

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**



**S.Ü. HUKUK FAKÜLTESİ
20. YIL ARMAĞANI**

Cilt : 11

Sayı : 1-2

Yıl : 2003



SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Editör (Editor)

Dr. Ali Şafak BALI

Yayın Komisyonu (Editorial Board)

Prof Dr. Zehra ODYAKMAZ

Prof. Dr. S. Gül AKYILMAZ

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER

Doç. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

Doç Dr. Yavuz ATAR

Doç. Dr. Şahin AKINCI

Danışmanlar Kurulu (Advisory Board)

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Halil CİN (Çağ Üniversitesi)

Prof. Dr. Rıza AYHAN (Gazi Üniversitesi)

Prof. Dr. Yıldızhan YAYLA (Galatasaray Üniversitesi)

Prof. Dr. Tayfun AKGÜNER (İstanbul Kültür Üniversitesi)

Prof. Dr. Turan YILDIRIM (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Cemal ŞANLI (İstanbul Üniversitesi)

Haberleşme Adresi (Communication Address)

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Alaaddin Keykubat Kampüsü

42079 KONYA

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

<http://www.hukuk.selcuk.edu.tr>

© Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	3
MAKALELER / ÖZEL HUKUK	7
İHTİYATİ TEDBİR KARARINA MUHALEFET EDENLERİN CEZALANDIRILMASI (HUMK M. 113/A)	9
İBRAHİM ERCAN	
MAKALELER / KAMU HUKUKU	23
CEZALARIN BİREYSELLEŞTİRİLMESİ.....	25
DOĞAN SOYASLAN	
KÜRESELLEŞME VE DEMOKRASİ	51
REYHAN SUNAY	
İDARE VE HUKUK KURALI: FRANSTZ CONSEIL D'ETAT'SININ ÖNLEYİCİ ROLÜ	95
NİCOLE QUESTINAUX / ÇEVİREN: CEMİL KAYA	
BAŞBAKANIN HUKUKİ DURUMU VE BAŞBAKANA VEKALET.....	109
FARUK BİLİR	
ÜREME AMAÇLI KLONLAMANIN CEZALANDIRILABİLİRLİĞİ ÜZERİNE ETİK VE HUKUKİ ARGÜMANLAR.....	125
M. ONURSAL CİN	

TÜRK HUKUKUNDA CUMHURBAŞKANIN KANUNLARI DENETLEME YETKİSİ.....	139
HAYRİ KESER	
CEZA MUHAKEMESİ İŞLEMLERİNDE HAZIR BULUNMA.....	165
MURAT AKSAN	
1917 TARİHLİ HUKUK-I AİLE KARARNAMESİ VE OSMANLI AİLE HUKUKUNA GETİRDİĞİ YENİLİKLER	199
YILMAZ YURTSEVEN	
VERGİ HUKUKU İLE İLGİLİ ANAYASAL İLKELER.....	251
ÜMİT SÜLEYMAN ÜSTÜN	
GÜNÜMÜZ VE İSLAM-OSMANLI HUKUKUNDA MAL REJİMLERİ.....	273
NURAN AY	
AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ’NİN “ZANA/TÜRKİYE DAVASI” HAKKINDA VERDİĞİ KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ	307
SELCEN KOCAMAN	
YARGI KARARLARI IŞIĞINDA SOSYAL RİSK İLKESİ.....	319
AYŞEGÜL ÇOBAN	
MAKALELER / EKONOMİ-MALİYE	339
DEMOKRASİNİN FİNANSMANI: SİYASİ PARTİLERİN GELİR KAYNAKLARI	341
M.OKAN TAŞAR	
KÜRESELLEŞEN DÜNYADA VERGİ POLİTİKASI:	353
VERGİ POLİTİKASINDA DÖNÜŞÜM VE KÜRESEL SORUNLAR	353
SAVAŞ ÇEVİK	

METİNLER / BİLDİRİ..... 369

**REKABETİ SINIRLAYICI ÖNEMİ AZ OLAN İŞBİRLİĞİ
ANLAŞMALARININ TAKİP EDİLMEMESİ HAKKINDAKİ
(ALMAN) FEDERAL KARTEL İDARESİ
(BUNDESKARTELLAMT) BİLDİRİSİ (ÖNEMSİZLİK
BİLDİRİSİ)..... 371
ÇEVİREN: CUMHUR BOYACIOĞLU**

makaleler

özel hukuk

İHTİYATİ TEDBİR KARARINA MUHALEFET EDENLERİN CEZALANDIRILMASI (HUMK M. 113/A)

İbrahim ERCAN*

A-GİRİŞ

Bilindiği gibi, bir davanın açılması ile hükme bağlanması arasında çoğu kez uzunca bir zaman geçmektedir. Bu zaman süresi içerisinde, gerek dava konusu şeyi elinde bulunduran davalının gireceği bir takım muamele ve fiiller sonucunda, gerek dava konusu şeyin özelliğinden kaynaklanan bazı nedenlerle davacı haklı çıksa da, mahkemenin verdiği kararın icrası imkansız hale gelebilir. Oysa bizzat hak almayı yasaklayan devletin vatandaşa etkin bir hukuki himaye sağlaması gerekir. Etkin bir hukuki himayenin sağlanması için de, sadece adli sistemin vatandaşın emrine verilmesi yeterli değildir. Bunun yanında, bu sistemin işletilmesi ile elde edilen sonucun gerçekleşebilmesini sağlayacak önlemlerin de düzenlenmiş olması gerekir. İşte, yukarıda belirtilen nedenlerle, ihtiyati tedbir kurumu öngörülmüştür¹. Bunların yanında, ihtiyati tedbir, davanın açılmasından

* Yrd. Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı

¹ Bkz. **Yılmaz, E.**, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri C. I, Ankara 2001 (Yılmaz-Geçici Hukuki Himaye), s.7; **Üstündağ, S.**, İhtiyati Tedbirler (Geçici Hukuki Himaye-Koruma-Tedbirleri), İstanbul 1981, s.1 vd.; **Ercan, İ.**, Medeni Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 1992, s.4 vd.; **Berkin, M. N.**, Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981, s.506-507; **Pekcanitez, H./Atalay,**

sonra, uyuşmazlık mahkeme tarafından bir sonuca bağlanıncaya kadar, taraflar arasında geçici de olsa bir hukuki barışın sağlanması da hizmet etmektedir².

Ancak, ihtiyati tedbirden beklenen bu hususların gerçekleşebilmesi için, ihtiyati tedbir kararının verilmiş olması ve verilen kararın icra edilmesi tek başına yeterli değildir. Bunların yanında, icra edilmiş olan kararın geçerli olarak kalması gerekir. Bu da, ilgili kişilerin bu karara uymalarına bağlıdır. Kişilerin icra edilen ihtiyati tedbiri ihlal etmemeleri ve mahkemenin verdiği karara uymaları için, bu konuda bir hukuki otorite bulunması gerekir. İşte, bu otoriteyi sağlamak amacıyla, 1711 sayılı Kanun ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa 113/a maddesi eklenmiştir. Bu madde ile ihtiyati tedbir kararına muhalefet suç sayılmış ve bir yaptırıma bağlanmıştır.

HUMK m. 113/A hükmü yapısı itibari ile bir cezai hükümdür. Bu nedenle, aslında Türk Ceza Kanununda düzenlenmesi gerekirken, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiştir. Belki de bu yüzden, ne medeni usul hukukçuları, ne de ceza hukukçular tarafından yeteri kadar rağbet görmemiştir. Oysa, uygulamada ihtiyati tedbirlere yapılan başvuruların artmasına paralel olarak³, tedbirlere muhalefet de artmaktadır. Nitekim, bu konudaki Yargıtay kararlarında son zamanlarda önemli bir artış gözlenmektedir. Öte yandan, 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun ile Anayasanın 38. maddesine eklenen, "Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonamaz" hükmünün bu maddeyi de kapsayıp kapsamadığı konusunda tereddütler ortaya çıkmıştır. İşte, bu konudaki boşluğu bir nebze olsun doldurabilmek ve mevcut sorulara cevap bulabilmek amacıyla bu çalışma kaleme alınmıştır. İncelemede, uygulayıcılara da yararlı olması ama-

O.Özekes, M., Medenî Usul Hukuku, Ankara 2001, 2. Baskı, s. 557 vd.; **Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E.**, Medenî Usul Hukuku, Ders Kitabı, Genişletilmiş 13. Baskı, Ankara 2001, s.701; **Deren-Yıldırım, N.**, Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler, 2. Baskı, İstanbul 2002, s.3 vd.; **Musiak, H.J.**, Grundkurs ZPO, 5. Auflage, München 2000, No. 717; **Othmar, J.**, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 20. Auflage, München 1996, s.165; **Schlosser, P.**, Zivilprozessrecht II, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, München 1984, No: 236; **Rosenberg, L./Gaul, H.F./Schilken, E.**, Zwangsvollstreckungsrecht, zehnte, völlig neubearbeitete Auflage, München 1987, s.769; **Stein/Jonas/Grunsky, W.**, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. Auflage, Tübingen 1996, vor § 916 No: 1; **Arens, P./Lüke, W.**, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren Zwangsvollstreckung, 6. Auflage, München 1994, No: 715; **Brox, H./Walker, W.-D.**, Zwangsvollstreckungsrecht, 6. neubearbeitete Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 1999, No: 1492 ve 1580 vd.; **Lackmann, R.**, Zwangsvollstreckungsrecht, München 1989, s.223; **Staealin, A./Sutter, T.**, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basellandschaft unter Einbezug des Bundesrechts, Zürich 1992, s.303; Rechbergerö W.H./Simotta, D.A., Exekutionsverfahren, Wien 1989, s. 403 vd.

² **Staealin/Sutter**, s.303.

³ Bkz. **Yılmaz**-Geçici Hukuki Himaye, s.7.

cıyla çoğu metin şeklinde olmak üzere bol miktarda Yargıtay kararlarına da yer verilmiştir.

B-GENEL OLARAK

1711 sayılı Kanun ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa 113/A maddesi ekleninceye kadar ihtiyati tedbir kararına uymayanların cezalandırılıp cezalandırılmayacağı konusunda bir açıklık bulunmamakta idi. İhtiyati tedbir kararına uymayanlar için İİK m. 342 ile TCK m. 309 veya 526'nın uygulanıp uygulanmayacağı konusunda tereddütler vardı⁴. Yargıtay, başlangıçta ihtiyati tedbir kararına aykırı hareket etmenin bazı kararlarında İİK m. 343' e uyan bir suç olduğunu, bir kısım kararlarında İİK m. 342 delaletiyle TCK m. 309'un uygulama alanı bulacağını ve nihayet bazı kararlarında da TCK m. 526'e uygulama alanı bulacağını karar vermişti⁵. Yüksek Mahkeme daha sonra içtihadını değiştirerek, ihtiyati tedbire aykırı davranışların ne TCK m. 309⁶, ne de TCK m.

