemedir. Ayrıca editörlüğünü ve yayın yönetmenliğini bizim kendi öğrencilerimizin yaptığı iki uluslararası hukuk dergimiz var. Burada biz öğrencilerimizin yazdığı araştırma makalelerini yayınlıyoruz. Bunlardan ilki olan *Uluslararası Hukuk Dergisi* bu yıl 33. yılını dolduruyor. Bu dergi her yıl fakültemizce önemli bir konuda düzenlenen sempozyum-

da sunulan bildirileri yayımlar. Örneğin bu dergi 1998-99 yılı özel sayısında “Ortadoğu’da Barış ve Refahın Hukuki Temelleri” konusunu, 1999-2000 sayısında “Anlaşmaların Ötesinde Uluslararası Fikir Haklarının Uygulanması” konusunu işlemiştir. Gelecek sayısında (2000-2001) ise “Global İşgücü ve İş Hukuku: Uluslararası Problemler ve Perspektifler” konusu işlenecektir. Bunun yanında ikinci bir dergimiz, *Kanada-ABD Hukuk Dergisi*, vardır ki bu dergi Kuzey Amerikanın ekonomik entegrasyonu ile ilgili olarak her yıl düzenlenen bir sempozyumun (işgücü, teknoloji, anlaşmazlıkların çözümü ve federalizm gibi) bildirimlerini yayımlar.

Müfredat Dışı Programlar

Biz, derslerin dışında da bir çok imkanlar sunuyoruz. Geçen iki yıl içerisinde spesifik konularda (insan hakları, ulusal güvenlik, uluslararası ekonomik hukuk, ve fikir hakları gibi) otuzu gecik konferans düzenledik. Ayrıca bizim okul, istekli olan öğrencilerimize burs vererek yaz aylarında bir çeşit uluslararası kamu hizmeti (örneğin Birleşmiş Milletlerin hukuk bürosunda ve Amerikan Devletler Örgütünde çalışmak gibi) yapma imkanı sağlar.

Yabancı Avukatlar İçin Hukuk Mastırı Programı (LL.M.)

Son olarak en çok başarılı olan programlarımızdan birisi de Amerikan Hukuku ve Uluslararası Hukuk alanındaki mastır programımızdır. Kırkı aşkın yabancı avukatı bir yıllık bir eğitim için fakültemize davet ediyoruz. İngilizcele-ri iyi olmayanlara *Dil ve Hukuk* adlı bir ders aldırıyoruz. Bu programa kayıtlı öğrencilerimiz zorunlu bir ders grubu (sözleşme hukuku ve Amerika’da iş kurma) dışında diğer bütün derslerden istediklerini seçebilirler. Yabancı öğrencilerimize bizim hukuk öğrencilerimizden birini kılavuz tayin ediyoruz ve mezuniyet sonrasında bu avukatlara bir yaz boyunca staj yapma imkanı da tanıyoruz. Bunların pek çoğu, kendi hukuk diplomalarını tanıyan eyaletlerde baro sınavına da girerek Amerika’da avukatlık yapma hakkını elde edebilirler.⁵

SONUÇ: KARARSARLIK YERİNE ÜMİT

Eğitimle ilgili bu güçlükler karşısında bizler, geliştirilen reformların sonuçları hakkında iyimser mi olmalıyız yoksa kötümser mi? Bir Rus atasözü şöy-

⁵ Bizim okulumuzdaki yabancı avukatlar için hukuk mastırı konusunda daha fazla bilgi almak isteyenler bizim internet sitemize bakabilirler (http://lawwww.cwru.edu/cwru-law/llm_usls) ya da program sorumlusu Adria Sankovic ile irtibata geçebilirler, e-mail: ajs6@po.cwru.edu.

le der: "Dünyada iki çeşit insan vardır; iyimser ve kötümser. Ama gerçekte ise herkes iyimserdir, kötümserlerin sadece biraz bilgisi fazladır." Bu atasözü oldukça öğreticidir. İyimserlik, sorunların varlığını ve ciddiyetini unutturarak bizleri kayıtsızlığa sevk etmemelidir. Öte yandan kötümserlik ise-eğer bizler yüzeysel çözümlerden öte ciddi planlar geliştirmek niyetinde isek-motivasyon unumuz üzerinde olumsuz etki doğurabilir.

Bizler bardağın yarısı dolu mu boş mu diye tartışacağımıza, değişime olan susuzluğumuzu giderebilmek için doğrudan doğruya bardaktaki su miktarını artırmanın yolunu aramalıyız. İşte bunun için de sadece bilgiye değil umuda da ihtiyacımız var.

Devrim öncesi büyük Çin yazarlarından Lu Hsun'un sözlerine kulak verelim: "Ümit, yeryüzündeki bir yol gibidir. Aslında ise dünyada ilk başta yol da yoktu, ama bir çok kişi aynı yerden geçince bir yol kendiliğinden oluştu."⁶

Bu anlayışla ben uzun, yorucu ama karşılığı olacağını tahmin ettiğim bu yolculuğun başında bana katıldığımız için hepinize teşekkür ederim.

⁶ LU HSUN, My Old Home, in SELECTED STORIES OF LU HSUN 54, 64 (Yang Hsien-yi & Gladys Young trans. 3rd ed., 1972).

ERMENİ SORUNU, ERMENİSTAN VE TÜRKİYE*

Prof. Dr. Osman Metin ÖZTÜRK**

Ermeni soykırım iddialarına ilişkin bugüne kadar yapılmış çalışmalar, genellikle Osmanlı Devleti'nin, Birinci Dünya Savaşı'nda doğuda Ruslar ile savaşırken, cephe gerisini sağlama almak için, bir tedbir olarak Ermeni uyruklarından bir kısmını zorunlu göçe tabi tutması ile ilgili olmuştur. O dönemin olaylarını konu edinmiştir.

Bu çalışmada ise, Birinci Dünya Savaşı sırasında yaşanan olaylar üzerinde durulmamıştır. Çünkü, Ermeni soykırımı olarak sunulan olaylara ilişkin yeterli kadar yayın yapılmıştır. Dikkatli, tarafsız ve objektif çevrelerin, bu yayınlar üzerinden konu hakkında yeterli bir fikir sahibi olması mümkündür.

Böyle olmasına rağmen, Birinci Dünya Savaşı sırasında cereyan eden olayların, sonraki dönemlerde, ısıtılıp ısıtılıp Türkiye'nin önüne tekrar tekrar konulmasının nedenlerini aramak gerekir. İşte bu nedenleri ortaya koyma isteği, bu çalışmanın çıkış noktasını oluşturmuştur. Gerçekte, Ermeni sorununun, sıkça ileri sürülen tarihsel boyutunun dışında başka boyutları da vardır. Ermeni sorunu, iç politika malzemesi olarak kullanıldığı gibi, ülkelerin dış politikalarında ve uluslararası politikada, politik, askeri ve ekonomik amaçlara ulaşmak için bir araç olarak da kullanılmaktadır. Bütün bunlar, Ermenilerin ulusal idealleri birlikte değerlendirilmelidir. Bu çalışmada bunlar üzerinde durulmuştur.

Ermenistan'ın tarihine genel olarak ve bu çalışmanın konusu bakımından bakıldığında, Haçlı seferleri sırasında, Batı ile ittifaka girdikleri; daha sonraları, Memlukların Suriye'den yaptıkları akınlara karşı, Moğollar ile işbirliğine gittik-

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen ve 5 Nisan 2001 tarihinde Süleyman Demirel Kültür Merkezi-Malazgirt Salonunda gerçekleşen "Dünden Bugüne Ermeni Sorunu" konulu konferansta sunulan tebliğdir.

** Gazi Üniversitesi, İktisadi İdari Bilimler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü öğretim üyesi

leri; izleyen dönemde de, Osmanlı Devleti ile İran arasındaki çekişmede öne çıktıkları görülür.

Rusya'nın, 19. yüzyılın başından itibaren Kafkasya'ya doğru genişlemesi ve bu yüzyılın sonlarına doğru Osmanlı'nın Anadolu'nun doğusundaki vilayetlerinde Ermeni milliyetçiliğini desteklemesi, giderek Ermeniler'i ön plana çıkarmıştır.

Kafkasya'da yaşayan Ermeniler, Birinci Dünya Savaşı sırasında, Osmanlılar'a karşı Rus Ordusu'na yardım etmek üzere, gönüllü taburlar kurmuşlardır. Aynı dönemde, Doğu Anadolu'da yaşayan Ermeniler de asker toplayarak, cephe gerisindeki Müslümanlara/Türkler'e karşı eylemlere girişmiştir. Rus Ordusu'nun Van'a doğru harekete geçtikleri bir sırada, Van'daki Ermeniler de isyan ederek, Müslüman Türkler'e saldırmışlardır. Osmanlı sınırlarını aşan Rus ordusu içindeki Ermeni güçlerine, devrimci ismi Armen Garo olan, Osmanlı eski milletvekili Karekin Pastırmacıyan kumanda etmiştir. Diğer eski bir milletvekili Hamparsum Boyacıyan da, Murat kod adıyla, Türk köylerine saldıran ve sivil nüfusu katleden Ermeni komitacılarının başında yer almıştır. Ermeniler, Osmanlı Devleti'nin içinde bulunduğu koşulları-bu örneklerde olduğu gibi-istismar etmiş, Rusya ile işbirliğine gitmiş ve bu suretle, Kafkasya bölgesinde, kısa bir süre için de olsa, öne çıkmışlardır.

Bu öne çıkış, Ruslar'ın, Mart 1918'deki Brest-Litovsk Anlaşması ile Kafkasya'dan çekilmesi sonrasında, Ermeniler'in, Gürcüler ve Azeriler ile birlikte Transkafkasya Federal Cumhuriyeti'ni kurlmalarına yol açmıştır. Ancak, bu birleşik yapı fazla uzun ömürlü olmamış, bir kaç ay içinde dağılmıştır. Dağılmayı müteakip, Mayıs 1918'de, yine ömrü kısa olan, Ermeni Cumhuriyeti kurulmuştur.

Bu arada, 10 Ağustos 1920 tarihli Sevr Anlaşması'nda, Doğu Anadolu'da bağımsız bir Ermenistan devletinin kurulması öngörülmüştür. Diğer taraftan, yine Sevr Anlaşması'nda, 1915 yılında cereyan eden olayların, kurulacak özel bir mahkemede ele alınması öngörülmüş ve buna bağlı olarak bir yargılama sürecine girilmişse de, İngiliz Kraliyet Savcısı, kanıtların yetersiz olması nedeniyle sanıkları serbest bırakmıştır. Ermeni iddiaları kabul görmemiştir.

Kasım 1920'de, Kafkasya'nın Sovyet Ordularınca işgal edilmesinden sonra, Ermenistan, Gürcistan ve Azerbaycan Sovyetler tarafından birleştirilerek Transkafkasya Sovyet Federe Sosyalist Cumhuriyeti kurulmuş; 1936 yılına kadar devam eden bu durum, o tarihte kabul edilen yeni Sovyet Anayasası ile değişmiş ve Ermenistan, Sovyetler Birliği içinde ayrı bir cumhuriyet statüsünü kazanmıştır.

1988 yılında, Azerbaycan'ın Dağlık Karabağ Bölgesi'nin Ermenistan Cumhuriyeti'ne bağlanması için başlatılan gösteriler, Ermenistan ve Azerbaycan

Cumhuriyetleri arasında gerginliklere ve kanlı gösterilere yol açmış; gelişmeler, 1992 yılında, silahlı çatışmaya dönüşmüştür. Ermeniler, Dağlık Karabağ'ın yanısıra, Azerbaycan'ın batı ve güneybatısını da ele geçirecek işgal etmişlerdir.

Sovyetler Birliği içinde federe bir cumhuriyet olan Ermenistan, 1991 yılında, Sovyetler Birliği'nin dağılması ile birlikte, bağımsızlığını kazanmıştır.

Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra, Ermenistan'ın da yer aldığı Kafkasya'ya ilişkin uluslararası politika, genel olarak,

- Rusya Federasyonu(RF)'nin bölgede varlığını sürdürme isteğinin,
- Türkiye'nin, Türk soylu yeni bağımsız devletler ile biraraya gelme isteğinin,
- Bölgedeki Türk soylu devlet ve topluluklar üzerindeki rekabetin(Türkiye, İran ve RF),
- Bölgenin Batılı uluslararası ekonomik ve politik sistemlere entegrasyonu çabalarının,
- Batılı devletlerin, bölgede RF'nu durdurma isteğinin, etkisinde şekillenmiştir¹. Bu eğilimler, 1991 yılından itibaren, Kafkasya'yı, bölgesel çıkar çatışmalarının politik aracına dönüştürmüştür.

Buna paralel olarak, RF'nun Kafkasya'ya ilişkin politikası da,

- Bölge ülkelerinin bağımsızlıklarını güvenceye kavuşturma çabalarının,
- Türkiye'nin, başta Azerbaycan olmak üzere, Türk soylu ülkeler ile entegrasyona gitme çabalarının,
- Batılı demokrasilerin bölgedeki varlıklarını güçlendirme çabalarının,
- Bölge dışı devletlerin eski Sovyetler Birliği mekanına yayılma girişimlerinin, etkisinde şekillenmiştir.²

Bu noktada, şunları da görmek gerekir: Türkiye'nin, eski Sovyetler Birliği mekanındaki Türk soylu devlet ve topluluklar ile geliştirdiği yoğun ve yakın ilişki, giderek ABD'nin uzun dönemli bölgesel çıkarlarını olumsuz olarak etki-

¹ Manvel Serkisyan, "Ermenistan'ın ve Kafkaslar'ın Politik Sorunları", (Çev. Nazim Cafersoy), Ermenistan Ulusal ve Uluslararası Araştırmalar Merkezi, Erivan, 1998, s.13.

² Manvel Serkisyan, a.g.m., s.14.

leyecektir. Çünkü, Türkiye, bu ilişkiler üzerinden öne çıkacaktır. Aynı şekilde, enerji ihtiyacını karşılamada hergeçen gün daha çok dışa bağımlı hale gelen Çin, Hazar bölgesi enerji kaynaklarının batı yerine, doğu ve güneyden uluslararası pazarlara ulaştırılmasından yana olacaktır. Avrupa ülkelerinin ve ABD'nin enerji ihtiyacı, ABD ile Avrupa arasındaki rekabeti de bu çerçevede görmek gerekir. Bunlar da, Kafkasya'yı ve bu bölgede Ermenistan'ı öne çıkarmıştır. Ayrıca, genelde Kafkasya'yı, özelde ise Ermenistan'ı, Asya'daki stratejik güç dengeleri açısından da görmek gerekir.

Bunlar, Ermenistan'ı etkileyen dış faktörlerdir ve Ermenistan'ın bölgede izlediği politika üzerinde belirleyici bir etkiye sahiptir. Ermenistan, bu faktörlerin etkisinde, bölgede,

- Türkiye'nin, bölgedeki Türk soylu devlet ve topluluklar ile ilişkilerini kesme ve engelleme,
- RF'nun, özellikle Güney Kafkasya'da varlığını sürdürme,
- Bölge dışı aktörlerin Kafkasya'ya girişlerini engelleme,
- Kuzey Kafkasya'nın, RF'nun kontrolünden çıkmasını önleme, işlevlerini içeren bir politika izlemeye başlamıştır. Karabağ sorununun da bu işlevler açısından değerlendirilmesi gerekir. Ancak, Ermenistan'ın izlemekte olduğu politikanın yerine getirdiği başka işlevler de vardır. Ermenistan, doğu-batı ulaşım koridorunu kontrol etmekte ve bu çerçevede, Türkiye'nin Kafkasya'ya ve Orta Asya'ya her alanda açılmasını engellemekle kalmamakta; aynı zamanda, Kafkasya'da kuzey-güney ulaşım koridorunun oluşmasına da katkıda bulunmaktadır. Bu suretle, İran ile RF arasındaki bağlantıyı sağlamaktadır.

Bu noktada, Ermenistan'a, bir anlamda, bölgede Türkiye'yi politik/askeri açıdan dengeleyecek bir araç olma işlevinin verilmiş olduğu söylenebilir. Hatta, Ermenistan'ın, Türkiye-AB ilişkilerini, Türkiye açısından olumsuz olarak etkileyen bir işlevi yerine getirdiğini söylemek de mümkündür.

Ermenistan'a İran açısından bakıldığında, Batı'dan izole edilmiş ve bölgede yalnız kalmış İran'ın, Ermenistan üzerinden bu durumunu düzeltmeye çalıştığı görülür. Müslüman İran'ın Karabağ sorununda Ermenistan'ın yanında yer alması, İran'ın Ermeni diasporasından yararlanmak istemesi ile açıklanabilir. Ermenistan, Batı ile dolaylı da olsa ilişki içine girme ve bu suretle bölgede yalnızlıktan kurtulma açısından İran için önemlidir. Ermenistan, yukarıda belirtildiği üzere, İran ile RF arasındaki yakınlaşmaya da katkıda bulunmaktadır.

Bu koşullarda, Ermenistan'ın, ABD, RF, Çin, İran ve bazı Avrupa ülkelerinin, bölgesel politikalarına aracılık ettiğini; buna karşılık, Ermenistan'ın da, bu

ülkeler nezdinde mesafe aldığını, özellikle Avrupa'ya yaklaştığını, ifade etmek gerekir.

Ermenistan'ın bugün izlemekte olduğu politika, ö ellikle RF'nun etkisine açık bir politikadır. Ermenistan, RF'nun Türkiye politikasının bir aktörü/aracı durumundadır. Ermenistan ve Ermeniler, Türkiye-RF ilişkilerinde, hem bir tehdit aracı, hem de bir kurban rolünü oynamaktadır. Bunun en somut örnekleri, Ermenistan'ın RF ile askeri alanda geliştirdiği ilişkiler ve RF'nun Karabağ sorunu üzerindeki etkinliğidir.

Ermenistan'ın tarihine ilişkin bu genel veriler ve bağımsızlığını kazanmasından sonra Kafkasya'da yerine getirdiği sözkonusu işlevler, Ermeniler'i hep başka devletlerin etkisine oldukça açık politikalar izlediğini ve başka devletlerin bölgesel politikalarında roller üstlendiğini göstermektedir. Bölgesel çıkar çatışmalarında, genellikle, doğrudan taraflardan biri olmak yerine, hep çatışan taraflardan birisinin yanında yer almak suretiyle kendi çıkarlarını savunmaya çalışmıştır. Bugünkü Ermenistan hariç, hiç bir zaman bağımsız, birleşik ve sürekli bir devlete sahip olmayan Ermeniler'in, bugün, Ermenistan olarak, izlemekte oldukları politika, bu niteliği yansıtmaktadır.

Ermenistan'ın değişmeyen bu politikasının gerisinde, temelde "Ermeni İdeali"(yani 'Haydat), Haydat'a sıkı sıkıya bağlı Ermeni diasporası, Ermeni lobisi ve Karabağ sorununa bu çerçevede yüklenen özel misyon vardır.

Haydat, "Ermenileri'in Davası" olarak bilinir. 19. yüzyılın sonları ile 20. yüzyılın başlarında şekillenmiştir. Üç temel amacı vardır:

- Tarihi Ermeni topraklarının ele geçirilmesi ve bu topraklar üzerinde Birleşik Ermenistan devletinin kurulması,
- Dünyanın değişik ülkelerinde yaşayan Ermeniler'in tarihi Ermeni topraklarına geri dönmesi,
- Sosyal devletin kurulması.³

Haydat, bir mağduriyet psikolojisi üzerine kuruludur. Hiç bir toplumun, Ermeniler kadar mağdur edilmemiş olduğu tezini işler. Ermeniler, Dünyada acı çeken toplumun sadece kendileri olduğunu düşünürler ve bu yakınlığı adet ha-

³ Manvel Serkisyan, agm., s.19-20

line getirmişlerdir. Kendilerini, tarih boyunca sürekli felaketlere, talihsizliklere ve acılara uğramış, bedbaht bir toplum olarak tarif ederler.⁴

Haydat'ta, "denizden denize Ermenistan" ideali saklıdır.⁵ Birleşik Ermenistan ideali, Hazar Denizi'nden Karadeniz'e olan oldukça geniş bir coğrafyayı içine alır. Ermenistan'ın, Ermeniler'in yoğun olarak yaşadığı, RF'nun Karadeniz'e kıyısı olan Krasnodar eyaleti ile, güneybatı Gürcistan'daki Cavaheti vilayetine gösterdiği ilgi⁶, "Birleşik Ermenistan/denizden denize Ermenistan" idealinin gerçekleşmesi yolunda atılmış adımlara örnek teşkil eder. Aynı şekilde, Karabağ ile birlikte, Azerbaycan'ın batı ve güneybatı bölgelerinin Ermeniler tarafından işgal edilmesi, Ermeniler'in, sözkonusu ideallerini hayata geçirme yönünde attıkları çok önemli ve somut bir adımdır. Türkiye'nin doğudaki ve Karadeniz kıyısındaki bir kısım illeri de, keza "Birleşik Ermenistan" idealinin kapsamına dahildir.⁷ Ağrı Dağı'nın, "Ararat" ismiyle Ermenistan para biriminin üzerinde yer alması ve Ermeni flamalarında geçen Ağrı Dağı motifini, "Birleşik Ermenistan" idealinin kapsamına Türkiye'nin bir kısım topraklarının da dahil olduğunun en açık ifadesidir.

Haydat, devrimciliği ve silahlı mücadelenin gerekliliğini kabul eder, uluslararası ilişkilerde gücü esas alır. Haydat'a göre, adalet, manevi değer olarak, kanunlardan daha yüksektir ve yüksek değerleri, yani adaleti koruyabilmek için, kanunlar çığnenebilir veya eskimiş kanunlar zorla değiştirilebilir. Bunun için de güçlü olmak gerekir. Çünkü, düşman ülkeler, Ermeniler'e karşı sadece yasal yöntemlere başvurmamaktadırlar. Bu yüzden, Ermeniler de aynı yöntemleri kullanmak durumundadır. Adaletin yerini bulması, yasadışı faaliyetleri gerektirir.

Temelde, bu fikirler üzerine kurulu Haydat, doğal olarak, Ermeni halkının politik kültürüne de yansımıştır. Ermeni halkında gözlemlenen, sürekli haksızlığa uğramış olma düşüncesini ve yasadışılığı, tabiatıyla Ermeni terörü-nü(ASALA'yı), bu çerçevede görmek gerekir. Bugün Ermenistan'ın iç politika-

4 Nesrin Sarıahmetoğlu, "Dağlık Karabağ Olaylarının Perde Arkası", Caucasus: War and Peace (Ed. Mehmet Tütüncü), SOTA, Haarlem, Netherlands, 1998, p.205.

5 Nazmi Gül, "Yirmibirinci Yüzyılın Başlangıcında 'Haydat' (Ermenilerin Davası)", Stratejik Analiz, C.1, 5.2, s.25-28.

6 Hasan Kanbolat-Nazmi Gül, "Kafkasya'da Cava atı (Gürcistan) ile Krasnodar (Rusya) Ermenilerinin Jeopolitiği ve Özerklik Arayışları", Stratejik Analiz, C1, 5.6, s.5-18.

7 Charles Van Der Leeuw, "Armenian Terrorism and Its Role in The War Over Upper-Karabakh", Caucasus: War and Peace (Ed. Mehmet Tütüncü), SOTA, Haarlem, Netherlands, 1998, p.20.

sında yaşanan bazı gelişmelerin ve radikal/devrimci söylemlerin geniş taraftar bulmasının gerisinde, Haydat vardır.

Ermeniler, sadece Ermenistan'da yaşamamaktadır. Ermenistan dışında kalmış, çeşitli nedenlerle başka ülkelere gitmiş, oraya yerleşmiş, yurtdışında ciddi bir Ermeni nüfus vardır. Haydat'ın, yurtdışındaki bu Ermeni nüfusun oluşturduğu Ermeni diasporası üzerinde belirleyici bir etkisi vardır. Haydat'a bağlılık, Ermeni diasporasında çok güçlüdür. Diasporaların davalarına bağlılıkları genelde güçlü olmakla birlikte, bu bağlılık, Ermeniler'de daha çok öne çıkmıştır. Bu öne çıkış, Ermeni diasporasının işlevinin çeşitlenmesine ve etkinliğinin artmasına yol açmıştır. Bugün için, Ermenistan'da, diasporanın istekleriyle çatışan bir hükümetin iktidarda kalabilmesi oldukça güçtür. Leon Ter Petrosyan'ın Kasım 1998'de Cumhurbaşkanlığı görevinden istifa etmesi, bunun en somut ve yakın örneğidir. Daha yakın tarihte gerçekleşen parlamento baskını da, bu kapsamda, somut bir örnek olarak gösterilebilir.

Ermeni diasporası, nüfus olarak fazla ve ekonomik olarak güçlü olduğu ülkelerde, örgütlenerek birer Ermeni lobisi oluşturmuşlardır. Ermeni Lobisi, ABD, RF, Fransa, Gürcistan, Kanada, İran ve Suriye gibi ülkelerde etkilidir.⁸ Bu ülkelerden özellikle ABD'de, Ermeni Lobisi oldukça güçlüdür. 500 bine yakın Ermeni'ni yaşadığı ABD'de, Ermeniler, okullar, kütüphaneler, hastahaneler, dini-kültürel özel burs sağlayan kuruluşlar olarak, çeşitli alanlara yayılmışlardır.⁹

Bu meyanda, Kafkasya'nın 1990 sonrasında artan jeopolitik ve jeoekonomik önemi, Ermeniler'in ve Ermenistan'ın, ciddi bir Ermeni diasporasının bulunduğu ülkeler için, bölgesel politikalarda ve ulusal dış politikalarda değişik işlevlere aracılık etmelerine yol açmıştır. Etkin Ermeni lobisi, bir taraftan Kafkasya'da politik ve ekonomik üstünlükler elde etmek isteyen devletlere çalışırken, diğer taraftan da bu devletler üzerinden Birleşik Ermenistan idealinin gerçekleştirilmesi yolunda mesafe almaya yönelmiştir. Ermeni soykırımı iddialarının bazı ülkelerin parlamentolarında kabul edilmesi ile, 3,5 milyon nüfusa sahip yoksul ve küçük Ermenistan'ın, işgal etmiş olduğu Azeri topraklarından çıkmamasının gerisinde, bu vardır.

⁸ Alan F. Fogelquist, "Assessing The Drigins of The K rabakh Conflict", Caucasus: War and Peace (Ed. Mehmet Tütüncü), SOTA, Haarlem, Netherlands, 1998, p.1 2.

⁹ N.Nisa Bayramoğlu, Amerika Birleşik Devletleri'nde Lobi Faaliyetleri, Ankara, 1 985, s.42-43. Ayrıca, 1 985 yılı itibarıyla ABD'deki Ermeniler'in bütün örgütlenmeleri için kitabın 59-75. sayfaları arasındaki Eklere bakılabilir.

1991 sonrasında ciddi ekonomik ve siyasal krizleri yaşayan RF, Karabağ sorunu ve Ermeni lobisi üzerinden, ABD'nin ve Avrupa ülkelerinin siyasal ve ekonomik desteğini almaya yönelmiştir. ABD tarafından izole edilen İran da, daha önce ifade edildiği üzere, aynı yolla Avrupa ile dolaylı bir diyaloga girmeye yönelmiştir. RF'nun ve kendisini bütün Müslümanların hamisi sayan İran'ın, Karabağ sorununda Ermeni tarafını tutan yaklaşımları, Ermeniler'in ve Ermenistan'ın, bölgesel dış politikalarda ne gibi işlevlere aracılık ettiğinin somut birer göstergesidir.

Aynı şekilde, Ermeni lobisinin, yurtdışındaki zengin Ermeni iş adamlarına ve bunlarla birlikte çalışan Batılı iş çevrelerine, uluslararası pazarlara açılan Kafkasya'da yeni iş ve yatırım imkanları sağlamaya yönelik girişimleri ile, bu girişimlerin bölgesel politikalar üzerindeki muhtemel etkileri de, bu meyanda unutulmamalıdır.

Bu koşullarda, Karabağ sorununa bakıldığında, bu sorunun, basit bir toprak sorunu olmadığı; Azeri topraklarının Ermenilerce işgalinin ötesinde bir anlam taşıdığı sonucuna ulaşılmaktadır. Ermeni lobisi ve diasporası için, Karabağ sorunu, Ermenistan'da yaşayan Ermeniler'den daha fazla bir anlam taşımaktadır.¹⁰ Karabağ, Ermeniler, özellikle Ermeni diasporası ve lobisi için, bir semboldür. Haydat'a hayatiet kazandırıldığının somut bir ifadesi olması açısından, aynı ve özel bir anlam taşır.

Bütün bu belirtilenlerin ışığında, Türkiye açısından bazı hususların altını çizmek gerekir.

Türkiye bakımından değinilmesi gereken hususlardan bir tanesi, Ermeni sorunu gündeme getirilmek suretiyle, Türkiye'nin bazı konularda taviz veren ülke konumuna itildiğidir. "Peki, biz Ermeni soykırımını tanıyan karar tasarısını geri çekelim, ancak Türkiye de bize şu konuda kolaylık sağlasın" yaklaşımını görmek gerekir. Ermeni sorununa, Türkiye'nin yumuşak karnı gözüyle yaklaşmakta ve bu sorun gündeme getirilmek suretiyle Türkiye'den tavizler koparılmaya çalışılmaktadır. Bu nedenle, Türkiye Ermeni sorununa fazla ilgi göstermemeyi de bir hareket tarzı olarak irdelemelidir.

Bu irdeleme yapılırken, Türkiye-AB ilişkilerinde bu hareket tarzının Türkiye'nin lehine işlediği görülmelidir. Türkiye, 1997 yılında, Lüksemburg Zirvesi'nde genişleme sürecinin dışında bırakılınca, AB ile diyalogu kesme kararı almış ve bu karar nedeniyle, AB, Türkiye üzerinde etkili olma imkanını yitirmişti. Ve çok değil iki yıl sonra, 1999 yılı Aralık ayında gerçekleşen Helsinki Zirve-

¹⁰ Robert M. Cutler, "US. Interests and 'Cooperative Security' in Abkhazia and Karabakh: Engagement Versus Commitment?", *Caucasus: War and Peace* (Ed. Mehmet Tütüncü), SOTA, Haarlem, Netherlands, 1998, p.132.

si'nde Türkiye, AB'nin genişleme sürecine dahil olmuştu. Bu olaydan, Ermeni sorununa ilişkin olarak dersler almak mümkündür.

Türkiye, Ermeni sorunu ve Ermeni ideali ile bağlantılı olarak, Ahıska Türkleri'nin Türkiye'ye değil, asıl toprakları olan, Ermeniler'in yoğun olarak yaşadığı Gürcistan'ın güneybatı bölgesine dönmeleri üzerinde durmalıdır. Bunu sağlamaya çalışmalıdır.

Türkiye, Kafkasya'da karşılıklı olarak birbirleri üzerinden mesafe alan RF ile Ermenistan arasındaki dayanışmayı kırmak açısından, Ermeniler'in yoğun olarak yaşadığı Gürcistan'ın güneybatısındaki Samtshe-Cavahati vilayetinden geçen Baku-Ceyhan petrol boru hattı ile Kars-Tiflis demiryolu projelerinin hayata geçirilmesine önem ve öncelik vermelidir.

Türk kamuoyunun bir kısmında mevcut olan, Türkiye-Ermenistan ilişkilerinin, Karabağ sorunu yüzünden olumsuz bir mecrada olduğu yolundaki görüş, isabetli bir görüş değildir. Çünkü, iki ülke ilişkileri, daima, "Birleşik Ermenistan-denizden denize Ermenistan" idealinin gölgesinde olacaktır. Karabağ sorunu ortadan kalktığında veya kalkmış gözüküğünde, yerini hemen yeni bir sorun alacaktır.

Bu noktada, Ermeni sorununu son dönemde öne çıkaran Fransa'da, Ermeni asıllı, yaklaşık 400 bin Fransız vatandaşının bulunduğu ve bunların özellikle yerel siyasal yaşamda ciddi bir güç oluşturdukları da görülmelidir. Fransa'da yaşayan Türk vatandaşlarının sayılarının da 400 bin civarında olduğu ifade edilmesine rağmen, bunlardan sadece 30 bin kadarının aynı zamanda Fransız vatandaşı olması, Türkiye açısından üzerinde durulması gereken bir husustur. Fransa'da yaşayan vatandaşlarımızın hepsinin çifte tabiyetli olduğu bir durumda, Fransa'nın Ermenilere müzahir tutumunun bu kadar öne çıkıp çıkmayacağı tartışmaya açıktır. Ermeni sorunu, herhalde, yurt dışındaki Türk varlığından, Türk diplomasisinde daha çok yararlanmayı gündeme getirecektir.

Tabiatıyla, burada, Ermeni soykırım iddialarının, eğer amaç Türkiye'yi AB'ne almamak ise, Türkiye-AB ilişkilerinde bir ön koşul olarak, Türkiye'nin önüne gelmesini de beklemek gerekir.

Yine bu noktada, uluslararası ilişkilerine doğasında hareketle, Ermeni soykırım iddialarının günümüzde Fransa tarafından tetiklenmiş/ateşlenmiş olmasını, Avrupa'nın savunma ve güvenlik yapılanması açısından da görmek mümkündür. Avrupa'nın savunma ve güvenlik yapılanmasını, NATO'nun imkan ve yeteneklerinden yararlanarak hareket geçirmek istemesi; Türkiye'nin de, AB üyesi olmadığı için, NATO içinde buna engel olması, Avrupa'nın savunma ve güvenlik yapılanmasının gerisindeki Fransa'yı Türkiye ile karşı karşıya getir-

mektedir. Bir anlamda, Fransa'nın, "sen NATO içinde benim karşıma çıkarsan, ben de senin önüne Ermeni soykırım iddialarını getiririm" yaklaşımı içinde olduğu söylenebilir.