⁴ Bu konuda bkz. **Yılmaz, O.**, İhtiyati Tedbirler, Ereğli/Konya (Yılmaz-Tedbir), s.94; **Yılmaz, O.**, İİD'nin Bir Kararı Münasebetiyle İİK.nun 342, TCK.nun 309 ve 526. maddeleri Üzerinde Bir İnceleme, HİD 1950/27, s.83 vd.; **Fırat, E.O.**, İhtiyati Tedbir Kararlarına Uyulmaması Halinde Türk Ceza Kanununun 526. maddesinin Uygulanabilme Olumluluğu (AD 1962, S. 7-8, s.810 vd.); **Ercan** s.109 vd.

⁵ Bkz. **2.CD** 7.4.1944, 3598/3519 (**Fırat**, s.814); **2.CD** 4.5.1951, 5272/5155 (**Fırat**, s.814); bkz. ayrıca; **Yılmaz-Tedbir**, s.94 ve orada belirtilen Yargıtay kararları.

⁶ **CGK** 28.6.1965. 4/295-273 (**Kuru, B.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, İstanbul 2001, C. IV, s.4308-Kuru-Usul-): "Sanıklara uygulanan TCK'nun 6123 sayılı yasa ile değişik 309 uncu maddesinin birinci fıkrasında: "Hükmen yedinez olunup da müstahaklarına teslim kılınan gayrimenkul malları tekrar zapt ve işgal eden kimse iki aydan bir yıla kadar hapsolünür" denilmektedir. Maddenin yazılışından açıkça anlaşılıyor ki, sanıkların elleri çektilen taşınmaz malların hak sahipleri belli olmalı ve onlar yeniden oraya el atmalıdırlar ki, bu maddeye göre cezalandırılabilirler. Halbuki inceleme konusu olayda şikayetçi Hüseyin taşınmaz malların kendisinin mülkü olduğunu öne sürüp buna el atan sanıklara karşı hukuk mahkemesine el atmanın önlenmesi davası açmış ve bu dava dolayısıyla ayrıca bir de tedbir kararı istemiş, Asliye Hukuk Mahkemesinin verdiği 10.7.1963 günlü tedbir kararıyla sanıkların elleri dava sonuna kadar çektilmiştir. Bu tedbir kararı 309/1 inci maddedeki anlamda bir hüküm olmadığına göre sanıkların ve hükmü temyiz eden sanık Süleyman'ın bu madde ile cezalandırılması yolsuzdur". Aynı görüşte **Yılmaz-Tedbir**, s.94.

8.CD 29.6.1995, 9595/10415 (YKD 1996/1, s.142): "Müştekinin icra takibine koyduğu mahkeme kararının tedbir niteliğinde bir ara kararı olduğu ve ilam mahiyetinde olmadığı, bu nedenle İİK.nun 341. maddesindeki suçun yasal unsurları oluşmadığı, sanığın eyleminin ancak HUMK.nun 113/A maddesine aykırılık suçu oluşturabileceği, bu konudaki davaya da iddianame ile açılması halinde bakılabileceği gözetilemeden, yazılı biçimde mahkumiyet hükmü kurulması bozmayı gerektirmiş".

526'ya⁷ göre cezalandırılmayacaklarına karar vermişti. Böylece, ihtiyati tedbir kararına karşı gelenler cezalandırılmıyorlardı. Bu boşluğu doldurmak amacı ile 30.4.1973 tarih ve 1711 sayılı Kanun ile Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanununa 113/A maddesi eklenmiştir.

Maddenin gerekçesi şu şekildedir: "Tasarımı 2 nci maddesi, 1086 sayılı Kanunun ihtiyati tedbirler faslının son maddesi olan 113 üncü maddesinden sonra (113/A) maddesinin eklendiğini ifade etmektedir. Eklenen bu madde tedbire aykırı davranışın müeyyidesini düzenlemektedir. Halen böyle bir müeyyide mevcut olmadığı ve T.C.K. nun 526 ncı maddesi sınırı içinde uygulama yeri bulması mümkün görülmediği ve son Yargıtay içtihatları da bu yönde olduğu cihetle, bir boşluğu doldurmak amacıyla bu madde düzenlenmiş ve kanunun genel madde sırasının bozulmaması için (113/A) maddesi şeklinde eklenmiş bulunmaktadır".

Bu maddeye göre, ihtiyati tedbir kararının uygulanması dolayısı ile verilen emre uymayan veya bu yolda alınmış tedbire aykırı davranışta bulunan kimse, eylemi Türk Ceza Kanunu'na göre daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, ait olduğu ceza mahkemesince bir aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Bu suçla korunan hukuki yarar, ihtiyati tedbir kararının hukuki otoritesidir⁸.

1711 sayılı Kanunun yürürlüğünü gösteren geçici maddesi, "1086 sayılı Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanununun bu Kanunla değiştirilen hükümlerinin ancak

⁷ **CGK** 12.11.1973, 3/333-705 (İKİD 1974, S. 757, s.2499-2500):"Olay, Asliye Hukuk Mahkemesinin 16.6.1971 günlü kararı ile ihtiyati tedbir konan yerlerden iki tarlanın sanık tarafında sürülmek suretiyle bu tedbire aykırı davranışta bulunmasından ibarettir. Mahkeme kararında, TCK.nun (526. maddesinin) yazılış şekline göre eylemin suç teşkil ettiği belirtilerek bu madde hükmünce verilen mahkumiyette direnilmiştir. Özel daire ilamında belirtildiği üzere kişisel haklarla ilgili olarak verilen ihtiyati tedbir kararlarına aykırı davranışlarda bu maddenin öngördüğü suç unsurunun bulunmadığı anlaşılmıştır. Zira, TCK.nun 526. maddesi ammenin nizamına müteallik kabahatler başlığını taşıyan birinci babın birinci faslında yer almıştır. Maddenin ilk fıkrasında, yetkili makamlar tarafından verilen bir emre itaatsizlik ve alınmış bir tedbire riayetsizlik esaslarına yer verilmiştir. –Şu hale göre, dava konusu eylemde, yasanın öngördüğü kamu güvenliği, kamu düzeni gibi ölçülerin bulunmadığının kabulü lazımdır. Hukuk mahkemelerince verilen ihtiyati tedbir kararlarına aykırılık suçları, kamu düzenine ilişkin olmadığından TCK.nun 526. maddesinin uygulanamayacağından direnme kararının bozulmasına". Bkz. ayrıca: **2. CD** 4.4.1962, 3833/4419 (**Yılmaz-Tedbir**, s.95); **2 CD** 9.7.1965, 6266/6056 (İKİD 1966/61, s.4245-4246); aynı görüşte; **Yılmaz-Tedbir**, s.95; bu yöndeki kararların eleştirisi için bkz. **Fırat** s.814 vd.

⁸ Bkz. **CGK** 09.03.1992, 7-50/74 (**Gökcan, Hasan, Tahsin**; Mühür Bozma, Yediemin Yüklümlülüğüne Uymama, İhtiyati Tedbir Kararına Aykırılık Suçları ve Zarar Yol Açan Yediemin ile Haksız Tedbir Uygulatana Karşı Tazminat Davaları, Ankara 2001, s.209); **CGK** 04.02.1991, 362/3 (Gökcan, s.210-211).

kanun yürürlüğe girdikten sonra açılacak davalarda uygulanması mümkündür. Şu kadar ki, bu kanunla eklenen 113/A maddesi ile 176, 289 ve 507 inci maddelerde değişiklik yapan hükümler, kanunun yürürlüğünden önce mevcut dava ve işlerde de uygulanır" şeklinde idi. Buna göre, Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanununun 113/A maddesinin 1711 sayılı Kanunun yürürlük tarihi olan 8.6.1973 tarihinden önce var olan dava ve işlerde de uygulanması gerekiyordu. Bu durum, "Anayasanın kimseye, suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır ceza verilemeyeceği ilkesi ile hukuk devleti ilkesine" ters düşüyordu⁹. Bu nedenle, bu geçici maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki "... bu kanunla eklenen 113/A maddesi ile..." kelimeleri Anayasa Mahkemesi'nin 26.2.1974 gün ve 45/7 sayılı kararı ile iptal edildi¹⁰.

Buna göre, Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanununun 113/A maddesi 1711 sayılı Kanununun yürürlük tarihi olan 8.6.1973 tarihinden önce varolan dava ve işlerde uygulanmayacaktır. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı 8.6.1973 tarihinden önce işlenmiş olan suçlar hakkındadır. Bu nedenle, 8.6.1973 tarihinden önce mevcut olan ihtiyati tedbir ile ilgili dava ve işlerde, ihtiyati tedbir muhalefet suçu 8.6.1973 tarihinden sonra işlenmiş ise, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 113/A maddesinin uygulanması gerekir¹¹.

C- HUMK m. 113A 'NIN ANAYASA 'NIN 38. MADDESİNİN 9. FIKRASI İLE ÇELİŞİP ÇELİŞMEDİĞİ SORUNU

03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun ile Anayasanın 38. maddesine eklenen 9. fıkra ile "Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonamaz" hükmü getirilmiştir. Uygulama açısından son derece önemli olan bu hükmün gerekçesini, Anayasakoyucu; "Sözleşme kavramına borçlar da dahildir" şeklinde oldukça kısa tutmuştur. Bu hükmün hangi hususları kapsayacağı, yapılacak uyum yasaları ile kanunkoyucu tarafından ortaya konacaktır. Ancak, şimdiden bu maddenin uygulama alanı konusunda kamuoyunda büyük tartışmalar başlamıştır. Bu bağlamda, Anayasanın bu hükmünün HUMK m. 113/A'yı da kapsayıp kapsamadığı da irdelenmesi gereken bir husustur.

Yukarıda sözü edilen Anayasa değişikliğinin temel amacı, Türk hukukunun Avrupa Birliği hukuku ile uyumunun sağlanmasıdır. Bu nedenle, Avrupa ülkele-

⁹ Bkz. **Anayasa Mahkemesi**'nin 26.2.1974 gün ve 45/7 sayılı kararı (RG. 29.5, 1974, S. 14899, s. 3-4).

¹⁰ Bkz. Bir önceki dipnotta belirtilen Anayasa Mahkemesi Kararına.

¹¹ **Kuru-Usul**, C. IV, s. 4348; **Postacıoğlu**, s. 496.

rinin bu konudaki yasal düzenlemelerini kısaca incelemek konunun irdelenmesi bakımından yararlı olacaktır.

İnceleme yaptığımız Alman, İsviçre ve Avusturya hukuklarında HUMK m. 113/A'yı tam olarak karşılayabilecek bir düzenlemeye rastlamadık. Ancak, bu ülkelerin hukukî düzenlemelerinde mal beyanında bulunmamak, bir ilamın yerine getirilmesinde gerekenin yapılmaması gibi benzer durumlarda, hürriyeti bağlayıcı cezalar öngörülmüştür. Gerçekten, örneğin, İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu ile¹² Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO)¹³ ve Avusturya İcra Kanununda (Exekutionsordnung)¹⁴ buna ilişkin hükümler bulunmaktadır.

12 SchKG 91. maddesine göre, borçlu, haciz sırasında hazır bulunmak veya kendisini bir temsilci ile temsil ettirmek zorundadır. Bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen borçlu İsviçre Ceza Kanununun (StGB) 323. maddesine göre cezalandırılacaktır (**Amonn, Kurt**, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 1993, s. 163). Bunun yanında, dinlenmesi gerekli ise, kendisine mal beyanında bulunma ihtarı yapılmış olması kaydıyla, zabıta tarafında zorla getirilebilir. Bu son yaptırım, borçlunun iflas idaresinin talimatlarına uymaması halinde de sözkonusu olabilecektir (SchKG m. 229 I) (**BGE** -İsviçre Federal Mahkemesi-, 87 III 89).

SchKG m. 91'de ayrıca, borçluya borcuna yetecek kadar malın haczi için, malvarlığı hakkında bilgi vermek (mal beyanında bulunmak) mecburiyeti de getirilmiştir. Buna göre, borçlu, gerek kendisinde gerekse üçüncü şahıslarda bulunan mal, alacak ve haklarından borcuna yetecek kadar olan miktarını bildirmek zorundadır.

13 Alman icra ve iflas hukuku sisteminde borçlu için hürriyeti bağlayıcı cezalar öngörülebilmektedir.

a) ZPO § 807'ye göre, yapılan haczin alacaklının alacağını karşılamaması halinde veya alacaklının yapılacak haczin alacağını karşılamayacağını inandırıcı bir şekilde ortaya koymasından sonra, borçludan mal beyanında bulunması istenecektir.

Borçlunun mal beyanında bulunmak zorunda kaldığı bir diğer durum da, ZPO § 883'de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, alacaklı menkul bir malın teslimi için borçluya karşı icra takibine girer; ancak takip konusu menkul mal bulunmazsa, alacaklının talebi ile borçludan sözkonusu malın nerede olduğunun belirtilmesi istenir.

Borçlu, yukarıda belirtilen mal beyanı ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde, ZPO § 901'e göre, onu mal beyanında bulunmaya zorlamak için hapis ile tazyik edilir. Ancak, bu süre altı aydan fazla olamaz (ZPO § 913). Bunun dışında, borçlu mal beyanında bulununca hemen salıverilir (ZPO § 902 II). Ayrıca, alacaklı talep ederse, mal beyanında bulunmayan bir borçlu da serbest bırakılır. Bu şekilde, bırakılan borçlu, alacaklının talebi ile mal beyanında bulunması için tekrar hapis ile tazyik edilir (ZPO § 911).

Mal beyanında bulunması için altı ay süre ile hapis ile tazyik edilen bir borçlu, mal beyanında bulunmamış ise, başka bir borcundan dolayı ve başka bir alacaklısının talebi ile yeniden hapis ile tazyik edilebilir (ZPO § 914).

b) Borçlunun hapis ile tazyik edilmesi sonucunu doğuran bir diğer düzenleme de, ZPO § 888 I öngörülmüştür. Bu maddeye göre, konusu misli olmayan bir şeyin yerine getirilmesindeki ilamların icrasında, borçlu, icra emrine rağmen yükümlülüğünü yerine getirmese, para cezası veya hapis ile tazyik edilebilir. Burada öngörülen hapis ile tazyikin süresi,

Bu konuda karşılaştırmalı hukuktaki durumu ortaya koyduktan sonra, hürriyeti bağlayıcı ceza öngören bir kanun hükmünün Anayasanın anılan hükmüne aykırı olup olmadığının tespiti konusunda, kanımca şöyle bir ayırım yapmak gerekir: Şayet suç, doğrudan doğruya bir sözleşmeden doğuyorsa, sözkonusu Anayasa hükmüne aykırı olacak; buna karşılık, suç, yalnızca sözleşmeden doğmuyor, kanundan ve ona dayalı olarak verilen bir mahkeme kararından kaynaklanıyorsa, Anayasaya aykırı olmayacaktır. Bu bağlamda, örneğin karşılıksız çek keşide etmek suçu, Anayasanın 38. maddesinin 9. fıkrasındaki hüküm ile çelişirken¹⁵, nafaka hükmüne uymamanın suç olarak düzenlendiği İİK m. 344¹⁶, mal beyanında bulunmama suçunun düzenlendiği İİK m. 337¹⁷ ile gerçeğe ayı-

ZPO § 888 I c.3, ZPO § 913 atf gereği altı aydır. Bunun yanında, para cezasını ödeme-
yen borçlunun bu cezası da hapis ile tazyike dönüştürülebilir. Bu cezaların verilebilmesi
için, borçlunun kusurlu olması şart değildir. Borçlu, icra emrini yerine getirirse, hemen
bırakılır (**Jauernig**, s. 123, vd.; **Brox/Walker**, Nr. 1086; **Thomas, H./Putzo,**
H/Reichold, K./Hüsstege, R., Zivilprozessordnung, 24. Auflage, München 2002, § 888
Nr. 14 vd.; **Schilken, E.** in: MünchenerKommentar zur Zivilprozessordnung, 2. Auflage,
München 2001, § 888 Nr. 1 vd.).

Bunların yanında, ZPO § 890'da da, bir şeyin yapılmamasına ve bir şeye katlanmasına
ilişkin ilamların icrasında, icra emrine uymayan borçlu için yine para cezası ile hapis ile
tazyik öngörülmüştür. Buradaki hapis ile tazyikin azami haddi iki yıl olarak düzenlen-
miştir(ZPO § 890 I son cümle).

- 14 Avusturya icra hukukunda da, borçlunun hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile cezalandırılması
(Ancak, bu hukuk sisteminde, öngörülen bu tedbirler klasik anlamda hürriyeti bağlayıcı
ceza değil, sadece cebri icranın uygulanmasını temin eden zorlayıcı tedbirler
(Beugemittel) dir mümkündür.)
- a) Burada da, borçlunun süresi içinde mal beyanında bulunmaması halinde, hapis ile
tazyik edilmesi sözkonusudur. Buradaki cezanın süresi her olay için iki ayı, toplam altı
ayı geçmemesi gerekir (Avusturya İcra ve İflas Kanunu- Exekutionsordnung m. 48).
- b) Yine Alman hukukunda olduğu gibi, burada da, bir şeyin yapılmasına ilişkin bir ilamı
(ilamın konusu misli olmayan bir şey olması gerekir) veya bir şeyin yapılmamasına ya da
bir şeye katlanmaya ilişkin bir ilamın yerine getirilmesine muhalefet eden borçlu, altı aya
kadar hapis ile tazyik edilir (Avusturya İcra ve İflas Kanunu m. 354, 355) (Bkz.
Holzhammer, R., Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht, Vierte neubearbeitete
Auflage, Wien 1993, s. 129, 389 vd., 391 vd.; 394 vd.).
- 15 Bu yönde, **CGK** 20.11.2001 tarih, 2001/10-249 esas ve 2001/257 K. (YKD, 2002/1, s.
115 vd.).
- 16 Bkz. **CGK** 11.12.2001 tarih, 2001/17.HD-281 esas ve 2001/284 K. (YKD 2002/6, s. 923
vd.).
- 17 **CGK** 22.01.2002 tarih, 2002/17-298 E, 2002/2 K. (YKD 2002/4, s. 604 vd.).

kırı mal beyanında bulunma suçunun düzenlendiği İİK m. 338/1¹⁸ hükümleri bu kurala aykırı değildir.

HUMK m. 113A'da düzenlenen suç da doğrudan doğruya sözleşmeden doğan bir suç değildir. Burada, kanundan ve ona dayalı olarak verilen bir mahkeme kararından kaynaklanan bir suç sözkonusudur. Zira, Yargıtay'ın da bir çok kararında belirttiği gibi¹⁹, HUMK m. 113/A ile korunan hukuki yarar, ihtiyati tedbir otoritesidir. Kanunkoyucu, ihtiyati tedbir ile ilgili mahkeme kararına uyulmasını sağlayarak, hak arayana etkin bir hukuki koruma imkanını vermek düşüncesi ile bu maddeyi öngörmüştür. Bu nedenle, HUMK m. 113/A'nın Anayasanın belirtilen hükmü ile çelişmediği düşüncesindeyim.

D. İHTİYATİ TEDBİRE MUHALEFET EDENLERİN CEZALANDIRILMASI İÇİN GEREKLİ OLAN ŞARTLAR

I. Geçerli Bir İhtiyati Tedbir Kararının Bulunması

İhtiyati tedbire muhalefet edenin cezalandırılabilmesi için, öncelikle geçerli bir ihtiyati tedbir kararının bulunması gerekir. O halde, ihtiyati tedbir kararı geçersiz ise, bu geçersiz tedbir kararına aykırı davranan kişi HUMK m. 113/A hükmüne göre cezalandırılmaz²⁰. Örneğin, dava açıldıktan sonra her çeşit ihtiyati tedbir kararının davaya bakmakta olan mahkeme tarafından verilmesi gerekir (HUMK m. 104, II). Bu nedenle, başka bir mahkemenin bu dava hakkında vereceği ihtiyati tedbir kararı geçerli değildir. İşte, böyle bir mahkeme tarafından verilen ihtiyati tedbir kararına muhalefet eden kimseye ceza verilemez²¹.

II. İhtiyati Tedbir Kararının İcra Edilmişse, Bunun Usulüne Uygun Yapılmış Olması ve İlgiliye Tebliğ Edilmiş Olması

Yargıtay, bir çok kararında, HUMK m. 113/A'nın uygulanabilmesi için, açıkça, ihtiyati tedbir kararının icra edilmiş olmasını ve sanığın tedbirin infaz edilmiş olmasından haberdar olmasını şart koşmaktadır²². Bu konuda doktrinde

¹⁸ **CGK** 29.01.2002 tarih, 2001/17-407 E, 2002/133 K. (YKD 2002/4, s. 614 vd.).

¹⁹ Bkz. yuk. B.

²⁰ **Yılmaz**-Tedbir, s. 97; **Kuru**-Usul C. IV, s. 4348.

²¹ **7.CD** 15.5.1979, 3713/3650 (YKD 1979/ 7, s.1089).

²² Bkz. **7.CD** 28.10. 1976, 8266/8304 (YKD 1977/5, s.734): "HUMK' nun 106. maddesi gereğince ihtiyati tedbir kararının infaz edilip edilmediğinin ve sanıklara tebliğ olup olunmadığının araştırılmaması yasaya aykırı olduğundan..."; **7.CD** 14.10.1994, 7165/10231 (Yılmaz-Geçici hukuki himaye, s.951): "...Her ne kadar mahkemece ihtiyati tedbir kararına ve menî müdahale davasına ait dosyalar getirilerek incelenmiş ise de, ihtiyati tedbir kararının infazı ile tedbir ve infazın sanığa tebliğine dair dosyada açıklık bu-

yapılan açıklamalar da genellikle bu şekildedir²³. Buna karşılık, Ceza Genel Kurulu, 09.03.1992 gün, 7-5-/74 sayılı kararında²⁴, ihtiyati tedbir kararının infazı için gerekli işlemlerin yapılması sırasında, ihtiyati tedbir kararının yerine getirilmesini engellemek suretiyle verilen emre uymayanların da HUMK m. 113/A'ya göre cezalandırılmalarının gerekçesi olarak, ihtiyati tedbir kararının infazının ve bu durumun aleyhine tedbir kararın verilenlere duyurulmasının suçun oluşması bakımından zorunlu olmadığını belirtmektedir²⁵.