Türkiye açısından değinilmesinde yarar görülen bir başka husus, Türkiye'nin de, Ermeniler'in Doğu Anadolu'da gerçekleştirdikleri soykırımları uluslararası platformlara taşıması gerektiğidir. Ermeniler'in sadece Türkler'e değil, Trabzon yöresinde yaşayan Rumlar'a ve Hakkari yöresinde yaşayan Museviler'e uyguladıkları soykırım ve zulüm, uygun şekilde anlatılmalıdır.

Ayrıca, her koşulda ve durumda, Türkiye, Ermeni sorununa, doğuya açılma yollarının açık tutulması açısından bakmak durumundadır. Ancak, bu bakışın da politik, askeri ve ekonomik anlam yüklü olduğu görülmelidir.

Son olarak şunu söylemek mümkündür: Haydat, Ermeni diasporası ve Ermeni lobisi var olduğu sürece, Ermeni sorunu ortadan kalkmayacaktır. Aynı şekilde bunlar, Karabağ sorununa kendilerine göre, özel bir misyon yüklediği sürece, bu sorunun çözülmesi ve ortadan kalkması da güçtür. Türkiye, bu konuda mesafe almak için, genelde Ermeni sorununa, özelde ise Karabağ sorununa ilişkin olarak kriz yönetimi senaryoları geliştirmeli ve bunlar üzerinden bu sorunları geride bırakmaya çalışmalıdır.

**RELATIONS BETWEEN THE UNITED
STATES AND TURKEY IN THE POST-
COLD WAR ERA***

Prof. Dr. Birol YEŞİLADA**

Dear Dean Odyakmaz, faculty and students of Selcuk University, and guests. Before I began my talk I would like to take this opportunity to thank you for your kind invitation and hospitality. I would like to give special thanks to two individuals who made this conference possible—Dean Prof. Dr. Zehra Odyakmaz and the Cultural Attaché of the United States, Dr. Ann Welden.

Introduction:

As you know, the US-Turkish relations are multidimensional and carry importance for both countries. This relationship has undergone drastic changes as the world system as we knew came to an end with the collapse of the Soviet Union. Transition to a monopolar international security order coupled with changes in the international economic regimes have affected the nature of this relationship between the US and Turkey. We can summarize the key aspects of this relationship as:

- Turkey's role in the regional power of balance in the Middle East. This includes the Caucuses and the Black Sea as well as the Balkans.
- Democratic and economic reforms in Turkey.
- Relations between NATO and the European Union.
- Energy policy and security in the region.

* Presentation at the School of Law, Selcuk University in Konya, Turkey. 30 April 2001

** Hatfield School of Government, Portland State University.

Relations Between the United States and Turkey in the Post-Cold War Era

- Turkey's key role as an example for other states in the former Soviet Union.
- Security in the Balkans.
- Growing educational interaction between the US and Turkey.
- Turkey's importance in global financial markets, and
- Turkey's pivotal role in the U.S.'s security and economic policies in the region (Middle East, Eastern Mediterranean, the Balkans, Black Sea, and the Caucasus).

If there is any constant in US-Turkish relations that has survived the end of the Cold War we can say that it is the general belief in the US policy circles that American policymakers do not want to see an inward-looking Turkey that is governed by politicians who are paranoid, xenophobic, and who do not trust their citizens. As far as the US is concerned, Turkey should be integrated with the West, maintain a strong and secular (laic) political system, and be a key part of global markets.

Yet, despite all this good will and intentions, there are a number of challenges facing the policymakers and citizens of both countries that could disrupt relations between them. For example:

- How would closer ties between EU-Turkey affect this country's relations with the US?
- If for some reason the Baku-Ceyhan pipeline does not get completed, would this negatively affect Turkey's relations with the US?
- It is highly probable that as Turkey becomes stronger economically and politically, it will follow its independent (from the US) foreign and security policies. Would the US see these developments favorably? We already see some degree of independence on Turkey's part in recent years.
- Specific developments could also have adverse effect on US-Turkish relations:
 - Lack of progress in democratization in Turkey and return to authoritarian bureaucratic state system that limits individual civil and political rights, mistreats the Kurdish

minority, and perhaps a military coup that suspends democracy altogether.

- Rise to political power of an Islamist fundamentalist political party that is blatantly anti-West.
- Creation of a US-backed Kurdish state in northern Iraq.
- Passage of the Armenian genocide bill in the US Congress, and
- Improvement of American relations with Iran and subsequent shift in the U.S. energy strategies in the region.
- Failure to make progress on the Cyprus problem.

As you can tell these issues cover both domestic and external policy interests of Turkey. They also relate to Turkey's EU membership aspirations and EU-US relations. I will return to this last point later.

Domestic Situation and the Necessary Reforms:

It is in the interest of the US to see Turkey succeed both economically and politically. For Turkey, the reforms are part of the Copenhagen criteria that cover political and economic reforms and commitment to the EU's *acquis communautaire*, which basically mean that all the legislation and provisions under the EU Treaties must be adopted before the time of accession. The specific requirements for membership specify that Membership criteria are outlined in various EU documents and are summarized as the Copenhagen Criteria. These requirements are:

1. **Europeanness:** The applicant country has to be a member of the European family of states. However, the term "European" has not been officially defined. It combines geographical, historical, and cultural elements which all contribute to the European identity.
2. **Political Criteria:** meaning the presence of a democratic political system characterized by: democracy and the rule of law, respect of human rights, and protection of minorities.
3. **Economic Criteria:** meaning the existence of a strong market economy measured according to: relative strength of a functioning market economy and the capacity to withstand competitive pressure and market forces within the Union. Four freedoms must be in place for accession: freedom of movement of goods, capital, services, and people.

4. The adoption of the *acquis*.

The candidacy of Turkey settles the Europeaness issue once and for all – though many would still debate this matter for a very long time. The fact of the matter is Turkey, and previously the Ottoman empire, has been a member of the European family of nation states. However, despite its territorial placement Turkey is legally a European state. Since the end of WW II, Turkey joined all the appropriate West European intergovernmental organizations - the OECD in 1948, the Council of Europe in 1949, NATO in 1952, and as an associate member, the EC in 1963. If the Europeans have considered Turkey as part of their world in the past then what is the problem today? It seems that the argument over "Europeaness" is frequently used as a "red herring" to disguise or support other fundamental objections to Turkish membership in the EU.

Democratization:

The post-1982 Turkish political system resembles a heterogeneous form of interest representation that was a cross between state corporatist and pluralist forms of interest representation. The 1982 Constitution placed state control over the activities of citizens, interest groups, and political parties much like the practices observed in other exclusionary state corporatist systems found earlier in Latin America and Southern Europe. Yet, despite these restrictions, politics have moved in the direction of pluralism, though it has been a gradual progress, since transition to civilian rule in November 1983. Today, all of the pre-1980 political parties are re-established, all 1980 imposed restrictions on party officials have been lifted. Clear exceptions to such restrictions are, of course, the new ones imposed on former HADEP parliamentarians and Necmettin Erbakan who received a prison sentence in March 2000 for his activities against the secular nature of the Turkish state. Despite the improvements, Turkish political system still falls short of the EU Copenhagen criteria on political development. EU reports on Turkey (progress reports published by the Brussels Commission in 1998, 1999 and 2000) clearly state that more reforms are needed before Turkey could join the Union. Lifting of the death penalty, independence of the judiciary, human rights record of Turkey (e.g., treatment of the journalists and dissidents, freedom of expression, minority rights) present problems for Turkey's membership in the EU. They also present a sensitive issue in US-Turkey relations.

Economic Development:

On the economic front, Turkey has come a long way since the Ozal decade of restructuring in the 1980s and its economic successes have been noticed around the world. Today, Turkey has the sixteenth largest economy in the world and has a dynamic private sector that competes successfully in world markets. In addition, the Turkish economy has successfully integrated with the world fi-

nancial markets and the Istanbul Stock Exchange remains a star among emerging markets. However, recent financial crises of October and December 2000 and February/March 2001 highlight weaknesses of Turkey's economy. I should also point out that these recent crises demonstrate the political causes of Turkey's economic problems.

Turkey's economic and political fates indeed are tightly bound. Turks have to carry out both economic and political reforms or face greater danger of financial crisis. This is an inescapable reality. In emerging markets like Turkey, political events have grave implications (positive and negative) for portfolio investments. Direct foreign investments (fdi) are also affected in choosing not to come to the country but are not likely for fdi stock to pack up its bags and leave the country – at least not immediately. Portfolio investors on the other hand can take their money and go elsewhere. The flight of \$5 billion after the recent crisis in Turkey (and over \$ billion since November 2000) is an eye opener for the policy makers. The government's decision to invite Kemal Dervis to oversee economic reforms is a good indication that they might have learned their hard lesson. For far too long, Turkey's politicians have been violating the laws of economics and getting away with it. They prevented transparency of the economic system, postponed difficult reforms, continued with expansionary monetary policies and when problems mounted blamed individuals who were simply doing what they were told (remember that the Central Bank was not an independent institution), and took part in massive level of corruption.

During the last six months, conservatives who opposed political and economic reforms seemed to have taken control of government agenda. The main players in this group were the nationalist politicians of the MHP, opportunists in the ANAP, and powerful officers of the TGS. They prevented Ecevit's anticorruption policies from being fully implemented and caused enough friction with the EU in the hope that progress toward meeting the Copenhagen criteria would be severely threatened. It is highly probable that this is also the reason behind rigid position the government has taken over the Cyprus talks. Failure to make progress on Cyprus would only worsen relations with Greece and thus with the EU. Resulting problems with the EU would make political reforms less likely in Turkey.

Yet, the market has demonstrated that Turkey is not immune to paying the consequences of such hasty and irrational politics. As soon as the first sign of political problems emerged (e.g., the clash between Sezer and Ecevit) market immediately went south! My optimism in the future success of reforms stems from the recent actions of the coalition partners and the president in responding to the crisis. First, the latest NSC decisions addressed some of the tough policy

issues in responding to the EU. Second, the appointment of Dervis as the economic minister send a solid signal to international creditors that Turkey means business, and third, the international institutions and Turkey's allies (US and EU) have come to her assistance.

Many Turks see Washington's response as a sign of good relations between the two countries. It has reinforced in their minds the importance of Turkey to Western interests. Yet, their own response to crisis at home is far more important to market's confidence than what others say or do. This is because Turkey's monetary credibility has suffered as a result of failed crawling peg exchange rate system. Basically, the Turks tried to use this regime as a disinflationary policy but failed to anticipate its complications and to know when to bail out. Under the crawling peg profits can be made by borrowing in foreign currency to buy domestic assets that have higher interest rates. Many Turkish banks followed this and relied on the government's announced rates for the future. When the peg failed they all lost. Businesses that invested based on announced policies and FX rates also faced huge losses. Another serious problem was how the government created a SHADOW TREASURY in the form of two state banks (Ziraat and Halk). It pushed these banks (historically not just this government) to meet government obligations such as guaranteed floor price payments to the farmers and credits to small businessmen (esnaf). In the past, when these banks failed to meet their obligations like paying their loans to other private banks, the Central Bank intervened as the lender of last resort. Yet, when this problem arose recently, the Central Bank could not intervene due to the austerity package signed with the IMF. Incidentally, the combined obligations of Ziraat and Halk stand at \$20 billion. Add to this the increases recently seen in global interest rates on emerging market debt and you get a tremendous shock on government's balance of payments. It is no wonder that public confidence in political parties is at an all time low (23 percent).

At this point we could ask whether or not recent Turkish crisis is likely to be greater than similar developments in other emerging markets: I do not believe this to be the case. Two reasons can be given: one short and one longer. First the short reason: the contagion effect has been very limited thanks to international support and immediate response of the government to address economic and political reforms. Besides, the ratio of foreign portfolio investment in the Istanbul Stock Exchange to similar investments on the world scale is about 3 percent.

Second, unlike Indonesia, Thailand, and South Korea, the crisis in Turkey is going to have a smaller balance sheet loss. But it will need a longer period to regain monetary credibility in the international markets. The crisis in Turkey occurred due to failure of the government to implement reforms and ALSO the IMF's conviction on the soundness of crawling peg as a meaningful policy.

Notice that only Argentina's currency board is in place today. Crawling peg has been a failure in all other key emerging markets (Mexico, Russia, Indonesia, Thailand, South Korea). Turkey's politicians also acted stupidly (Sezer and Ecevit) by getting into an argument that was bound to send shock waves across the market. As I mentioned above, they have learned their lesson. Now with clear heads, they have moved to convince the public that inflation will not be allowed to return (enter Dervis). NSC has given the green light to make progress on the democratization front, and Turkey's strategic allies and key international institutions (IMF and the World Bank) have promised assistance. Under these circumstances an early national elections is not only unlikely but also suicidal.

We wonder about what kind of a country Turkey should be: This is indeed the main question in minds of Turks as well. It will be a while before the dust settles down and a clearer picture emerges. However, we can be sure that liberals, Islamists, and minorities all call for more democratic reforms in Turkey. One wonders how much longer the conservatives would be able to fend off these challenges. Note the fact that those who are for reforms seem to have the support of the market on their side. Yet, don't expect the unitary state to unfold. Greater freedoms do not mean a shift toward a federalist system in Turkey and the US policymakers know this. EU freedoms would be sufficient to meet these peoples' aspiration. On the economic side, it is important to note a crucial economic dilemma in Turkey. While general support for EU membership is very high, Turkish business elites (big business) is not so keen on "globalization" and views it as a potential threat. This is quite opposite of the attitudes of big business in advanced economies. It is another aspect of Turkey's complex picture. It also signals the fact that these people either do not understand what it means to be part of the EU and also have integrated economy with global financial markets or they simply try to have their cake and eat it too.

Nevertheless, there are signs of hope. Turkish leaders are making good response to the crisis. Consider the immediate calming of political uncertainties. The national program for the EU is more optimistic today than it was last month. Second, they have sent a clear and strong message to world markets by appointing Kemal Dervis to head the economy. In a country like Turkey this sort of appointment is no small task. Third, they can assure confidence by carrying out privatization reforms ASAP. Furthermore, it is likely that the Central Bank will soon become independent with a clear mandate to follow anti-inflationary monetary policy. Banking reform is on the agenda and is likely to be successful under the leadership of Dervis. So, even though the next two to three months will be difficult, Turkey is likely to come out of the current crisis looking stronger and more determined. They simply cannot afford to turn back.

Moreover, reforms in the political and economic areas are essential if Turkey wants to join the premier league of world states in the post-Cold war era.

For the United States, completion of these reforms is a crucial aspect of making Turkey a role model for other Turkic states of the former Soviet Union as well as for countries of the Balkans and the Middle East. It is also seen as a necessary development in Turkey's quest for membership in the EU. Thus, the US is firmly behind reform policies of the current Turkish government and favors a speedy implementation of Kemal Dervis's economic reform package and other political reforms which the government has identified in its National Program given to the EU.

Foreign Affairs and US Interests

As I mentioned at the beginning of my talk, there are several important foreign policy interests of the US that overlap with those of Turkey's. They are:

- Turkey's role in the regional power of balance in the Middle East. This includes the Caucasus and the Black Sea as well as the Balkans.
- The Cyprus problem.
- Relations between NATO and the European Union.
- Energy policy and security in the region, and
- Turkey's pivotal role in the U.S.'s security and economic policies in the region (Middle East, Eastern Mediterranean, the Balkans, Black Sea, and the Caucasus).

I will touch upon a few of the key issues of mutual interest for the US and Turkey.

With regard to security policy in the region, the US favors closer relations between Israel and Turkey. This relationship serves more than one purpose. First, it provides closer ties between the only two democracies in the region. Second, it gives Turkey another channel of access to sophisticated defense technologies that the US Congress frequently denies or delays due to domestic political pressures from American lobbies. Finally, it creates a stronger pro-US military cooperation among the region's powers.

Cyprus presents one of the biggest problems in US-Turkish relations in recent years. In Washington's policymaking circles, the Turkish side is seen as the one that walked away from the negotiation table. Regardless of how much the Turkish sides argues its justification in walking away from the indirect negotiations sponsored by the United Nations Secretary General, that does not

alter this perception in Washington. The US firmly supports a political settlement of Cyprus in accordance with previous UN resolutions that states a bizonal, bicomunal, federal republic for future Cyprus. Recent decision of the Turkish side to shift its demand from federalism to confederalism is not a welcomed development for the US policymakers. As far as they are concerned, it took many years of hard work to convince the Greek side to accept a federal solution for Cyprus. When the Turkish sides insisted on a federal solution, the Greek side was arguing for a return to the 1960 political system. So you can see why the Americans feel frustrated by the recent developments on the Island. Furthermore, as the US policymakers point out, the Turkish side will be unable to defend its position from an empty chair. Continued delay in getting the talks restarted will also damage Turkey's relations with the EU. This is another point that the US policymakers feel let down by Turkey. The US spent much to much energy in getting the Europeans to agree on Turkey's candidacy during the period between the Luxembourg and Helsinki summit meetings. Failure to make progress on Cyprus threatens Turkey's candidacy and eventual accession.

One point needs clarification here. And that is the way in which the Turkish side decided to pull out of the indirect Cyprus talks. As you know, President Rauf Denktas went to Ankara, met with Turkish leaders and decided to pull out of these talks. He then went back to Cyprus to brief the Turkish Cypriot government and the Parliament. This is quite amazing because it paints the picture of Turkey calling the shots with complete disregard to the views of the TRNC government. The more effective way of reaching the same decision of quitting the negotiations would have been for the TRNC government to decide on it, get the approval of the parliament, telling president Denktas to go to Ankara and to inform the Turkish government. This would have left no room for debate over who is in charge of the TRNC. It is now too late to correct this mistake. The anti-Turkish lobbies in Washington have been handed over a remarkable ammunition in their efforts to pressure Congress to pass resolutions that present Turkey as the "bad guy" in Cyprus.

In order to remedy the situation, it is important for the Turkish side to return to the negotiation table. This does not mean accepting any proposal that favors the Greeks. On the contrary, it would be much easier to present the Turkish side of the Cyprus problem and to demand a "just" resolution of the crisis. In doing so, the Turkish side should also start using the diplomatic language of the present times. Remember that the Greeks are approaching the issue from the standpoint of human rights. The Turks need to do the same thing and use the courts just as the other side. Arguments like, "we took the North and left you the South, and no one's life is threatened anymore" just does not meet

current international standards. Such words are viewed as being of the past—something leftover from the days of the Cold War.

The Armenian “genocide” resolution that keeps coming up in the US Congress is probably the single most dangerous issue that could threaten US-Turkish relations in years to come. When the Armenian-American realized that they had little chance of winning their war against Turkey in the Congress, they embarked on a grass roots political campaign aimed at State legislators and public opinion. One by one State legislators are passing resolutions that support the Armenian position. Turkish-Americans have been ineffective in stopping this campaign because of the sheer organizational and monetary superiority of the Armenians. The Armenians have bloc voting powers in many states and they have very rich members. In contrast, Turkish-Americans are thinly spread across the US and often argue among themselves. The Assembly of Turkish American Associations has been putting up a good counter argument but often the message falls on the deaf ears of the State legislators who are more concerned about their campaign support. I worry that once 35-40 state legislators pass the Armenian Resolution, the Congress will be forced to consider this matter and most likely pass a similar ruling. How would Turkey respond to that development? Perhaps it is time to rethink strategy in Ankara and send the whole matter to an international board of inquiry that could open everyone’s archives. So far, Ankara’s reaction of threats of economic and political sanctions (e.g., France) only reinforces anti-Turkish position in the views of the general American public. Americans who are ignorant about history feel sorry for the one-sided stories of the Armenians. The Turkish side gets drowned in the mass media campaign of the Armenian side. On top of it, the public hears about the threats coming from Ankara and concludes that there must be something wrong with the Turkish view for the Turks to use such threats. Even many of the pro-Turkish politicians in Congress privately admit the inevitable—that this resolution will someday clear the U.S. Congress. I believe that it is high time for the Turkish government to undertake an international campaign, not designed by itself but by a powerful PR firm in the West, to tell the Turkish human rights story of 1908-1923. It is time to be proactive not reactive in these matters.

Finally, let us consider the regional energy policy and security arrangements. The US clearly favors the Baku-Ceyhan pipeline for transporting Caspian oil to Western markets over other alternative routes. In a way, the great powers of today are reliving and replaying the “Great Game” of the late 19th century in the region. Turkey has to play its cards right if it want the US to continue backing the Baku-Ceyhan option. American oil companies are not all that sure about this option. It is Washington’s strategic interest that is keeping

them in support of it. That could change if Iran-US relations improve in coming years.

In conclusion, we can state that relations between the US and Turkey have survived the end of the Cold War and have become more complex. Turkey is a pivotal country for American interests in the region. In turn, the US support is crucial for Turkey's efforts in democratic reforms, economic reforms, and membership in the EU. There are, however, serious threats to this relationship in the form of anti-Turkish lobbies in the US, anti-American forces in Turkey, and adversaries of Turkey in the region. Success depends on the ability of American and Turkish leaders to use proactive policies in meeting these challenges.

Thank you for your time and for listening to my presentation.

Questions & Answers:

1. If South Cyprus joins the EU will Turkey integrate with the TRNC as indicated before? What would be the likely result of this move (by Turkey)?

That is a highly probable scenario. Turkey and TRNC may integrate in the form of some autonomous province. I do not believe that an outright union between Turkey and the TRNC is likely. The impact of this on the international setting would be very negative for Turkey. In my opinion the cost of such integration outweighs its benefits. It will result in condemnation of Turkey including more lawsuits in international courts and could even result in censure of Turkey in the Council of Europe and certainly in the United Nations. Moreover, such a move would strengthen the position of the Kurdish nationalists in demanding their own version of autonomy in the southeast.

2. Will the passage of the Armenian resolution in the US Congress result in Armenians' demand for reparations? Could you also evaluate the US policy toward the Caucasus?

Most likely the Armenians will look for a way to ask for reparations. However, the resolutions considered in the US Congress clearly state that the modern Turkish Republic is not responsible for the actions of the Ottoman Empire. Yet, as you see the Armenians are attempting to extend their claim to 1923 in order to hold Turkey responsible. I recommend you look at the recent out-of-court settlement between Armenian claimants and New York Life. This insurance company will pay Armenian relatives of some 300 or so who died during 1915 in Anatolia.

As for US policy towards the Caucasus it is centered around two main objectives: how to control Russian advances in this region, and how to secure oil shipments from the Caspian to Western markets. Very little of it has anything to do about who is right or wrong in the area. How else could one explain the current US embargo against Azerbaijan while US taxpayers money is spent on rebuilding Armenian villages in Armenian occupied part of Azerbaijan?

3. You mentioned that there are human rights concerns in Turkey. Yet even in the most democratic country in the world, the US, one finds frequent use of the death penalty. We have not executed anyone, even if that person has killed thousands of individuals, in many years. Can you elaborate on the human rights criteria you are talking about?

They include the freedom of assembly, speech, rights of the minorities, the ability of individual citizens to criticize their elected officials without fear of repercussion, and similar individual and civil rights. The present Turkish constitution places far too many restrictions on individual civil and political rights compared to other Western democratic systems. It is not a matter of executing a person for crimes they committed though in the EU there is no death penalty.

4. The European Security and Defense Policy is on the current agenda of Western nations. Isn't the current arrangement sufficient for defense of the EU?

You are absolutely right. NATO is more than enough for Europe's security. However, some members of the EU would prefer looser ties and less dependence on the US for defense of Europe. This is a costly adventure that threatens the unity of NATO.

5. Wouldn't Turkey's EU membership work against US interests in the region?

Not really. The US, contrary to much speculations and rumors in the Turkish media, favors Turkey's membership in the EU for good reasons. Turkish membership will lock in Turkey in the West for good. It will force democratic and economic reforms that would benefit the average Turkish citizen.

6. Why is it necessary to have both economic and political reforms in Turkey and who are preventing these reforms?

When a country has free movement of capital and its financial system is integrated with global financial markets it becomes very vulnerable to movement of portfolio investments. These kinds of investments are sensitive to both economic and political instabilities in the respective markets. I explained

the reasons above. In Turkey, politicians who had a sweet deal in controlling State finances and were engaged in questionable activities opposed reforms that would have disturbed their game.

7. The US says that it supports assistance to Turkey during the current financial crisis. It also says that no additional aid will be forthcoming unless reforms are carried out. The US Ambassador even asked if the government supports Kemal Dervis. Does this mean that failure will result in no further assistance? Also is Dervis a speaker for the US?

I believe that the media has missed the meaning of Ambassador Pearson's question. International lending institutions want to know if the reforms will be carried out by Ankara. The reason is simple. In the past, and as late as last December, Turkish politicians promised reforms and received loans. They then ignored the hard decisions and continued to drive the economy into a big hole. Unless serious commitment is indicated by the Turkish government loans are in danger. And, yes, this is the last chance Turkey does not want to default on its debt and go bankrupt. Kemal Dervis is not a speaker for the US. It was Prime Minister Ecevit who asked Dervis to leave his job at the World Bank. Not the US.

8. Couldn't Turkey become a world power (democratic and economically developed) without joining the EU?

Certainly it can if it carried out the reform necessary for development. The Copenhagen criteria are nothing new for Turkey. Remember that the 1961 constitution of Turkey was a democratic constitution that had all the elements of modern democratic system. Without these reforms it is not possible to reach that higher league of democratic and affluent states. Membership in the EU is another matter. It is the end of a 150-year old aspiration of the Turkish leaders to be part of the European family of states.

9. What have the Turkish Americans done in opposing the Armenian initiatives in the US?

Unlike the Armenians the Turkish community lacks large votes to influence the politicians. Remember that the Armenians live in concentrated areas and thus control local political representatives. Moreover, they have very deep pockets to buy political influence. In addition, the Armenians have been at this rewriting of history for a long time. We, the Turkish American, have a fundamental problem. Many in the Turkish community do not want to be disturbed by this problem and, frankly speaking, they fear for their individual safety. We try to work through the Assembly of Turkish American Association

but our efforts have not been very successful because we lack extensive local level organizations to counter the Armenians.

10. Would an economic/financial meltdown in Turkey result in a global economic crisis?

Probably for a short period this is likely. However, contagion effect will not be very deep since Turkey's share in foreign portfolio investments in the world is about 3 percent. The model advocated by the IMF was wrong for Turkey and it was wrong for the other countries where similar crisis occurred. The IMF now admits this. I am referring to foreign exchange policy. I believe that you can find the reasons for this in the discussion above on foreign exchange policy. The problem is much deeper for Turkey because it must undertake deep structural adjustments to eliminate inefficiencies in its economy. This is no easy task and will definitely hurt fixed wage earners like workers, civil service employees, and farmers. If Turkey wants to regain its economic competitiveness vis-à-vis its neighbors in this global economy, then reforms are essential.

karar incelemeleri

HUKUK USULÜ MUHALEMELERİ KANUNU m. 87/son HÜKMÜNÜN İPTALİ

Doç. Dr. Ömer ULUKAPI *

(Anayasa Mahkemesi E. 1999/1, K. 1999/33, T. 20.7.1999: RG., 4 Kasım 2000, S. 24220, s. 37-44)

I- KARAR METNİ

İTİRAZIN KONUSU: Vezirköprü Kadastro Mahkemesinin 18.6.1927 günlü, 1086 sayılı "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 87. maddesinin son cümlesinin, Anayasa'nın 2, 13, 36 ve 141. maddelerine aykırılığı iddiasıyla iptali istemidir.

DAVA: Bir orman kadastrosu tespitine ilişkin davada İdare'nin "ıslah" istemini sınırlayan HUMK'nun 87. maddesinin son cümlesinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasını ciddi bulan mahkeme iptali için başvurmuştur.

Başvuru kararının gerekçesi şöyledir:

"Dava konusu Vezirköprü İlçesi Göllüalan köyü 101 ada 91 parsel kadastro tesbitinde 4900 m2 olarak davalı adına tesbit görmüştür.

Davacı Orman İdaresi tarafından süresi içerisinde kadastro tespitine itiraz davası açılmıştır. Taşınmazın 2100 m2 sinin orman olduğu ileri sürülmüştür. Delil olarak keşif ve bilirkişi beyanlarına dayanılmıştır.

Nizalı yerden 1949 yılında orman tahdidi geçmiştir. Yapılan tahdit kesinleşmiştir. Yüksek Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre kesinleşmiş orman tahdit haritası bulunan yerlerde, bir yerin orman olup olmadığının kesinleşmiş orman tahdit haritasının fen memuru ve serbest orman mühendisi eliyle zemine uygulanması suretiyle belirlemek gerekmektedir. Mahallinde 26.11.1998 gününde yapılan keşifte fen memuru ve serbest orman mühendisi ile kesinleşmiş

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Bilim Dalı öğretim üyesi

Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu md. 87/son Hükümün İptali

Anayasa Mahkemesi E.1999/1, K.1999/33, T.20.7.1999, RG, 4 Kasım 2000, S.24220, s. 37-44

tahdit haritası zemine uygulanmıştır. Keşif sonucu hazırlanan bilirkişi raporlarından görüleceği üzere nizalı yerin (B) ile gösterilen 2250 m2 sinin orman arazisi olduğu, (A) ile gösterilen 2650 m2 kısmın ise kültür arazisi olduğu anlaşılmıştır.

Bu şekilde bilirkişi raporlarıyla, nizalı yerde 2250 m2 orman arazisinin olduğu görülmüştür. Davacı orman idaresi ise bu talepten daha az olmak üzere 2100 m2 yer hakkında dava açmıştır.

Davacı Orman İdaresi vekilince 10.12.1998 günlü ıslah dilekçesi verilerek 2100 m2 olarak belirttikleri talep miktarını 2250 m2 olarak artırdıklarını, davanın bu şekilde ıslah edilmesini talep etmişlerdir. Ayrıca aynı dilekçe ile HUMK.m.87/son cümlede yer alan ıslah ile netice-i talebin artırılmayacağına dair kanun hükmünün, Anayasanın 13, 36 ve 141'inci maddelerine aykırı olduğu, hak arama hürriyetini daralttığı ve davaların süratle adil olarak sonuçlandırılmasına engel olduğu ileri sürülmüştür. Bu nedenle 87/son cümle için iptali için Anayasa Mahkemesine müracaat edilmesi, hüküm iptal edilirse ıslah taleplerinin kabul edilmesi ve taleplerinin 2250 m2 çıkartılarak bu miktar yerin orman niteliğiyle hazine adına tescili istenmiştir.

Islah dilekçesinin davacı tarafından harçlandırıldığı görülmüştür.

Davalı ise; konuyu Mahkemenin takdirine bırakmıştır.

Davada uygulanacak kanun maddesi: Davacı vekilinin talebini artırmakla yaptığı işlem HUMK.m.83-90 arasında düzenlenen davanın ıslahı işlemidir. Ancak Usul Kanunumuzun sistemine göre ıslah yoluyla sadece iddia ve savunmanın değiştirilmesi mümkündür. HUMK.m.87/son cümle hükmü, uyarınca ise ıslah yoluyla netice-i talebin artırılmasına imkân bulunmamaktadır.

Bu düzenlemenin kanunumuzun sistematığına ve bütünlüğüne uymadığı düşünülmektedir. Çünkü iddia ve savunmalar, karşı tarafın muvafakatine bağlı olmak üzere zaten her zaman değiştirilebilmektedir. Islah yoluyla ise karşı tarafın muvafakat etmediği iddia ve savunmalar yanında netice-i talebin de değiştirilebilmesi usul hukukumuz açısından daha uygun olacaktır.

İptale konu kanun hükmünün tarihi boyutu: Ülkemizde ilk defa yürürlüğe giren Usul Kanunu Hicri 1296 tarihli "Usulü Muhakematı Hukukiye Kanunu" dur. Bu Kanun Fransa Usul Kanunundan iktibas edilmiştir. 1927 yılına kadar çeşitli değişikliklerle yürürlükte kalmıştır. Kanunun ilk yürürlüğe girdiği metinde iptale konu hüküm bulunmamaktaydı. Ancak 26 Mart 1327 de yapılan değişiklikle Kanunumuza girmiştir. 1926 yılında yapılan hukuk reformları ile yeni Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu kabul edilince, "Usulü Muhakematı Hukukiye Kanunu" yetersiz hale gelmişti. Bu yüzden yeni bir usul kanununun yapılması ihtiyacı duyuldu. Yeni usul kanunu; Neuchatel Usul Kanunu, Fransa Usul Kanunu ve Almanya Usul Kanunları ve Ülkemizin ihtiyaçları ile eski kanun hü-

kümleri dikkate alınarak hazırlanmıştı. Bu şekilde hazırlanan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 1927’ de yürürlüğe girdi.

İptale konu hüküm iptal edilen “Usulü Muhakematı Hukukiye Kanunu” nun 13. maddesinde bulunmaktaydı. Yeni usul kanunumuza da aynen muhafaza edilerek alındı. Mevaz Fransa, Almanya ve Neuchatel Usul Kanunlarında ise benzer bir hüküm bulunmamaktadır.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu bu şekilde 1927 yılında yürürlüğe girmiş olup zaman içinde kökten değiştirme çalışmaları olmuştur. Son olarak Adalet Bakanlığınca 1993 yılında hazırlanan Tasarının 80’inci maddesinde iptale konu hükmün tam zıttı anlamında “Davacı ıslah yoluyla dava olunan şeyin miktarını da artırabilir” hükmü kabul edilmişti. Ancak siyasi istikrarsızlıklar sebebiyle bu tasarı kanunlaşmamıştır.

İptale konu hükmün uygulamada yarattığı sorunlar: İptale konu HUMK.m.87/son cümle hükmü uyarınca dava açmak üzere mahkemeye müracaat eden kişilerin çok dikkatli davranmaları gerekmektedir. İddia ettikleri haklarını tam olarak belirlemeleri ve asla hata yapmamaları gerekmektedir. Eğer gerçek haklarından daha az talepte bulunmuşlarsa, belirlenen gerçek haklarına göre taleplerini artıramamaktadırlar. Bu durumda mahkeme, talep edilen kısım hakkında karar vermekte, davacılar da geri kalan hakları için ikinci bir dava açmak zorunda kalmaktadırlar.