Şu halde, Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı ile daire kararlarının birlikte değerlendirilmesinden şöyle bir sonuca varmak mümkündür: İhtiyati tedbir kararının icra edilmesi sırasında, ihtiyati tedbir kararını icra eden icra memurunun, yazı işleri müdürünün veya zabıt katibinin ihtiyati tedbir kararının uygulanması için verdiği emre uyulmaması veya tedbir kararının icrasını engelleyici nitelikteki eylemler de HUMK m. 113/A'nın kapsamına girer. Buna karşılık, ihtiyati tedbir icra edilmişse, bu tedbir kararına uymayanların cezalandırabilmesi için, icranın usulüne uygun olması ve sanığın bundan haberdar olması gerekir²⁶. Bunun için de, icra işlemi sanığa tebliğ edilmiş olmalıdır. Ancak, tedbir kararı, aleyhine tedbir konulan şahsın vekilinin huzurunda icra edilmişse, sanığın tedbirin icra edilmiş olduğundan bilgisi olmadığı iddiası kabul olunmaz²⁷.

lanmamaktadır. İlgili dosyaların getirilerek tedbir kararının hangi tarihte, ne şekilde infaz edildiği sanığın tedbir ve infazdan haberdar olup olmadığı, -Yargıtay denetimine olanak verecek şekilde zapta geçirilmeden eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde karar verilmesi, -yasaya aykırıdır"; aynı yönde: **7.CD** 21.5.1999, 3390/5854 (Gökcan, s.212); **7.CD** 30.10.1997, 8422/8530 (Gökcan, s.218).

²³ Bkz. **Kuru-Usul**, C. IV, s.4345; **Yılmaz-Tedbir**, s.98.

²⁴ Karar metni için bkz. **Gökcan**, s.208-209.

²⁵ **CGK** 09.03.1992, 7-5-/74 (Gökcan, s.209): “-Tedbir kararına aykırı davranışta bulunmak suçunun oluşması için infazın yapılması ve durumun aleyhine tedbir kararı verilenlere duyurulmasına gerek var mıdır? Maddedeki düzenlemeye bakıldığında; a) ihtiyati tedbir kararının uygulanması dolayısıyla verilen emre uymayan, b) veya kararın uygulanması dolayısıyla alınmış tedbire aykırı davranışta bulunan kimsenin eylemi suçu oluşturmaktadır. Buna göre, tedbir kararının infazı ve bu durumun tedbir verilenlere duyurulması suçun oluşması bakımından zorunlu değildir. Öyleyse, tedbir kararının infazı için gerekli işlemlerin yapıldığı sırada, bu infazın yapılmasını engellemek suretiyle verilen emre uymayan kimselerin eylemi de, ihtiyati tedbir kararına aykırı davranışta bulunmak suçunu oluşturur-”.

²⁶ **Gökcan**, s.206.

²⁷ **7.CD** 30.12.1998, 10144/11529 (Gökcan, s.214): “Dosyada mevcut 7.10.1993 tarihli ihtiyati tedbir kararının infazına dair tutanak, mahkemece incelenen ihtiyati tedbir dosya-

III. İhtiyati Tedbir Kararının Kalkmamış Olması

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 113/A maddesine göre ilgilinin cezalandırılabilmesi için, ihtiyati tedbirin kalkmamış²⁸ veya kaldırılmamış²⁹ olması gerekir. Örneğin, dava açılmadan önce verilmiş bir ihtiyati tedbir kararı, kararın verildiği tarihten itibaren³⁰ on gün içinde esas hakkındaki dava açılmaması halinde kendiliğinden kalkacağından (HUMK m. 109), böyle bir tedbire dayanılarak ceza verilemez³¹.

si ve tanık olarak dinlenen Av.N.M. beyanına göre; ihtiyati tedbir kararının infazının aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilenler vekili Av.N.M. huzurunda yapıldığı ve sanıklar tarafından mahkemede anılan Avukatın infaz sırasında vekaletinin bulunmadığı gözetilerek işin esasına girilerek tedbire rağmen yayın yapıp yapılmadığı ve HUMK'un 109. maddesi gereğince ihtiyati tedbir kararını müteakip yasal süre içinde esas ihtilafla ilgili dava açılıp açılmadığı araştırılıp tüm delillerin toplanmasından sonra sanıkların hukuki durumlarının değerlendirilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı karar verilmesi"; aynı yönde: **7.CD** 24.1.1995, 13098/7109 (YKD 1995, s.831-832).

²⁸ Bkz. HUMK m. 109.

²⁹ Bkz. HUMK m. 111.

³⁰ Bu sürenin başlaması için, kararın ilgiliye tefhim veya tebliğ edilmiş olması şart değildir (Bkz. **Ercan**, s.118). **CGK** 8.11.1976, 413/465 (**Sınmaz, B./Karataş, İ.**, İçtihatlarla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 1987, s.275):“HUMK. nun 101 ve müteakip maddeleri uyarınca verilen ihtiyati tedbir kararının, karar tarihinden itibaren on gün içerisinde esas hakkında dava açılmadığı takdirde bir güne merasime hacet kalmaksızın kendiliğinden kalkacağı, aynı yasanın 109. maddesinde açıkça hükme bağlanmıştır. Maddede yazılı karar tarihinin tebliğ tarihi olarak kabulü ile buna göre uygulama yapılması madde açıklığına ve yasa koyucunun amacına aykırı düşer. Zira yasa koyucu bu maddede koyduğu on günlük sürenin başlangıcının gıyabi kararlarda tebliğ tarihinden başlatmayı öngörse idi, yine ihtiyati tedbirin sona ermesi sebeplerinden birini düzenleyen 112. maddede yazılı olduğu gibi -kararın tefhimi ve tebliğ tarihinden itibaren on gün zarfında esas hakkında dava ikamesi lazımdır- şeklinde maddenin düzenlenmesi gerekirdi,,

³¹ **4.CD** 3.30.1988, 1434/1725: (YKD 1989/7, s. 1035-1006): “HUMK’ nun 101. maddesine göre verilen ihtiyati tedbirin, aynı Kanunun 109 maddesi uyarınca 10 gün içinde dava açılmadığı takdirde kendiliğinden kalkacağı ve bu itibarla sanığın cezaı sorumluluğunun hukuki dayanağının kalmayacağı göz önünde tutularak, bu konuda yasal süresi içinde davanın açılıp açılmadığının araştırılması ve sonucuna göre sanığının hukuki durumunun tayini gerekirken bu husus araştırılmadan eksik soruşturmaya dayanılarak yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiş...”. Bu konuda bkz. ayrıca: **7.CD** 17.11.1987, 9857/14064 (YKD/3. s.431); **4.CD** 14.5.1986, 3303/3531 (YKD 1986/11, s.1717- 1718); **7.CD** 9012, 1985, 3198/8272 (YKD 1986/5, s.751); **7.CD** 15.12.1997, 10441/10333 (Gökcan, s.216); **7.CD** 12.2.1999, 338/579 (**Ulukapı, Ö./Akcan, R.**, Kaynakçalı, İçtihatlı ve Notlu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Konya 2000, s.179); **Yılmaz-Tedbir**, s.99.

Aynı şekilde, HUMK m. 112'ye göre, ihtiyati tedbir ile ilgili esas davaya bakan mahkeme, esas hakkında hükmünü verirken hükmün icrasını sağlamak için ihtiyati tedbirin bir süre daha devamını karar vermemişse, mahkemenin esas hakkındaki kararının tefhim veya tebliğ edilmesiyle ihtiyati tedbir kendiliğinden kalkacaktır. Bu hükme göre ihtiyati tedbir kalktıktan sonra, artık bu tedbire aykırılık HUMK m. 113/A anlamında suç teşkil etmez³².

E-SUÇUN FAİLİ

Buradaki hüküm ile korunan hukuki yarar, tedbir kararının hukuki otoritesi olduğundan maddedeki kimse tabirinden, suç failinin aleyhine tedbir kararı verilen kişi veya herhangi kimse olabileceğini anlamak gerekir³³. Buna göre, suçun faili, aleyhine tedbir kararı verilen kişi olabileceği gibi, lehine tedbir kararı verilen kişi de olabilir³⁴. Aynı şekilde, tedbir kararına taraf olmayan üçüncü kişinin

- 32 **7.CD** 25.12.1998, 10146/11163 (Gökcan, s.214): "... Taraflar arasındaki boşanma davasının yargılanması sırasında kişisel ilişkinin düzenlenmesine dair verilen ihtiyati tedbir kararı 30.6.1993 tarihli olup, ihtiyati tedbir kararından sonra 7.10.1993 tarihinde esas hakkındaki taraf vekillerinin yüzüne karşı hüküm verildiği ve kişisel ilişkinin kurulması için yeni bir düzenleme yapıldığı gibi ihtiyati tedbirin devamına karar verilmediği cihetle, suç tarihlerinde geçerli bir ihtiyati tedbir kararı mevcut olmadığı gözetilmeden yazılı şekilde ceza tayini...". Bkz. ayrıca: **7.CD** 20.10.1997, 8080/8084 (Gökcan, s.218).
- 33 **CGK** 17.4.1995, 7-98/124 (İzBD 1995/3, s.154-155); **CGK** 04.02.1991, 7/362-3 (Yasa 1991/2 s.300-302); **7.CD** 20.12.1996, 8484/8656 (Gökcan, s.219); **Kuru-Usul**, C. IV, s.4344; **Gökcan**, s.205.
- 34 **CGK** 17.4.1995, 7-98/124 (İzBD 1995/3, s. 154-155):"Çözümenecek sorun, lehine verilen tedbir kararına uymayan sanığın bu eyleminin ihtiyati tedbir kararına aykırı davranışta bulunma suçunu oluşturup oluşturmayacağı belirlenmesidir. Sorunun çözümü için HUMK'un 1711 sayılı yasa ile genel madde sırasının bozulmaması için 113/A maddesi biçiminde eklenen düzenlemeye bakmak gerekir.-Bu hükümden anlaşılacağı üzere ihtiyati tedbir kararına aykırı davranış suç olarak düzenlenmiş ve yaptırımı düzenlenmiştir. Suçla korunan hukuki yarar tedbir kararının hukuki otoritesi olduğundan maddedeki kimse tabirinden suç failinin tedbir kararının tarafları veya herhangi bir kimse olabileceği açıktır. Aksine kabul, yasa koyucunun iradesine aykırı olarak maddenin işlerliğini ortadan kaldırır. Esasen lehine tedbir kararı verilen kimse de, en az karşı taraf kadar tedbir kararına uymak zorundadır. Çünkü, lehine verilen karar ona sağladığı hak kadar da yükümlülük getirmiştir. Maddi olayda... mahkemenin ihtiyati tedbir kararıyla babası ile annesi arasında boşanma davası olan küçüğün her ayın ilk haftası Cuma günü saat 13 00'den Pazar günü saat 17 00'ya kadar annesi N.'ye teslim suretiyle kişisel ilişki düzenlemesi yapıldığı, sanığın bu karara dayanarak teslim aldığı çocuğunu alıkoyup müdahil babaya geri vermediği saptandığına göre bu eylemi ihtiyati tedbir kararına aykırı davranışta bulunmak suçunu oluşturur". Aynı doğrultuda; **8.CD** 29.6.1995, 9595/10415 (YKD 1996/1, s.142).

de suçun faili olması mümkündür³⁵. Örneğin, yapılmakta olan bir inşaat hakkında verilen inşaatın durdurulmasına ilişkin tedbir kararına rağmen, inşaatı yapan üçüncü kişi de (örneğin, inşaat ustası) tedbirden haberdar olması şartı ile yukarıda belirtilen şekilde cezalandırılır. Yargıtay, önce ihtiyati tedbir kararına aykırı davranan üçüncü kişiler hakkında TCK m. 65/3 hükmünün uygulanması gerektiği görüşünde iken³⁶, daha sonra içtihatını değiştirerek, üçüncü kişilerin asli maddi fail olarak cezalandırılacaklarına karar vermiştir³⁷.

Buna karşılık, kendisine idare ve işletme için bir gayrimenkul teslim edilen yedieminin tedbire aykırı davranması halinde, TCK m. 276 mı, yoksa HUMK m. 113/A'ya göre mi cezalandırılması gerektiği konusunda fikir ayrılığı bulunmaktadır. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre³⁸, aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen ve mal yediemin olarak kendisine teslim edilen kişinin eylemi hem TCK m. 276, hem de HUMK m. 113/A'ya uysa bile, yalnızca 113/A'ya göre

- ³⁵ **CGK** 04.02.1991, 7/362-3 (Yasa 1991/2 s.300-302): "...Suçla korunan hukuki yarar ihtiyati tedbir kararının hukuki otoritesi olarak belirlendiğine göre, maddedeki kimse tabirinden, suç failinin aleyhine tedbir kararı verilen kişi dahil, maddi yanığı veya tedbir kararı olduğunu bilmemek dışında, herhangi bir kimse olabileceği açıktır. Aksine kabul maddenin eklenmesinden önceki dönemde yaptırımı bulunmadığı ve Yargıtay'ın TCY'nın 526. maddesinin uygulanamayacağına ilişkin içtihatları nedeniyle boşluğu doldurmak amacını güden yasa yapıcının iradesine aykırı olarak maddenin işlerliğini ortadan kaldırır. Böyle bir kabul halinde tedbir kararına karşı aleyhine tedbir kararı verilenler değil, tedbir kararının varlığından haberdar olan üçüncü kişiler aykırı davranışta bulunmak suretiyle, suçla korunmak istenen hukuki yararı bertaraf edebilmek olanağına kavuşurlar. Uyuşmazlık konusu olayda, aleyhine tedbir kararı verilen kimse dışında ve üçüncü kimse durumunda bulunan, aleyhine tedbir kararı verilen C.Y.'nin babası ve kardeşi olan sanıklar, taşınmaz üzerinde ihtiyati tedbir kararı bulunduğunu bilerek, bu karara aykırı davrandıklarından üzerlerine yüklenen suç oluşmuştur..."; **Kuru-Usul**, C. IV, s.4345; **Gökcan**, s.205.
- ³⁶ Bkz. **7.CD** 17.11.1981, 6309/6346 (İKİD 1981/252, s.709-710); bkz. ayrıca; **Kuru-Usul**, C. III (Bası 5), s.3086; **Kuru-Usul**, C. IV, s.4346 dn. 184a.
- ³⁷ Yargıtay 7.Ceza Dairesinin bu içtihat değişikliği, Ceza Genel Kurulu tarafından da onaylanmıştır. Baştarafı yukarıda dipnot 13'te verilen Ceza Genel Kurulu'nun bu kararının konumuzu ilgilendiren devamı şu şekildedir: "...Sanıklar tedbir kararı verilen taşınmaza, bizzat tecavüz etmek suretiyle, suç oluşturana fiili işleyenlerdir. Asli fail denecek başka hiç kimse söz konusu değildir. O halde sanıklar asli maddi fail durumundadırlar. Fiili doğrudan doğruya beraber işlemiş olduklarından haklarında TCY.'nın 64. maddesi yollamasıyla yazılı şekilde uygulama yapılmasında isabetsizlik görülmediğinden, TCY.'nın 65/3 maddesinin uygulanması gerekeceğine yönelik (2) numaralı itiraz da yerinde değildir. Aynı yönde; **7.CD** 26.5.1998, 1424/4680 (YKD 1998/10, s.1565-1566).
- ³⁸ **4.CD** 26.10.1993, 5912/6909: "Sanığın taraf bulunduğu hukuk davasında ihtiyati tedbir konulan ve yediemin olarak kendisine teslim edilen taşınmaza ekin ekmekten ibaret eylemi HUMK m. 113/A'ya giren suç oluşturduğu gözetilmeden TCK m. 276 ile hüküm kurulması" ; aynı yönde; **4.CD** 21.9.1998, 6860/7992; **4.CD** 24.11.1992, 6590/7294 (Gökcan, s.206); **Kuru-Usul**, C. IV, s.4345.

cezalandırılmalıdır. Bu konuda daha isabetli olan görüşe göre ise³⁹, HUMK m. 113/A, bu hükmün (HUMK m.113/A'nın) uygulanmasını eylemin Türk Ceza Kanunu'na göre daha ağır bir cezayı gerektirmemesi önşartına bağlamıştır. Bu nedenle, sanığın eylemi, TCK m. 276 ve HUMK m. 113/A hükümlerinden her ikisine de uyduğu anda, hangi maddenin uygulanması gerektiği konusunda, bunlardan hangisinin uygulanmasının daha ağır olacağı konusu ölçü olarak alınmalı; dolayısıyla bu durumda TCK m. 276 uygulanmalıdır.

F-GÖREVLİ MAHKEME

HUMK m. 113/A'da görevli mahkeme gösterilmeyerek sadece "ait olduğu ceza mahkemesince" deyimini kullanılmıştır. Kanunda belirtilen bir suça ait davanın hangi mahkemede görüleceği gösterilmemiş olan hallerde o suça ait dava asliye ceza mahkemesinin görevine girdiğinden⁴⁰, ihtiyati tedbir kararına muhalefet edenlerin cezalandırılması davası için görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir⁴¹. Ceza mahkemesinin inceleme yetkisi, sadece yukarıda belirtilen suçun oluşması için gerekli olan şartların⁴² olayda gerçekleşip gerçekleşmediği ile sınırlıdır. Bu nedenle, ceza mahkemesi, verilen ihtiyati tedbir kararının yerindeliğini tartışamaz⁴³.

³⁹ Gökcan, s.207; bkz. ayrıca; 4.CD 27.10.1993, 6397/7285 (Gökcan, s.206).

⁴⁰ Bkz. Öztürk, B./Erdem, M. R./Özbek, V. Ö., Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Bası 5, Ankara 2000, No. 149; Kunter, N./Yenisey, F., Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası, İstanbul 1998, No. 89; Arslan, R./Tanrıver, S., Yargı Örgütü Hukuku, Ders Kitabı, Genişletilmiş, Tümüyle Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara 2001, s.82.

⁴¹ 106- 7. CD 10.2.1976, 1102/994 (YKD., 1976 , S. 76, s.1079-1080); "İhtiyati tedbir kararına muhalefetten sanık Şaban hakkında yapılan duruşma sonunda beraatine dair Sulh Ceza Mahkemesinden verilen hükme ilişkin dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği düşünüldü: Özel kanundaki suçun mahiyetine ve mahkeme merciinin gösterilmesine göre, davanın rüyetinin Asliye Ceza Mahkemesine ait olduğu gözetilmeden Sulh Ceza Mahkemesinde duruşmaya devamla nihai hüküm tesisi kanuna aykırıdır"; aynı yönde; aynı yönde: 2. CD 13.3.1995, 1846/3058 (YKD 1996/1, s.117-118); Yılmaz-Tedbir, s.96; Kuru-Usul, C.IV, s. 4344; Gökcan, s.207.

⁴² Bkz. yuk. D.

⁴³ Bkz. 7.CD 26.5.1999, 2818/6182 (Gökcan, s.211).

G-ZAMANAŞIMI

Olağan dava zamanaşımı, TCK m. 102/4'e göre 5 yıldır. Olağanüstü dava zamanaşımı ise, TCK m. 104/2 uyarınca 7 yıl 6 aydır⁴⁴.

H- SONUÇ

İhtiyati tedbir ile amaçlanan sonuçların elde edilebilmesi için, ihtiyati tedbirin kararının verilmesi ve uygulanması yeterli değildir. Belirtilen hususların yanında, verilmiş ve uygulanmış olan ihtiyati tedbir kararına tarafların uymaları gerekir. Bu nedenle, ihtiyati tedbir kararına muhalefet edenlerin cezalandırılması konusundaki boşluğun doldurulması amacıyla HUMK m. 113/A'nın konulması isabetli olmuştur. Söz konusu madde, 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun ile Anayasanın 38. maddesine 9. fıkra olarak eklenen ile "Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonamaz" şeklindeki hüküm ile çelişmemektedir. Zira, HUMK m. 113A'da düzenlenen suç da doğrudan doğruya sözleşmeden doğan bir suç değildir. Burada, kanundan ve ona dayalı olarak verilen bir mahkeme kararından kaynaklanan bir suç söz konusudur. Gerçekten, Yargıtay'ın da bir çok kararında belirttiği gibi HUMK m. 113/A ile korunan hukuki yarar, ihtiyati tedbir otoritesidir. Kanunkoyucu, ihtiyati tedbir ile ilgili mahkeme kararına uyulmasını sağlayarak, hak arayana etkin bir hukuki koruma imkanını vermek düşüncesi ile bu maddeyi öngörmüştür.

İhtiyati tedbir kararına muhalefet edenin cezalandırılabilmesi için, geçerli bir ihtiyati tedbir kararının bulunması, ihtiyati tedbir kararının icra edilmişse, bunun usulüne uygun yapılmış olması ve ilgiliye tebliğ edilmiş olması ve ihtiyati tedbir kararının kalkmamış olması gerekir.