Oysa, çoğunlukla davacı, daha davanın başlangıcında gerçekte haklı olduğu miktarı tam olarak bilememektedir. Davanın başlangıç safhasında, ne davacı, ne davalı ne de mahkeme gerçek hak miktarını tam olarak bilemezler. Çok defa davacının hakkının ne kadar olduğu, uzun süren yargılama safahatı sonunda bilirkişi raporları, tanık beyanları ve ibraz edilen diğer yazılı delillerle belirlenebilmektedir.

Bu sebeple, her zaman gerçek haktan daha az miktar hakkında dava açılması mümkündür. Bu durumda, delillerin toplandığı mahkemede davanın ıslah edilmesine ve mahkemenin gerçek hakka karar vermesine engel olarak, davacıya aynı konuda ikinci bir dava daha açmaya zorlamak hem boş yere emek, masraf ve zaman harcanmasına sebep olmakta hem de mahkemelerin iş yükünü artırmaktadır.

Özellikle, kadastro davalarını 1 aylık askı ilânı süresi içinde açmak zorunluluğu bulunmaktadır. Bir köyden kadastro geçtiğinde binlerce taşınmazın kadastrosu yapılmaktadır. Bir aylık dava açma süresi içinde binlerce taşınmazın yeterli bir dikkatle incelenmesi mümkün değildir. Bu nedenle davacı Orman İdaresinin binlerce taşınmazı incelerken hata yapması normaldir. Normal olmayan ise, ıslah yolu ile hatadan dönme imkânının tanınmamış olmasıdır. İslah yolu ile talebin artırılması mümkün olsa başkaca araştırma yapmadan hakkın tamamı

Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu md. 87/son Hükümün İptali

Anayasa Mahkemesi E.1999/1, K.1999/33, T.20.7.1999, RG, 4 Kasım 2000, S.24220, s. 37-44

konusunda karar vermek mümkün olacaktır. Bu şekilde elde edilen sonuç kuşkusuz daha adil olacaktır. Mahkememizde, Orman İdaresinin açtığı 14 ayrı davada daha aynı şekilde miktarda hata yapıldığından ıslah talebinde bulunulmuştur. Bu davalarda da bekletici mesele yapılmış olup Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karar beklenmektedir.

Anayasaya Aykırılık Sebepleri:

1- Anayasamızın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk devleti olduğu vurgulanmıştır. Anayasanın 36. maddesinde herkesin meşru yollardan davacı ve davalı olma, iddia ve savunmada bulunma hakkı olduğu belirtilmiştir. 13. maddede de temel hak ve hürriyetlere dokunulamayacağı belirtilmiştir. Bu hükümler uyarınca Devletin hak arama hürriyetini daraltan, bütün sınırlamaları kaldırması adaletin tam olarak gerçekleşmesini sağlaması gerekmektedir. HUMK.m.87/son cümle hükmü ile meşru yollardan hak arama hürriyeti sınırlandırılmaktadır. Aynı davada ıslah hakkı tanınmadığından, tarafların aynı konuda ikinci defa dava açmaları, yeniden emek, masraf ve zaman harcamaları gerekmektedir. Delillerin toplandığı mahkemede, ıslah yolu ile belirlenen hakkın tamamı konusunda karar verilmesini sağlamak, kuşkusuz daha adil olacaktır. Bu nedenle, hükmün iptal edilmesinin yargılamayı daha adil hale getireceği düşünülmektedir.

2- Anayasanın 141. maddesinde yargılamanın en az giderle ve mümkün olan süratle bitirilmesinin gerektiği belirtilmiştir. Davacıya talep ettiği miktardan fazla olan hakkı için ıslah imkânı vermeyerek ikinci bir dava açmaya zorlamak, mahkemelerin iş yükünü gereksiz yere artırmakta ve boş yere ikinci defa emek, zaman ve para harcanmasına sebep olmaktadır. Bu nedenle, HUMK.m.87/son cümle hükmünün Anayasanın 141 inci maddesine de aykırı olduğu düşünülmektedir.”

ANAYASA MAHKEMESİNİN KARARI: Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, Anayasaya aykırılığı ileri sürülen Yasa kuralı, dayarılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile öteki yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

-Anayasa'nın 141. maddesi yönünden inceleme

Mahkeme, itiraz konusu kuralın davacıyı ikinci bir dava açmaya zorlayarak mahkemelerin iş yükünü gereksiz şekilde artırdığını, bu nedenle de Anayasa'nın 141.maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa'nın 141.maddesinin usul ekonomisini düzenleyen son fıkrasında, "davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir" denilmektedir.

Taraflardan birinin yapmış olduğu bir usul işleminin tamamen veya kısmen düzeltilmesi "ıslah" olarak tanımlanmaktadır. HUMK'nun 84. maddesine göre ıslah, tahkikata tâbi olan davalarda tahkikat bitinceye kadar ve tâbi olmayanlarla mahkemenin sonuna kadar yapılabilir.

İtiraz konusu kuralla müddeabihin ıslah suretiyle artırılmasına imkân tanınmaması davaların en az giderle ve olabildiğince hızlı biçimde sonuçlandırılmasına engel olacağından, Anayasa'nın 141. maddesine aykırıdır. Kurahın iptali gerekir.

-Anayasa'nın 2, 13 ve 36. maddeleri yönünden inceleme

Mahkeme, itiraz konusu kuralla davacıların ikinci kez dava açmak zorunda bırakılmalarının Anayasa'nın 2, 13 ve 36. maddelerine aykırılık oluşturduğunu ileri sürmüştür.

Çağdaş demokratik rejimlerin temel ilkelerinden biri olan "hukuk devleti" Anayasa'nın 2. maddesinde "Cumhuriyetin nitelikleri" arasında sayılmıştır.

Kişilerin devlete güven duymaları, maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk devletinde gerçekleşebilir. Bu nedenle, hukuk devleti temel hak ve özgürlüklere saygı gösteren, onların korunup güçlenmelerine olanak sağlayan, adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açık olan devlettir. Hukuk devletinin sağlamlaştırmakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kişilerin, hukuk düzeninin koruması altındaki haklarını elde edebilmeleri için her türlü önlemin alınmasını zorunlu kılar.

Dava açıldıktan sonra davacının müddeabihini "ıslah" yoluyla artırmasını önleyen itiraz konusu kural, bir hakkın elde edilmesini zorlaştırdığından, "hukuk devleti" ilkesine aykırıdır.

Ayrıca, Anayasa'nın "hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde, herkesin gerekli araç ve yollardan yararlanarak yargı organları önünde davacı ya da davalı olarak iddia ve savunma hakkında sahip olduğu belirtilmektedir. Buna göre, hak arama özgürlüğünün en önemli iki ögesini oluşturan iddia ve savunma haklarının kısıtlanması, bu hakların noksansız kullanımının ve adil yargılanmanın engellenmesi Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık oluşturur.

Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu md. 87/son Hükümünün İptali

Anayasa Mahkemesi E.1999/1, K.1999/33, T.20.7.1999, RG, 4 Ekim 2000, S.24220, s. 37-44

İtiraz konusu kural, davacıyı ikinci kez dava açmaya zorlaması nedeniyle hak arama özgürlüğünü sınırlamaktadır.

Anayasa'nın 13. maddesinde, "Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, kanunla sınırlanabilir" denilmekte, ancak bu sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı gibi öngörüldükleri amaç dışında da kullanılmayacağı belirtilmektedir.

Buna göre, bir sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğundan söz edilebilmesi için hakkın özüne dokunmaması, makûl ve kabul edilebilir ölçüyü aşmaması gerekir. Başka bir anlatımla, temel hak ve hürriyetler sınırlanırken sınırlama ile öngörülen amaç arasında makûl ve adaletli bir denge kurulmalıdır.

İtiraz konusu kural, davacıların haklarını en kısa sürede ve en az giderle almalarını engelleyerek hak arama özgürlüğünü önemli ölçüde zorlaştırması nedeniyle demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmadığından Anayasa'nın 13. maddesine uygun bir sınırlama olarak kabul edilemez.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2, 13 ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

SONUÇ: 18.6.1927 günlü, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 87. maddesinin son cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline oyçokluğuyla 20.7.1999 gününde karar verildi.

I- KARŞI OY YAZISI

Mahkeme, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 87. maddesinin "Müddei ıslah suretiyle müddeabihi tezyit edemez" biçimindeki son cümlesinin iptali için başvurmuştur.

İki taraftan her birinin usule ilişkin olarak yaptığı işlemleri tamamen veya kısmen ıslah edebileceğini öngören 83. maddede taraflara ancak bir kez ıslah hakkını kullanma olanağı tanınmıştır. 84, 85 ve 86. maddelerde de "ıslah" ın koşulları ile ne zaman ve nasıl yapılacağı kurala bağlanmıştır. 87. maddede ise ıslahın, bunu yapan tarafın belirleyeceği noktaya kadar usule ilişkin tüm işlemlerin yapılmamış sayılacağı sonucunu doğuracağı ancak maddede sayılan kimi işlemlerin ise bu kuralın dışında tutulduğu itiraz konusu son cümlede de davacının ıslah yoluyla dava konusunu artıramayacağı belirtilmiştir.

İtiraz yoluna başvuran mahkeme, davacıya istediği miktardan fazla olan hakkı için ıslah olanağı verilmemesinin ikinci bir dava açılmasına neden olacağı

bunun da iş yükünü artırarak gereksiz yere emek, zaman ve para harcanmasına yol açacağı gibi hak arama özgürlüğünü de daraltacağı, bu durumun ise Anayasa'nın 2, 13, 36 ve 141. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa'nın 141. maddesinin son fıkrasında "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir" denilmektedir. Bu kural açılmış olan davaların sağlıklı bir biçimde ve kısa sürede sonuçlandırılması amacına yöneliktir. Tarafların dava açarken usul kuralları uyarınca gereken özeni göstermelerinden kaynaklanan gereksiz harcama ve zaman kaybı bu kural içinde değerlendirilemez.

Usul kuralları, bir çok konuda sınırlayıcı, uyulmaması durumunda da hakkın kaybolmasına yol açan düzenlemeler içermektedir. Ancak kamu düzeninin sağlanması için gerekli olan bu düzenlemelerin, hak arama özgürlüğünü ve hukuk devleti ilkesini zedelediği düşünülemez.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural, Anayasa'ya aykırı olmadığından istemin reddi gerekeceği kanısıyla çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

II- KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Söz konusu kararın değerlendirilmesi açısından, davayı genişletme ve değiştirme yasağı ve bu yasağın istisnaları kapsamında ıslah müessesesinin durumu ve sonuçları üzerinde durulmasını gerektirmektedir.

Davanın açılmasının usul hukuku bakımından sonuçlarından birisi, davacının davasını genişletmesinin ve değiştirmesinin yasak olmasıdır. Davacı, davalının rızası olmaksızın davasını genişletemez veya değiştiremez. Bu ilke, "iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı" olarak ifade edilmektedir.

İddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı kapsamına, bir dava açıldıktan sonra dava dilekçesinin zorunlu içeriğine ait bulunan talep sonucunun ve dava sebebinin genişletilmesi veya değiştirilmesi girmektedir. Buna göre, davacı, davalının rızası olmaksızın talep sonucunu genişletemez; davalı muvafakat ederse genişletebilir (HUMK.m.185/2). Talep sonucunu genişletmek iki şekilde olur. Bunlar: Müddeabihin artırılması ve dava dilekçesinde talep sonucuna sonradan yeni bir talebin eklenmesidir. Öte yandan, davacının, dava dilekçesinde bildirmiş olduğu vakıaları sonradan değiştirmesi veya genişletmesi de iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı kapsamına girmektedir.

İddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının istisnaları, HUMK.m.185/2'de belirtilmiştir. Bunlar: Davalının rızası, ıslah, feragat ve müddeabihin temliki'dir. Davalı, iddianın genişletilmesine (dolayısıyla davanın değiştirilmesine) muvafakat etmezse davacı, davasını ıslah ederek (HUMK.m.83 vd.) davasını genişletebilir ve değiştirebilir (HUMK.m.185/2). Bu bağlamda, müddeabihin artırılması talep sonucunun genişletilmesidir. Yalnız, davacı, ıslah

Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu md. 87/son Hükümünün İptali

Anayasa Mahkemesi E.1999/1, K.1999/33, T.20.7.1999, RG, 4 Kasım 2000, S.24220, s. 37-44

yolu ile müddeabihini artıramaz (HUMK.m.87/son cümle); ancak davalının muvafakatı ile artırabilir.

Bu çerçevede ıslah yolu ile müddeabihin (dolayısıyla talep sonucunun) genişletilip genişletilemeyeceği konusunda, incelememize konu olan Anayasa Mahkemesinin iptal kararından önceki durumun değerlendirilmesi yerinde olacaktır:

İptale konu olan “Müddei ıslah suretiyle müddeabihini tezyid edemez (HUMK.m.87/son cümle)” hükmü çeşitli açılardan eleştirilmiş ve bu hükmün sonraki ek istemler bakımından da uygulanıp uygulanamayacağı hakkında görüş farklılıklarının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bunlardan *bir görüşe göre*¹, HUMK.m.87/son cümle’nin oldukça dar yorumlanması gerektiği, bunun neticesinde aynı çizgi üzerinde (aynı kalan talep sonucunun miktar itibarıyla) artırılmasının yasaklandığı esasının benimsenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bunun dışında talep sonucunda sonradan bir takım değişiklikler yapabilmek ve eski talep sonucu yerine yeni olan bir başkasını koyabilmek veya mevcut talep sonucu davanın devamı esnasında bir takım ek talep sonuçları herhangi bir yasakla karşılaşılmaksızın ıslah yoluyla mahkemeye getirilebilmelidir. *Diğer görüşe göre*², burada herhangi bir ayırım yapılmaksızın HUMK.m.87/son cümle’deki ifadenin çok açık olduğu ve bu çerçevede müddeabihin artırılmayacağı esası kabul edilmiştir. Bu görüş, Türk öğretisinde ve uygulamasında yaygın bir görüş olarak tezahür etmiştir. Ancak, öğretilerde, bu hükmün hukuk düzenine yabancı olduğu ve yürürlükten kaldırılması gerektiği ileri sürülmüştür³. Nitekim, kaynak Nöşatel Usul Kanununda yer almayan ve dava konusunun artırılmayacağını düzenleyen bu hüküm, eski yargılama hukukumuzun etkisiyle, mevcut hükümlere ve dolayısıyla uygulamaya girmiştir⁴. Uygulamada Yargıtay ise, söz konusu hükmü geniş anlamakta ve dava konusunun gerek aynı çizgide artırılması gerek yeni ek usulî işlemlerde bulunulması durumunda ıslahî kural olarak kabul etmemektedir. An-

¹ **Üstündağ, S.**, İddia ve Müdafaanun Değiştirilmesi Yasası, İstanbul 1967, s. 174-175.

² **Kuru, B.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995, s. 663; **Kuru, B./ Arslan, R./ Yılmaz, E.**, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, B. 12, Ankara 2000, s. 667; **Alangoya, Y.**, Medenî Usul Hukuku Esasları, I, İstanbul 2000, s. 232; **Postacıoğlu, İ. E.**, Medenî Usul Hukuku Dersleri, B. 6, İstanbul 1975, s. 463; **Bilge, N./Önen, E.**, Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, B. 3, Ankara 1978, s. 364-365; **Pekcanitez, H.**, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2000, s. 285.

³ **Üstündağ, S.**, Medeni Yargılama Hukuku, B. 6, İstanbul 1997, s. 552; **Yılmaz, E.**, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Ankara 1982, s. 171.

⁴ **Yılmaz, E.**, Islah, s. 170-171.

cak öğretide haklı olarak ifade edildiği şekilde⁵, Kanun, karşı tarafın muvafakati ile dava konusunun artırılabilmesine ve hatta karşı taraf muvafakat etmese bile, ıslah yoluyla dava konusunun değiştirilebilmesine imkân verdiği göre (HUMK.m.185/2), ıslahla dava konusunun artırılmasını yasaklayan kanun koyucunun buradaki amacını anlayabilmek mümkün değildir. Şayet kanun koyucunun amacı, dava konusunun artırılması ile davalının kötü bir duruma düşmesini önlemek ise, bu mantığın dava konusunun değiştirilmesi haline de uygulanması ve onun dahi yasaklanması gerekirdi. Öte yandan, öğretide eleştirilen, HUMK.m.87/son cümle hükmünün ortaya çıkardığı sakıncaların, tamamen ortadan kaldırılamasa da, asgariye indirilmesi, bir başka deyişle söz konusu hükmü dar yoruma tâbi tutmak mümkündür. Bu bağlamda, dava konusu aynı çizgide artırılamayacak ve fakat ıslahla ek istemler getirilebilecek ve böylece ıslahla aynı dava içerisinde terditli davalar, seçimlik davalar veya dava yığılması söz konusu olabilecek ve hatta ıslahla, başlangıçta istenmeyen faiz, yeni bir dava açılmasına gerek kalmadan aynı davada istenebilecektir, şeklindeki görüşlere de yer verilmiştir⁶.

Netice itibariyle HUMK.m.87/son cümle hükmünün incelememize konu olan iptal kararından önceki hukuk uygulamasında ortaya çıkardığı sonuçlar bu şekilde dile getirilmiş, hemen hemen ittifakla bu hükmün ıslah kurumunun genel mantığına aykırı düştüğünden bahisle yapılacak bir kanun değişikliğiyle kaldırılması önerilmiştir. Ne var ki, böyle bir kanun değişikliğine gerek kalmaksızın Anayasa Mahkemesi bu hükmün Anayasaya aykırı olduğundan bahisle iptaline karar vermiştir.

Şimdi İptal kararı ve bu kararın doğurduğu sonuçlar neler olacaktır? burada inceleme konusu yapılacaktır:

Gerek yerel mahkemenin itirazında gerek Anayasa Mahkemesinin iptal kararında belirtildiği şekilde, müddeabihin ıslah suretiyle artırılmasına imkân tanınmaması, Anayasa'nın 141/4. maddesinde öngörülen, "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir" hükmüne aykırılık oluşturacaktır. Anayasa'nın öngördüğü bu ilke usul ekonomisi ilkesi olarak da adlandırılmaktadır⁷. Taraflar arasındaki uyuşmazlık bir dava yoluyla yargı kuruluşları önüne getirildiğinde artık kamu yararı alanına girmiş olmakta-

⁵ **Yılmaz**, Islah, s. 171.

⁶ Bkz. **Yılmaz**, Islah, s. 175.

⁷ **Akcan, R.**, Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara 1999, s. 289-290.

Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu md. 87/son Hükümünün İptali

Anayasa Mahkemesi E.1999/1, K.1999/33, T.20.7.1999, RG, 4 Kasım 2000, S.24220, s. 37-44

dır. Davanın çabuk, basit ve ucuz bir şekilde sonuçlandırılmasında⁸, tarafların olduğu kadar kamunun da yararı vardır⁹. Söz konusu ilke başta Anayasa olmak üzere Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzda da (m. 77) yer almaktadır. Ancak, ifade etmek gerekir ki, davaların çabuk sonuçlandırılması başlı başına bir amaç değildir. Yargılamanın hedefi, doğru ve adil bir karar elde etmektir; yani, yargılamanın objektif hukuka, maddi gerçekliğe ulaşmayı amaçladığı gözönünde bulundurulmalıdır¹⁰. Bu açıdan usul ekonomisi ilkesini içeriğinin belirlenmesinde, maddi gerçeklik yolunda “çabukluk ve ucuzluk” şeklinde sınırlarını tespit etmek isabetli olacaktır¹¹.

Öte yandan, hakim, tahkikat ve yargılamada beyhude masraf yapmamakla da yükümlüdür (ucuzluk ilkesi) (HUMK.m.77). Bu amaçla, ıslahla müddeabihin artırılmasına yasak getirilmesi karşısında, davacıyı ikinci bir dava açmaya zorlamak mahkemelerin gereksiz iş yükünün artırılmasına neden olabilecektir. Bu da gerek Anayasa gerek Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda belirtilmiş bulunan usul ekonomisi ilkesine aykırıdır.

Bu açıklamalar ışığı altında ıslahla müddeabihin artırılmamasına ilişkin kural, açıkça usul ekonomisi ilkesine bir aykırılık teşkil etmekte olup, bu konuda gerek yerel mahkemenin itiraz başvurusundaki gerekçesi gerek Anayasa Mahkemesinin iptal kararındaki gerekçesi son derece isabetlidir.

Dava açıldıktan sonra davacının müddeabihini “ıslah” yoluyla artırmasını önleyen itiraz konusu kural, bir hakkın elde edilmesini zorlaştırdığından “hukuk devleti” ilkesine aykırı olduğu gerekçesine katılmak mümkündür. Bunun gibi, “hak arama hürriyeti” ni ifade eden Anayasa’nın 36. maddesinde, herkesin gerekli araç ve yollardan yararlanarak yargı önünde davacı ya da davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğu da bir gerçektir. Bu bağlamda, hak arama özgürlüğünün iki önemli unsurunu oluşturan iddia ve savunma haklarının kısıtlanması, söz konusu hakların noksansız kullanımının ve adil yargılamanın engel-

⁸ **Schumann, E.**, Die Prozessökonomie als Rechtsethisches Prinzip, Festschrift für Larenz K., München 1973, s. 278; **Mettenheim, C.**, Der Grundsatz der Prozessökonomie im Zivilprozess, Berlin 1969, s. 15.

⁹ **Ulukapı, Ö.**, Yargıtay Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Yargılamaya Hakim Olan İlkelerden Taraflarca Hazırlama İlkesi, (SÜHFD.-Prof.Dr. Süleyman ARSLAN’a Armağan-, 1998, C. 6, S. 1-2, s. 713-732), s. 727.

¹⁰ **Yılmaz, İslah**, s. 6.

¹¹ **Yılmaz, E.**, Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilme İhtiyacı ve Yapılması Gerekkenler (SÜHFD.-Prof. Dr. Şakir BERKİ’ye Armağan- C. 5, 1996/1-2, s. 55-76), s. 58.

lenmesi Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık oluşturacağına ilişkin görüşe katılmak mümkündür. Bunlardan adil yargılanma hakkı, temel insan haklarından-
dır. Adil yargılanma hakkının ihlâli, temel hak olan kişi özgürlüğünün ihlâli ola-
rak kabul edilmektedir. Adil yargılanma hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşme-
si'ni imzalamış ve buradaki insan haklarını korumayı taahhüt etmiş bulunan ül-
kemiz açısından, yargılamada korunması gereken tartışmasız bir insan hakkı-
dır¹². Adil yargılanma hakkı genel olarak dört unsuru içermektedir. Buna göre:
1) Kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma 2) Makul
süre içinde yargılanma 3) Aleni surette yargılanma 4) Adil (Hakkaniyete uy-
gun) olarak yargılanma'dır.

Yukarıda belirtilen gerekçelerle HUMK.m.87/son cümleinin iptali karşı-
sında, davacı davalının muvafakati olmadığı hallerde, ıslah yoluyla müddeabihî
artırabilecektir. Bu durumda, mahkeme yeni değer üzerinden davayı görmeye
devam edecektir. Islah edilen dava yeni bir dava olmayıp, eski davanın devamı
niteliğindedir. Davanın açılmasının sonuçları ilk davanın açıldığı tarihten itiba-
ren geçerli olacaktır. Bu bağlamda, iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi ya-
sağı kuralı yine geçerliliğini koruyacaktır. Burada yalnız davacı ıslah suretiyle
yeni ek talepler getirebilecektir. Bu talepler karşısında mahkemece incelenecek
dava eski davanın devamı niteliğinde olarak kaldığı yerden itibaren devam ede-
cektir. Buna bağlı olarak bazı usulî sonuçların ihtimâl olarak ortaya çıkması
mümkündür.

Öncelikle, müddeabihin ıslahla artırılması karşısında önceden peşin öde-
nen karar ve ilâm harcının bizzat davacıya ya da karşılık davada davalıya ta-
mamlattırılmalıdır. Aksi taktirde, noksan karar ve ilâm harcı tamamlanıncaya
kadar davaya devam olunmaz (Harçlar K.m.30).

Diğer taraftan, ek talepler karşısında dava eski davanın devamı niteliğin-
de bulunduğu ortada yeni bir dava yoktur. Bu talep, iddianın ve savunma-
nın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı kapsamında mahkemece incelenecek-
tir. Davacı, artırılan talep karşısında önceki işlemlerin tekrarlanmasını isteye-
mez. Davalı, davacının ıslahla talep neticesini artırması durumunda savunmanın
genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına tâbi olmasına karşın, bu ek talepler
hakkında varsa savunma sebeplerini ileri sürebilmelidir.

12 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Pekantez**, Usul, s. 206-207.

tez özetleri

**TÜRK DIŞ POLİTİKASINDA
BELİRLEYİCİ FAKTÖRLER EKSENİNDE
ÖZAL'IN DIŞ POLİTİKA KONSEPTİ***

Hasan MOR**

Zamanın AET Komisyonu başkanı Walter Hallstein, 1963 yılında Türkiye-AET Ortaklık Andlaşması imza töreninde yaptığı konuşmada, “*Türkiye Avrupa'nın bir parçasıdır*”¹ diyerek, Türkiye'yi Batı'ya oturtmaktadır. Cumhurbaşkanı Kenan Evren 1982'de İslam Kalkınma Bankası 6. Yıllık Toplantısı açış konuşmasında, “*Türkiye İslam Dünyasının ayrılmaz bir parçasıdır*”² demek suretiyle Türkiye'nin yerinin Doğu'da olduğunu altını çizmektedir. Yine aynı Cumhurbaşkanı, Federal Almanya Cumhurbaşkanı Weizsäcker'in 1986 yılında Türkiye'yi ziyaretinde, “*Türkiye gelecek için Batı ile bir kader birliğine girmiş-tir*”³ ifadesini kullanarak bu sefer Türkiye'ye Batı'da yer göstermektedir. Dietrich Schlegel, 1986 yılında Alman dış politika ve uluslararası ilişkiler dergisi “Außenpolitik” de Türkiye-Avrupa Topluluğu ilişkilerini inceleyen bir makale

* Bu çalışma Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü nezdinde yürütülen Doktora tezinin özetidir.

** Arş. Gör. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı

1 Bkz. **GROTHUSEN** Klaus-Detlev, “Außenpolitik”, in: Südosteuropa-Handbuch, Bd. IV, TÜRKİE, Klaus-Detlev Grothusen (Hrsg.), Göttingen 1985, s. 120.

2 Devletbaşıkanı Kenan Evren'in, 26 Mayıs 1982'de Ankara'da İslam Kalkınma Bankası 6. Yıllık Toplantısı açış konuşması bkz. Newspost 28.05.1982.

3 Federal Almanya Cumhurbaşkanı Weizsäcker'in 1986 yılında Türkiye ziyaretinde, Cumhurbaşkanı Kenan Evren'in 26.05.1986 tarihinde Ankara'da yaptığı yemek konuşması, bkz. 27 Mayıs tarihli günlük Türk gazeteleri.

lesinde, ilişkilerdeki istikrarsızlığı ve sapmaları, “*Türkiye ile Avrupa Arasında Pragmatizm*”⁴ başlığıyla vurgulamıştır. Alman gazetesi Frankfurter Allgemeine Zeitung 1990’da Türk dış politikasını işleyen bir yorumunda, “*Türkiye nereye gidiyor?*”⁵ başlığını kullanır. Yazıda sanki Türkiye ait olduğu, bilinen yerini terk ederek meçhule yelken açıyormuşcasına şaşkınlık içerisinde duyulan kaygılar ifade edilmek istenmektedir. Amerikan dış politika ve uluslararası ilişkiler profesörü Dankwart A. Rustow’un 1987’de Türkiye-Batı ilişkilerini inceleyen kitap, normal olmayan bir işleyişe Türkiye lehine itiraz edercesine “*Unutulan Müttefik: Türkiye*” adını taşımaktadır⁶. Berlin’de prestijli think tank kuruluşu olan Bilim ve Politika Vakfı’nın Türkiye ve AB ilişkileri uzmanı Heinz Kramer 1992’de yayınladığı makalesine başlık olarak “*Türkiye Avrupa, Asya ve Yakın-Doğu Arasında Azimli Bir Bölgesel Güç mü?*”⁷ sorusunu seçmiştir. Gazeteci Ufuk Güldemir kitabında, 1989 yılında Humeyni’nin ölümü üzerine, NATO’nun İzmir karargahı önündeki onbeş bayraktan sadece Türk bayrağını yarıya kadar indirilmiş bir şekilde gösteren resmin Pentagon’da günlerce elden ele dolaştırıldığını⁸ yazmaktadır.

Aynı ülkenin uluslararası konum ve aidiyetiyle ilgili bu ölçüde birbiri ile çelişik tanımlamalar acaba ne anlama gelmektedir? Üstelik bu durumun, ilgili kişilerin şahsi eğilimleri ile izah edilebilecek retoriklerden veya konjonktüre bağlı arizi tanımlamalardan kaynaklanmadığını, Türkiye’nin somut dış politika karar, tutum ve eylemleri açıkça gösteriyorsa...

Türkiye’nin, İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra Batı’nın en etkili savunma örgütü olan NATO’ya üye olması; AET’ye 1959’da yaptığı üyelik başvurusunu 1987 yılında tam üyelik müracaatı ile pekiştirmek suretiyle, Avrupa ile ilişkilere verdiği önemdeki sürekliliğin altını çizmesi; 1990’lı yılların başlarında da bir taraftan AB’ye tam üyelik için seferber olurken, aynı dönemde Karadeniz Ekonomik İşbirliği Bölgesi örgütünü bizzat kendi inisiyatifi ile hayata geçirmesi; İslam Konferansı Teşkilatı’na üyeliği ve bu örgüt içerisindeki etkin rolü; üyeleri

4 Bkz. **SCHLEGEL** Dietrich, “Pragmatismus zwischen der Türkei und Europa”, in: Aussenpolitik, Jg. 37, 3. Quartal 1986, s. 283.

5 Frankfurter Allgemeine Zeitung, 30.06.1990.

6 Bkz. **DANKWART** A. Rustow, *Unutulan Müttefik Türkiye* (Çev. Hakan Türkkuşu), İstanbul 1989.

7 **KRAMER** Heinz, “Die Türkei zwischen Europa, Asien und dem Nahen Osten-eine aufstrebende Regionalmacht?”, in: Südosteuropa Mitteilungen, Nr. 2, 1992, s. 129.

8 **GÜLDEMİR** Ufuk, *Texas Malatya*, İstanbul 1992, s. [390](#).

Pakistan, İran ve 1992'den itibaren Azerbaycan, Türkmenistan, Özbekistan, Kırgızistan, Kazakistan, Afganistan ve Tacikistan gibi Asya-İslam ülkelerinden oluşan Ekonomik İşbirliği Örgütündeki (ECO) kurucu üyeliği ve etkinlikleri dikkate alındığında, uluslararası konum ve aidiyetiyle ilgili tanımlamalardaki zıtlıkların sırf arizi ve sübjektif şartlardan kaynaklanmadığı daha iyi anlaşılacaktır.

Doğu ve Batı kavramlarının coğrafi anlamlarına, medeni, kültürel ve siyasi anlamlar da katılarak *Şark-Garb (Orient-Okzident)*⁹ formatlarında sorulacak olursa; Türkiye, Doğu Dünyasının mı yoksa Batı Dünyasının mı bir parçasıdır? Diğer bir ifadeyle, Türkiye nereye ait ve hangi dünyanın bir parçasıdır? Bu soruya hem Türkiye'nin kendi içinden ve hem de Doğu ve Batı Dünyasından verilecek olan cevabın oldukça farklı olacağı konusunda emin olunulabilir. Hatta bu sorunun, Türkiye'de, İran'da, Japonya'da, İngiltere'de veya Almanya'da sorulması durumunda da alınacak cevabın farklı olacağından da şüphe edilmemelidir.

Türk dış politikasının istikametinin ne olduğu sorusu sorulmuş olsaydı, verilecek olan cevabın Türkiye'nin dünyadaki aidiyet ve konumu sorusuna verilecek cevap ile aynı doğrultuda olacağı aşikardır. Bu doğrultuda, somut dış politikanın niteliğine göre Doğu'da ve Batı'da yazılmış, "Türkiye nereye gidiyor?" başlığını taşıyan yazılara sıklıkla rastlanılmaktadır. Böyle bir durum dünyanın pek az ülkesi için söz konusu olabilir. O halde bu durumun altında, sebep ve temel dinamikleri araştırılarak açıklanması gereken son derece özgün bir "nev-i şahsına münhasırlık" olgusunun yattığını saptamak kaçınılmaz hale gelmektedir.

Acaba karşı karşıya olunan bu durum, arasatta kalarak ne yapacağını bilmeyen/bilemeyen bir ülkenin dış politikasındaki bocalamalar mıdır? Yoksa oldukça özgün konum ve şartlara sahip bir ülke için, bu özel şart ve dinamiklerin gerektirdiği bir dış politika çabası içerisinde olan bir ülkenin dış politika tutumları mı gözlemlenmektedir? Türkiye'yi İslam Konferansı Teşkilatı'nı etkin kılma çabalarına; akim kalan Bölgesel İşbirliği Teşkilatı'nı (RCD), ECO olarak tekrar diriltmenin öncülüğünü yaparken; Karadeniz Ekonomik İşbirliği Bölgesi projesine mimarlık yapıp aynı anda da AB'ye tam üye olmak için müracaatta bulunmaya iten sebepler nelerdir? Böyle bir dış politika ne yapacağını bilmeyen bir

9 Bu çalışmada sıklıkla yer alacak olan "Doğu" ve "Batı" kavramları bir kültür ve medeniyet havzasını da çağrıştıran "Şark" ve "Garb" anlamlarında kullanılacaktır. Zaten Soğuk Savaş dönemindeki Varşova Paktı ülkeleri için kullanılan "Doğu Bloğu" parantezinin açtığı arizi terminolojik kargaşa bir tarafa bırakılırsa, bu kavramların siyaset ve uluslararası ilişkiler literatüründe ekseriyetle bu anlamlarda kullanıldığı görülecektir.

ülkenin şaşkınlık emareleri mi; yoksa bunu objektif bir gereklilik haline getiren özel şartlar mı söz konusudur?

Türkiye Cumhurbaşkanı Turgut Özal ABD başkanı ile senli-benli konuşacak kadar samimi bir ABD gezisinin hemen arkasından, iki gün sonra Tahran havaalanında ABD'yi "büyük şeytan" ilan eden bir ülkenin Cumhurbaşkanı nasıl oluyor da "hoş geldin kardeşim" diye karşılanıyor? Bu insanlar ne yaptıklarını bilmeyen şaşkınlıklar mı; yoksa bunu böyle gerektiren çok özel sebepler mi var? Türkiye'nin dış politikasında gözlemlenen daha bir çok karar ve tutumlar bu tür soruları çoğaltmaya oldukça elverişli görünmektedir.

Çalışmanın asıl amacı, görünüşte sıklıkla çelişkili görüntüler sergileyen Türk dış politikasının anlaşılmasına mütevazı bir katkıda bulunmaktır. Bu katkı, Türk dış politikasındaki çelişkili ve/veya çelişkili gibi görünen yansımaların temel dinamikleri durumundaki belirleyici faktörleri bir bütün olarak ele almak, sistematik bir yaklaşımla analize tabi tutarak sorunu açıklamak suretiyle yapılmaya çalışılacaktır.

Yerli ve yabancı yazarlar tarafından Türk dış politikası üzerine yapılmış bir çok verimli çalışma olmakla beraber; bunların her birinin, Türk-Amerikan ilişkileri, Türk-Yunan ilişkileri, Türk-Rus ilişkileri, Türk-Arap ilişkileri, Türkiye-Balkan ilişkileri, Türkiye-AB ilişkileri v.s. gibi ekseriyetle Türk dış politikasının sadece belli bir alanını ve/veya dönemini ele alıp inceleyen partiküler nitelikli çalışmalar oldukları görülmektedir. Türk dış politikasını bir bütün olarak ele alarak, bu bütünsellik içerisinde temel determinantları ve bunlar arasındaki ilişkileri ortaya koymaya yönelik sistematik analizler yapmayı hedefleyen bu çalışmanın, bu anlamdaki bir boşluğu dolduracağına inanılmaktadır.

Siyaset bilimi veya daha dar anlamda uluslararası ilişkiler ve dış politika çalışmaları, tarih araştırmalarından farklı olarak herhangi bir zamanda bir defalık olmuş bitmiş bir olayı sebep sonuç ilişkileriyle açıklamakla yetinmeyip; *yapısal sorunlara* da eğilerek elde edilen bulgular temelinde *genelleştirilebilecek analiz çerçeveleri* de önerme maksadı güderler. Bu maksada yönelik olarak, dış politika çalışmalarının kavramsal çerçeve de dahil belli bir yaklaşım modeli ve tanımlama düzeyi ortaya konularak yürütülmesi işlevsel olacaktır.

Bu açıdan da öncelikle dış politika kavramına bir açıklık kazandırmak gerekmektedir. Bu çalışmada dış politika kavramına yeni bir tanım getirmek yerine, çalışmanın amacı ve ele alınışı bakımından oldukça işlevsel elverişlilikte olduğu düşünülen Helga Haftendorn'un tanımı benimsenmiştir. Haftendorn'a göre dış politika: "Bir siyasal sistemin ('devlet'), rekabet içerisinde bulunduğu diğer sistemlere karşı temel hedef ve değerlerini gerçekleştirmeye yönelik olarak sergilediği tutumlar sürecidir. Bu süreç bir yandan sistem içi talepler; öbür yandan da aynı şekilde uluslararası sistemin talepleri tarafından etkilenir. Sonuç, bir ta-

raftan iç siyasal düzeyde, öbür taraftan da aynı şekilde uluslararası düzeyde karşılıklı olarak işleyen dinamik bir etki ve uyum süreci ortaya çıkar”¹⁰

Bu tanım ve unsurların, esas itibarıyla Morton A. Kaplan’ın Sistem Teorisi Modeli,¹¹ James N. Rosenau’nun Bağını (Linkage) yaklaşımı¹² ve Ernst-Otto Czempiel’in Rosenau’nun yaklaşımına yeni boyutlar da katarak geliştirdiği anlaşılan *Asimetrik İnterdependens* modeline¹³ dayandığı görülecektir.

Bu aşamada ise bir yaklaşım modeli olarak benimsenen Haftendorn’un dış politika tanımının kavramsal çerçevesi ve unsurları kısaca açılmak suretiyle konunun hangi düzlemde ve nasıl ele alındığına açıklık getirmek yerinde olacaktır.

Tanımdan yola çıkarak: Bir siyasal sistemin (Türkiye Cumhuriyeti Devleti ve dar anlamda Türk dış politikası karar alma mekanizması), rekabet içerisinde bulunduğu diğer sistemlere karşı (genel anlamda dış dünya ve uluslararası çevre) temel hedef ve değerlerini (en genel anlamda refah, güvenlik ve ulusal değerler temelinde şekillenen tasavvurlar) gerçekleştirmeye yönelik olarak sergilediği karşılıklı etkileşim sürecidir. Bu süreç bir yandan sistem içi talepler (tarih, kültür, ideoloji, maddi ve fiziki faktörler gibi karar alma sürecine girdi sağlayan faktörler ve karar alma mekanizmasının yapısı); öbür yandan da aynı şekilde uluslararası sistemin talepleri (uluslararası sistemin genel siyasi, ekonomik ve askeri yapısından kaynaklanan girdiler ile Türkiye’nin oluşturduğu dış ekonomik, siyasi ve askeri bağlantılardan kaynaklanan girdiler) tarafından etkilenir. Sonuç, bir taraftan iç siyasal düzeyde (yeni dış girdilere karşı üretilen karar ve

10 **HAFTERNDORN** Helga, “Aussenpolitische Prioritäten und Handlungsspielraum. Ein Paradigma zur Analyse der Aussenpolitik Deutschland”, in: PVS, Nr. 1/1989, s. 33.

11 Kaplan’ın Sistem Teorisi Modeli ile ilgili olarak bkz. **KAPLAN** A. Morton, “Systemtheoretische Modelle des internationalen System”, Helga Haftendorn (Hrsg.) unter Mitarbeit von Hans Hoyng und Joachim Krause, Theorie der Internationalen Politik. Gegenstand und Methoden der Internationalen Beziehungen, Darmstadt 1975, s. 297-317.

12 Rosenau’nun Linkage yaklaşımı ile ilgili olarak bkz. **ROSENAU** N. James, “Problembereiche und national-international Vermittlungsprozesse”, Helga Haftendorn (Hrsg.) unter Mitarbeit von Hans Hoyng und Joachim Krause, Theorie der Internationalen Politik. Gegenstand und Methoden der Internationalen Beziehungen, a.g.e., s. 318-335; **SÖNMEZOĞLU** Faruk, *Uluslararası Politika ve Dış Politika Analizi*, İstanbul 2000, s. 217-226; **CALIŞ** Şaban H., “Ulus, Devlet ve Kimlik Labirentinde Türk Dış Politikası”, *Liberal Düşünce*, Kış 99, Cilt 4, Sayı: 13, s. 5.

13 Czempiel’in söz konusu yaklaşımı ile ilgili ayrıntılar için bkz. **CZEMPIEL** Ernst-Otto, *Internationale Politik*, München 1981, özellikle s. 101-118.

tutumlar şeklindeki politikalar), öbür taraftan da aynı şekilde uluslararası düzeyde (Türkiye'den kaynaklan dış politika girdilerine karşı dış ortamın ürettiği çıktılar) karşılıklı olarak işleyen dinamik bir etki ve uyum sürecidir.

Çalışmada bir çerçeve ve yaklaşım metodu olarak benimsenen dış politika tanımı ve bu tanımın unsurları Richard C. Synder ve arkadaşlarının Karar Alma Analizi¹⁴ modelindeki yaklaşım ile de örtüşme içerisindedir. Yani dış politikada devlet temel aktör olarak ele alınmakta, devlet adına hareket edenlerin karar, tutum ve eylemlerinin esas itibarıyla dış politikayı oluşturduğu kabul edilmektedir. Devlet adına hareket edenlerin aldıkları kararların da (dış politikanın), bir taraftan devlet adına hareket edenlerin bizatihi kendi kişisel eğilim ve özelliklerinden, içerisinde buldukları yapı ve mekanizmanın temel niteliklerinden, öbür taraftan da karar alma mekanizmasının çevresi durumundaki iç ve dış ortamlardan kaynaklanan belirleyici faktörler ve/veya etkileşim alanlarından kaynaklanan girdilerden etkileneceği varsayılmaktadır.

Çalışmanın birinci tezi, bir bütün olarak *temel belirleyici faktörler ve etkileşim alanları* tespit edilip, bunlar arasındaki ilişki ve etkileşim sistematik bir şekilde ortaya konulmadan, Türk dış politikasını tam olarak ne deskriptif, ne analitik ve ne de normatif düzeyde anlamak ve açıklamak mümkün olacaktır. Bu durum hem *olam* anlama, analiz etme ve açıklama çabaları için ve hem de düzenli tekrarlanmalardan hareketle *olacağı* dair öngörüde bulunma çabaları için geçerlidir. Zira bu tür çabaların başarısı, asgari bütünü oluşturan parçaları bir bütünsellik içerisinde değerlendirmeyi ve parçalar arasındaki ilişkiyi açıklamayı gerektirir.

Çalışmanın ikinci tezi, Türkiye *Doğu-Batı* arasında her iki dünya ile ayrı ayrı paylaştığı ortak hedef, değer ve çıkarlara sahiptir. Paylaşılan bu ortak hedef, değer ve çıkarlar aynı şekilde doğrudan ve dolaylı Türk dış politikası için etkileyici faktörler ve etkileşim alanından kaynaklanan dış politika girdilerini teşkil etmektedir. Türk dış politikası karar alma mekanizması, Türkiye'nin bu özelliğini dikkate alarak dış politika çıktılarını üretme durumundadır. Yakın dönem Türk dış politikası bu *yapısal dualitenin*¹⁵ buyruğuna daha çok geri besleme

14 Synder'in söz konusu modeli ile ilgili bkz. **SNYDER** Richard C./**BRUCK** H.W./**SAPIN** Burton, "Entscheidungsanalyse und Internationale Beziehungen", Helga Haferndorn (Hrsg.), *Theorie der Internationalen Politik. Gegenstand und Methoden der Internationalen Beziehungen*, a.g.e., s. 227-243.

15 Türkiye'nin AB ile ilişkileri bağlamında Türk kimlik yapısı ve bunun Avrupa ile ilişkilere etkilerini detaylı bir şekilde inceleyen çalışmada Nüşet S. Özertan yapısal dualite ile ilgili benzer sonuçlara ulaşmaktadır. Bkz. **ÖZERTAN** S. Nüşet, *Türkei: Mittel oder Mittler? Zu den politisch-kulturellen Grundlagen eines EG-Beitritts*. Unter

aşamalarında karar düzeltmeler şeklinde boyun eğmek zorunda kalmıştır. Oysa Türk dış politikasının stratejik planlama aşamasında konseptiyonel olarak gözetilip denkleme dahil edilerek dış politika çıktılarına şekillendirmesi durumunda, bu dualite Türkiye açısından kolaylıkla görece avantajlar sağlayıcı ve manevra alanını genişletici işlevlere dönüştürülebilir. Bu da, iki dünya arasında çok yönlü bir *köprü rolü* oynama sonucunu doğuracağından, hem bölgesel ve global düzeyde barış ve istikrara hem de Türkiye'nin ulusal çıkarlarına önemli katkıda bulunacaktır.

Çalışmanın üçüncü tezi, Türk dış politikası karar alma mekanizmasında belirleyici konumdaki aktörlere bakıldığında, *belirleyici faktörler* ve *etkileşim alanının* ikinci tez anlamında bir bütünsellik içerisinde büyük ölçüde farkında olan tek değilse bile, mutlaka nadir dış politika aktörlerinden birinin *Turgut Özal* olduğu söylenebilir. Bu durum hem dış politika uygulamalarında, hem de bundan çok daha önemli olarak konseptiyonel düzeyde kendini göstermektedir.

Bu tezler üzerine bina edilen çalışma, dört bölümden oluşmaktadır

Birinci bölümde dış çevre ortamından kaynaklanan girdiler, *Türk dış politikasında dış belirleyici faktörler* ana başlığı altında; genel dış belirleyici faktörler ve özel dış belirleyici faktörler alt başlıklarına ayrılarak incelenmektedir. *Genel dış belirleyici faktörler* olarak da, genel dışsal girdiler sağlamak suretiyle Türk dış politikasını etkilemesi muhtemel olan sistemsel siyasi, ekonomik ve askeri faktörler ele alınmaktadır. *Özel dış belirleyici faktörler* olarak ise, Türkiye'nin coğrafyası, ekonomik yapısı ve güvenlik ihtiyaçlarının tamamının bir sonucu/gereği ve yansıması olarak geliştirmiş olduğu dış ilişkiler ağı ve etkileşim alanları analize tabi tutulmaktadır. Bunlar, jeopolitik faktörler, güvenlik faktörü ile ekonomik ve siyasi faktörler olarak tasnif edilerek sistemleştirilmişlerdir.

Jeopolitik faktörler, Türk-Rus komşuluğu, Türk-Yunan münasebetleri ve Kıbrıs Sorunu, Türkiye Orta Doğu, Balkanlar ve Kafkaslar gibi daha çok Türkiye'nin coğrafi konumundan kaynaklanan bölgesel alt sistemden kaynaklanan dış politika girdilerini esas alarak belirlenmeye çalışılmıştır.

Güvenlik faktörü olarak, Türkiye'nin salt güvenlik ihtiyaçları temelinde oluşturduğu örgütsel ilişkiler durumundaki NATO üyeliği ile BAB gözlemci üyeliği şeklinde tasnif edilerek incelenmektedir.

Ekonomik ve siyasi faktörler olarak da, özü itibarıyla Türkiye'nin ekonomik ve siyasi eksenli ilişki ve etkileşim alanları ele alınmaktadır. Bunlar, Türkiye'nin AB'ye üyelik sorunu, Türk-Amerikan ilişkileri, Türkiye'nin İslam

besonderen Berücksichtigung der historisch gewachsenen Identitätsstruktur der Türkei (Diss.), Hamburg 1990, özellikle s. 203-215.

Konferansı Teşkilatı ve ECO üyeliği ve Karadeniz Ekonomik İşbirliği Projesi şeklinde sistematize edilerek analize tabi tutulmaktadır.

İkinci bölümde, iç çevre ortamından kaynaklanan girdiler *Türk dış politikasında iç belirleyici faktörler* başlığı altında analiz edilmektedir. İç belirleyici faktörler, tarihi ve kültürel faktörler; ideolojik faktörler ve maddi ve fiziki faktörler tasnifine tabii tutularak incelenmektedir. Bu tasnifte, bir taraftan Türk dış politikası karar alma sürecine katılan aktörlerin algılama, anlama ve anlamlandırma düzeylerinde etkide bulunması muhtemel olan tarihi, kültürel faktörler ile Kemalizm ve İslam gibi ideolojik faktörler; öbür taraftan da karar alıcıların fiili kararlarında dikkate almak durumunda oldukları ulusal güç unsurları olarak da düşünülebilecek olan coğrafya, iklim, nüfus, ekonomik, teknolojik ve askeri kapasiteden oluşan maddi ve fiziki faktörler incelemeye alınmıştır.

Üçüncü bölümde, dış politika kararlarının alındığı iç sistem ortamı, Türk dış politikasında *karar alma mekanizması ve karar alıcılar* başlığı altında ele alınmaktadır. Bu başlık altında kurumsal bir analize girilerek, Cumhurbaşkanı, Başbakan, MGK ve Ordu, Dışişleri Bakanı ve Dışişleri bürokrasisi, TBMM ve Kamuoyu faktörleri analize dahil edilmektedir. Dış politika karar alma mekanizmasında yer alan aktörlerin şekli-hukuki rol ve yetkileri ile uygulamada dış politika oluşumunda oynadığı roller farklılaşabildikleri için, incelenen kurumlar, yasal-formel durum ve fiili durum ayrımına gidilerek dış politika oluşum sürecindeki etkileri incelenmektedir.

Dördüncü Bölümde ise, diğer üç bölümde ele alınarak analiz edilen *belirleyici faktörler ve etkileşim alanları* ekseninde, belki bir örneksene işlevi de görececek olan bir somutlaştırma yoluna başvurulmuş, incelenen yapı, belirleyici faktörler ve etkileşim alanları çerçevesinde, Başbakan ve Cumhurbaşkanı sıfatlarıyla Türk dış politikası karar alma mekanizmasında yer almış bulunan bir aktör olan *Özal'ın dış politika konsepti* ele alınmaktadır. Bir anlamda, ilk üç bölümde incelenerek ortaya çıkarılan bütün bu yapı ve şartları bir aktör olarak Özal'ın nasıl algıladığı, anladığı, anlamlandırdığı, yorumladığı ve fiili politikalara nasıl yansıttığı incelenmektedir.

Burada da, Özal'ın dış politika konsepti *amaçlar ve araçlar* şeklinde ayrılarak yine sistematik hale getirilmeye çalışılmaktadır. Özal'ın dış politika konseptinde, barış ve istikrar, refah ve güvenlik, Türkiye'nin Doğu ile Batı arasında bir köprü rolünü oynaması ve yirmibirinci yüzyılı Türkiye'nin ve Türklerin asrı yapmak belli başlı amaçlar olarak ortaya çıkarılıp tasnif edilerek incelenmektedir. Bu amaçlara nasıl ulaşılacağı ile ilgili, Türkiye'nin dışa açılması, barış için karşılıklı ekonomik bağımlılıkların oluşturulması, Aktif ve dinamik dış politika ve Neo-Osmanlılık faktörlerinin Özal'ın dış politika konseptindeki amaçlara ulaşmak için başvurulacak araçlar olarak görüldüğü tespit edilerek sistematik hale getirilmek suretiyle analiz edilmektedir.

Bir süreç olarak politika ve politik sürecin, bilimsel açıdan açıklanması oldukça zor bir uğraştır. Bu zorluk, politikanın çoğu kere soyutluk düzeyi yüksek, oldukça karmaşık, çok boyutlu ve içiçe bir etkileşim ilişkisinin ürünü olmasından kaynaklanmaktadır. Söz konusu olan dış politika ise, bütün bu soyutluk düzeyinin yüksekliği, karmaşıklık ve çok boyutlu etkileşim ilişkisi daha da yoğunlaşacağından bu zorluk büsbütün artmaktadır. Konu bir de Türkiye gibi bir çok açılarından çok daha özel, karmaşık nitelik ve özelliklere sahip bir ülkenin dış politikası ise açıklanmak istenen olgunun zorluğunu tasavvur etmek her halde zor olmasa gerektir.

Bu anlamda çalışmada, Türk dış politikasının belirleyici faktörleri sistematik bir tasnife tabi tutularak analiz edilirken belli ölçülerde bir basitleştirme, indirgeme ve zaman zaman da merkezi nitelikte önem taşımayan tali boyutların bilerek ihmal yoluna gidilmiştir.

Çalışmada elde edilen analitik bulgular şu şekilde özetlenebilir:

Yapılan analizler neticesinde, özellikle üzerinde bulunduğu coğrafya ve bu coğrafyada bulunmasından kaynaklanan siyasi, ekonomik ve güvenlik alanındaki ihtiyaçlarının bir gereği olarak tesis ettiği bağlantılar ve ilişkiler ağının Türkiye'yi aynı anda kaçınılmaz olarak Doğu ve Batı dünyasının bir parçası haline getirdiği anlaşılmıştır. Özellikle de, her iki dünya ile sahip olduğu çok yönlü ortak tarihi ve kültürel bağlar ve bu zeminde şekillenen ulusal kimlik, söz konusu dual aidiyeti sosyo-kültürel düzeylerde de takviye ederek daha da perçinlemiştir.

Her şeyden önce, bu iki dünyaya ait olma durumunun, bir ülke ve toplum için büyük imkan ve fırsatlar sunabileceği gibi, tam tersine, ciddi sorunlara yol açabileceği de gözden uzak tutulmamalıdır. Bu ise tamamen, söz konusu ülkenin, her alanda bu dualiteden pozitif anlamda yararlanabilme yeteneği ile sıkı bir ilişki içerisinde.

Çok farklı düzlemlerde ortaya çıkan bu dualite, kuşkusuz dış politikada da kaçınılmaz bir şekilde kendini göstermektedir. Tarihi süreç içerisinde Türk dış politikası bu dualitenin olumlu ve olumsuz yansımaları ile yüz yüze gelmiştir. Bu yüzleşmeler, bazen dış politika karar, tutum ve eylemlerinin (NATO ve İslam Konferansı Teşkilatı'na üyelik örneklerinde olduğu gibi) söz konusu dualitenin olumlu yansımaları biçiminde gerçekleşmesini sağladığı gibi; zaman zaman da (1960'lı yıllarda Kıbrıs Sorunundan kaynaklanan yalnızlaşmada olduğu gibi) dualiteyi dikkate almamanın negatif sonuçları ile karşı karşıya gelmek şeklinde ola gelmiştir.

Bir bütün olarak değerlendirildiğinde, Türkiye'nin bu her iki dünyaya da birlikte ait olma dualitesini bir avantaja dönüştürmeyi çoğu kere ihmal etmesinden kaynaklanan olumsuz sonuçlara maruz kaldığı veya en azından bu

dualitenin gereğini *refleksif* olarak yerine getirdiği/getirmek zorunda kaldığı görülmektedir.

Oysa Türkiye, bu çalışmada Türk dış politikasının belirleyici faktörleri ve etkileşim alanının analizinde bir bulgu olarak ortaya çıkan bu dualiteyi, ihmal etmek ya da buna ilişkin olarak sadece refleksif davranmak yerine bir veri olarak kabul etmek ve onu dış politika hedeflerini belirleme, bu hedeflere yönelik stratejileri oluşturma ve bu stratejileri uygularken baş vuracağı araçlar düzleminde devamlı olarak denklemlere dahil etmek/edebilmekle, dış politikadaki hareket alanını ve manevra imkanlarını genişletici ve ulusal çıkarlarını maksimize edici bir işlev gördüğünü fark edecektir.

Türkiye, Doğu ve Batı Dünyasının aynı anda bir parçası olduğunu kabul eder, dış politikasını konseptiyonel düzeyde buna göre oluşturmalı, hiçbir zaman bu iki dünyadan biriyle, diğeri ihmal edip bağlarını bütünüyle koparacak şekilde “*aynılaşmamalı*”dır. Ancak bu sayede, Türkiye iki dünya arasında anlamlı ve yapıcı bir diyalog ve köprü rolü oynayabilir. Zira, bu dünyalardan biri ile mevcut olan bağlarını kopardığında, diğeri ile “*aynılaştıran*” bir Türkiye'nin; “*aynılaştığı*” dünyadan hiçbir farkı kalmayacağından, koptuğu dünya nezdinde yapıcı rol oynamasına imkan tanıyacak ekstra enstrümanlara sahip olma niteliğini kaybedecektir.

Doğu ile Batı arasında bütün gereklilerini yerine getirerek böyle etkin bir köprü rolünü oynayabilmek elbette hiç de kolay değildir. Ancak, coğrafi konumu, tarihi, siyasi ve kültürel yapısı ve bütün bu veriler zemininde şekillenen ekonomik, siyasi ve güvenlik parametreleri açısından, adeta dikte ettirici bir mahiyete bürünen anlamlı bir köprü rolünün bilinçle oynanması, Türkiye'nin geniş ölçekli ulusal çıkarlarına hizmet edeceği gibi; bölgesel ve global ölçeklerde refah, barış ve istikrara katkıda bulunacağından, insanlığın çıkarına da hizmet edecektir.

1983-1993 yılları arasında, önce Başbakan ve ardından da Cumhurbaşkanı olarak, Turgut Özal'ın çalışmada ortaya konulmuş olan diğer özel koşulların da elverişli zemin sağlanmasıyla bu dönemde Türk dış politikasında neredeyse tek başına belirleyici bir aktör rolü oynadığı anlaşılmaktadır.

Özal'ın, ülkeyi dışa açmak, serbest piyasa ekonomisi, iletişim altyapısı gibi Türkiye'nin Batı ile ilişkilerinde önemli bir eksen olan AB üyeliğini kolaylaştırıcı mahiyette yapmış olduğu yapısal reformların, son tahlilde Türkiye'nin yukarıda işaret edilen köprü rolünü oynayabilmesinde elverişli bir altyapının oluşmasına önemli katkıda bulunduğunu söylemek mümkündür. Bundan daha önemlisi ise, çalışmada bir bulgu olarak ortaya çıktığı gibi, Özal'ın Türkiye'nin Doğu ile Batı arasında bir köprü rolü oynamasını, bir dış politika konsepti olarak da önemli öncelikli bir eksene oturttuğu anlaşılmaktadır.

Bu anlamda, Özal'ın en azından konseptiyonel düzeyde Türkiye'nin Doğu ile Batı arasında özgün bir konuma sahip olduğunun bilincinde olarak Türk dış politikasının ülkenin bu özgün konumuyla mütenasip olarak şekillenmesi gerektiğinin farkını kavrayan bir dış politika aktörü olduğunu söylemek mümkündür.

Özellikle 1990'lardan itibaren, uluslararası sistemin elverişli bir ortam sunmasının da etkisiyle her fırsatta bu boyutun altını çizerek, devamlı olarak geniş ve ayrıntılı biçimlerde bu konudaki görüşlerini tekrarlamasından, Özal'ın dış politika konseptinde, Türkiye'nin *Doğu* ile *Batı* (*Şark* ile *Garb/Orient* ile *Okzident*) arasında bir köprü rolü oynamasının ana eksenini teşkil ettiği sonucuna ulaşılmaktadır.

TÜRK ÖZEL HUKUKUNDA EVLİLİK DIŞI DOĞAN ÇOCUKLARIN HUKUKİ DURUMU*

Arş. Gör. Mehmet ALTUNKAYA**

I. GİRİŞ

Ülkemizde Medenî Kanun'un kabulü ile tek eşlilik ve resmi memur huzurunda evliliklerin gerçekleştirilmesine dair düzenlemeler, özellikle kırsal kesimlerde bazen bilgisizlik veya ihmal, bazen tutucu çevrelerde yoğun olmak üzere geleneğe bağlılık gibi sebepler yüzünden yok evliliklerin oluşturulmasını doğurmuştur¹. Taraflar bir din görevlisinin önünde birbirlerine evlenme hususundaki rızalarını bildirerek evli gibi yaşamaya başlamışlar, çevre tarafından da evli olarak kabul edilmişler ve bu beraberliklerin de ahlâkî açıdan herhangi bir sakıncası ile karşılaşmamışlardır. Bu sebeple kanun koyucu, geleneğe bağlılığı müeyyide uygulayarak kıramamış ve zorunlu olarak aşağı yukarı her beş yılda bir olmak üzere af kanunları çıkarmıştır. Bu kanunlar ile, evlilik dışı beraberliklerin evlilik olarak tescil edilmesi ve bu tür beraberliklerden doğan çocukların

* Bu çalışma 2000 yılında Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde Doç. Dr. Şahin AKINCI'nın danışmanlığında yüksek lisans tezi olarak hazırlanmış ve oybirliği ile kabul edilmiştir. Bu makalede çalışmanın orijinal metnine bağlı kalarak özeti verilmiştir.

** S.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilimdalı.

¹ CİN, Halil, İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Konya 1988, s. 314; AKINCI, Şahin, Türkiye'de İmam Nikahı ve Köylerde Muhtarların Yaptıkları Evlenme Akitlerinin Geçerliliği, ATA Dergisi, S.6, Konya 1994, s. 49; KÖTELİ, Argun, Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler, İstanbul 1991, s. 133.

ana babalarının rızaları ile babanın nesebine bağlaması yoluna gidilmiştir². Aslında bu tür kanunların amacı, böyle evlilik dışı beraberliklere kanunî bir statü kazandırmaktan çok, doğan çocukların neseplerini belirlemektir³.

Evlilik dışı beraberlikler birkaç şekilde görünür. Bunların bir şekli, bekar bir kadınla bekar bir erkeğin karı-koca gibi beraber yaşamalarından doğar ki, buna “serbest birleşme” adı verilir. Bir diğeri evli bir erkekle evli olmayan bir kadının metres hayatı olarak kabul edilen bir vasıfta açık veya gizli bir beraberlik içerisinde bulunmasıdır. Bir diğeri yukarıda belirttiğimiz dini nikah ile bir birliktelik oluşturulmasıdır. Son olarak da, evli bir kadınla evli olmayan bir erkeğin karı-koca gibi beraber yaşamalarından kaynaklanmaktadır⁴.

II. SAHİH OLMAYAN NESEP KAVRAMI

A- Genel Olarak

Evlilik dışı doğan çocuk ile, hiçbir evlenme akdi yok iken, meydana gelen cinsel ilişkiden veya evlenme akdinden önce doğan çocuk kastedilmektedir. Örneğin, iki bekarın cinsel ilişkisinden, evlilik kurulmadan önce dünyaya gelen çocuk, iki nişanlının cinsel ilişkisinden nişanlılık safhasında doğmuş olan çocuk, farklı kişiler ile evli olan şahısların cinsel ilişkisinden doğmuş olan çocuk, bir bekar şahısla evli bir şahsın cinsel ilişkisi sonucu doğan çocuk, evlilik dışında doğan çocuktur⁵.

Evliliğin evlendirme memurundan başka bir şahıs huzurunda gerçekleştiği durumlarda, diğer bütün şartlar sağlanmış olsa bile, evlilik mevcut değildir. Dolayısıyla bu tür evliliklerden doğan çocuklar da evlilik dışı doğmuş çocuklar zümresindedirler⁶. Batıl evlenmelerden doğan çocuklar ise, sahih olmayan nesepli çocuk değil, meşru, yani sahih nesepli çocuk statüsündedir. Çünkü İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarında mutlak butlanla batıl olan her evlilik sahih

² CİN, s. 315; KÖTELİ, s. 133.

³ KÖTELİ, s. 134.

⁴ CİN, s. 315; KÖTELİ, s. 133.

⁵ BERKİ, Şakir, Alman, İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarında Evlilik Dışı Doğan Çocuklar, Ankara 1962, s. 3; KOÇ, Nevzat, Tanıma ve MK. m. 310/II Hükmünün İptali Hakkındaki Anayasa Mahkemesi Kararının Tanımaya Etkisi, DEÜHFD., Kudret Ayiter Armağanı, C. III, S. 1-4, s. 523-592, Ankara 1987, s. 528.

⁶ BERKİ, Şakir, Alman, İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarında Evlilik Dışı Doğan Çocuklar, Ankara 1962, s. 3.

evlenmeden farksız kabul edilmiş ve böyle evlenmelere sahih evlenmenin bütün hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür⁷.

Görüldüğü gibi bir çocuğun evlilik dışı sayılabilmesi için; çocuk, evlilik içinde doğmamış veya evlilik içinde ana rahmine düşmemiş ya da ana rahmine düşme tarihi ile doğum tarihi arasında ana ve babası evlenmemiş yahut nesebi düzeltilmemiş veya evlilik içinde doğmakla birlikte, nesebi reddedilmiş olmalıdır⁸. Ayrıca çocuğun durumunun tespitinde cinsel ilişki anı değil, doğum anı gözönünde bulundurulmalıdır. Buna göre kadınlara erkek bir evlenme akdinden önce cinsel ilişkide bulunmuş olsalar, çocuğun doğumuna iki gün kala evlense-ler, çocuk evlilik içinde doğduğundan meşru çocuktur⁹.

B- Çocuk İle Ana Arasındaki Neseb İlişkisi

Evlilik dışında doğmuş olan bir çocuğun anası, hukuken daima bellidir. Zira çocuğun hangi kadından doğduğu çoğu kez bilinir veya belirlenmesi son derece kolaydır. Nitekim MK. m. 290'da, "nesebi sahih olmayan çocuğun anası, doğuran kadındır" denilerek de bu husus açıkça ifade edilmiştir.

O halde çocuk ile onu doğuran kadın arasında bir neseb ilişkisi mevcuttur. Fakat bu neseb, çocuk evlilik içinde doğmamış olduğu için sahih değil, sahih olmayan neseptir. Çocuk ile onu doğuran kadın arasındaki sahih olmayan neseb ilişkisi doğumla kendiliğinden kurulmuş olur. Başka bir işleme veya dava açmaya gerek yoktur¹⁰.

⁷ Aksi görüş için bkz. **BERKİ**, Çocuklar, s. 4.

⁸ **KOÇ**, s. 528.

⁹ **BERKİ**, Çocuklar, s. 4.