İhtiyati tedbir kararına muhalefet suçunun failinin, aleyhine tedbir kararı verilen kişi veya herhangi kimse olabilmesi mümkündür. Buna göre, suçun faili, aleyhine tedbir kararı verilen kişi olabileceği gibi, lehine tedbir kararı verilen kişi de olabilir. Aynı şekilde, tedbir kararına taraf olmayan üçüncü kişinin de suçun faili olması mümkündür. Buna karşılık, kendisine idare ve işletme için bir gayrimenkul teslim edilen yedieminin tedbire aykırı davranması halinde, HUMK m. 113/A'ya göre değil, TCK m. 276'ya göre cezalandırılmalıdır. Çünkü, HUMK m. 113/A, bu hükmün (HUMK m.113/A'nın) uygulanmasını eylemin Türk Ceza Kanunu'na göre daha ağır bir cezayı gerektirmemesi önsartına bağlamıştır.

⁴⁴ **Gökcan**, s.207; **7.CD** 15.12.1997, 10441/10333 (Gökcan, s.216): "İhtiyati tedbir kararına muhalefet eyleminde suç tarihi kararın verildiği veya infazın tebliğ edildiği tarih olmayıp, anılan karara aykırı fiilin tespit olunduğu 22.10.1993 günü olup, bu tarih itibarıyla zamanaşımının gerçekleşmediği gözetilmeden yazılı şekilde kamu davasının ortadan kaldırılmasına karar verilmesi..".

makaleler

kamu hukuku

CEZALARIN BİREYSELLEŞTİRİLMESİ

Doğan SOYASLAN*

GİRİŞ

Her Şeyden önce bireyselleştirmenin anlamına işaret etmek gerekiyor. Bireyselleştirme cezayı failin kişiliğine uydurmaktır. Başka bir ifade ile kişinin bünyesine uygun ceza vermektir. Peki kişi kimdir? Ceza kavramına girmeden önce kişi kavramına değinmek gerekiyor.

Hemen belirtelim ki, birey ve bireyselleştirme, kişi kavramını cezadan, cezanın amacından, cezadan beklenen fonksiyondan ayırmak m¼mk¼n değildir.

Ayrıca, kişi kavramı ceza infaz biliminin gelişmesine paralel olarak deđiŐerek gelişmiştir. Bu nedenlerle kişi kavramına, dolayısıyla cezanın kiŐiselleŐmesine zaman i¼inde bakmak ve değerlendirmek isabetli olacaktır.

Cezanın amacının, su¼lularını veya su¼lu adaylarını korkutmak, yıldırmak, başkalarına g¼zdađı vermek, b¼ylece kamu d¼zenini sağlamak olduğu d¼nemlerde, kişinin su¼ olan bir fiili iŐlerken fiili isteyip istemediğine bakılmakta, işlediği su¼a, verdiği zarara g¼re yargı¼ tarafından cezalandırılmakta idi.

Kendisine g¼rev veren iktidar veya kraliyet adına hareket eden yargı¼n g¼revi kamu d¼zenini yeniden tesis etmektir. Su¼ işleyen fail çoğu zaman aynı zamanda g¼nah da işlemiş sayılmaktaydı. Şiddetle cezalandırılmalıydı.

* Prof. Dr., BaŐkent Üniversitesi Hukuk Fak¼ltesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

Yargıç, örf ve adet kuralları, kraliyet emirnameleri uyarınca veya bunlara bağlı kalmaksızın kıyasa da başvurarak keyfi ve şiddetli bir şekilde sanığı cezalandırabilirdi. Çünkü sanık kuralları ihlal etmişti.

Aydınlık çağa kadar bu uygulama ile yargıç cezayı kişiselleştiriyordu. Bunu yaparken o zamanki kuralları ve o zamanki zihniyeti uygulamaktaydı. Ama bunu yaparken bir yandan emirnameleri diğer yandan örf ve adeti uygulamakta, takdir yetkisi gereği failin cezasını kendisi belirlemekteydi.

Hukuka bağlı devlet kavramı henüz gelişmemiştir. Ancak böyle de olsa kraliyet tarafından konulan ceza normlarını cezaların idari bireyselleşmesi olarak değerlendirmek mümkündür. Yasama bireyselleşmesinden söz edilemezdi. Çünkü, yasama organı mevcut değildi. Ancak, idari bireyselleşmeden söz edilse de, bu bireyselleştirme bugünkü anlamda bireyselleştirme değildir. Suç işleyen kişiyi korkutmaya, muhtemel suçlulara gözdağı vermeye yönelik bireyselleştirme değildir. Daha doğrusu, suç işleyen kişinin cezalandırılmasıdır.

Suç ve cezaların kanuniliği ve esasen birey kavramının devlet karşısında bir varlık olarak bulunmadığı ortamda cezanın failin kişiliğine uydurulmasından söz etmek kolay değildir.

Yürütme, yasama ve yargı bir bütündür. Yargı gücü yoktu. İdareden ayrı değildi. Bugünkü anlamda bireyselleşmeden söz edilemezdi. Çünkü, bugünkü anlamda bireyselleşme yasama, yargı ve idare bireyselleştirmesidir. Ama yine de Kara Avrupasında yargı uygulamalarından çıkan, Aydınlık çağ öncesi hukuka dair bir bireyselleşmeden söz etmek mümkündür¹.

Mademki suçlu, fiili isteyerek yapmıştı, o halde onu cezalandırmak gerekirdi. Cezanın amacı, suçluyu cezalandırarak suç işlenmesini önlemektir. Suçlunun bünyesine nüfuz ederek onu topluma kazandırmak değildi. Cezalar, bedene ve mala yönelik ve eşit değildi. Kişinin sosyal statüsüne göre değişmekte, buna göre, fail ya daha şiddetli veya daha hafif şekilde cezalandırılmaktaydı. Biyoloji, tıp, psikoloji bilimi olağanüstü ilerlemeyi henüz katedememiştir.

Modern hukukta bireyselleştirme ceza veya güven yaptırımının, suçlunun psikolojik, psikiyatrik, patolojik durumuna uydurulması olup, amaç suçluyu topluma yeniden kazandırmaktır.

Aydınlık çağ bireyi getirmiştir. Yapılan ihtilaller sonucu insanoğlu kendi kendini keşfetmiştir. Herşeyin üzerinde bir değer olarak insan kabul edilmiştir. İnsan insan olma dolayısıyla doğuştan birtakım haklara sahip sayılmıştır. İnsanların eşit ve hür doğdukları kabul edilmiştir. Devletin kişinin temel özgürlük alanına giremeyeceği kabul edilmiştir.

¹ Saleilles R. L'individualization de la peine, Paris, 1927, s.43,45.

Kişiler beraber olarak özgürlüklerinden taviz vererek devleti kurmuşlar, aynı zamanda devletin koyacağı kurallara tabi olacaklarını, yükümlülük olarak kabul etmişlerdir. Suç işlenmesi halinde devlet ceza verme yetkisini kullanmakta, fail de ceza çekme yükümlülüğünü yerine getirmektedir. Bir suç işlenmekle bu anlaşma ihlal edilmekte ve fail bu nedenle cezalandırılmaktadır ².

İhtilallerin amacı keyfiliği ve cezalarda şiddeti önlemek, eşitliği getirmek olmuştur. Çağının felsefesi içinde yapılan ihtilallerin kanunlara yansımaları mümkün değildi. Bu nedenle ihtilaller insanlar arasında suçlunun sosyal statüsüne göre ağır veya hafif şekilde cezalandırılmasına dayanan eşitsizliği ortadan kaldırmış, keyfiliği önlemek için suç ve cezaların kanuniliği ilkesini getirmiştir. Keza yine keyfiliğe karşı sabit ceza sistemi öngörülmüştür. Ancak her iki sistem de hayatın gerçeklerini görememiştir. Herşeyi düzenleyememişler ve soyut kalmışlardır.

Kişi özgürlüklerini korumak için yargı, yürütme ve yasamadan ayrılmıştır. Çünkü özgürlüklerin teminatı yargının bağımsız olmasındadır.

Kişi, özgür, en yüksek değer kabul edilince bunun sonucu olarak sorumlu, suç işleyip işlememekte serbest, irade özgürlüğüne sahip sayılmıştır. Suç işlemekte serbest olduğuna göre, bunu cezalandırmak gerekir. Çünkü yaptığı kötülüğe kötülükle karşılık vermek lazımdır. Ayrıca suçluluğu önlemek için failin mutlaka cezalandırılması gerekir.

Mademki kişi yaratıkların en onurlusuydu, o halde bunun onuruna uygun bir ceza vermek gerekti. Bu ceza da çok değerli olan hürriyetin bağlanması olmalıydı. Ayrıca hürriyetin bağlanmasıyla suçlu kişi, hem özgürlük gibi bir nimetten mahrum edilerek cezalandırılacak ve hem de cezaevinde eğitilerek kendisini suça iten faktörler ortadan kaldırılacak, kendisine bir iş eğitimi verilecek, böylece topluma yeniden kazandırılabilirdi.

XVIII. Asrın sonlarına tekabül eden bu düşüncelerin değişmesi gereği kısa zamanda kendisini göstermeye başladı. İhtilal yılları ilkelerinden ilk taviz suç ve cezaların kanuniliği ilkelerinde verildi. Yasama organı bazı konularda suçların detaylarını belirleme yetkisini yerel idareler ve yürütme organlarına devretti.

I- BİREYSELLEŞTİRME

A- Kanuni bireyselleştirme ve yargısal bireyselleştirme

İşlenen suçların çokluğu ve çeşitliliği, suçluların birbirlerinden farklılığı karşısında cezalarda alt ve üst sınırlar belirlenerek, yargıca ceza belirlemede takdir

² Garraud R. Traite theorique et pratique du droit penal Français, Tome I, Troisième Edit.,Paris, 1913 s.79.

yetkisi verildi³. Bunun anlamı, cezanın hakim tarafından failin şahsına uydurulmasıydı. Bunun ismine yargı bireyselleştirilmesi veya yargısal bireyselleştirme adı verilmektedir. Amacı suçluyu topluma kazandırmaktır⁴.

Ancak burada aynı zamanda cezanın kanuni bireyselleşmesi söz konusudur. Çünkü kanun yoksa yargıcın uygulayacağı kural ve bireyselleşme de yoktur.

Kanun koyucu, ceza normunu koymakta, yargıç kanunu uygulamakta, idare kanuna uygun olarak cezayı infaz etmektedir. Bu durumda kanuni bireyselleşme veya yasama bireyselleştirmesi, yargıç soyut kuralı uyguladığı için yargı bireyselleşmesi, idare infazı yerine getirdiği için idare bireyselleşmesinden söz edilmektedir. Şu durumda yasama bireyselleşmesi (fazla genel ve aslında bu durumda bireyselleşmeden söz etmek bile doğru olmamakta) yargı bireyselleşmesi tarafından tamamlanmalı, yargı bireyselleşmesi de idari bireyselleşme tarafından tamamlanmalıdır⁵.

Kanuni bireyselleşme soyuttur. Kanun geneldir. Herkes için eşittir. Çünkü kural belli bir şahıs için konulmamaktadır. Ancak böyle bir bireyselleşme olmadan yargıç, yargılama yaparak ceza belirleyemez. Yargıç somut olarak bireyselleşme yapmaktadır. Verilen yaptırım cezayı kişinin şahsına uydurmaktadır. Yani hastalığı teşhis etmektedir.

B- İdari Bireyselleştirme

İnfaz idaresi ise teşhis edilen hastalığın tedavisini yapmaktadır⁶. İdare elbette hastayı göz önüne alarak tedavi yapacaktır. Suçlunun kişiliğine uygun olarak verilen cezayı yine suçlunun kişiliğine uygun olarak uygulayacaktır. Ancak her ne kadar kuvvetler ayrılığının ihdasından sonra ceza infazının bireyselleştirilmesi uzun süre idarenin elinde kalmışsa da bazı ceza kanunları XX.yy'ın ilk çeyreğinden itibaren ceza infazının bireyselleşmesine yargıcı veya mahkemeyi de ortak etmeye başlamışlardır. Bunun nedeni yargıcın suçluyu bireyselleştirmek için daha iyi tanınması, ayrıca kişi özgürlüğünün teminatı olmasıdır⁷.

3 Bouzat P.- Pinatel J. Traite de droit penal et de criminologie, Tome I, 2eme Edit., Paris, 1970, s.643.

4 Lévassieur G. Les techniques de l'individualisation judiciaire. R.S.C. 1972, s.333.

5 Pradel J. L'individualisation de la sanction: essai d'un bilan a la veille d'un nouveau code penal. R.S.C. 1977, s.726.

6 Saleilles, a.g.e.s. 267.

7 Antolisei F. Manuale di diritto penale. Parte generale. 14 ediz. Milano, 1997, s.736.

C- İnfazda yargı bireyselleştirmesi

Gerçekten söz konusu kanunların ilki 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu olup cezaların infazını denetleyen “Denetim Yargıcı” ve “Denetim Mahkemesi” ihdas etmişlerdir⁸. Keza Fransa, kişi hak ve özgürlüklerini en iyi şekilde yargıcın koruyabileceği düşüncesiyle 1954 yılından itibaren ceza infaz hakimliğini ihdas etmiştir⁹.

Türkiye’de uzun yıllar cezalar sadece idare tarafından infaz edilmiştir ve halen de cezaevi idaresi tarafından infaz edilmeye devam edilmektedir. Ancak 16.05.2001 tarih ve 4675 sayılı İnfaz Hakimliği Kanunu cezaları infaz için infaz hakimliğini ihdas etmiş, böylece ceza infazının yargı tarafından bireyselleştirilmesi sağlanmak istenmiştir. Doğru olanı Türk infaz hukukunun bir an önce infaz hakimliğine kavuşması, infazın yargıcın denetiminde olmasıydı. Bunun birinci nedeni yargıcın bağımsızlığı, ikinci nedeni ise yargıcın ceza verdiği kişiyi daha iyi tanımasıdır.

Gerçekten İtalyan Ceza Kanununa göre denetim yargıcı hükümlünün tehlikeliliğini yeniden incelemek, güvenlik tedbirini uygulamak, değiştirmek, gözden geçirmek, hükümlünün veya güvenlik tedbiri mahkumunun haklarına uyulup uyulmadığını denetlemek, şikayetler üzerine karar vermek, hükümlüyü işe kabul etmek, izin vermek, sosyal servise denemek için teslimde değişiklik, evde infaz kararı, mahkumiyetten sonra meydana gelen akıl hastasının hastaneye yatırılmasına karar vermek(md.69 Cezaevi Tüzüğü).

Denetim mahkemesi ise deneme için sosyal servise teslim kararı, evde infaz, geceleri infaz, şartlı tahliye, erken tahliye için cezada indirim, belirtilen kararlarını geri alması gibi işlemleri yapmaktadır¹⁰.

Fransa’da ise infaz hakimi her hükümlü için tretman şeklini tayin ederek cezanın infazını bireyselleştirmektedir. İnfaz hakiminin tretman uyguladığı hükümlü, cezaevinde olabileceği gibi cezaevi dışında da olabilir. Bunlar dışarı çıkma, geceleri infaz, izin, şartlı tahliye teklifi, kademeli rejimin çeşitli safhalarına geçiş, merkez cezaevlerinde sınıflandırma komisyonu başkanlığı, infaz

8 Antolisei, a.g.e., s.706.

9 Stefani G.-Leuvasseur G.-Jambu-Merlin, Criminologie et science penitentiaire, Troisieme edit., Dalloz, 1972, s.328.

10 Antolisei, a.g.e., s.737.

rejiminin kontrolü, denetimli tecilde denetim komisyonu başkanlığı ve tedbirlerin değiştirilmesi kararı gibi¹¹.

Türü ne olursa olsun bireyselleştirmeler, gayri adil, eşitsiz olmamak, kesin hükmün kesinliğine gölge düşürmekle eleştirilmiştir¹².

D- Bireyselleştirmeye pozitivistlerin katkısı

Cezanın bireyselleşmesi kavramı yeni klasiklerle ortaya atılmışsa da, kavramın dikkati çekecek şekilde güçlenmesi, İtalyan Pozitivist Okulunun ceza hukukuna getirdiği katkılarla gerçekleşmiştir. Gerçekten bu okulun mensuplarına göre (Lombroso, Ferri, Garofalo) klasik okulun tezleriyle suçlulukla mücadele etmek mümkün değildir. Mümkün olsaydı cezaevleri suçluları ıslah eder ve tekerrür oranı yüksek olmaz ve suçluluk artmazdı. O halde suçlulukla mücadele için yeni bir vizyonla suç politikasını değiştirmek gerekir.

Pozitivistlere göre klasik okul mensupları, irade özgürlüğü konusunda yanıltılmaktadırlar. İnsan iradesi özgür değildir. Onlar bir faraziyeğe göre hareket etmektedirler. Pozitivistlere göre tüm insanlar, az çok tehlikelidirler. Toplum bu tehlikeli insanlardan korumak gerekir. Bunun için gerekli güvenlik tedbirleri alınmalıdır. Bunlar toplumu savunmak için gerekli sosyal savunma tedbirleridir. Ceza değildirler. Akıl hastaları, doğuştan suçlular toplumdan dışlanmalı, bir yerde kapatılmalıdırlar. Aksi halde toplumu bunların zararlı hareketlerinden korumak mümkün olamaz.

Pozitivistlere göre, klasik okul mensupları ceza hukukunun temel konusu olarak suçu almışlardır. Oysa doğru olanı suçu değil suçluyu ele almaktır. Ceza Hukukunun temel uğraşı alanı suçlu olmalıdır¹³.

Klasik okul ve pozitivist okulun görüşleri, yeni sosyal savunma doktrini ile birleştirilmiştir¹⁴. Bu okula göre irade özgürlüğü mevcuttur. Suç işleyen kişi, başkasına zarar veren bir seçim yapmıştır. Ceza hukuku suçun yanında suçluyu da incelemelidir. Bir yandan suçluya karşı toplum, diğer yandan da kişinin hakları korunmalı, suçlunun sorumluluk duygusu geliştirilmeli, suçlu topluma kazandırılmalıdır. Bu okulun fikirselle öncülüğünü yaptığı Marc Ancel, cezalarla

¹¹ Stefani-Levasseur-Jambu-Merlin., a.g.e., s.327; Conte, P.-De Chambon P M., Droit penal general, Paris 1990, s.287 vd.

¹² Pradel, a.g.e., s.728vd.

¹³ Pradel, J.; L'individualisation de la sanction: essai d'un bilan à la veille d'un nouveau code pénal R.S.c. 1977, s.726.

¹⁴ Larguier, J.; Droit Penal et Procedure Penale, Paris, Dalloz, 1970, s.5.

güvenlik tedbirlerinin aralarında pek fark olmadığını ve bu nedenle yaptırım olarak aynı çatı altında birleştirilmeleri gerektiğini savunmuştur¹⁵.

II-CEZALAR VEYA YAPTIRIMLAR

Ceza hukukunda yaptırım, dar ve geniş anlamda olmak üzere iki şekilde anlaşılır.

Dar anlamda yaptırım, geleneksel olarak suç olan bir fiile karşı toplum reaksiyonudur. Mesela adam öldürme suçuna karşılık ağır hapis veya idam cezası verilmesi gibi.

Geniş anlamda yaptırım ise, suç olan veya olmayan bir fiilin failini veya suç işleme tehlikesi içinde olanlara uygulanacak tedavi tedbirlerini kapsar. Suç işleyen bir alkol veya uyuşturucu müptelasının tedavisine karar verilmesi, sokakta yaşayan tehlikeli bir akıl hastasının hastaneye yatırılması, bir uyuşturucu müptelasının bağımlılıktan kurtulması için tedavisine karar verilmesi gibi.

Bir suçun yaptırımı, kural olarak ceza mahkemesi tarafından belirlenir. Ancak istisnaen idari mahkemeler tarafından da verilebilir. Mesela Rekabet Kurumunun haksız rekabet halinde para ceza sı vermesi gibi.

Suçun karşılığı olan toplumsal reaksiyon çoğu zaman hapis gibi cana zarar veren, para cezası gibi mala zarar veren, veya kişinin haklarını kısıtlayan bir fiili durumdur. Ancak bazen toplumsal reaksiyon sadece açıklama olabilir. Mesela çocuk mahkemelerinin çocuklara yaptıkları ihtar¹⁶, çok hafif hapsi gerektiren fiiller için uygulanan adli tevbih gibi.

Teknoekonomik gelişme ve toplumların sanayileşmesine paralel olarak hem suçlar ve hem de suçlu tipleri çeşitlenmiş ve çoğalmıştır. Bu durumun doğal sonucu olarak suç ve suçlulara uygulanacak olan yaptırımlar da çeşitlenmiştir. Bunun sebeplerinden birincisi, suçun yeni yaptırımı, ikincisi ise farklı kişilikte olan suçların kişiliklerinin farklı yaptırımı gerektirmesidir.

Bugünkü hukukta halen yaptırımlar iki büyük blokta toplanmaktadır. Bunlardan birincisi cezalar ikincisi güvenlik tedbirleridirler.

Cezalar, bir suç karşılığı olarak her zaman var olmuşlardır. Güvenlik tedbirleri ise XIX.yy'ın sonlarında ortaya çıkmıştır. Geleneksel cezaların suçlulukla mücadele ve tekerrüre karşı yetersiz kaldığı, insanoğlunun iradesinin özgür olmadığı gerekçeleriyle Pozitivistler tarafından ortaya atılmış, toplumun tehlikeli

¹⁵ Pradel J.,Droit penal general, septieme edit.,Paris, 1990, s.524.

¹⁶ Pradel, a.g.e., s.584.

suçlulardan korunması için cezaların yerini güvenlik tedbirlerinin alması gerektiği ileri sürülmüştür.

Pozitivist okulun önerdiği güvenlik tedbirleri önce çocuk ve küçük suçlular için XX.yy'ın başından itibaren uygulanmış, daha sonra uygulama alanı tüm Batılı kanunlarda geliştirilerek genişletilmiştir. Bunlar bir eğitim veya tedavi kurumuna teslim, güvenli bir yere yerleştirme, denetleme gibi tedbirlerdir.