¹⁰ **BERKİ**, Şakir, Evlilik Dışı Çocukların Ana Ve Babalarına Karşı Durumları, AÜHFD., C. 27, S. 1-4, Ankara 1970, s. 93; **KURTOĞLU**, Serda, Tanımının Neseb Hukukundaki Yeri ve Önemi, İBD., C. 45, S. 1-2, İstanbul 1971, s. 9; **İNAN**, Ali Naim, Çocuk Hukuku, Ankara 1968, s. 179; **TEKİNAY**, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, İstanbul 1990, s. 533; **AKINTÜRK**, Turgut, Türk Medenî Hukuku, C. II, Aile Hukuku, İstanbul 1998, s. 372; **ZEVKLİLER**, Aydın / **ACARBAY**, M. Beşir / **GÖKYAYLA**, K. Emre, Zevkliler Medenî Hukuku, Giriş-Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara 1999, s. 1092; **KÖPRÜLÜ**, Bülent/ **KANETİ**, Selim, Aile Hukuku, İstanbul 1989, s. 266; **FEYZİOĞLU**, Feyzi N., Aile Hukuku, İstanbul 1986, s. 526; **KOÇ**, s. 538; **KÖTELİ**, s. 154.

Ancak nüfus kütüğüne çocuğun anası olarak başka bir kadın kayıt edilmişse, gerçek ananın belirlenmesi ve nüfus kayıtlarındaki yanlışlığın düzeltilmesi gerekir ki, bu da nüfus kütüğünün düzeltilmesi davası sonucunda alınacak hükmle sağlanır¹¹.

C- Çocuk İle Baba Arasındaki Nesep İlişkisi

Evlilik dışında doğmuş olan çocuk ile babası arasındaki nesep ilişkisi, ana ile arasındaki nesep ilişkisinin aksine, doğumla kazanılamayan bir bağıdır. Çünkü evlilik dışında doğan bir çocuğun babasının hukuken belirlenmesi, anasının belirlenmesinden daha zor olan bir olaydır. Başka bir deyişle, çocuğu doğuran kadın her zaman belli ise de, babayı belirlemek o kadar kolay değildir. Bu itibardır ki, çocuk ile anası arasında doğum sonucu kendiliğinden sahit olmayan nesep ilişkisi kurulduğu halde, baba ile hiçbir nesep ilişkisi kurulamaz. Daha doğrusu hukukî değil, sadece tabii bir nesep ilişkisi kurulmuş olur. Zira doğan her çocuğun mutlaka bir babası vardır. Bu sebeple de çocuk kendisinden olan babaya “tabii baba” denir¹².

Evlilik dışında doğan çocuk ile tabii baba arasında hukuken bir nesep ilişkisinin kurulabilmesi için, çocuğun tanınması veya tabii babanın babalığına hâkim tarafından hükmedilmesi gerekir (MK. m. 290)¹³.

Çocuk hakkında “tanıma” veya “şahsî sonuçlarıyla babalığa hüküm” söz konusu olmadığı sürece, her ne kadar çocuğun bir babası var olsa da, çocuk ile baba arasında hukuken hiçbir ilişki yoktur. Dolayısıyla hukuken belli olmayan bir kimse ile çocuk arasında bir nesep bağından da söz edilemez. Öyleyse bu durumda çocuğun nesebi ile ilgili olarak ne sahit ne de sahit olmayan nesep tabiri kullanılabilir. Çocuk babasına sadece “tabii nesep” bağıyla bağlıdır. Bu ise hukukî olarak ancak evlenme yasağını (MK. m. 92) doğurur. Bu sebeple, çocuğun tabii babaya karşı “nesepsiz” olduğunu söylemek hiç de hatalı olmaz¹⁴.

¹¹ OĞUZMAN, Kemal / DURAL, Mustafa, Aile Hukuku, İstanbul 1998, s. 324.

¹² AKINTÜRK, s. 373; ELÖVE, Mustafa Emil, Evlilik Dışı Çocukların Himayesi, ABD., C. 8, Ankara 1952, S. 99-100, s. 36.

¹³ HGK. 10.5.1961, 2-8/22, (ABD., 1962, S. 1, s. 39-40).

¹⁴ AKINTÜRK, s. 373; KURTOĞLU, s. 10.

Buna göre sahil olmayan nesebi; “evlilik dışında doğmuş olan bir çocuğu doğumla anasına, tanıma ve babalığa hüküm ile de babasına bağlayan hukukî ilişkidir” şeklinde tanımlayabiliriz¹⁵.

D- Evlilik İçi – Evlilik Dışı Çocuklar Sorunu

Medenî Kanunumuzun kabul edildiği ilk yıllarda, evlilik içi çocuklar ile evlilik dışı çocukların statüsü arasında bir takım farklılıklar vardı. Bu durum sadece bizim Kanunumuzda değil, kaynak kanun olan İsviçre Medenî Kanunu, Alman Medenî Kanunu ve Fransız Medenî Kanunu’nda da aynı şekilde düzenlenmişti. Bu tür düzenlemeler haklı olarak büyük tartışmalara sebep olmuştu. Aradaki farkın kaldırılmasından yana olanlar düşüncelelerini, bir çocuğun evlilik dışı veya evlilik içi olmasının kendi isteğine bağlı olmadığı, bu masum çocukları farklı hükümlere tâbi tutmanın haklı bir tarafı bulunmadığı ve çağdaş düşünceye uymadığı temeline dayandırmakta idiler¹⁶. Bu düşüncenin karşısında olanlar ise, düzenlemenin kanuna aykırı birleşmeleri doğuracağı, evlilik kurumunun ve toplumun temeli olan ailenin nüfuzunun, otoritesinin korunması gerektiğini, ayrıca böyle bir durumun ahlâkın bozulmasına sebep olacağı fikrini ileri sürmüşlerdir¹⁷.

Evlilik içi çocuklar ile evlilik dışı çocuklar arasındaki farklı düzenlemeler, yabancı hukuklarda zaman içerisinde giderilmiştir. Bu husustaki ilk düzenleme Norveç, Danimarka ve Sovyet hukuklarında yapılmıştır¹⁸. 1970 yılında Alman hukukunda, 1972 yılında Fransız hukukunda, 1975 yılında İtalyan hukukunda ve 1978 yılında da İsviçre hukukunda yapılan kanun değişiklikleri ile evlilik dışı çocukların hukukî statüsü, evlilik içi çocukların hukukî statüsü ile aynı duruma getirilmiştir¹⁹.

¹⁵ AKINTÜRK, s. 373.

¹⁶ AYİTER, Nuşin, Medenî Kanun’un Nesebe İlişkin Düzenlemesinin Yeni Eğilim ve Gereksinimler Karşısında Değerlendirilmesi, Medenî Kanun’un 50. Yılı, s. 43-81, Ankara 1977, s. 45 vd.; ELÖVE, s. 44 vd.; BURCUOğLU, Haluk, Medenî Yasanın Kabulünden Bugüne Evlilik Dışı Çocukların Hukukî Statülerindeki Önemli Gelişmeler, İÜHFĐ., Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999, s. 681 vd.

¹⁷ TEKİNAY, s. 526; SCHWARZ, Andreas, Evlilik Dışı Çocuk Meselesi, Üniversite Konferansları, 1943-1944, s. 131.

¹⁸ AKSOY, Muammer, Kötü Durumlu Evlilik Dışı Çocuklar, Ankara 1943, s. 3; KOÇ, s. 529.

¹⁹ AKINTÜRK, s. 375; BURCUOğLU, s. 678; KOÇ, s. 530.

Türk Hukukunda ise, Medenî Kanunun neseple ilgili hükümlerinde bugüne kadar önemli bir değişiklik yapılmamış, fakat 1984 ve 1998 tarihli Medenî Kanun Öntasanlarında İsviçre'deki değişikliğe benzer bir değişiklik yapılarak, aradaki fark giderilmeye çalışılmıştır.

Kanunda değişiklik yapılmamış olmasına rağmen, Anayasa Mahkemesi, Anayasamızda yer alan “eşitlik” ve “ailenin ve çocuğun korunması” ilkelerine dayanarak, 1981 ve 1987 tarihli kararları ile, evlilik dışı çocukların durumunu iyileştirmeye çalışmıştır ki, bunlara ileride değineceğiz²⁰.

III. TANIMA

A- Tanımı ve Hukukî Mahiyeti

1) Tanımı

Tanım, evlilik dışı baba veya bazı durumlarda babanın babasının, çocuğun kendi sulbünden geldiği yolunda, kanunun aradığı şartlar içerisinde beyanda bulunmasıdır²¹. Bir başka ifadeyle tanım, nesebi sahih olmayan bir çocuğun baba ya da anasını tespit eden muameleye verilen isimdir²².

2) Hukukî Mahiyeti

Tanım, yenilik doğuran ve tanıyanın tek taraflı irade beyanı ile gerçekleşen bir hukukî işlemdir. Kural olarak bu beyanın, herhangi bir kimseye yönelmesine ve ona varmasına gerek yoktur²³. Aynı şekilde tanım şartına bağlı olarak

²⁰ Bu konuda geniş bilgi için bkz., AKSOY, s. 1 vd.; SCHWARZ, s. 126; GÜRİZ, Adnan, Evlilik Dışı Birleşmelerden Doğan Çocuklar, Türk Hukuku ve Toplumuna Üzerine İncelemeler, Ankara 1974, s. 148 vd.; AYBAY, Aydın, Evlilik Dışında Doğan Çocuklar Sorunu, ABD., S. 3, s. 461-467, Ankara 1969, s. 461 vd.; TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Evlilik Dışı Neseple Meselelerine Toplu Bir Bakış, Medenî Kanun'un 50. Yılı, Ankara 1977, s. 83; AYİTER, Değerlendirme, s. 43 vd., VELİDEDEOĞLU, H. Veldet, Türk Medenî Hukuku, C. II, Aile Hukuku, İstanbul 1965, s. 395 vd.; AKINTÜRK, s. 375 vd.; OĞUZMAN/DURAL, s. 323 vd.

²¹ SAYMEN, Ferit Hakkı / ELBİR, Halid Kemal, Türk Medenî Hukuku, C.III, Aile Hukuku, İstanbul 1960, s. 411; TEKİNAY, s. 520; OĞUZMAN/DURAL, s. 326; AKINTÜRK, s. 375; ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, Ankara 1983, s. 410.

²² ARIK, Fikret, Hukukî Bakımdan Evlilik Dışı Çocuklar, Ankara 1946, s. 30.

²³ SAYMEN/ELBİR, s. 412; ARSEBÜK, Esat, Medenî Hukuk, Aile Hukuku, C. II, Ankara 1940, s. 417; BERKİ, Durumlar, s. 94; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 264;

da yapılamaz²⁴ ve kimi irade sakatlıları dışında bundan dönmek de mümkün değildir²⁵. Ayrıca tanıyan usulüne uygun surette açıkladığı iradesinden sonradan dönemez. Buna karşılık vasiyet yoluyla yapılan tanımadan dönülebilir²⁶.

Tanıma, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Bu sebeple temyiz kudretine sahip kişiler kanunî temsilcilik altında bulunsalar bile, bu işlemi tek başına yapabilirler. Örneğin sınırlı ehliyetsizler, yani mümeyyiz küçükler ve mümeyyiz kısıtlılar kanunî mümessillerinin (veli veya vasilerinin) iznine gerek olmaksızın evlilik dışı çocuklarını tanıyabilirler (MK. m. 16/II)²⁷. Hatta babanın ölümü veya temyiz kudretini kaybetmesi durumunda, büyükbabanın çocuğu tanıyabilmesi hakkı dahi, tanımanın kişiye sıkı biçimde bağlı bir hak olması kuralını kaldırmaz²⁸.

OĞUZMAN/DURAL, s. 326; **ZEVKLİLER/ACARBAY/GÖKYAYLA**, s. 1093; **AKINTÜRK**, s. 375; **BURCUOĞLU**, s. 680; **KOÇ**, s. 542; **ÖZMEN**, İsmail, Aile Hukukunda Tanıma Kavramı, Türkiye Noterler Birliği Dergisi, S. 103, s. 18-33, Ağustos 1999, s. 19; **TEKİNAY** ise tanımayı “şart tasarruf” şeklinde saymanın mümkün olduğunu ifade ediyor (s. 521). Yine **TEKİNAY**, “Çocuğun şahsî halini bu kadar doğrudan doğruya etkileyecek bir işlemin, ona haber bile vermeden yapılmasının sakıncalar doğuracağını ifade etmektedir” (Nesep, s. 86); **FEYZİOĞLU**’da aynı fikirdedir (s. 530).

24 **ZEVKLİLER/ACARBAY/GÖKYAYLA**, s. 1036; ; **ÖZTAN**, s. 411; **KOÇ**, s. 542; **KÖTELİ**, s. 158.

25 **TEKİNAY**, s. 521; **AYİTER**, Değerlendirme, s. 53; **KÖTELİ**, s. 158.

26 **SAYMEN/ELBİR**, s. 412; **ARSEBÜK**, s. 418; **AKINTÜRK**, s. 376; **TEKİNAY**, s. 523; **FEYZİOĞLU**, s. 530; **TANDOĞAN**, Haluk, Aile Hukuku Ders Notları, (Tasnif ve Cüzi İlaveler yapan AYİTER, Nuşin), Ankara 1965, s. 201; **ÖZTAN**, s. 411.

27 **AKINTÜRK**, s. 375; **ZEVKLİLER/ACARBAY/GÖKYAYLA**, s. 1093; **FEYZİOĞLU**, s. 529; **ÖZTAN**, s. 411; **OĞUZMAN/DURAL**, s. 327; **EGGER**, August, İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, Aile Hukuku, (Art. 252-359), (Çev. ÇAĞA, Tahir), 2. Baskı, Ankara 1949, Art. 303, N. 5; **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s. 265; Ancak **KOÇ**, s. 549’da ve **TEKİNAY**, sınırlı ehliyetsizin tek başına tanıyabileceğini kabul etmekle beraber onu bazı tehlikelerden korumak amacıyla, reşit olmasından belirli bir süre sonraya kadar itiraz edebilme hakkının bulunması gerektiği görüşündedir (s. 525 ve Nesep, s. 86).

28 **ZEVKLİLER/ACARBAY/GÖKYAYLA**, s. 1093; Ancak İsviçre Medenî Kanununda yapılan bir değişiklik ile, bu hak sadece babaya tanınmış olup, büyükbabanın çocuğu tanıyabileceği hükmü kaldırılmıştır (bkz. **AYİTER**, Değerlendirme, s. 59).

Tanıma geçmişe etkili olarak hüküm ifade eder²⁹. Ancak hangi andan itibaren sonuçlarını doğuracağı tartışmalıdır. Bazı yazarlara³⁰ göre, çocuğun ana rahmine düştüğü tarihten itibaren hukukî nesep ilişkisi kurulur, diğer bazı yazarlara³¹ göre ise, çocuğun doğduğu tarihten itibaren hüküm ifade eder. Kanaatimizce çocuğun ana rahmine düştüğü andan itibaren sonuçlarını doğurmaya başlayacağı fikri daha isabetlidir. Bu yorum çocuğun yararına ve tanıma müessesesinin amacına daha uygundur.

B- Şartları

Tanımanın şartlarını esasa ait şartlar ya da “aslı şartlar” ve şekle ait şartlar ya da “şekli şartlar” olmak üzere ikiye ayırarak incelemek gerekir.

1) Aslı Şartlar

Aslı şartlar da “taniyan” ve “tanınacak olan çocuk” bakımından farklıdır. Nitekim Medenî Kanunumuzda taniyan ile ilgili şartları m. 291/1 de, tanınacak çocuk ile ilgili şartları ise m. 292’de belirtilmiştir.

a) Taniyanın Baba ya da Belirli Durumlarda Babanın Babası Olması

Tanıma, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu için, işlemin bizzat tanıyacak kişi tarafından yapılması gerekir. Bu itibardır ki kanun, tanıma hakkını herkesten önce tabii babaya vermiş, ancak istisnai hallerde babanın babasının da evlilik dışı çocuğu tanımasını mümkün kılmıştır.

aa) Baba

Evlilik dışında doğmuş olan çocuğu tanıma yetkisi, kural olarak bizzat tabii babaya aittir (MK. m. 291). Tabii baba hayatta olduğu ve temyiz kudretinden yoksun bulunmadığı sürece bu hakkı kullanabilir. Babanın bu hakkı kullanabilmesi için tam ehliyetli olmasına gerek yoktur. Temyiz kudretine sahip olması yeterlidir. Temyiz kudretine sahip bulunan sınırlı ehliyetsiz baba dahi kanunî mümessilinin iznine muhtaç olmadan evlilik dışı çocuğunu tanıyabilir (MK. m. 16/II). Buna karşılık, evlilik dışı çocuğunu vasiyet yoluyla tanıyacak

²⁹ SAYMEN/ELBİR, s. 412; AYİTER, Değerlendirme, s. 54; AKINTÜRK, s. 376; ARSEBÜK, s. 418; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 269; TANDOĞAN, s. 201; FEYZİOĞLU, s. 530; BERKİ, s. 244; ZEVLİLİLER/ACARBEY/GÖKYAYLA, s. 1094; TEKİNAY, s. 521; ÖZTAN, s. 411; KOÇ, s. 543; KÖTELİ, s. 158; ÖZMEN, s. 19.

³⁰ TEKİNAY, s. 521; FEYZİOĞLU, s. 530; KOÇ, s. 543.

³¹ İNAN, s. 184; ZEVLİLİLER/ACARBEY/GÖKYAYLA, s. 1036.

olan tabîi babanın on beş yaşını bitirmiş olması, yani vasiyet ehliyetine sahip bulunması gerekir (MK. m. 449)³².

bb) Babanın Babası

Evlilik dışında doğmuş olan çocuğu tanıyabilme hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olmasına rağmen, kanun koyucu, istisnaî iki halde tabîi babanın babasının da evlilik dışı torununu tanımasına imkân vermiştir. Gerçekten MK. m. 291/1'e göre, evlilik haricinde doğan çocuk, babası tarafından veya babasının vefatı veya temyiz kudretinden daimi surette mahrum kalması halinde, babasının babası tarafından tanınabilir. Bu haller dışında tabîi babanın babası evlilik dışı torununu tanıyamaz. Ancak tabîi babanın gaipliğine karar verilmiş olması halinde de babanın babasının evlilik dışı torununu tanıyabilmesi kabul edilmelidir³³.

Medenî Kanunumuzda tanıma imkânı istisnaî de olsa sadece tabîi babanın babasına verilmiştir³⁴. Bunlar dışındaki kimseler, örneğin evlilik dışı çocuğun tabîi babasının anası³⁵, anasının baba ve anası, babasının veya anasının büyük ana ve babaları, çocuğu tanıyamazlar. Babanın babası da ölmüş veya temyiz kudretini kaybetmişse, artık bir başkası çocuğu tanıyamaz³⁶. Bu yetkinin niye sadece babanın babasına verildiği anlaşılamamaktadır. Babanın babası ölmüşse neden babanın anası çocuğu tanıyamasın? Ayrıca bu tür bir ayırım, kadın erkek

³² **TEKİNAY**, s. 522; **AKINTÜRK**, s. 376.

³³ **AKINTÜRK**, s. 377; **OĞUZMAN/DURAL**, s. 327; **KOÇ**, s. 548.

³⁴ **TEKİNAY**, "baba mümeyyiz değilse, tanıma yetkisini babanın babasına vermek yerine kanunî temsilciye vermek ve vesayet makamının muvafakatini aramak daha doğru olur" demektedir (Nesep, s. 86).

³⁵ **TEKİNAY**, "Babının ölümü halinde tanıma hakkını babanın babası yerine, babanın anasına vermek daha doğru olur" demektedir (Nesep, s. 86) ; Aynı görüş için bkz. **AYİTER**, Değerlendirme, s. 59.

³⁶ **VELİDEDEOĞLU**, s. 408; **ZEVKLİLER/ACARBAY/GÖKYAYLA**, s. 1094; **AKINTÜRK**, s. 377; **ÖZTAN**, s. 411; 2. HD. 14.11.1958, 5496/5374, (**YAZICI Hilmi / ATASOY**, Hasan, Şahıs, Aile ve Miras Hukuku İle İlgili Yargıtay Tatbikatı, 1952-1970, Ankara 1970, s. 616); 2. HD., 8.6.1998, 5626/7196, (www.yargitay.gov.tr/cgi-bin/webglimpse/data/search/Glimpse/Emsal?query=nesep); Yeni MKÖT'da bu istisnai hükme yer verilmemiştir. 295. maddenin gerekçesinde bu istisnai durumda ana veya çocuğun babalık davası açabileceği belirtilmiştir.

eşitliğine de aykırıdır. Zira önemli olan çocuğun menfaatini korumaksa, çocuğu nesezsiz bırakmamaksa, babanın anasına da böyle bir yetki tanınmalıdır³⁷.

b) Çocuğun Tanınmasına Kanunî Bir Engel Bulunmaması

Tanıma, evlilik dışında doğmuş olan çocukların tabî babaya bağlanması- nı sağlayan bir hukukî işlemdir. Böylelikle çocuklar babaya sahih olmayan ne- sep bağıyla bağlanırlar. Bu itibarla ki, “evlilik içinde doğmuş olan” sahih ne- sepli çocukların tanınması söz konusu değildir. Çünkü evlilik içinde doğan ço- cuklar, MK. m. 241’e göre, ananın kocasına sahih nesep bağı ile bağlanırlar. Bu çocuklar ancak nesepleri reddedildikten, yani sahih nesep ortadan kalktıktan sonra tanınabilirler³⁸. Aynı şekilde bir başkası tarafından tanınmış olan çocuğun tekrar tanınması da söz konusu olmaz³⁹.

Medenî Kanunumuz, evlilik dışında doğmuş olan bir çocuğun tanınabil- mesi için herhangi bir yaş sınırı koymadığı gibi, tanımayı belirli bir süreye de bağlamamıştır. Bu bakımdan evlilik dışı doğan çocuk daha doğmadan önce tanı- nabileceği gibi, reşit olduktan, hatta fûruu bulunmak şartıyla öldükten sonra dahi tanınabilir⁴⁰.

Bununla birlikte, evlilik dışında doğmuş olan her çocuk tanınmaz. Bazı evlilik dışı çocukların tanınması yasaktır. Diğer bir deyişle, ancak kanunun ta- nınmalarını yasaklamadığı evlilik dışı çocuklar tanınabilir. Medenî Kanunumu- zun tanınmalarını yasakladığı evlilik dışı çocuklar ise, “zina ürünü çocuklar” ile “fücur ürünü çocuklar”dır⁴¹.

aa) Zina Ürünü Çocuklar

Anayasa Mahkemesince “evli erkek ve” deyimlerinin iptalinden önce Medenî Kanunumuzda, evli erkek ile evli kadınların zinalarından doğan çocuk- ların tanınmaları yasaklanmış idi. Gerçekten MK. m. 292’de “.....veya evli erkek

³⁷ Aynı görüş için bkz. **AYİTER**, Değerlendirme, s. 59.

³⁸ HGK. 24.1.1970, 2-1350/51 sayılı kararında, evlilik süresi içinde doğan bir çocuğun nesebi reddedilmiş olmadıkça tanınmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir (RKD. 1970, S. 5, s. 113); **AKINTÜRK**, s. 377; **ZEVKLİLER/ACARBAY/GÖKYAYLA**, s. 1095.

³⁹ **ZEVKLİLER/ACARBAY/GÖKYAYLA**, s. 1095.

⁴⁰ **VELİDEDEOĞLU**, s. 406; **ZEVKLİLER/ACARBAY/GÖKYAYLA**, s. 1095; **AKINTÜRK**, s. 377; **TEKİNAY**, s. 529; **TANDOĞAN**, s. 201; **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s. 266; **ÖZTAN**, s. 410; **OĞUZMAN/DURAL**, s. 327; **EGGER**, Art. 303, N. 7.

⁴¹ **ZEVKLİLER/ACARBAY/GÖKYAYLA**, s. 1095; **AKINTÜRK**, s. 378.

ve kadınların zinasından doğan çocuk tanınmaz” denilmekte idi. Ancak Anayasa Mahkemesi madde metnindeki “... erkek ve ...” sözcüklerinin Anayasaya aykırı olduğunu kabul ederek 28.2.1991 gün ve 15/5 sayılı kararıyla iptal etti⁴². İptal kararından sonra MK. m. 292’nin bugün yürürlükte olan hükmü şudur: “Birbiriyle evlenmeleri memnu olanlardan veya evli kadınların zinasından doğan çocuk tanınmaz”.

Anayasa Mahkemesinin evli erkeklerin zinasından doğan çocukların tanınamayacağı yasağını iptal etmesinden sonra, artık evli bir babanın zinasından doğan çocuk da tanınabilecektir. Bu durumda meşru aile ve sahil nesepli çocukların menfaatinden çok, masum ve günahsız çocuğun menfaati korunmuş olmaktadır ki, bu koruma çağdaş düşünceyle de uygunluk içindedir⁴³.

Evli kadının zinasından, yani karının, kocasından başka bir erkekle gerçekleşen cinsel ilişkisinden doğan çocuğun tanınmaması hükmü ise halen geçerlidir ve yerinde bir düzenlemedir. Zira zina ürünü olan çocuk, ana ile kocanın evliliği devam etmekte olduğuna göre, evlilik içi çocuktur ve nesebi sahilidir (MK. m. 241). Çocuğun babası doğuran kadının kocasıdır⁴⁴. Kadının zinasının ürünü olan çocuğun tabii babası veya tabii babanın babası tarafından tanınabilmesi için, çocuğu doğuran kadının kocasının bu çocuğun nesebini reddetmiş olması gerekir⁴⁵.

bb) Fücür Ürünü Çocuklar

Medenî Kanunumuz “birbirleriyle evlenmeleri yasak” olan kişilerden doğan çocukların da tanınmasını yasaklamıştır. Böyle bir düzenlemenin amacı, utanç verici bir ilişkinin açıklanmasını önlemek, çocuğu toplum içinde daha da kötü duruma düşürmemektir⁴⁶.

⁴² RG. 27.3.1992, S. 21184.

⁴³ AKINTÜRK, s. 378; KÖTELİ, s. 159; ÖZMEN, İsmail, Zina Mahsulü Çocukların Tanınması, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S. 104, Kasım 1999, s. 1 vd..

⁴⁴ AKINTÜRK, s. 378; ÖZMEN, Zina, s. 5.

⁴⁵ AKSOY, s. 84; FEYZİOĞLU, s. 534; AKINTÜRK, s. 379; TEKİNAY, s. 527; HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona: Aile Hukuku, İstanbul 1993, s. 381; ÖZTAN, s. 415; OĞUZMAN/DURAL, s. 330; KOÇ, s. 557; VELİDEDEOĞLU, s. 409.

⁴⁶ KOÇ, s. 558.

Türk Hukukunda birbirleriyle evlenmeleri yasak olan kişilerin kimler olduğu tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız bazı yazarlara göre⁴⁷, MK. m. 292'deki "birbirleriyle evlenmeleri memnû olan" ibaresi geniş bir kavram olup, MK. m. 92'deki birbirleriyle evlenmeleri yasak olan bütün kan ve sıhrî hısımları kapsar. Buna göre, nesep sahih olsun olmasın, usul ve füru (üstsoy ve altsoy) arasında; tam kan veya yarım kan kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenler arasında evlenme yasaktır. Bu yasağa girenlerin hepsi kan hısımlarıdır (b. 1). Bunun gibi karı ile kocanın usul ve füruu ve koca ile karının usul ve füruu arasında da evlenme yasağı vardır. Bu yasak sıhrî hısımları kapsamaktadır (b. 2). Nihayet evlatlık ile evlat edinen ve bunlardan biriyle diğerinin eşi de evlenme yasağı kapsamındadırlar (b. 3).

MK. m. 92'de belirtilen 1. ve 2. bent içinde sayılanların evlenmeleri kesin olarak yasak olduğu halde, 3. benttekilerin evlenme yasağı kesin olmayan bir evlenme engelini oluşturur. Bu benttekiler her nasılsa evlenmiş olurlarsa, evlenmeleri iptal olunamaz; evlenme ile evlatlık ilişkisi sona ermiş olur (MK. m. 121)⁴⁸. Bu evlilik geçerli bir evlilik olarak kabul edilir ve doğan çocuklar da sahih nesepli olur. Ancak evlilik dışı doğan çocukların tanınması durumunda sahih değil, sahih olmayan bir nesep bağı kurulur. Ayrıca evlat edinmede velayet kendiliğinden evlat edinene geçer. Buna karşılık evlilik dışı çocuğunu tanyan baba, çocuğun velayet hakkını kendiliğinden elde etmiş olmaz⁴⁹. Bu sebeplerle evlat edinme tanımından daha kuvvetli bir nesep ilişkisi kurduğu için, birbirleri ile evlenmeleri yasak olan kişilerden doğan çocukların tanınması yasağı yerinde bir uygulamadır. Buna göre fücur ürünü çocukların nesepleri evlat edinme ile sahih hale getirilebilir⁵⁰. Aynı şekilde MK. m. 247 vd.'na göre, evlenmeleri yasak olan kişilerin cinsel ilişkilerinden bir çocuk doğar ve anayla baba her nasılsa evlenirse, bu evlilik batıl olmasına rağmen, çocuğun nesebi kendiliğinden sahih hale gelir (MK. m. 124/II ve 125/I)⁵¹.

47 AKSOY, s. 96 vd.; SAYMEN/ELBİR, s. 417; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 265; AKINTÜRK, s. 379.

48 AKINTÜRK, s. 379.

49 TEKİNAY, s. 481.

50 ÖZMEN, s. 20.

51 VELİDEDEOĞLU, Aile, s. 406; AKINTÜRK, s. 380; ÖZTAN, s. 415; SAYMEN/ELBİR, s. 416; TANDOĞAN, s. 202; ZEVKLİLER / ACARBEY / GÖKYAYLA, s. 1096; KOÇ, s. 558.

Diğer bazı yazarlara göre⁵² ise, kanunda geçen “birbirleriyle evlenmeleri yasak olanlar” ibaresi, birbirleriyle evlenmeleri yasak olan kan hısımlarını ifade eder. Ancak bu kan hısımları çok geniş kapsamlı olarak ele alınmaktadır. Yani usul ve fûruu, kardeşler, amca, dayı, hala, teyze ile yeğenler arasındaki ilişkilerden doğan çocuklar tanıma yasağı kapsamındadırlar.

Kaynak İsviçre Medenî Kanunu’nun değişiklikten önceki 304. maddesinde de tanıma yasağının, evlenmeleri kesin olarak yasaklanmış olan yakın kan hısımlarının cinsel ilişkilerinden doğan çocukları kapsadığı açıkça ifade edilmiştir. 25.6.1976’da yapılan değişiklikle madde kanundan çıkarılmış olduğundan bugün İsviçre’de fûcur ürünü çocuğun tanınması yasağı ortadan kalkmış, tanıma mümkün hale gelmiş bulunmaktadır⁵³.

Yeni MKÖT. fûcur ürünü çocukların tanınmasını yasaklayan hükmü benimsememiştir. Maddenin gerekçesinde, bu yasağın çocuğun menfaatleri bakımından uygun olmaması sebebiyle Tasarıya alınmadığı açıklanmaktadır (m. 295)⁵⁴. Ancak Tasarının bu düzenlemesi yerinde değildir. Zira fûcur ürünü çocukların tanınmasını yasaklamaktaki amaç, böyle utanç verici bir ilişkinin sonuçları ve bundan çocuğun göreceği zararı önlemek idi. Her nasılsa böyle bir ilişkiden doğan çocuk, evlat edinme veya nesebin düzeltilmesi yollarıyla sahil nesepli hale getirilebilir. Bu sebeple fûcur ürünü çocukların tanınması yasağı devam etmelidir.

2) Şekli Şartlar

MK. m. 291/II’de tanınmanın geçerlilik kazanabilmesi için bir şekil şartı öngörülmüştür. Bu şekle uyulmadıkça evlilik dışı çocuk tanınmış olmaz. Tabii babanın kanunun öngördüğü şekillere uymaksızın evlilik dışı çocuğu tanıdığını açıklaması, hatta bunu mahkemede veya resmî bir makam önünde ifade etmesi dahi, çocuğun hukuken tanınmış olması sonucunu doğurmaz. Bu durum ancak babalığın hükmen tespitinde bir delil niteliği taşıyabilir⁵⁵.

⁵² TEKİNAY, s. 525; ZEVKLİLER/ACARBAY/GÖKYAYLA, s. 1095; TANDOĞAN, s. 402; FEYZİOĞLU, s. 533; ÖZTAN, s. 415; TEKİNAY, bu çocuklara “yasak kan çocukları” demektedir (s. 525).

⁵³ AKINTÜRK, s. 380.

⁵⁴ AKINTÜRK, s. 380.

⁵⁵ VELİDEDEOĞLU, s. 405; GÖKTÜRK, Hüseyin Avni, Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 1955, s. 447; TEKİNAY, s. 522; AKINTÜRK, s. 380.

Tanımanın geçerli olabilmesi için, resmi senetle veya ölüme bağlı bir tasarrufla yapılması gerekir (MK. m. 291/II)⁵⁶. Bunun amacı, bir taraftan açıklığı sağlamak, diğer taraftan da, çocuğu tanıyacak olan kişiyi düşünceye sevk ederek, anı kararlar vermesini önlemektir⁵⁷.

Yeni Öntasarı, bu iki şeklin yanında tanımanın, babanın nüfus memuruna veya mahkemeye yazılı beyanda bulunmasıyla da yapılabilmesi imkânını getirmektedir (m. 295)⁵⁸. Bu hüküm, tanıma işlemini gerçekleştirmeyi kolaylaştırdığı ve nesepsiz olan çocuğun bir an önce babaya karşı sahih olmayan nesep bağıyla bağlanması sonucunu doğurduğu için yerinde bir düzenlemedir.

a) Resmi Senet

Resmi senet, noter tarafından doğrudan doğruya (re'sen) düzenlenen bir senettir (NK. m. 89). Tanıma ancak böyle bir senetle yapıldığı takdirde hüküm ifade eder. Yani noter, baba olduğunu söyleyen kimsenin sadece imzası onaylanmış yazılı bir belgeyle veya sözlü olarak bildirimine dayanarak tanıma işlemi yapamaz. Babanın tanıma bildirimi doğrudan doğruya noter tarafından veya onun yetkili bir memuru tarafından kağıda dökülmeli ve bu işlem iki şahit huzurunda onaylanmalıdır⁵⁹. Buna karşılık bazı yazarlar⁶⁰, resmi sicillerin de resmi belgelerden olduğuna dayanarak, hâkim veya nüfus memuru huzurunda gerçekleşen ve usulen tescil edilen tanımanın da resmi senetle yapılan tanıma gibi geçerli olarak kabul edilebileceği fikrindedirler.

56 İsviçre Medenî Kanunu'nda da yapılan değişiklikle, tabii babanın aleyhine açılmış bir babalık davasında da hâkim önünde yapacağı bir beyanla çocuğu tanıyabileceği, resmi senet ve ölüme bağlı bir tasarruf dışında üçüncü bir yol olarak kabul edilmiştir (İMK. m. 260/III).

57 **TEKİNAY**, s. 522.

58 MKÖT. m. 295/I'e göre, "tanıma, babanın, nüfus memuruna veya mahkemeye yazılı başvurusu veya resmi senette ya da vasiyetnamesinde yapacağı açıklamayla olur".

59 **BERKİ**, s. 243; **SAYMEN/ELBİR**, s. 418; **AKINTÜRK**, s. 380; **TANDOĞAN**, s. 202; **TEKİNAY**, s. 522; **VELİDEDEOĞLU**, s. 410; **BİRSEN**, Kemalettin, Medenî Hukuk Dersleri, Umumi Esaslar-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku, İstanbul 1958, s. 408; **OĞUZOĞLU**, Hüseyin Cahit, Medenî Hukuk, Şahsın Hukuku-Aile Hukuku, Ankara 1963, s. 276; **ELÖVE**, s. 35.

60 **GÖNENSAY**, Samim, Medenî Hukuk, Aile Hukuku, C.II, İstanbul 1940, s. 92; **VELİDEDEOĞLU**, s. 410; **BERKİ**, Durumlar, s. 94.

b) Ölüme Bağlı Tasarruf

Tanıma resmi senet dışında ölüme bağlı tasarrufla da yapılabilir (MK. m. 291/II). Ölüme bağlı tasarruf ise, “vasiyet” veya “miras mukavelesi” olmak üzere iki şekilde yapılabilir (MK. m. 478,492).

Resmi senetle yapılan tanımda, tanıyan yönünden, temyiz kudretine sahip olması yeterli kabul edilip, herhangi bir yaş sınırlaması yoktur. Buna karşılık ölüme bağlı tasarrufla yapılan tanımlarda, MK. m. 449 ve m. 450’deki yaşa ilişkin şartlara uyulması gerekir. Dolayısıyla tanıma vasiyet yoluyla yapılıyorsa, tanıyan kişinin vasiyetname düzenleme ehliyetine sahip olması gerektiğinden, onbeş yaşını bitirmiş olması zorunludur (MK. m. 449). Aynı şekilde tanıma miras sözleşmesi ile yapılıyorsa, tanıyanın tam ehliyetli olması gerekir⁶¹.

Resmi senetle yapılan tanıma, senet düzenlenir düzenlenmez hemen hüküm ifade eder. Buna karşılık ölüme bağlı tasarrufla yapılan tanıma, hükümlerini tanıyanın ölümünden sonra doğurmaya başlar⁶².

Resmi senetle yapılan tanımanın geri alınması mümkün değildir. Oysa vasiyetname şeklindeki ölüme bağlı tasarrufla yapılan tanımda tanıyanın, ölümü anına kadar her zaman geri dönmesi, yani tasarrufundan cayması mümkündür⁶³.

c) Nüfus Memurluğuna Bildirme

Tanıma, “tanınan kimsenin kayıtlı bulunduğu yerin nüfus memuruna bildirilir” (MK. m. 291/II). Her ne kadar madde metninde “tanınan kimse” denilmişse de, bunun kaynak kanundaki gibi “tanıyan kimse” şeklinde anlaşılması gerektiği bazı yazarlar⁶⁴ tarafından ifade edilmiştir. Biz de aynı görüşe katılmaktayız. Zira çocuk tanıyanın nüfusuna kaydedilecektir.

Nüfus Kanunu madde 30’a göre, çocuk resmi senetle tanınmışsa, nüfus memuru, baba ya da babanın babasının resmi senedi ibraz etmesi üzerine çocuğu, tanıyanın aile kütüğüne kayıt eder. Çocuk vasiyetname ile tanınmışsa, vasi-

⁶¹ ZEVKLİLER/ACARBEY/GÖKYAYLA, s. 1096; OĞUZMAN/DURAL, s. 331.

⁶² AKINTÜRK, s. 381.

⁶³ OĞUZMAN/DURAL, s. 331; AKINTÜRK, s. 381.

⁶⁴ VELİDEDEOĞLU, s. 411, dn. 20; BERKİ, s. 243; BELGESAY, Mustafa Reşit, Türk Kanunu Medenisi Şerhi, Aile Hukuku, C. II, Hısımlar, Velayet-Vesayet, İstanbul 1952, s. 268.

yetnameyi açan sulh hukuk hâkimi, vasiyetnamenin onaylı bir suretini babanın ya da çocuğun aile kütüklerinin tutulduğu nüfus memurluğuna gönderir.

Tanımanın nüfus memurluğuna bildirilmesi, tanımanın bir geçerlilik şartı değildir. Bu bakımdan, kanunda öngörülen şartlara uygun olarak yapılmış olan bir tanıma nüfus memurluğuna bildirilmemiş olsa bile hüküm ifade eder⁶⁵. Zira nüfusa kayıt kurucu değil, bildirici mahiyettedir⁶⁶.

Tanıma nüfus memurluğuna bizzat tanıyan tarafından bildirilebileceği gibi, tanınan çocuk veya noter tarafından da bildirilebilir⁶⁷.

C- Tanımaya İtiraz

Kanun koyucu, tabii babanın tek taraflı bir irade beyanıyla gerçekleştirmiş olduğu tanımanın, gerçeğe uymama ya da bazı hallerde tanınan çocuğun veya tanıyanın mirasçılarının menfaatlerini zedeleme ihtimaline karşı, bazı kişilere, tanımaya itiraz edebilme hakkını vermiştir. Gerçekten MK. m. 293/I'e göre, ana veya çocuk ve çocuğun vefatı halinde fûruu, tanıyanın baba veya büyük baba olmadığı veya tanıma çocuk hakkında zararlı bulunduğu iddiası ile tanımayı öğrenmelerinden itibaren üç ay içinde hâkime itiraz edebilirler. MK. m. 294'de de üçüncü kişinin itirazı düzenlenmiştir. Buna göre de, gerek hazine gerek herhangi bir ilgili, tanımanın öğrenilmesi tarihinden itibaren üç ay içinde yetkili nüfus memurunun bulunduğu yer mahkemesinde, tanıma keyfiyetine itiraz edebilirler. İtiraz edenler, tanıyan kimsenin çocuğun babası veya babasının babası olmadığını veya tanımaya kanunî engel bulunduğunu ispat mecburiyetindedirler.

İşte bu maddelerde de belirtildiği üzere, tanımaya itiraz edebilecek olanlar, ana, çocuk, çocuğun ölümü halinde fûruu ve diğer ilgililer ile savcıdır (hazine).

Tanımaya itiraz bakımından görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi, yetkili mahkeme ise, tanıyanın nüfusa kayıtlı olduğu yer mahkemesidir⁶⁸.

⁶⁵ AKINTÜRK, s. 381; SAYMEN/ELBİR, 419; VELİDEDEOĞLU, s. 411; TEKİNAY, s. 523; BERKİ, s. 243; TANDOĞAN, s. 203; İNAN, s. 183; FEYZİOĞLU, s. 532; ÖZTAN, s. 416; OĞUZMAN/DURAL, s. 331; KOÇ, s. 547; ÖZMEN, s. 22.

⁶⁶ AKINTÜRK, s. 381.

⁶⁷ AKINTÜRK, s. 381.

İtiraz, ana, çocuk ya da çocuğun ölümü halinde fütü tarafından yapılmışsa, itirazın reddi için öngörülen üç aylık sürenin dolmasıyla kesinleşir. Yani tanıma geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Ana veya çocuk tarafından yapılan itiraza karşı itirazın reddi davası açılmışsa, itirazın kesinleşmesi için red davasının reddinin kesinleşmesi gereklidir. Savcı ve üçüncü kişiler tarafından itiraz davası açılmış ise, itirazın kesinleşmesi, itirazı kabul eden mahkeme kararının kesinleşmesine bağlıdır⁶⁹.

İtirazın kesinleşmesiyle birlikte tanınan çocuk hiç tanınmamış duruma girer ve babaya karşı tanımayla kazanmış olduğu sahih olmayan nesep bağlantısı geçmişe etkili olarak ortadan kalkar ve “nesezsiz” hale gelir. Bu durumdaki çocuk ile anası arasında ise sahih olmayan nesep bağı mevcut olur⁷⁰.

D- Tanımanın Hükümsüzlüğü

Diğer hukukî işlemlerde olduğu gibi tanımanın da hükümsüz olması mümkündür. Ancak Medenî Kanunumuz da tanımanın hükümsüzlüğü sonucunu doğuran sebeplerin neler olduğu düzenlenmemiştir. Bu hususta Türk doktrininde, İsviçre doktrin ve mahkeme kararlarından esinlenerek tanımanın butlanı ve iptali durumları ele alınmıştır⁷¹.

1) Tanımanın Butlanı

Tanımanın geçerlilik şartlarındaki eksiklik, bir başka deyişle aslî ve şekli şartlarından herhangi birinin eksik olması, tanımanın mutlak butlanını gerektirir. Gerçekten, tanıyanın tam ehliyetsiz olması, tanınan çocuğun halen başka bir babaya sahih nesep ya da sahih olmayan nesep bağıyla bağlı bulunması, tanımanın

⁶⁸ VELİDEDEOĞLU, s. 418; Aksi görüş için bkz. KOÇ, s. 564, dn. 126; TEKİNAY ise, HUMK. m. 9'dan hareketle davalıların ikâmetgahı mahkemesinin yetkili sayılması gerektiğini savunmuştur (s. 534, dn. 4).

⁶⁹ AKINTÜRK, s. 386; OĞUZMAN/DURAL, s. 334.

⁷⁰ OĞUZMAN/DURAL, s. 334; AKINTÜRK, s. 386.

⁷¹ TEKİNAY, s. 536 vd.; OĞUZMAN/DURAL, s. 335/336; AKINTÜRK, s. 386 vd.; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 266, 268; HATEMİ/SEROZAN, s. 382; FEYZİOĞLU, s. 537/538; TEKİNAY, Nesep, s. 88.

resmî senetle yapılmamış olması gibi hallerde tanıma işlemi batıldır. Böyle bir tanıma hiçbir hukukî sonuç doğurmaz⁷².

Bu hallerde butlanın ne şekilde gerçekleşeceği hususunda kanunda bir hüküm yoktur. Tanıma işlemi butlan sebebiyle hükümsüz olduğu için mahkeme kararıyla iptali yoluna gidilmesine gerek yoktur. Buna karşılık, batıl olmasına rağmen tanınan çocuk, tanıyanın nüfus kaydına kaydedilmişse, o zaman tanımanın butlanını tespit ettirmek üzere dava açılması zorunluluğu doğar⁷³.

Doktrinde⁷⁴, resmî senetle yapılan tanıma beyanlarında, tanıma işleminin butlanına, Borçlar Kanununun akitlerin hükümsüzlüğüne ilişkin kurallarının (BK. m. 19, 20), MK. m. 5 uyarınca uygulanması, aile hukuku kurumu olan tanımanın bünyesine uymadığından, tıpkı evlenmenin butlanında olduğu gibi, mahkemenin hükümsüzlüğe karar vermesi gerektiği ifade edilmiştir.

Ölüme bağlı tasarrufla yapılan tanıma beyanlarında tanıma işlemine ölümle bağlı tasarrufun hükümsüzlüğüne ilişkin kuralların uygulanması gerekir⁷⁵.

Tanıyanın tabii baba veya babanın babası olmaması halinde de, tanımanın butlan müeyyidesine tâbi olması gerekirdi. Ancak hem MK. m. 293 hem de MK. m. 294 bunu bir “tanımaya itiraz sebebi” olarak düzenlemişlerdir. Bu sebeple süresi içinde itiraz edilmemişse, tanıyan baba ya da babanın babası olmasa bile, artık nesep bağı geçerlidir. Aynı durum çocuğun, tanınması yasak olan çocuklardan olması halinde de söz konusu olur⁷⁶.

2) Tanımanın İrade Sakatlığı Sebebiyle İptali

Tanıyanın tanımaya itiraz hakkı yoktur. Yukarıda da belirtildiği üzere, MK. m. 294’deki itiraz hakkı olan üçüncü kişiler kapsamına tanıyan girmemektedir. Bir başka ifadeyle, tanıyan, kendi yapmış olduğu tanımaya itiraz edemez⁷⁷.

⁷² TEKİNAY, s. 539; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 267; HATEMİ/SEROZAN, s. 382; AKINTÜRK, s. 387; KOÇ, s. 572.

⁷³ TEKİNAY, s. 539; HATEMİ/SEROZAN, s. 382; AKINTÜRK, s. 387; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 267.

⁷⁴ OĞUZMAN/DURAL, s. 335; FEYZİOĞLU, s. 538.

⁷⁵ OĞUZMAN/DURAL, s. 335.

⁷⁶ AKINTÜRK, s. 387; OĞUZMAN/DURAL, s. 335.

⁷⁷ BGE 75 II 6; TEKİNAY, s. 531; KOÇ, s. 569; ÖZMEN, s. 22.

Bununla beraber tanıyanın tanımaya itiraz hakkının bulunmaması, onun irade sakatlığı sebebiyle tanımayı iptal ettirememesi sonucunu doğurmaz. Türk doktrini ve İsviçre Federal mahkemesinin kabul ettiği görüş de budur⁷⁸. Buna göre tanıyan, BK. m. 23 vd. daki, iradesinin hata, hile veya tehdit sebebiyle bozulmuş olduğu iddiasıyla yapmış olduğu tanımayı iptal ettirme yoluna gidebilir. Ancak borç ilişkilerindeki hata, hile ya da ikrahtan farklı olarak, burada, tek taraflı bir irade beyanı ile tanımayla bağlı olmadığını karşı tarafa bildirmek, aile hukukunun bünyesine uygun düşmez. Bu sebeple tanımının iptali için mutlaka bir dava açılması gerektiği fikri doktrinde hâkimdir. Dava BK. m. 31 hükmüne kıyasen hata ve hilenin öğrenildiği, tehdidin etkisinin ortadan kalktığı andan itibaren bir yıl içinde açılmalıdır⁷⁹.

IV. BABALIK DAVASI

A- Genel Olarak

Evlilik dışında doğmuş olan çocuğun babası ile arasında sahil olmayan nesep bağı, tanıma ya da babalık davası yoluyla kurulur. Tanımda tabii baba çocuğu kendi isteğiyle tanıyabilir. Ancak bu, tamamen tabii babanın arzusuna ve hatta biraz da onun insafına kalmış olan bir yoldur; yani tabii babayı kendinden olan bu çocuğu tanımaya zorlamak imkânı yoktur. Bu sebeple tanıma, evlilik dışı doğmuş olan çocuğun babasının hukuken belirlenmesinde yeterli bir çözüm yolu değildir⁸⁰.

Ancak Medenî Kanun bu durumu tamamen tabii babanın keyfine bırakmamıştır. MK. m. 295 vd. düzenlenmiş olan babalık davası ile, bizzat kendi isteği sonucunda evlilik dışındaki çocuğunu tanımayan tabii babanın babalığının kanun yoluyla belirlenmesi imkânı verilmiştir. Baba istemese bile, belirli şartla-

⁷⁸ OĞUZMAN/DURAL, s. 336; AKINTÜRK, s. 385; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 268; TEKİNAY, s. 538; ÖZTAN, s. 419; HATEMİ/SEROZAN, s. 382; FEYZİOĞLU, s. 537; KOÇ, s. 570; BGE 79 II 28; 82 II 192; 100 II 278.

⁷⁹ TEKİNAY, s. 538; BGE 79 II 28; 82 II 192; 100 II 278; OĞUZMAN/DURAL, s. 336; KÖPRÜLÜ/KANETİ, 269; FEYZİOĞLU, s. 538; KOÇ, s. 570; ÖZMEN, s. 23; Bazı yazarlar ise aksi görüştedir: HATEMİ/SEROZAN, s. 382; Buna göre, iptal hakkı MK. m. 293'de tanımaya itiraz için öngörölmüş olan üç aylık hak düşümü süresiyle sınırlanmalıdır. İsviçre Medenî Kanunu da m. 260a da tanıyanın irade bozukluğu sebebiyle iptal davası açmasına imkân tanımıştır. Yeni ÖNTASARI da, tanıyana hata, hile ve tehdit sebebiyle tanımının iptalini dava edebilme imkânını tanımaktadır. İptal davası, anaya ve çocuğa karşı açılacaktır (m. 297). İptal davası da itiraz davası gibi bir ve beş yıllık hak düşümü sürelerine tâbi tutulmuştur (m. 300/I).

⁸⁰ AKINTÜRK, s. 388.

rın varlığı halinde aleyhine babalık davası açılarak babalığa hükmedilmesi istenebilir.

İşte incelemekte olduğumuz “babalık davası” evlilik dışında doğan bir çocuğun babasının hükmen belirlenmesi amacına yönelmiş bulunan bir davadır.

B- Davanın Konusu

Babalık davası, MK. m. 297’ye göre, ana ve çocuk lehine babanın malî neticeli talebine dair olabileceği gibi, kanunun tayin ettiği hususlarda, bu taleple birlikte veya ayrıca, babalığın şahsî sonuçlarıyla hükmen tayinine dair de olabilir. O halde babalık davası, “şahsî” ve “malî” sonuçlu olmak üzere iki türdür⁸¹.

1) Şahsî Sonuçlarıyla Babalığa Hüküm

Şahsî sonuçlu babalık davası ile, evlilik dışında doğmuş olan çocuk; babanın soyadını taşıyabilme, vatandaşlığını kazanabilme, karşılıklı hak ve vazifelere tâbi olma ve velayetin babaya da verilmesi haklarını elde etmiş olur⁸².

2) Malî Sonuçlarıyla Babalığa Hüküm

Babalık davası, çocuk ile baba arasında bir nesep bağıının kurulabilmesi için açılabilmesi gibi, evlilik dışı doğan çocuğun babasının anaya ve çocuğa malî ödemede bulunmasını sağlamak amacıyla da açılabilir. Böylelikle çocuğun babası hukuken belirlenmekte, ancak çocuk ile baba arasında, eğer şahsî sonuçlu babalık davası açılmamışsa, herhangi bir nesep bağı kurulmamaktadır. Dolayısıyla çocuk nesepsiz kalmaktadır.

Bu itibarladır ki, babayı anaya ve çocuğa malî bir ödemeye mahkum eden davaya “malî sonuçlu babalık davası” veya “malî babalık davası”⁸³ adı veril-

⁸¹ Yeni ÖNTASARI iki türlü babalık davasına yer vermemiştir. Tasarıya göre, ana ve çocuk, çocuk ile baba arasındaki soybağının (nesebin) mahkemece belirlenmesini, babaya veya babanın ölümü halinde mirasçılara karşı açacakları bir davayla isteyebilirler. Babalık davası, Cumhuriyet Savcısına ve Hazineye, dava ana tarafından açılmışsa kayyım, kayyım tarafından açılmışsa anaya ihbar edilecektir (m. 301). Maddenin gerekçesinde, Cumhuriyet Savcısına ihbar zorunluluğunun, babalık davalarının kamu düzenini ilgilendirmesi sebebiyle getirilmiş olduğu ifade edilmiştir.

⁸² OĞUZMAN/DURAL, s. 336.

⁸³ Bu dava “Alelade babalık davası” (FEYZİOĞLU, s. 543 ve ÖZTAN, s. 428) veya “parasal sonuçlu (küçük) babalık davası (HATEMİ/SEROZAN, s. 389) şeklinde de isimlendirilir.

mektedir. Dava sonucunda hâkimin, anaya “tazminat”, çocuğa ise “nafaka” ödenmesine karar vermesi, buna karşılık şahsî sonuçlarıyla babalığa hükmedememesi gerekir⁸⁴.

Medenî Kanun’un düzenlemesi açısından böyle olması gerekirken, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında, malî sonuçlu babalık davasında çocukla baba arasında sahih olmayan nesep bağının kurulacağı kabul edilmiştir⁸⁵.

Görüldüğü gibi şahsî sonuçlu babalık davası ile malî sonuçlu babalık davası arasında sonuçları açısından birtakım farklılıklar vardır. Bunun yanında açılabilme şartları açısından da farklılıkların olduğu görülmektedir. Gerçekten, şahsî sonuçlu babalık davası ancak MK. m. 310’da öngörülmüş olan alternatif şartlardan birinin bulunması halinde açılabilirken, malî sonuçlu babalık davasının açılabilmesi için herhangi bir şartın bulunmasına gerek yoktur. Bu sebeple malî sonuçlu babalık davasının açılması herhangi bir şarta bağlanmamış olduğu içindir ki, şahsî sonuçlu babalık davasına oranla daha geneldir⁸⁶.

Diğer taraftan Medenî Kanun’un 310/II. maddesindeki düzenleme ile bu iki dava arasında kendisine karşı dava açılacak babanın evli olup olmaması bakımından da fark vardı. MK. m. 310/II’ye göre şahsî sonuçlu babalık davası, tabii babanın cinsel ilişki sırasında evli olmaması şartıyla açılabilirdiği halde, malî sonuçlu babalık davası için bu olumsuz şartın bulunmasına gerek yoktu. Ancak Anayasa Mahkemesi maddenin “Münasebeti cinsiyeye zamanında, müddeaaaleyh evli ise, hâkim, babalığa hükmedemez” şeklindeki II. fıkrasını 21.5.1981 tarihinde 67/23 sayılı kararıyla iptal ettiğinden⁸⁷, artık kendisine dava açılabilen olan baba açısından iki tür babalık davası arasındaki fark da ortadan kalkmış bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle, Anayasa Mahkemesi’nin MK. m. 310/II. fıkrasını iptal etmesi ile, şahsî sonuçlu babalık davasının cinsel ilişki sırasında evli olan babaya karşı da açılması mümkün olmaktadır⁸⁸.

Her iki tür babalık davasında da evlilik dışı çocuğun babanın soyundan geldiği tespit edilmiş olmasına rağmen, birbirinden farklı sonuçlar doğuran iki

⁸⁴ HGK., 30.3.1988, 2-34/260 (ABD., 1989, S. 1, s. 180).

⁸⁵ Y. İBK. 22.2.1997, 1/1, (YKD., 1997, S.6, s. 853 vd.; RG. 22996, 22.5.1997); Bu kararın eleştirisi için bkz. ZEVKLİLER/ACARBEY/GÖKYAYLA, s. 1101.

⁸⁶ AKINTÜRK, s. 389.

⁸⁷ RG. 18.8.1981, S. 17438.

⁸⁸ AKINTÜRK, s. 389.

ayrı dava şeklinde düzenlenmiş olması, doktrinde eleştiri konusu olmuştur⁸⁹. Zira babalık davasının birinde çocuk ile baba arasında sahil olmayan nesep bağı kurulduğu ve çocuk babasının soyadını ve vatandaşlığını kazanabildiği halde, diğesinde bir nesep bağı kurulmadığı gibi çocuk babasının soyadını ve vatandaşlığını da kazanamamaktadır⁹⁰.

Babalık davasındaki bu farklılık, İsviçre’de 1.1.1978 tarihinde yürürlüğe giren 25.6.1976 tarihli Federal Kanun’la ortadan kaldırılmış ve “babalığın tespiti” davası olarak, bir tek babalık davası kabul edilmiştir (İMK. m. 261)⁹¹.

C- Babalık Davasının Tarafları

1) Davacı

Gerek şahsî, gerek malî sonuçlarıyla babalığa hüküm için dava açma hakkının, ana ve çocuğa ait olduğu Medenî Kanun’nda düzenlenmiştir (MK. m. 295). Ana ve çocuk babalık davasını ayrı ayrı açabilecekleri gibi, birlikte de açabilirler. Ana ve çocuğun dava hakları birbirinden bağımsız olduğu için, kural olarak birinden alınan sonuç diğelerini etkilemez. Bu bakımdan birisinin açtığı davanın reddedilmesi diğesinin dava açma hakkını engellemez⁹². Bunun gibi ananın açmış olduğu davadan feragat etmesi, çocuğun davasına etki etmez⁹³. Aynı şekilde ananın çocuk aleyhine olabilecek feragati de çocuğun dava açma hakkını sona erdirmez (MK. m. 306/IV)⁹⁴.

⁸⁹ TEKİNAY, s. 540; HATEMİ/SEROZAN, s. 385; FEYZİOĞLU, s. 544; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 269; AKINTÜRK, s. 390.

⁹⁰ AKINTÜRK, s. 390.

⁹¹ Türk Hukukunda da aynı yola gidilmek istendiği söylenebilir. Gerçekten 1998 tarihli ÖNTASARI, m. 301’de “çocuk ile baba arasındaki soybağının mahkemeye tespitini ana ve çocuk isteyebilirler” hükmüne yer verilmiştir.

⁹² TEKİNAY, s. 572; OĞUZMAN/DURAL, s. 337; FEYZİOĞLU, s. 545; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 270; AKINTÜRK, s. 390; EGGER, Art. 307, N.10; BGE 92 II 88; HGK., 7.11.1962, 2-79/55, (AD., 1963, S. 3-4, s. 440-442).

⁹³ EGGER, Art. 307, N. 10; OĞUZMAN/DURAL, s. 337; BGE 65 II 121.

⁹⁴ OĞUZMAN/DURAL, s. 337.

Kanunda düzenlenmemiş olmakla birlikte, babanın da bu davayı açabileceği savunulmaktadır⁹⁵. Ayrıca evlilik dışı doğan çocuğun çıkarlarını korumak üzere atanan kayyım da bu davayı açabilir (MK. m. 298)⁹⁶.

2) Davalı

Babalık davası, baba olduğu iddia edilen erkeğe ve babanın ölümü halinde mirasçılara karşı açılır (MK. m. 295/c.3)⁹⁷. Bunlar dışında tabii babanın hiçbir mirasçısı bulunmuyorsa, devlet mirasçı olduğundan davanın Hazineye karşı açılması gerekir⁹⁸.

D- Dava Açma Süresi

Babalık davası, çocuğun doğumundan önce ya da en geç doğumundan itibaren bir yıl içinde açılabilir (MK. m. 296)⁹⁹. Bir yıllık süre, zamanaşımı olmayıp hak düşümü süresidir¹⁰⁰. Bu sebeple durması ya da kesilmesi söz konusu değildir. Sürenin sonunda dava hakkı düşer¹⁰¹.

⁹⁵ FEYZİOĞLU, s. 549; ÖZTAN, s. 436; ZEVLİLİLER/ACARBAY/GÖKYAYLA da, babanın işe bir resmiyet vermek ve sorunu bir mahkeme kararıyla kesinleştirmek gibi bir düşüncesi olursa, babalık davasını açabileceğini kabul etmektedir (s. 1105).

⁹⁶ ZEVLİLİLER/ACARBAY/GÖKYAYLA, s. 1105.

⁹⁷ İMK. m. 261'de davanın, baba, onun ölümü halinde sırasıyla, fîruu, ana babası, kardeşleri, eğer bunlardan hiçbiri yoksa, ikametgahının bulunduğu yer yetkililerine karşı açılacağı düzenlenmiştir. Bunun dışında babanın ölümünden sonra açılacak davanın, hakkını koruyabilmesi için, babanın karısına da mahkeme tarafından ihbar edileceği kabul edilmiştir.

⁹⁸ VELİDEDEOĞLU, s. 423; GÖNENSAY, s. 98; ZEVLİLİLER / ACARBAY / GÖKYAYLA, s. 1106; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 271; OLGAC, Senâi, İlmî ve Kazaî İçtihatlarla Türk Medenî Kanunu Şerhi, İstanbul 1967, s. 238; Aksi görüş için bkz. BELGESAY, s. 273.

⁹⁹ 2. HD., 5.2.1979, 8645/793, (İBD., 1980, s. 260); 2. HD., 20.4.1976, 2112/3465, (YKD., 1978, s. 1976); Y. İBK. 2.5.1960, 5/8, (RG., 5.8.1960, s. 10570); 2. HD., 29.12.1989, 9183/1156,(www.yargitay.gov.tr/cgi-bin/webglimpse/data/search/Glimpse/Emsal?query=nesepe); 2. HD., 6.10.1972, 5721/5548, (TİK., 1972, II, 45); EGGER, Art., 303, N. 7.

¹⁰⁰ ÖZSUNAY, Ergun, MK. m. 296'daki Bir Yıllık Dava Açma Süresinin Geçirilmesine Rağmen Babalık Davasının İstisnaen Açılabilmesi Durumları, İHFM., 1963, C. XXIX, S. 1-2, s. 219; ŞENER, Esat, Babalık Davası ve Af Kanunu İle Tescillerde İspat, Velayet,

Davanın çocuğun doğumundan önce de açılabilmesi, ana lehine nakdi te-diye doğurması açısından önemlidir. Çünkü çocuğa doğumundan önce kayyım tayin edilse bile, çocuğun ölü doğması veya çocuk doğmadan kişilik kazanamayacağı ihtimali sebebiyle, kayyım doğumu beklemek zorundadır¹⁰².

Davayı açabilmek için bir yıllık bir süre sınırlamasının getirilmesinde, davalıyı korumak gibi bir amacın bulunduğu ifade edilmektedir¹⁰³. Çünkü davalı, elindeki deliller kaybolmadan kendisini, babalık davasına karşı koruma hakkını elde edebilir. Ayrıca böylelikle davalının gerek kendisinin, gerekse kuracak olduğu ailenin süresiz olarak babalık davasına muhatap olma tehdidi altında bulunması da önlenmiş olacaktır. Nihayet şüpheli babalık hallerinin çözülmesi kamu yararı bakımından da önemlidir¹⁰⁴.

Davayı ana açılırsa, çocuğun doğumundan itibaren bir yıl içinde açılır¹⁰⁵. Buna karşılık dava kayyım tarafından açılıyorsa, süre, “kayyımın tayin edildiği tarihten” itibaren işlemeğe başlar. Yargıtay da aynı şekilde, kayyımın çocuk doğduktan sonra tayin edileceğini gözönünde bulundurarak, “evlilik dışında doğmuş olan çocuk adına babalık davasının, çocuğun menfaatlerini korumak için tayin olunacak kayyımın, doğumdan sonra tayin edilmesi halinde, MK. m. 295 ile tayin olunan bir yıllık süresinin kayyımın tayininden itibaren başlaya-

Nafaka ve Kişisel İlişki Üzerinde Düşünceler, YASA, C. IV, S. 7, s. 1005-1016, Temmuz 1981, s. 1012; BGE 42 II 321.

¹⁰¹ **ÖZSUNAY**, Babalık Davası, s. 219; **OĞUZMAN/DURAL**, s. 340; **AKINTÜRK**, s. 394; Bazı yazarlar babalık davasının bir süreyle kayıtlanmış olmasını doğru bulmamakta (**SAYMEN/ELBİR**, s. 431; **TEKİNAY**, s. 579, dn. 1), hiç olmazsa beş yıla çıkarılması ve sürenin zamanaşımı süresi olması gerektiği fikrini ileri sürmektedirler (**TEKİNAY**, Nesep, s. 93).

¹⁰² **OĞUZMAN/DURAL**, s. 340.

¹⁰³ **OĞUZMAN/DURAL**, s. 340; **ÖZSUNAY**, Babalık Davası, s. 223.

¹⁰⁴ BGE 52 II 335; **OĞUZMAN/DURAL**, s. 341.

¹⁰⁵ 2. HD., 12.4.1983, 1774/3217, (YASA, 1983, S. 7, s. 1009).

çağına” karar vermiştir¹⁰⁶. Şayet çocuğa bir kayyım atanmamışsa, bir yıllık süre çocuğun reşit olması ile işlemeye başlar¹⁰⁷.

Her ne kadar bir yıllık süre çocuğun doğumundan itibaren başlayacaksa da, Medenî Kanununun 303. maddesinde, kadının gebe kaldığı dönemde evli olması halinde, bir yıllık sürenin, kocanın nesebi reddetmesinin kesinleşmesi ile işlemeye başlayacağı düzenlenerek bir istisna getirilmiştir. Gerçekten de, böyle bir durumda, yani çocuğun evlilik içinde doğduğu bu gibi hallerde, sahil nesep bağı ile çocuk babaya bağı olduğu için, babalık davasının açılması mümkün değildir¹⁰⁸.

Davalı dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde hak düşürücü süreye dayanamaz. Bir başka ifadeyle, davalı bir yıllık sürenin geçmiş olduğunu objektif iyiniyet kurallarına aykırı bir biçimde iddia edemez. Gerçekten, davalı baba gerçeğe aykırı bir tutum ve davranış içinde, hile ve oyalamayla dava açma süresinin geçmesine sebep olmuşsa, ana ya da çocuğa dava açabilmeleri için ek bir sürenin verilmesi gerekir. Örneğin baba, anaya kendisiyle evleneceğini veya çocuğu tanıyacağını söyleyerek onu oyalamış ve dava açma süresini kaçırmamasına sebep olmuşsa, artık davanın bir yıllık süre içinde açılmamış bulunduğunu iddia etmesi, hakkın kötüye kullanılması sayılır ve pek tabii olarak kanun tarafından korunmaz¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Y. İBK., 2.5.1960, 5/8 (RG. 5.8.1960, S. 10570), bu kararın tahlili için bkz. **ÖZSUNAY**, Ergun, Evlilik Dışı Çocuk Adına Kayyım Tarafından Açılan Babalık Davasında Dava Süresinin Başlangıcı, İHFM. C. XXVIII, S. 2, 1962, s. 508-523.

¹⁰⁷ 2. HD., 3.10.1988, 6768/8741, (YKD., 1989, C. XV, S. 2, s. 194), ayrıca bkz. **AYİTER**, Değerlendirme, s. 60; **HATEMİ/SEROZAN**, s. 393; **ZEVKLİLER / ACARBAY / GÖKYAYLA**, s. 1107; **FEYZİOĞLU**, s. 561; **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s. 272; **TEKİNAY**, s. 582; **AKINTÜRK**, s. 394; **OĞUZMAN/DURAL**, s. 342; **ÖZTAN**, s. 438; **ŞENER**, s. 1013; İMK. m. 263'te de aynı çözümler kabul edilmiştir; Yeni ÖNTASARI'da da, madde 303/III ile bu görüşe uygun bir düzenleme getirilmektedir. Buna göre, bir yıllık süre, eğer çocuk ile bir erkek arasında soybağı ilişkisi varsa, sebebin ortadan kalkmasından itibaren işlemeye başlayacaktır.

¹⁰⁸ 2. HD., 28.4.1969, 2105/2245, (**YAZICI / ATASOY**, s. 1135); 2. HD., 27.10.1986, 8689/9332, (YKD., 1987, C. XIII, S. 6, s. 845); 2. HD., 16.6.1987, 4126/5288, (YKD., 1987, C. XIII, S. 11, s. 1643); **OĞUZMAN/DURAL**, s. 341; **ZEVKLİLER / ACARBAY / GÖKYAYLA**, s. 1107; **AKINTÜRK**, s. 395; **FEYZİOĞLU**, s. 560.

¹⁰⁹ HGK., 13.3.1946, 219/22, (**OLGAÇ**, MK. m. 296, N. 1296); HGK., 12.12.1980, 2-2518/2672, (İKİD, s. 146); BGE 45 II 237; 61 II 148; 83 II 93; **TEKİNAY**, s. 583; **TANDOĞAN**, s. 212; **VELİDEDEOĞLU**, s. 474; **GÖNENSAY**, s. 99; **ARSEBÜK**, s. 474; **OĞUZMAN/DURAL**, s. 342; **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s. 272; **FEYZİOĞLU**, s.

Bir yıllık hak düşürücü süre geçtikten sonra babalık davası açılabilecek bir başka hâl de, BK. m. 137'de sayılmış olan durumların gerçekleşmiş olmasıdır. Buna göre, babalık davası zamanında açılmış olmakla beraber, mahkemenin görevsiz olması ya da düzeltilmesi mümkün bir şekil eksikliği sebebiyle dava reddedilmiş ve bu arada bir yıllık süre de geçirilmiş ise, davacının BK m. 137'de tanınmış olan 60 günlük ek süreden faydalanabilme hakkı vardır¹¹⁰.

E- Görevli ve Yetkili Mahkeme

Babalık davasında yetkili mahkeme tarafların dava sırasında Türkiye'de ikametgâhlarının bulunup bulunmamasına göre tespit edilmiştir. Eğer davacının ve davalının ikametgâhları Türkiye'de ise, davacının bir seçimlik yetkisi vardır. Gerçekten MK. m. 299'a göre babalık davasını davacı, isterse kendi doğduğu sırada Türkiye'deki ikametgâhının bulunduğu yer mahkemesinde; isterse davalının dava zamanındaki ikametgâhının bulunduğu yer mahkemesinde açabilir.

Buna karşılık, ana, çocuk ve aleyhine babalık davası açılacak olan Türk vatandaşının ikametgâhı Türkiye dışında ise, dava, davalının Türkiye'de nüfusa kayıtlı bulunduğu yer mahkemesinde açılır (MK. m. 300).

Davalının Türkiye'de nüfusa kayıtlı olduğu yer de yoksa, dava, Ankara, İstanbul veya İzmir'deki mahkemelerden birinde açılır (MÖHUK. m. 28).

Görevli mahkeme ise, asliye hukuk mahkemesidir. MK. m. 299'e göre, şahsî sonuçlu babalık davası, menfaatlerini koruyabilmesi için hâkim tarafından doğrudan doğruya davalının ikametgâhındaki hazine memurluğuna tebliğ olunur. Hazine, gerekli görürse davaya müdahil olarak katılabilir.

F- İspat Yükü

Babalık davası ister şahsî sonuçlu, ister malî sonuçlu olsun önemli olan, babalığın hükmen belirlenmesidir. Yani evlilik dışında doğmuş olan bir çocuğun babasının kim olduğunun tespit edilmesi babalık davasının temelini teşkil eder. Bu sebeple bir taraftan kendisine babalık davası açılan erkeğin ana ile cinsel

561; **EGGER**, Art. 308, N. 8; **ÖZSUNAY**, Babalık Davası, s. 223; Yeni ÖNTASARI'da da, "Gecikmeyi haklı kılan sebepler varsa, dava, bir yıllık süre bu sebebin ortadan kalktığı tarihte işlemeye başlar" hükmü getirilerek doktrindeki görüş yasallaştırılmak istenmiştir (m. 289/III).

¹¹⁰ BGE 61 II 148; 72 II 326; 80 II 288; **OĞUZMAN/DURAL**, s. 342; **ÖZSUNAY**, Babalık Davası, s. 228 vd.

ilişkide bulunmuş olup olmadığı, diğer taraftan söz konusu çocuğun bu ilişkinin ürünü olup olmadığının tespit edilmesi gerekir¹¹¹.

Babalık davasında ispat yükü, MK. m. 6 gereğince davacıya düşmektedir. Buna göre davacı, çocuğun davalı erkekten olduğunu ispat etmek zorundadır. Ancak babalığın doğrudan doğruya ispat edilmesi oldukça zor bir durumdur. Bu sebeple kanun koyucu, MK. m. 301'deki düzenleme ile, babalığın ispatını sağlamak için, babalık karinesini kabul etmiştir¹¹².

Babalık davasında ispat konusunu, davacı ve davalı açısından ayrı ayrı incelemek gerekir.

1) Davacı Açısından

MK. m. 301'de davacı lehine bir karine getirilmiştir. Gerçekten MK. m. 301'e göre, "doğumdan önce üç yüzüncü gün ile yüz sekseninci gün arasında davalının çocuğun anası ile cinsel ilişkide bulunduğu ispatı, babalığa karine teşkil eder".

Buna göre davacı, yalnızca doğumdan önceki üç yüzüncü gün ile yüz sekseninci gün arasında kalan 121¹¹³ günlük kritik devrede (döllenme süresi, gebelik devresi) ana ile davalının cinsel ilişkide bulunmuş olduğunu ispat etmek durumundadır. Ayrıca bu cinsel ilişki ile doğum arasındaki illiyet bağı ispat etmesine lüzum yoktur. Çünkü kanun bu durumu zaten karine olarak kabul etmiştir¹¹⁴.

Çocuğun 300 günden fazla ana rahminde kalmış olduğu hallerde ise, kadının sürenin başlangıcında davalı erkek ile cinsel ilişkide bulunduğu ispat edi-

¹¹¹ ZEVKLİLER/ACARBAY/GÖKYAYLA, s. 1109; AKINTÜRK, s. 396; ŞENER, s. 1006.

¹¹² AKINTÜRK, s. 396; OĞUZMAN/DURAL, s. 344.

¹¹³ Sürenin hesaplanmasında kadının doğum yaptığı gün dikkate alınmaz. Fakat 180 gün hesaba dahil edilir ki, sürenin 120 değil de, 121 gün olmasının sebebi budur (OĞUZMAN/DURAL, s. 345).

¹¹⁴ Yeni ÖNTASARI da aynı karineyi benimsemiştir. Hatta tasarı, bu sürenin dışında olsa bile, fiili gebe kalma döneminde davalının ana ile cinsel ilişkide bulunduğu tespit edilirse, aynı karinenin geçerli olacağını hükme bağlamıştır (m. 302/II).

lirse, MK. m. 301'in amacından hareketle, babalık karinesinin yeniden söz konusu olacağı doktrinde çoğunluk tarafından kabul edilmektedir¹¹⁵.

Babalık karinesine dayanabilmek için, çocuğun doğmuş olması gerekir. Aksi halde, cinsel ilişkinin doğumdan kaç gün önce yapıldığının belirlenmesi mümkün değildir. Çünkü cinsel ilişkinin "döllenme süresi" dediğimiz 121 günlük kritik devreye rastlayıp rastlamadığı doğum gününden geriye doğru gidilerek hesaplanır. Bu sebeple, çocuk doğmadan önce babalık davası açılmışsa, doğuma kadar beklenir¹¹⁶.

Davacı, 121 günlük kritik devrede ananın davalı baba ile cinsel ilişkide bulunduğunu her türlü delille ispat edebilir. Zira davacı, hâkime, cinsel ilişkinin gerçekleştiğine dair ciddi belirtiler¹¹⁷ gösteren delilleri sunmalıdır. Örneğin davalı ile ana arasındaki karşılıklı gönderilen mektuplar, suçüstü tanıkları, kızlığın bozulduğunu, çocuğun aldırma tarihinde kaç aylık olduğunu, doğumu ve tarihini gösteren belge ve raporlar birer delil niteliğindedir. Davalının ana ile cinsel ilişkide bulunduğunu ikrar etmiş olması halinde ise, başka delile gerek yoktur¹¹⁸.

Eğer davacı, kritik dönem içerisinde cinsel ilişkinin gerçekleştiğini ispat edemediği için babalık karinesinden yararlanamamışsa, doğrudan davalının baba olduğunu ispat yoluna gidebilir¹¹⁹. Ancak babalık karinesinden yararlanabilmek için elde etmesi daha kolay olan delilleri getiremeyen davacının, kesin babalığı

¹¹⁵ **TEKİNAY**, s. 546; **TEKİNAY**, Nesep, s. 90; **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s. 274; **OĞUZMAN/DURAL**, s. 345; **ÖZTAN**, s. 423; **EGGER**, Art. 314, N. 5; Buna karşılık İsviçre Federal Mahkemesi, kritik devre dışındaki cinsel ilişkinin gerçekleştiğinin sadece ihtimale bağlanmasını yeterli görmemekte, ispatı mümkün olaylara dayandırılmasını aramaktadır (BGE 91 II 258; 87 II 70; 75 II 106; 70 II 70).

¹¹⁶ **ZEVKLİLER/ACARBEY/GÖKYAYLA**, s. 1109; **AKINTÜRK**, s. 397.

¹¹⁷ 2. HD., 23.3.1990, 1158/3110 (YKD., 1990, C. XVI, s. 1299).

¹¹⁸ **OĞUZMAN/DURAL**, s. 345; **ZEVKLİLER/ACARBEY/GÖKYAYLA**, s. 1109; **FEYZİOĞLU**, s. 553; **TEKİNAY**, s. 545; **AKINTÜRK**, s. 397; Ancak Yargıtay 2. HD., 1.2.1983, 535/584 sayılı kararında, davalının babalık davasını kabul etmesinin davayı ispat zorunluluğunu bertaraf etmeyeceğine karar vermiştir. Yargıtay bu kararında "nesebin reddi ve babalık gibi konular, kamu düzenine ilişkin bulunduğu için, bu tür davalarda sırf karşı tarafın kabulüne dayanılarak isteğe uygun karar verilemez. İddianın usulünce ispatlanması zorunludur" demektedir (YKD., 1983, S. 8, s. 1152).

¹¹⁹ **TEKİNAY**, s. 544; **OĞUZMAN/DURAL**, s. 345.

ispat etmesi pek de kolay değildir¹²⁰. Bunun yanında her geçen gün bilimde antropobiyoloji ve kalıtım biyolojisi alanındaki gelişmelerin artması, babalığın ispatı güçlüğünü gidererek, neredeyse yüzde yüze yakın bir gerçeklikle çocuğun babası belirlenebilmektedir¹²¹.

2) Davalı Açısından

Kanunda davacı lehine konulmuş olan babalık karinesinin kesin bir karine olmadığı ortaya çıkmaktadır. Gerçekten MK. m. 301/c.2’de, davalının babalığı hakkında ciddi şüpheler uyandıracak hallerin varlığı durumunda, karineye itibar edilmeyeceği hükmü ile, babalık karinesinin aksi ispat edilmek suretiyle çürütülebileceği ifade edilmiştir. Görüldüğü gibi karineyi çürütmek davalıya düşer. Davalı, ya “babalığın imkânsız olduğunu”¹²² ya da “babalığı hakkında ciddi şüpheler bulunduğunu” ispat etmek suretiyle babalık davasını çürütebilir (MK. m. 301).

Davalı erkek, “gebe kaldığı sırada ananın iffetsizlikle me’luf olduğunu” ispat ederek, yani iffetsizlik def’ini ileri sürerek de babalık karinesini çürütebilir (MK. m. 302)¹²³.

Ayrıca davalı erkek, ananın gebe kaldığı zaman evli olduğunu ispatlayarak da, babalık karinesini çürütebilir. Gerçekten MK. m. 303’e göre, ana gebe kaldığı sırada evli bulunuyor idiyse, babalık davası ancak, hâkimin, çocuğun nesebinin sahih olmadığına, yani nesebinin reddine hükmetmiş olmasından sonra

¹²⁰ Yargıtay’ın 2. HD., 8.4.1981, 2531/2701 sayılı kararına göre, kan muayenesi sonucu davalının baba olma ihtimalinin varlığı, diğer delillerle desteklenmedikçe, babalığın ispatı için yeterli olmaz (YKD., 1981, C. VII, s. 1107).

¹²¹ AKINTÜRK, s. 397; ÖZTAN, s. 422; ŞENER, s. 1007; BGE 91 II 159; 98 II 264.

¹²² Her ne kadar Medenî Kanun’da babalığın imkânsızlığından, yani cinsel ilişki ile babalığın doğumu arasında illiyet bağının bulunmadığının ispatı ile karinenin çürütülebileceğinden söz edilmemiş olsa da, babalığı şüpheli olduğunun ispatının yeterli olduğu hallerde, imkânsızlığın karineyi çürüteceği kabul edilmektedir (2. HD., 18.10.1993, 8685/9405, (YKD., C. XII, s. 1799)); Buna karşılık İMK. m. 263/III, babalık karinesinin çürütülmesi için kural olarak, babalığın imkânsızlığının ispatını aramış, babalığın şüpheli olması durumunu da sadece davalının babalığının bir üçüncü kişiye oranla daha az ihtimal dahilinde olması haline bağlamıştır.

¹²³ Yeni ÖNTASARI da bu hükme yer verilmemiştir. Bu düzenleme yerindedir. Zira babalığın doğrudan doğruya ispatı, antropobiyolojik metotların gelişmesi sayesinde kesine yakın derecede mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla ananın iffetsizliği gibi bir iddiaya ve ispatı için uğraşmaya gerek yoktur.

açılabilir. Zira MK. m. 241 uyarınca evlilik devam ederken ana rahmine düşmüş olan çocuk sahih neseplidir. Dolayısıyla onun hakkında “sahih neseplilik” geçerlidir ve çocuğun babası, onu doğuran kadının kocasıdır¹²⁴.

G- Babalık Davası Sonucunda Verilen Hüküm

Babalık davası, evlilik dışında doğmuş olan çocuğun babasını tespit edebilmek amacıyla açılan bir davadır. Sonuçta baba ile çocuk arasındaki nesepliliğin hukukî olarak belirlenmesi mümkün olur.

Yargıtay da bir kararında¹²⁵, babalığın hükmen belirlenebilmesi için, tekniğin tüm imkânlarından yararlanılması, davalının kurtuluş beyyinesi olan her türlü benzemezlik testleri Adli Tıp Kurumlarında yapılması, baba ile çocuk arasındaki nesepliliğin kuşkuya yer bırakmayacak şekilde açığa çıkarılması gerektiğini içtihat etmiştir.

Babalık davası sonucunda, davanın malî sonuçlu veya şahsî sonuçlu babalık davası olmasına göre, hâkimin verdiği kararlar farklılık arzeder. Aşağıda her iki hali ayrı ayrı inceleyeceğiz.

1) Şahsî Sonuçlu Babalık Davası

Şahsî sonuçlu babalık davası sonucunda baba ile evlilik dışında doğmuş olan çocuk arasında bir neseplilik ilişkisi kurulmuş olur. Bu neseplilik, sahih olmayan neseptir. Bu kararlar çocuk, babasının soyadını ve vatandaşlığını kazanır, onun ailesine girer, babasının ve onun hısımlarının kanunî mirasçısı olur¹²⁶.

Ancak çocuk bakımından malî sonuçlu babalık davasına oranla daha elverişli sonuçlar doğuran bu davanın açılabilmesi için, sadece kadının evlilik dışı çocuğu doğurmuş olması yeterli değildir. Bunun dışında MK. m. 310’da sayılan istisnai hallerin de bulunması gerekir. Gerçekten, MK.m.310 uyarınca, şahsî sonuçlarıyla birlikte babalığa hükmedilebilmesi için, davalının anaya evlenme vadedinde bulunmuş olması veya cinsel ilişkinin bir cürüm teşkil etmesi veyahutta davalı babanın ana üzerindeki nüfuzunu kötüye kullanarak anayı cinsel ilişkiye

¹²⁴ AKINTÜRK, s. 400; ZEVLİLİLER/ACARBAY/GÖKYAYLA, s. 1110.

¹²⁵ 2. HD., 18.10.1993, 8685/9405, (YKD. , 1993, S.12, s. 1799); 2. HD., 18.5.1992, 9929/10547, (www.yargitay.gov.tr/cgi-bin/webglimpse/data/search/Glimpse/Emsal?query=neseplilik).

¹²⁶ ZEVLİLİLER/ACARBAY/GÖKYAYLA, s. 1111; AKINTÜRK, s. 400.

razı etmiş olması gerekir¹²⁷. Daha önce bu istisnâî hallere ek olarak, davalı babanın cinsel ilişki gerçekleştiği sırada evli bulunmaması şartı da vardı. Ama bu durum, 21.5.1981 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

2) Malî Sonuçlu Babalık Davası

Evlilik dışı çocuğun babası hukuken belli olduktan sonra babanın anaya ve çocuğa malî ödemelerde bulunmasına hükmedilir. Bu da, anaya tazminat ödenmesi, çocuğa ise nafaka verilmesi şeklinde ortaya çıkar¹²⁸.

Malî sonuçlu babalık davası, şahsî sonuçlu babalık davasında olduğu gibi bir takım şartlara bağlanmamıştır. Babalığın hukukî olarak belirlendiği hallerde bu dava ile malî ödemede bulunulması da talep edilebilir. Ayrıca malî sonuçlu babalık davasında çocuk ile baba arasında bir nesep ilişkisinin kurulması sonucu da doğmaz. Yani bu dava ile sadece malî sonuçlar doğar¹²⁹.

V. SAHİH OLMAYAN NESEBE BAĞLI SONUÇLAR

Sahih olmayan nesebe bağlı sonuçları ana ve baba bakımından ayrı ayrı incelemek gerekir. Ayrıca, ana babaya verilmiş olan hak veya ödevlerle ilgili olarak görevli mahkeme, çocuğun mallarının yönetimi ve mallardan yararlanma hakkı üzerinde de durmak gerekir.

A- Ana Yönünden Sonuçlar

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, evlilik dışında doğan çocuk ile anası arasında doğumla birlikte sahîh olmayan nesep bağlantısı kendiliğinden kurulmuş olur. Zira nesebi sahîh olmayan çocuğun anası doğuran kadındır.

Buna göre babası belli olmayan evlilik dışı çocuklarla, babası sadece malî sonuçlu babalık davası ile belli olmuş olan çocuklar, ananın şahsî statüsüne tâbi olurlar (MK. m. 311)¹³⁰.

¹²⁷ HGK., 29.1.1964, 2-723/92, (OLGAÇ, 1967, s. 255).

¹²⁸ AKINTÜRK, s. 402; Yeni ÖNTASARI m. 301'de, "babalık davası" adıyla bir tek dava düzenlenmektedir. Bu davayla evlilik dışı çocuk ile babası arasında nesep ilişkisi kurulmaktadır. Öte yandan İsviçre'de Medenî Kanun'da yapılan değişiklikle nesep ilişkisi kuran bir tek babalık davasına yer verilmiş, malî sonuçlu babalık davası kaldırılmıştır.

¹²⁹ AKINTÜRK, s. 403.

¹³⁰ OĞUZMAN/DURAL, s. 364.

MK. m. 311'deki "anasına kalan çocuk" tabiri ile, MK. m. 312 kapsamına girmeyen, yani tanıma ya da şahsî sonuçlu babalık hükmüyle bağlanmış olmayan çocuk ifade edilmiştir¹³¹. Buna göre çocuk anasının hısımlarının kan hısımlı olur, anasının soyadını ve vatandaşlık hakkını kazanır. Çocuk, gerek anasına gerek anasının hısımlarına karşı "sahih nesepli"¹³² bir çocuğun bütün hak ve ödevlerine sahip olur. Ananın ödevleri ise, tıpkı sahîh nesepli çocuğa karşı olan ödevler gibidir. Aynı şekilde ananın çocuğa karşı borçları da sahîh nesepteki şekildedir. Ancak ana evlilik dışı çocuk üzerinde velayet hakkını kanundan dolayı kazanamaz. Hâkim, çocuğun menfaati gerektirdiği takdirde, velayeti anaya verebilir. Aynı şekilde ananın çocuğun malları üzerindeki yönetim ve faydalanma hakları da kanundan doğmayıp, hâkim tarafından tayin edilir (MK. m. 314)¹³³.

Evlilik dışında doğan çocuğun ananın soyadını taşıması esasî ile ananın "bekarlık soyadı" anlaşılmalıdır¹³⁴. Aksi halde nesepl yönünden karışıklıklar ortaya çıkar. Örneğin kadının dul olması halinde, MK. m.141 gereği eski kocasının soyadını taşımaya devam ediyorsa, çocuğun, ananın hangi soyadını alacağı sorunu ile karşılaşılabilir. Aynı şekilde evli kadının evlilik dışında bir çocuk doğurması halinde, koca nesebi reddetmiş ama evliliği devam ettirmişse, yine çocuğun soyadının ne olacağı sorunu ortaya çıkabilir. İşte bu sebeple çocuğun ananın soyadını taşıması deyimi, kadının, evlenme dışında doğum, nesebin düzeltilmesi, evlat edinilme ya da MK. m. 26'ya göre değiştirme yoluyla sahip olduğu soyadı şeklinde anlamak gerekir. Eğer kadının soyadı evlat edinilme yoluyla değişmişse, reşit olmayan çocuğun soyadı da buna bağlı olarak değişir (MK. m. 257/IV). Aynı durum kadının soyadını MK. m. 26'ya göre değiştirmesi halinde de söz konusu olur. Ancak çocuk da sonradan haklı bir sebebin bulun-

¹³¹ TEKİNAY, s. 518; OĞUZMAN/DURAL, s. 364.

¹³² MK. m. 311'de "sahîh olmayan nesepl" denilmekte ise de bunun "sahîh nesepl" olması gerektiği doktrinde çoğunlukla kabul edilmektedir. VELİDEDEOĞLU, s. 452; EGGER, Art. 324, N. 10; AKINTÜRK, s. 412; GÖNENSAY, s. 118; OĞUZOĞLU, s. 298; TANDOĞAN, s. 213; BELGESAY, s. 294; SAYMEN/ELBİR, s. 465; TEKİNAY, s. 520; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 284; FEYZİOĞLU, s. 525, dn. 193b; OĞUZMAN/DURAL, s. 364; KOÇ, s. 541; Aksi görüş için, BERKİ, Şakir, Türk Medenî Kanununda Zina ve Fücür Mahsulü Çocukların Tanınması ve Neseplerinin Tashihi, AÜHFD., C. 28, S. 1-4, s. 301-307, Ankara 1971, s. 301, dn. 2.

¹³³ TEKİNAY, s. 519; FEYZİOĞLU, s. 524; AYİTER, Değerlendirme, s. 47; AKINTÜRK, s. 372; OĞUZMAN/DURAL, s. 324; HATEMİ/SEROZAN, s. 375; BURCUOĞLU, s. 679; 8.HD., 16.3.1976, 5641/2114, (YKD., 1977, S. 1, s. 58); 11.HD., 10.06.1976, 2696/3127, (YKD., 1978, S. 9, s. 1497).

¹³⁴ TEKİNAY, s. 519; OĞUZMAN / DURAL, s. 365.

ması halinde, MK. m. 26'ya göre soyadının değiştirilmesi için mahkemeye başvurulabilir¹³⁵.

Çocuk ananın ve onun mirasçılarının kanunî mirasçısı olur, hatta bu mirasçılık aynen sahih nesepli olan çocukların mirasçılığı gibidir (MK. m. 443).

B- Baba Yönünden Sonuçlar

1) Genel Olarak

Tanıma veya şahsî sonuçlu babalık davası sonunda çocuk ile babası arasında meydana gelen sahih olmayan nesep bağı ile çocuk, babanın şahsî statüsüne girer. Bu durumda çocuk ile ilgili olarak birtakım sonuçlar doğar. Bunlar çocuğun soyadı, vatandaşlığı, ikametgâhi, mirasçılığı ve velayeti gibi sonuçlardır (MK. m. 312).

2) Soyadı

Evlilik dışında doğan çocuklar babanın soyadını alırlar. Babanın soyadını taşımak çocuğun hem hakkı hem de ödevidir. Bu bakımdan çocuk, MK. m. 311'e göre, o tarihe kadar taşımakta olduğu ananın soyadını bırakmak zorundadır.

Bir yazar¹³⁶, ananın ve çocuğun tanımaya itiraz etmeleri veya tanımının hükümsüz olabileceği ihtimalinin MK. m. 312'de öngörülmediğini, çocukla babası arasında sahih olmayan nesep bağına tanımaya kurulması durumunda itiraz süresi geçmeden çocuğun soyadının değiştirilemeyeceğini savunmuştur. Yine yazar, çocuğun, babalık davasında baba olduğunu devamlı olarak reddeden ve çocuğa karşı nefret hisleri besleyen bir kimsenin soyadını taşımak zorunda kalmasının da düşünülmesi gerektiği ve hâkimin babalığa karar verirken, ana ve çocuğun talebi üzerine, çocuğun soyadını değiştirme yetkisini de vermesinin yerinde olacağını ifade etmiştir.

Babanın temyiz kudretini kaybetmesi sebebiyle çocuğun büyükbabası tarafından tanınması halinde de, çocuk yine evlilik dışı babanın soyadını alır¹³⁷.

¹³⁵ OĞUZMAN/DURAL, s. 365; (BGE 100 II 290; 70 I 222).

¹³⁶ TEKİNAY, s. 561.

¹³⁷ OĞUZMAN/DURAL, s. 367.

Eğer çocuk babanın ölümü sebebiyle büyükbaba tarafından tanınmışsa, babanın ölüm tarihindeki soyadını alır¹³⁸.

Babanın soyadını değiştirmesi durumunda, tıpkı evlilik içinde doğan çocuklarda olduğu gibi ona bağlı reşit olmayan çocuğun da soyadını değiştirir. Aynı şekilde babanın evlat edinilmesi sebebiyle soyadının değişmesi sonucunda, ona bağlı reşit olmayan çocuğun soyadı da kendiliğinden değişir¹³⁹.

3) Vatandaşlık

Evlilik dışında doğan çocuklar da babanın vatandaşlık haklarını kazanırlar. Yani çocuğun Türk babadan olması, Türk vatandaşı olması için yeterlidir. Ancak bu hükmün uygulanması için, nesebin düzeltilmesi, babalığın hükümle gerçekleşmesi veya tanıma yollarından biriyle bir Türk vatandaşına bağlanması gerekmektedir¹⁴⁰.

4) Hısımlık

Çocuk ile baba arasında sahih olmayan nesep bağının kurulmasıyla birlikte çocuk ile hem babası hem de babasının hısımları arasında hısımlık ilişkisi de kendiliğinden doğar¹⁴¹.

5) İkametgâh

Evlilik dışında doğan çocukların velayeti babaya tanınmış ise, onun ikametgâhi kanundan dolayı çocuğun da ikametgâhi sayılır.

6) Mirasçılık

Evlilik içi doğan çocuklar ana babasının birinci dereceden kanunî mirasçısı ve aynı zamanda mahfuz hisseli mirasçısı olurlar (MK. m. 439, 453/b.1). Feragat (MK. m. 475), ıskat (MK. m. 457) ve mahrumiyet (MK. m. 520) dışında sahih nesepli çocuğun bu haktan faydalanması engellenemez¹⁴².

¹³⁸ OĞUZMAN/DURAL, s. 367.

¹³⁹ OĞUZMAN/DURAL, s. 367.

¹⁴⁰ TEKİNAY, s. 561; AKINTÜRK, s. 407; OĞUZMAN/DURAL ise, bu hükmün uygulanması için, malî sonuçlu babalık davası ile babanın tespit edilmiş olmasının yeteceğini ifade etmektedir (s. 367).

¹⁴¹ AKINTÜRK, s. 407; BERKİ, Durumlar, s. 99.

¹⁴² OĞUZMAN/DURAL, s. 269.

14.11.1990 yılına kadar, evlilik içinde doğan çocukların faydalandığı kanunî mirasçılıktan, evlilik dışında doğan, diğer bir deyişle sahih olmayan nesepli çocuklar yararlanamıyorlardı. MK. m. 443, Anayasa Mahkemesi tarafından 11.9.1987 tarih ve 1/18 sayılı kararıyla eşitlik, ailenin ve miras hakkının korunmasıyla ilgili Anayasa hükümlerine (m. 10, 35, 41) dayanmak suretiyle iptal edildi. Gerçekten MK. m. 443/T'deki "evlilik dışı çocuğun baba yönünden mirasçı olabilmesi için tanıma veya şahsî sonuçlu babalığa hüküm verilmiş olması" şartını içeren ikinci cümle iptal edilmiş, böylelikle de evlilik içi-evlilik dışı çocuklar arasındaki eşitsizlik giderilmiştir. Zira Anayasa Mahkemesi'nin bu iptal kararı ile Türk Hukukunda baba yönünden evlilik dışı çocukların mirasçılığı baba ile arasında kurulacak sahih olmayan nesep bağına bağlı olmaktan çıkmıştır. Mirasçılık açısından MK. m. 443'de yer alan sahih, sahih olmayan nesep ayrımı ortadan kalkmış ve çocuğun bu babadan olduğuna dair herhangi bir tespit kararı yeterli kabul edilmiştir¹⁴³. Ancak bu kural 3678 sayılı kanunla yapılan değişikliğe kadar devam etmiştir. Daha sonra MK. m. 443, 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı Kanun'la yeniden düzenlenerek, "nesebi sahih olmayan hısımlar, nesebi sahih hısımlar gibi mirasçılık hakkını haizdir" hükmü getirilmiştir¹⁴⁴. Değişiklik, mirasçılıkta, çocukla baba arasında sahih ya da sahih olmayan nesep bağının kurulması şartını korumuştur. Bunun sonucu olarak, evlilik dışı çocukların baba yönünden mirasçı olabilmeleri için, babanın ne surette belirleneceği hususu açık kalmıştır¹⁴⁵. Aynı şekilde kanunda hâlâ malî sonuçlu babalık davasının yer alması bir takım sorunların devam ettiğinin göstergesidir¹⁴⁶.

Belirttiğimiz sorunun çözümü ile ilgili olarak doktrinde çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Bir görüşe¹⁴⁷ göre, evlilik dışı çocukların mirasçılığında, artık

¹⁴³ **KILIÇOĞLU**, Ahmet, Evlilik Dışı Çocukların Mirasçılığı, Faruk Erem Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 1999, s. 450.

¹⁴⁴ Yargıtay HGK., 29.6.1994, 2-244/465 sayılı kararı ile, "nesepsiz çocukların da Anayasa Mahkemesinin kararı doğrultusunda mirasçı olacaklarını" kabul etmiştir (YKD., 1994, S.10, s. 1586).

¹⁴⁵ **OĞUZMAN**, Kemal, Evlilik Dışı Çocukların Babalarına Mirasçılığı Sorunu, İlhan Öztrak'a Armağan, AÜSBFD., C. 49, Ankara 1994, s. 304; **AKINTÜRK**, s. 408; **OĞUZMAN/DURAL**, s. 372.

¹⁴⁶ **BURCUOĞLU**, s. 691.

¹⁴⁷ **AYİTER**, Nuşin / **KILIÇOĞLU**, Ahmet, Miras Hukuku, B.2, Ankara 1991, s. 53; **İMRE**, Zahit / **ERMAN**, Hasan, Miras Hukuku, İstanbul 1993, s. 32/33; **ERMAN**, Hasan, Evlilik Dışı Çocuğun Mirasçılığı, İBD., C. 62, S. 7-8-9, İstanbul 1988, s. 437; **BURCUOĞLU**, s. 691; Ayrıca **KILIÇOĞLU**, "evlilik dışı çocukların baba yönünden

nesep bağı şartı aranmadan çocuğun babaya ait olduğunu belirleyen, herhangi bir tespit hükmü yeterlidir. Hatta bu husus murisin ölümünden sonra veraset için açılacak davada da sağlanabilir.

Bir başka görüşe¹⁴⁸ göre, MK. m. 443/I c.2'nin iptal edilmiş olması halinde dahi, evlilik dışı doğan çocuğun babası tarafından miras payı alabilmesi için, evlilik dışı çocukla baba arasındaki hukukî nesep bağının nasıl kurulacağı konusundaki Medenî Kanun hükümleri yürürlüktedir. Dolayısıyla evlilik dışı çocuğun baba tarafından miras alabilmesi için hukukî nesep bağının yasal kural- lar çerçevesinde oluşmuş olması gerekir. Anayasa Mahkemesinin kararına göre, malî sonuçlarıyla babalığa hüküm ile ortaya çıkan tabii nesep bağının mirasçılık için yeterli olduğu ileri sürülebilir. Ancak, Medenî Kanunun hukukî nesep bağı- nın nasıl kurulacağını belirleyen düzenlemeleri yürürlükte olduğu sürece, malî sonuçlarıyla babalığa hükmün mirasçılık için yeterli olmaması gerekir. Türk Medenî Kanununun konuya ilişkin diğer hükümleri yürürlükte kaldığı sürece, evlilik dışı çocuğu baba yönünden sahih olmayan nesepli kılan bir tanıma işlemi ya da şahsî sonuçlu babalık kararı bulunmadıkça, onun şu veya bu yoldan baba- sıyla onun hısımlarına yasal mirasçı olabilmesi mümkün değildir.

Bizim de katıldığımız bir üçüncü görüşe göre ise¹⁴⁹, MK. m. 443/I cümle 2'nin iptali karşısında artık evlilik dışı çocuğun baba tarafından mirasçılığı için şahsî sonuçlu babalığa hüküm (MK. m. 310) ile babasına bağlanmasını şart kıl- manın mümkün olmadığını, fakat babanın hukuken belli olması için malî sonuç- lu da olsa babalık davasında (MK. m. 295 vd.) verilmiş bir hükmün gerekli ol- duğunu kabulü etmek yerindedir. Bu çözüm, Anayasa Mahkemesi kararının ge- rekçesinde de ifade edilen görüştür. Gerçekten Kararda "Medenî Kanunun 443. maddesinin birinci fıkrası uyarınca nesebi sahih olmayan hısımların ana tarafın- dan nesebi sahih olan hısımlar gibi mirasçı olma durumları devam edecek, bun- lar da baba yönünden Medenî Kanunun 290. maddesine göre tahakkuk eden ba- balarına mirasçı olabileceklerdir." şeklinde bir gerekçe yer almaktadır.

Görüldüğü gibi evlilik dışında doğan bir çocuğun baba tarafından miras- çılığı için tanıma dışında hiç değilse babalık davasında verilmiş olan malî sonuç- lu bir hükümle babanın hukukî olarak belirlenmesi, Anayasa Mahkemesince zo-

mirasçılığında, babaya nesep bağıyla bağlı olması ve sahih olmayan nesep ayrımı esasından vazgeçilmesi, çocukla tabii baba arasında herhangi bir tespit kararının dahi yeterli olması'nın ideal çözüm olduğunu belirtmiştir (Mirasçılık, s. 452).

¹⁴⁸ **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s. 285,287; **KOÇİSARLIOĞLU**, Cengiz, Salt Biyolojik Babalık ve Yasal Mirasçılık, AHFD., 1991-1992, C. 42, S. 1-4, s. 156-157.

¹⁴⁹ **OĞUZMAN**, s. 50; **OĞUZMAN/DURAL**, s. 374; **AKINTÜRK**, s. 409; **OĞUZMAN**, Mirasçılığı Sorunu, s. 306; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip, Miras Hukuku, 2. ve 3. Basılara Ek Kitap, İstanbul 1992, s. 11.

runlu olan bir yol olarak kabul edilmiştir. Yani böyle bir hüküm mirasçılığın sağlanması için yeterlidir. Aksi halde babalık davasındaki usule uygun olarak malî sonuçlu bir hükümle hukuken belli olmuş bir çocuğun, MK. m. 310'daki özel şartlar oluşmadı diye babasına mirasçı olamayacağını kabul etmek Anayasa Mahkemesinin iptal kararına aykırı düşer¹⁵⁰.

Bu görüş doğru bir çözüm olarak ifade edilse de, bir takım eleştiriler¹⁵¹ de ileri sürülmüştür. Gerçekten, kan hısımlarının mirasçılığının söz konusu olduğu kanunî mirasçılıkta, şahsî sonuçları ile babalık hükmü bulunmayan, bu sebeple de babası ile arasında hukukî nesep ilişkisi kurulmamış çocuğun nasıl olup da kanunî mirasçı sıfatını elde ettiği sorusunun cevapsız kalmış olduğu ifade edilmiştir. Ancak bir yazar¹⁵², evlilik dışı çocuğun babası ile nesep bağının kurulmasının tanıma veya bir mahkeme kararının bulunmasına bağlı olduğu, Anayasa Mahkemesi Kararında MK. m. 290'a yapılan atıf sebebiyle de, evlilik dışı nesep bağının baba yönünden tahakkukunu sağlayacak olan hükmün şahsî sonuçlu babalığa hüküm olmasında bir zorunluluk bulunmadığını ifade ederek bu eleştiriye karşı çıkmaktadır. Zira mahkeme kararı kan hısımlığını ifade eden bir hısımlık kurmaz, sadece varlığını hukukî olarak tespit eder. Şahsî sonuçlu babalık hükmü çocuğun statüsü açısından önem taşımakta olup, hısımlığın tespitini sağlamaz.

Her üç görüş de, evlilik dışı çocuğun baba yönünden mirasçı olabilmesinin babanın hukuken belirlenmesine bağlı olduğunu kabul etmekte, ancak belirlenmenin nasıl olması gerektiği konusunda ayrılmaktadır¹⁵³.

Bu görüş farklılıkları Yargıtay kararlarına da yansımıştır. Yargıtay, evlilik dışında doğmuş olan bir çocuğun baba yönünden mirasçı olabilmesi için, çocuk ile baba arasında sahih olmayan nesep bağının kurulmuş olmasının şart olduğunu, bunun da tanıma veya babalık hükmü ile tesis edileceği, aksine malî sonuçlu babalık davası sonucunda verilen kararlar böyle bir bağın kurulmadığını ve çocukların mirasçı olamayacağını içtihat etmiş idi¹⁵⁴. Bununla beraber zaman içerisinde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, konuyu Anayasa

¹⁵⁰ OĞUZMAN/DURAL, s. 374.

¹⁵¹ Bu görüşe katılmakla birlikte bu eleştiri KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 11; AKINTÜRK, s. 409 tarafından getirilmiştir.

¹⁵² OĞUZMAN/DURAL, s. 375.

¹⁵³ AKINTÜRK, s. 409.

¹⁵⁴ 2. HD., 26.4.1993, 603/4179, (YKD., 1993, S. 6, s. 850 vd.).

Mahkemesinin iptal kararı ile güdülen amaç ve Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerden¹⁵⁵ hareketle çözüme kavuşturmak zorunda kalmıştır. Bu sebeple kanun koyucu çocukların baba yönünden mirasçılığı için sahih nesep ve sahih olmayan nesep ayırımı ortadan kaldıracak şekilde bir düzenleme yapmayı amaçlamalıdır. Dolayısıyla sahih olmayan nesep bağının kurulması için şahsî sonuçlu babalık davası ve malî sonuçlu babalık davası ayırımının da gereksiz olduğuna işaret etmiş ve her iki durumda da çocuğun babasının aynı usullere göre tespit edilerek, sahih olmayan nesep bağı kurulacağını ifade etmiştir.

Türk Hukukunda bu şekilde tartışmaların ortaya çıkmasında temel neden iki türlü babalık davasının varlığından kaynaklanmaktadır. İsviçre'de hem iki türlü babalık davası, hem de İsviçre Medenî Kanununun, Medenî Kanunumuzun 443. maddesini karşılayan 461. maddesi, 25 Haziran 1976 tarihinde yapılan değişiklikle kaldırılmış, şahsî sonuç doğuran bir tek babalık davasına yer verilmiştir¹⁵⁶. Aynı düzenleme hem 1984 tarihli Öntasarıda hem de 1998 tarihli Öntasarıda önerilmektedir¹⁵⁷.

7) Evlenme Yasağı

MK. m. 92'de birbirleriyle evlenmeleri yasak olan bütün kan ve sıhrî hısımları sayılmıştır. Buna göre, nesep sahih olsun olmasın, usul ve fûru (üstsoy ve altsoy) arasında; tam kan veya yarım kan kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenler arasında evlenme yasaktır. Bu yasağa girenlerin hepsi kan hısımlarıdır (b. 1). Bunun gibi karı ile kocanın usul ve fûru ve koca ile karının usul ve fûru arasında da evlenme yasağı vardır. Bu yasak sıhrî hısımları kapsamaktadır (b. 2).

MK. m. 92'de belirtilen 1. ve 2. bent içinde sayılanların evlenmeleri kesin olarak yasaklanmıştır.

¹⁵⁵ Bu milletlerarası sözleşmelerin en sonuncusu 20 Kasım 1989 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda kabul edilen 186 devletin taraf olduğu Çocuk Haklarına Dair Sözleşmedir. Bu sözleşme 14 Eylül 1990 tarihinde Türkiye tarafından imzalanmış, 9.12.1994 tarih ve 4058 sayılı kanunla onaylanarak 11.12.1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme temel olarak, çocuğun yararını korumayı, çocuğun ana babasını bilmesini ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olmayı düzenlemiştir (ERDOĞAN, İhsan, Evlilik Dışı Çocuğun Tabii Babası Kolu Hısımlarına Mirasçı Olması ve Baba Kolu Hısımlarının Ona Mirasçı Olması, GÜHFD., C. II, S. 1-2, s. 35-43, s. 433-443, Ankara 1998, s. 41).

¹⁵⁶ OĞUZMAN, s. 46; AKINTÜRK, s. 409; KILIÇOĞLU, Mirasçılık, s. 450.

¹⁵⁷ Artık çocuk ile babası arasındaki soybağının mahkemece belirlenmesine yönelik bir tek babalık davası vardır (Öntasarı m. 301)

8) Nafaka Yükümü

Kanunumuz evlilik içinde doğmuş olan çocuğun ana babasına m. 261'de bir takım ödevler yüklemiştir. Bunlar, çocuğun bakımı ve eğitimi için gerekli giderleri yapma ödevidir. Gerçekten MK. m. 261'e göre, çocuğun bakım ve eğitimi için gereken masrafları karşılamak velayet hakkına sahip olup olmadıklarına bakılmaksızın ana babaya aittir. Başka bir ifadeyle, ana baba velayet hakkına sahip olmasa dahi bu giderleri yapmakla yükümlüdür (MK. m. 277).

Evlilik dışında doğan çocuklarda da baba ile çocuk arasında sahih olmayan nesep bağının kurulması ile, MK. m. 315 de düzenlenmiş olan yardım nafakasını babanın çocuğa verme zarureti doğar. Buradaki nafaka, malî sonuçlu babalık davası sonunda babanın çocuğa vermek zorunda olduğu iştirak nafakası değil, MK. m. 315 deki yardım nafakasıdır¹⁵⁸. Ancak evlilik dışında doğmuş olan çocuk, babası hukuken belli olmadığı sürece, yani tanınmadığı ya da mahkeme kararı ile hüküm verilmediği müddetçe, tabii babadan ve onun usulünden nafaka isteyemez. Buna karşılık ana ve usulünden isteyebilir. Zira baba ile çocuk arasında hukukî nesep kurulmazdan önce doğumla usul-fürü hısımlığı meydana gelmemesine rağmen, ana ile çocuk arasında bu tür bir ilişki doğumla kendiliğinden oluşmaktadır¹⁵⁹. Doktrinde MK. m. 315 de usul-fürü hısımlığından değil, sadece usul-füruluktan sözedilmiş olduğu, bu sebeple evlilik dışı çocuk tanınmamış veya şahsî sonuçlarıyla birlikte babalığa hükmedilmiş olmasa dahi tabii baba arasında nafaka yükümünün kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁶⁰.

9) Velayet

Küçüklerin ve istisnaî olarak da kısıtlı olan çocukların bakım ve korunmalarını sağlamak için, gerek mallarına ve gerekse şahıslarına yönelik özen gösterme ve onları temsil etme konusunda kanunun ana babaya yüklediği ödevler ile bu ödevlerin iyi bir şekilde yapılmasını sağladığı hakların tümüdür¹⁶¹. Vela-

¹⁵⁸ AKINTÜRK, s. 410.

¹⁵⁹ 2. HD., 1.11.1954, 4818/5047, (YAZICI / ATASOY, s. 688, N. 1218); VELİDEDEOĞLU, s. 457; FEYZİOĞLU, s. 576; SAYMEN/ELBİR, s. 469; ÖZTAN, s. 444; TANDOĞAN, s. 218; BELGESAY, s. 297.

¹⁶⁰ TEKİNAY, s. 590; BERKİ, s. 256.

¹⁶¹ TEKİNAY, s. 483; AKINTÜRK, s. 343; FEYZİOĞLU, s. 503; OĞUZMAN/DURAL, s. 272; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 246; SAYMEN/ELBİR, s. 368; ZEVLİLER/ACARBAY/GÖKYAYLA, s. 1117.

yete kural olarak, küçük olan veya bazen de reşit olmasına rağmen, kısıtlı bulunan çocuklar tâbidirler. Velayet hakkı MK. m. 262 gereği ana babaya tanınmıştır. Aynı şekilde evlat edinenin de evlatlık üzerinde velayet hakkı vardır (MK. m. 257). Çocuk üzerinde ana baba dışında hiç kimsenin velayet hakkı yoktur. Bir başka ifadeyle, büyük ana ve büyük baba dahil olmak üzere, ne kadar yakın olursa olsun hiçbir hısım çocuğun velayet hakkına sahip olamaz¹⁶². Oysa günlük hayatta zaman zaman ağabeyin, büyük babanın, amcanın, dayının, çocuğun velisi olduğu söylenir. Burada kastedilen, öğrenci olan çocuğun okulda velisi olmaktır. İncelemekte olduğumuz teknik anlamdaki velayete sahip olmak değildir¹⁶³.

Evlilik içinde doğmuş olan çocuklar üzerinde ana babanın velayet hakkı kanun gereği kendiliğinden doğar. Bunun istisnası, çocuk daha doğmadan, velayet hakkı ana baba ya da bunlardan birinden nez edilmiş ise, MK. m. 274/II gereği, nez ileride doğacak çocukları da kapsadığı için, çocuğa bir vasi atanmasıdır¹⁶⁴.

Ana babanın velayet hakkı, evlilik devam ederken ya da evlilik sona erdikten sonra üç yüz gün içinde doğan çocuklar üzerinde doğumla kazanılmakta, nesebi düzeltilen çocuklar üzerinde ise, ana babanın evlenme töreninin yapıldığı veya mahkeme kararının kesinleştiği anda kazanılır. Aynı şekilde evlatlık üzerindeki velayet hakkı da, kanun gereği evlat edinene tanınmış olup (MK. m. 257), evlatlık sözleşmesi ile birlikte kazanılır.

Kanun, velayet hakkını kullanma yetkisini evlilik devam ettiği sürece, ana babanın her ikisine tanımıştır (MK. m. 262, 263). Yani ana baba çocuğun şahsını koruma ve malını yönetme gibi konularda birlikte hareket ederler. Ancak ana baba, velayetin kullanılmasını ilgilendiren bir konuda anlaşamazlarsa, babanın oyu üstündür (MK. m. 262/c.2).

¹⁶² OĞUZMAN/DURAL, s. 273, dn. 702; HEGNAUER'da, boşanmış eşlerin yeniden evlenmeleri halinde, velayet hakkı hâkim kararı ile daha önce boşanan eşlerden birine verilmiş ise, yeniden evlenme ile diğer eşin de kendiliğinden velayet hakkını kazanacağını, buna karşılık, çocuğa bir vasi atanmışsa, tarafların yeniden evlenmeleri sonucu velayete kendiliğinden sahip olamayacaklarını, bunun için vesayetin kaldırılması gerektiğini ifade etmiştir (Art. 273, N. 42, bu görüş için bkz. OĞUZMAN/DURAL, s. 273, dn. 702).

¹⁶³ AKINTÜRK, s. 344.

¹⁶⁴ OĞUZMAN/DURAL, s. 273.

Evlilik dışı doğmuş olan çocuklar üzerindeki ana babanın velayet hakkı, kanundan değil, hâkimin ana ya da babaya bu yetkiyi vermesi ile doğar¹⁶⁵. Tanıma veya şahsî sonuçlu babalık davası sebebiyle çocuk ile baba arasında sahil olmayan nesep bağının kurulmasıyla birlikte velayet kendiliğinden babaya geçmez¹⁶⁶. Zira çocuk, doğumla beraber anasının velayeti altına da girmez. Velayetin ana veya babaya verilmesi için ancak hâkimin çocuğun çıkarını gözönünde bulundurarak karar vermesi gerekmektedir. (MK. m. 312 son cümle). Hatta hâkim velayeti ana veya baba dışında bir başka kişiye, tayin edeceği bir vasiye de verebilir. (MK. m. 298/son cümle)¹⁶⁷.

Hâkim, evlilik dışı çocuğun menfaati gerektiriyorsa, velayeti anaya verebilir (MK. m. 311). Yoksa ana velayetin kendisine verilmesini talep edemez¹⁶⁸. Velayetin anaya verilmesi, babanın hukuken belli olması halinde dahi mümkündür (MK. m. 312). Başka bir ifadeyle, çocuğun babaya velayetinin verilmesi, sadece babalığın hukuken belirlenmiş olması halinde mümkün iken, baba ister belirlenmiş ister belirlenmemiş olsun velayet, anaya verilebilir¹⁶⁹.

Çocuğun velayeti kendisine verilen ana velayete bağlı hak ve yetkilere sahip ve yükümlülüklerle de tâbi olur. Velayetin anaya verilmiş olması, ananın kendiliğinden çocuğun malları üzerinde yönetim ve yararlanma haklarını da kazanması sonucunu doğurmaz. Mahkeme MK. m. 314 gereğince velinin çocuk üzerinde sahip olacağı hakları tayin eder. Öncelikle hâkim, ana ve çocuğun durumunu, ananın velayet hakkını gereği gibi kullanmaya ehil olup olmadığını, her olayın özelliklerine göre değerlendirip karar vermelidir¹⁷⁰. Velayetin babaya verildiği durumlarda da aynı kıstaslar geçerlidir.

¹⁶⁵ 8. HD., 16.3.1976, 5641/2114, (YKD., 1977, S. 1, s. 58); 11. HD., 10.6.1976, 2696/3127, (YKD., 1978, S. 9, s. 1497); 2. HD., 29.9.1964, 2501/4090, (YAZICI / ATASOY s. 1180); 2.HD., 24.2.1997, 1305/1953, (www.yargitay.gov.tr/cgi-bin/webglimpse/data/search/Glimpse/Emsal?query=nesepe).

¹⁶⁶ 2. HD., 12.11.1981, 6777/6997, (İBD., 1983, S. 10-12, s. 533); 2. HD., 11.3.1993, 1568/2435, (YKD., 1993, S.11, s. 1636).

¹⁶⁷ BERKİ, Durumlar, s. 95.

¹⁶⁸ EGGER, Art. 324, N.18; OĞUZMAN/DURAL, s. 368.

¹⁶⁹ AKINTÜRK, s. 410.

¹⁷⁰ OĞUZMAN/DURAL, s. 368; AKINTÜRK, s. 410; KOÇ, s. 540.

Velayetin anaya verilmesi gibi alınması da yine hâkimin takdirine bağlıdır. Eğer hâkim gerekli görürse, MK. m. 274'deki velayetin nezi ile ilgili şartlar bulunmasa da velayeti anadan alabilir. Çünkü önemli olan çocuğun çıkarlarına uygun olarak velayetin verilmesidir. Çocuğun çıkarları velayetin anadan alınmasını gerektiriyorsa, hâkim bu kararı verebilir¹⁷¹.

Hâkim, çocuğun velayetini babaya da verebilir (MK. m. 312). Yine velayetin babaya verilmesinde çocuğun menfaati gözönünde bulundurulmalıdır. Bu takdirde hâkim, çocuğun malları üzerindeki baba ve ananın sahip olacağı hakların kapsamını da tayin etmesi gerekir (MK. m. 314).

Ana ve çocuğun tanıma ya da şahsî sonuçlu babalık hükmüyle bağlandığı babanın, velayet hakkını birlikte kullanmaları mümkün değildir. Ancak hâkim, çocuğun belli bir yaşa kadar ananın, bu yaştan sonra da babanın velayeti altında kalmasına karar verebilir. Bu hüküm, MK. m. 313/c.2'de düzenlenmiştir. Buna göre "mahkeme, doğrudan doğruya veya ananın talebi üzerine; çocuğun, muayyen bir yaşa kadar ananın ve bu yaştan sonra babanın velayeti altında kalmasını emredebilir".

Görüldüğü gibi hâkim velayetin taksimini kendiliğinden yapabileceği gibi, ananın talebi ile de yapabilir. Her ne kadar maddede babaya böyle bir talep hakkı verilmemişse de, hâkim babaya da çocuğun velayetini verebilir. Yine madde metninden çıkarılabilecek bir başka sonuç da, zaman yönünden velayetin öncelikle anaya verilmesi gerektiğidir¹⁷². Burada hâkimin gözönünde bulunduracağı husus, çocuğun menfaatidir. Örneğin hâkim babanın çocuğa daha iyi bir eğitim ve öğretim imkânı sağlayabileceği kanaatine ulaşırsa, çocuğun öğretim yaşına kadar ananın yanında, bundan sonra da babanın yanında kalmasına karar verebilir¹⁷³.

Hâkim, çocuğun ana veya babasının velayeti altına konulmasını, onun çıkarı açısından yararlı görmezse, ona bir vasi tayin eder. Gerçekten MK. m. 298/son cümleye göre, "...mahkeme, çocuğun ana veya babanın velayeti altında bırakılmasını faydalı görmezse kayyım yerine bir vasi tayin eder". Vasi atama ile ilgili olarak MK. m. 363 vd. hükümleri uygulanır. Hatta kendisine velayet verilmiş olan ana veya baba da, çocuğun vasisi olarak atanabilir (MK. m.

¹⁷¹ OĞUZMAN/DURAL, s. 368.

¹⁷² EGGER, Art. 326, N. 3.

¹⁷³ AKINTÜRK, s. 411; OĞUZMAN/DURAL, s. 369.

364). Ancak bu atama için hâkimin bu kişilerin çocuğun vasiliği görevini yapabilecek derecede ehil olduklarına kanaat getirmesi gerekir¹⁷⁴.

MK. m. 313/c.1, çocuğun velayetinin hâkim tarafından babaya verilmiş olması halinde, ananın çocukla şahsî ilişkilerini devam ettirmesine izin vermektedir. Ancak böyle bir hükmün yetersiz olduğu doktrinde kabul edilmektedir. Çünkü velayetin babaya verilmiş olması halinde, anaya böyle bir hak verilmişken, velayetin anaya verildiği durumlarda, babaya böyle bir hakkın verilip verilmeyeceği açık değildir. Aynı şekilde çocuğun vesayet altına konulduğu hallerde de, ne babanın ne de ananın böyle bir hakka sahip olmadıkları madde metninden ortaya çıkan hükümdür.

Doktrinde¹⁷⁵ baskın görüş, öncelikle velayet babada iken ananın şahsî ilişki kurma hakkına sahip bulunması, buna karşılık velayet anada iken babanın böyle bir hakkının bulunmamasının eşitliğe aykırı ve isabetsiz olduğu yönündedir. Diğer taraftan, çocuğun vesayet altında bulunması durumunda hem ananın hem de babanın çocuk ile şahsî ilişki kurmasının engellenmiş olması da savunulamaz. Bu yüzden kanunda bir boşluk olduğu kabul edilerek boşluğun MK. m. 313 cümle 1 kıyasen dikkate alınarak doldurulması ve velayet hakkına sahip bulunmayan ana gibi, tanıma ya da şahsî sonuçlu babalık hükmüyle çocuğun bağladığı, fakat velayet hakkına sahip bulunmayan babaya da çocukla arasında şahsî ilişki kurmayı talep hakkı tanınmalıdır.

Böyle bir talep sonrasında hâkim tamamen çocuğun çıkarlarını gözeterek karar vermek zorundadır. Gerekirse bu talebi reddeder. Ancak talebe uygun karar vermesi halinde de, kurulacak şahsî ilişkinin kapsamını, süresini ve nerede olacağını da belirlemelidir. Burada MK. m. 148/II'den kıyasen yararlanabilir¹⁷⁶.

¹⁷⁴ OĞUZMAN/DURAL, s. 368; AKINTÜRK, s. 411.

¹⁷⁵ 2.HD., 1.3.1993, 1926/2842, (YKD., 1993, S. 8, s. 1163). OĞUZMAN/DURAL, s. 370/371; VELİDEDEOĞLU, s. 450; FEYZİOĞLU, s. 571; SAYMEN/ELBİR, s. 462; GÖKTÜRK, s. 461; TEKİNAY, s. 564; HATEMİ/SEROZAN, s. 397; ÖZTAN, s. 440; AKINTÜRK, s. 412.

¹⁷⁶ OĞUZMAN/DURAL, s. 371; 2.HD., 18.9.1992, 7547/8176, "Tanınan çocuk hakkında da velayet düzenlemesi yapılmalı ve MK. m. 148/3 kıyas yolu ile uygulanmalıdır. Davacı ile küçük arasında nesep ilişkisi tanıma ile teessür etmiştir. Bu durumda mahkeme çocuğu ana veya babanın velayeti altında bırakılmasını faydalı görmezse bir vasi nasbedebilir. (MK. m. 298). Ancak bu hal ana veya babanın çocukla şahsî ilişkisini de engellemez. MK. m. 148/3 hükümleri kıyas yolu ile uygulanarak, koruyucu aile ile çocuğun huzuru bozulmayacak şekilde davacının çocukla şahsî ilişkisinin kurulmaması

10) Babanın Ödevleri

Evlilik dışında doğmuş olan çocuğa karşı babanın ödevleri, evlilik içinde doğmuş olan çocuklara karşı olan ödevleri gibidir. Yani evlilik dışında doğmuş olan çocuk babaya sahil olmayan nesep bağı ile bağlanmışsa, babanın ona bakma ve yetiştirme yükümlülüğü doğmaktadır. Bu sebeple, velayet babaya verilmiş olsa bile babanın bu ödevleri yine de vardır.¹⁷⁷

11) Çocuğun Mallarının Yönetimi Ve Yararlanma Hakkı

Çocuk, miras intikali veya bağış gibi sebeplerle bir takım mallara sahip olmaktadır. Medenî Kanunumuz velayet hakkına sahip bulunan ana ve babaya, çocuğun bu şekildeki mallarını yönetme ve onlardan yararlanma hakkını tanımıştır (MK. m. 278, 280).

Ana baba velayet hakkı devam ettiği müddetçe çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip olmaktadır (MK. m. 278). Velayet hakkının sona ermesi ile, ana babanın bu hakkı da sona erer. Gerçi çocuğun mallarını yönetmek, hak olduğu kadar, ana ve babaya yükletilmiş bir ödev de sayılır¹⁷⁸.

Ana baba bu hakkı da birlikte kullanır. Taraflar arasında anlaşmazlık çıkması halinde, MK. m. 263 gereği babanın oyu üstün tutulur. Velayet hakkının ana ya da babadan birine verilmiş olduğu durumlarda ise, yönetim hakkını da kendisine yetki verilmiş olan kimse kullanır¹⁷⁹.

Ana baba, malların yönetimiyle ilgili olarak hesap vermek veya sebep olacakları zararlara karşılık bir teminat göstermek zorunda değildir. Buna karşılık ödevlerini yapmadıkları takdirde hâkimin müdahalesi ile karşılaşılır (MK. m. 278). Velayet hakkının kullanılması bu açıdan vesayet hakkının kullanılmasından farklılık arzeder. Zira vesayet hakkını kullanan kişi, vesayet altında bulunanın mallarının yönetimi ile ilgili olarak yılda en az bir defa sulh mahkemesine hesap vermek zorundadır (MK. m. 397). Velayet hakkına sahip olan kişinin, malların yönetimi ile ilgili bu şekilde bir hesap verme yükümlülüğünün bulunmamasına rağmen, yönetim hakkını kendi çıkarına göre değil, çocuğun yararına

usul ve kanuna aykırıdır” (www.yargitay.gov.tr/cgi-bin/webglimpse/data/search/Glimpse/Emsal?query=nesepe).

¹⁷⁷ VELİDEDEOĞLU, s. 444/445.

¹⁷⁸ VELİDEDEOĞLU, s. 375; SAYMEN/ELBİR, s. 377; TEKİNAY, s. 492; AKINTÜRK, s. 354; GÖNENSAY, s. 73; OĞUZMAN/DURAL, s. 283.

¹⁷⁹ AKINTÜRK, s. 354.

kullanmak ve iyi bir yönetici gibi davranmak zorundadır. Aksi halde hâkim müdahale eder¹⁸⁰.

Görüldüğü gibi evlilik içinde doğmuş olan ve bu sebeple sahih nesepli statüyü kazanan çocuklarda, ana baba kanun gereği çocukların mallarını yönetebilme ve bu mallardan yararlanabilme hakkına sahip olmalarına rağmen, evlilik dışında doğan çocuklarda, çocuğun mallarını yönetme ve onlardan yararlanma hakkı, velayet hâkim tarafından anaya veya babaya verilmiş olsa dahi, kendiliğinden kazanılmış olmaz. Buna hâkimin ayrıca karar vermesi gerekir (MK. m. 314). İşte sahih nesep ile sahih olmayan nesep arasındaki farklardan biri de kendisini ana babanın çocuğunun mallarının yönetimi ve onlardan faydalanma hakları açısından göstermektedir¹⁸¹.

C- Görevli Mahkeme

Yukarıda saydığımız anaya ve babaya verilmiş olan hak veya ödevlerle ilgili olarak görevli olan mahkemenin hangisi olacağı sorunu burada karşımıza çıkmaktadır. Çünkü MK. m. 311-314. maddelerde her ne kadar bu konu ile ilgili bazı düzenlemeler yer almış olsa da, görevli mahkeme belirtilmemiştir.

Bu hususta Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda değişiklik yapan 30.4.1973 tarih ve 1711 sayılı kanun, MK. m. 311-314. maddelerinde gösterilen işlerin sulh hukuk mahkemesi tarafından görülebileceğini HUMK. m. 8/II hükmüne eklenen 5. bentte açıkça belirtmekte idi. Ancak 25.2.1985 tarih ve 3156 sayılı kanunla, 8/II bent 5'teki yoksulluk nafakası ile evlilik dışında doğan çocukların tabii ana babaları ile olan şahsî ilişkilerine ve nafaka borçlarına ilişkin hükümler sulh mahkemesinin görevleri dışında bırakılmıştır. Bu değişiklikten sonra, bu konularda görevli mahkeme, asliye hukuk mahkemesidir¹⁸².

VI. SONUÇ

Medenî Kanun, ister sahih olsun, isterse olmasın, herkesin mutlaka bir nesep bağı ile bağlı olması temeline dayanmıştır. Bu sebeple bir çocukla tabii ana ve baba arasında mevcut bulunan nesep bağının, hukuk düzeninin istediği şartlar içinde kurulması gerektiğini ifade etmiştir. Dolayısıyla çocuk ile ana baba arasındaki nesep bağı, hukuken geçerli bir bağa dayanıyorsa sahih nesepten, evlilik dışı bir ilişkiye dayanıyorsa, sahih olmayan nesepten söz edilir.

¹⁸⁰ AKINTÜRK, s. 355.

¹⁸¹ AKINTÜRK, s. 413; ZEVKLİLER/ACARBAY/GÖKYAYLA, s. 1113.

¹⁸² TEKİNAY, s. 565; AKINTÜRK, s. 413; ŞENER, s. 1010.

Bir çocuğun evlilik dışı sayılabilmesi için; çocuk, evlilik içinde doğmamış veya evlilik içinde ana rahmine düşmemiş veya ana rahmine düşme tarihi ile doğum tarihi arasında ana ve babası evlenmemiş veya nesebi düzeltilmemiş veyahutta evlilik içinde doğmakla birlikte, nesebi reddedilmiş olmalıdır.

Evlilik dışında doğmuş olan bir çocuğun anası, doğuran kadındır. Çocuk ile onu doğuran kadın arasında bir nesep ilişkisi mevcuttur. Fakat bu nesep, çocuk evlilik içinde doğmamış olduğu için sahih değil, sahih olmayan nesepdir. Çocuk ile onu doğuran kadın arasındaki sahih olmayan nesep ilişkisi doğumla kendiliğinden kurulmuş olur.

Evlilik dışında doğmuş olan çocuk ile babası arasındaki nesep ilişkisi, kendiliğinden doğmaz. Daha doğrusu doğumla çocuk ile baba arasında hukukî değil, sadece tabii bir nesep ilişkisi kurulmuş olur. Zira doğan her çocuğun mutlaka bir babası vardır. Evlilik dışında doğan çocuk ile tabii baba arasında hukuken bir nesep ilişkisinin kurulabilmesi için, çocuğun tanınması veya tabii babanın babalığına hâkim tarafından hükmedilmesi gerekir.

Tanıma veya şahsî sonuçlu babalık davası sonunda çocuk ile babası arasında meydana gelen sahih olmayan nesep bağı ile çocuk, babanın şahsî statüsüne girer. Bu durumda çocuk ile ilgili olarak birtakım sonuçlar doğar. Bunlar çocuğun soyadı, vatandaşlığı, ikametgâhı, mirasçılığı ve velayeti gibi sonuçlardır.

Nihayet, Türk özel hukukunda evlilik dışı doğan çocukların hukukî statülerinde başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere, Yargıtay'ın çabaları ile önemli ölçüde iyileştirmeler gerçekleştirilmiştir. Ancak miras hukuku açısından bu çocuklar arasında eşitlik sağlanmış olmasına rağmen, aile hukukundaki farklılık hâlâ devam etmektedir. Bu da hukuk tekniği açısından birtakım sakıncaları beraberinde getirmektedir. Bu sebeple evlilik içi-evlilik dışı çocuk ayrımı kanundan çıkartılarak, bu çocuklar arasında hukukî eşitlik sağlanmalıdır.