Halen Pozitivist hukuk düzeyinde bu iki tedbirin varlığı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 3ncü maddesinde zımnen, Anayasa'nın38/3 ncü maddesinde ise açıkça tanımlanmıştır.

Her ne kadar ceza ve güvenlik tedbiri ayrımı, günümüz kanunlarında varlığını korusa da öyle görünüyor ki ceza hukukunun gelişimi bu iki yaptırım türü arasındaki farkı kaldırmaktadır. Başlangıçta varolduğuna inanılan farkın artık ortadan kalktığı, bu iki tür yaptırımın birleştirilmesi gerektiği, iddia ve teklif olunmaktadır¹⁷.

Ceza ve güvenlik tedbirleri arasında benzerlikler ve farklılıklar mevcuttur. Bu konuda açıklama yapmak için iki kurumun amaçlarına ve bunların rejimine bakmak gerekir. Ancak geleneksel olarak amaçlarında ayrılık olsa da ceza ile güvenlik tedbirleri arasında artık amaçları yönünden de bir yaklaşma olduğu şüphe götürmemektedir.

A- Geleneksel Farklılıklar

1) Cezanın Amaçları

Geçmişe bakıldığında ve işlenen kusurlu fiil göz önüne alındığında cezanın ödetici bir amaç izlediği görülmektedir. Suç, topluma karşı yapılan bir kötülüktür. Toplum adaletin yerine gelmesi için reaksiyon göstermektedir. Suçlunun yaptığına karşı bir nevi denge sağlamak için toplum da suçluya bir kötülük yapmaktadır.

Bu tezin kabulü halinde suçlunun akıl sahibi, seçme özgürlüğü ile donatılmış bir varlık oluşu karşımıza çıkmaktadır.

Ne olursa olsun kanun koyucu halen cezanın ödetici fonksiyonunu kabul etmekte ve bundan bir takım neticeler çıkarmaktadır. Ceza, suçlunun suçluluğu ölçüsüne göre verilmektedir. Acı vericidir. Aynı zamanda toplumda küçültücü, aşağılayıcı bir niteliğe sahiptir. Acı verici oluşunun sebebi insanın hassas yanlarına dokunmasıdır. Mal varlığı, özgürlük, hatta hayat gibi.

Küçültücüdür çünkü suçluyu bir takım haklardan mahrum ederek toplumdan dışlanma neticesini doğurmaktadır.

¹⁷ Antolisei, a.g.e., s.825, Pradel a.g.e., s. 514.

Geleceğe yönelik olarak ceza birinci derecede korkutma, gözdağı verme, ikinci derecede suçluyu cezaevine kapatarak tasfiye amacı gütmektedir. Cezanın öncelikli amacı toplumsal korkutmadır. Suçlunun cezalandırıldığını gören suçlu adayları suç işlemekten vazgeçeceklerdir.

Ancak eğer bir toplumda cezanın varlığına rağmen adalet işlemiyorsa, polis etkisiz, çalışmıyorsa, soyut cezanın varlığı bir işe yaramayacaktır.

Ceza, genel önleme amacı yanında özel önleme amacı da gütmektedir. Cezaevine giren suçlu cezaevlerindeki günlerini düşünerek suç işlemekten kaçınacaktır. Bugün suçluların %50'si mükerrir olmaktadır. Cezaevine giren suçlu mükerrir psikolojisine alışmaktadır. Mahkum olan ve cezaevine giren kimsede suçlu psikolojisi gelişmektedir. Bu durum failin tekrar suç işlemesine sebep olmaktadır. O halde tecil tekerrürü önlemede hapis cezasının çektirilmesinden daha iyidir¹⁸.

2) Güvenlik Tedbirinin Amacı

Güvenlik tedbiri münhasıran geleceğe yönelik olup amacı suç işlenmesini ve tekerrürü önlemektir. Bu amaca da kişinin denetlenmesi ve ortadan kaldırılması sonucu ulaşılır. Pozitivistlerin amacı toplumu kişinin zararlı hareketinden bu vasıtalarla korumak idi. Akıl hastası, doğuştan suçlular ve alışık suçluların ömür boyu kapatılması, bazı seksüel suçluların kastraksiyonu, berduşların çalışma merkezinde toplanması gibi. Suç işlenmesinin önlenmesi suçlunun ıslahı ile sağlanabilir. Islah suçluyu suça iten kişisel nedenlerin ortadan kaldırılmasıyla gerçekleştirilebilir. Küçük suçlulara, uyuşturucu bağımlılarına uygulanan tedbirler gibi.

Kusur ve işlenen fiil kavramlarından ayrılan bu durum, cezadan farklı olarak ne acı verir ve ne de küçük düşürücü bir özelliğe sahiptir.

B- Aralarındaki Yakınlıklar

Hiç şüphesiz modern cezanın bir amacı da ödetici ve korkutucu olmasıdır. Fakat diğer amacı ise suçlunun ıslahı ve topluma yeniden kazandırılmasıdır. Güvenlik tedbirlerinin amacı da budur. O halde ceza ile güvenlik tedbirleri arasında amaç yönünden bir yakınlık vardır¹⁹.

Cezanın amacının suçluyu topluma kazandırma süreci XIX. Yüzyılda başlamış, güvenlik tedbirleri kavramının ortaya atılmasından sonra söz konusu amaç

¹⁸ Pradel, a.g.e., s.515.

¹⁹ Bouzat, P.et Pinatel, J.; Traite de Droit Penal et de Criminologie, Tome I, Paris, 1970, s. 404.

daha da güçlenmiş, özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra sonucu itibariyle kişiye acı çektirse de hemen tek amaç haline gelmiştir.

Mükerrirler ve küçük suçluların durumu göz önüne alındığında cezanın suçluyu topluma kazandırma amacına ulaştığı söylenemez.

III- CEZA VE GÜVENLİK TEDBİRLERİNİN UYGULANMASI

Ceza ve güvenlik tedbirlerinin verilmiş ve icra edilmiş şekilleri birbirlerinden farklıdır.

A- Yaptırımın Hükmediliş Şartlarına İlişkin Farklar

Ceza ile güvenlik tedbirlerini belirleme teknikleri birbirinden farklıdır. İki yaptırım türü arasında önemli farklar vardır. Cezasızlık sebepleri, hafifletici sebepler, tecil sadece cezalar için uygulanabilir.

Buna karşılık, yaptırımın verilmesi için genel şartlar birbirlerine yakındırlar. Hukuk düzeni her ikisi için de önce bir fiilin işlenmesini öngörebilir.

Ceza ve güvenlik tedbirlerinin mantığı farklı olduğundan ceza için zorunlu olarak bir suç işlenmesi gereklidir. Ancak güvenlik tedbirleri için tehlike hali kâfidir. Başkaları için tehlikeli olan alkoliğin suç işlemekten önce bağımlılıktan kurtarılması için tedavi edilmesi gibi.

Kanunilik konusunda da bu iki yaptırım arasında yakınlaşma vardır. İkisi de kanunsuz olmaz. Suçu ve yaptırımı kanun belirler²⁰. Güvenlik tedbirlerini de kanun belirler. Ancak güvenlik tedbirleri için derhal uygulanma ilkesi geçerlidir. Cezada ise lehe kanun ilkesi uygulanır.

Yakınlaşma eşitlikte de vardır. Gerek ceza gerek güvenlik tedbiri herkes için eşittir. Tehlikeli olanlar için de keza güvenli tedbiri eşittir.

Şahsilik konusunda da yakınlık vardır. Fiili kim işlemiş ise o sorumludur, üçüncü şahıslar değil. Güvenlik tedbiri de prensip olarak şahsa uygulanır. Ama gerek ceza gerek güvenlik tedbiri başkalarını hep etkilemiştir. Baba hapse girince tüm aile efradı cezayı çeker. Bir binanın yıkılması güvenlik tedbiri de olabilir. Ama bina sahibi suçsuz olabilir²¹.

Bir başka açıdan yakınlık da insan onuruna saygı yönündendir. Gerek ceza ve gerekse güvenlik tedbiri insan onuruna uygun olmak zorundadır (İHAS md. 3).

²⁰ Bouzat, P. et Pinatel J., age. S. 404.

²¹ Pradel, a.g.e., s. 520.

Her ikisine de adlî makamlar karar verir. Ama ön kosültasyonlar farklıdır. Güvenlik tedbirleri için doktor raporunun aranması gibi.

B- Yaptırımın İnfazına İlişkin Şartlar

Ceza yaptırımını için klasik doktrin sürenin belli olmasını savunmuştur. Hükümlü mademki bir suç karşılığı ceza çekecekti ceza süresini bilmeliydi.

Buna karşılık güvenlik tedbirinin süresi belirsiz olmalıydı. Çünkü yargıç tehlike halinin nasıl seyredeceğini bilemezdi. O halde temel kural belirsizlik olmalıydı. Pozitivistler de bunun böyle olmasını istemişlerdi. Güvenlik tedbirinin süresinin belirsizliği kişi özgürlüğü için çok tehlikelidir.

C- Gözden Geçirilmeye İlişkin Farklar – Değiştirilme

Kural olarak ceza değiştirilmez. Ancak tehlike haline paralel olarak tedbir değiştirilebilir. Güvenlik tedbirine karar veren makam önceki tedbiri başka bir tedbire çevirebilir²². Kararının icrasını gözden geçirebilir. Başka bir tedbire hükmedebilir. Mesela, çocuklara hükmedilen tedbirlerin mahkeme tarafından değiştirilmesi gibi. Ancak artık cezalar da gözden geçirilmektedirler. Aflar, şartlı tahliyeler, kısmî teciller gibi.

Affetme ve unutmaya dayanan özel ve genel af açıkça cezalara uygulanabilir. Güvenlik tedbiri affedilmez. Çünkü af tedbirin mahiyetine aykırıdır. Ancak bu konuda iki kurum arasında yakınlaşma görülmektedir.

IV- CEZA VE GÜVENLİK TEDBİRİNİN BİRLEŞTİRİLMESİ – TEK YAPTIRIM

Günümüz kanunlarında iki yaptırımın da yer aldığı görülmektedir. Ancak doktrinde bu iki yaptırımın birleştirilmesi gereği savunulagelmiştir. Gerçekten Marc Ancel *Yeni Sosyal Savunma* isimli eserinde sosyal güvenlik tedbirlerini oluşturan bu iki yaptırımın bir tek yaptırım ismi altında birleştirilmesini savunmuştur.

Ünlü hukukçu, birleştirmenin gerekçesini üç temel argümana dayandırmıştır. Cezaya maruz kalan hükümlü ile tedbire maruz kalan hükümlünün kaderi aynıdır. Cezaevi idaresi suçluyu sadece cezalandırmak amacıyla değil aynı zamanda topluma kazandırmak amacındadır da. Tecilli hükümlüler de aynı konumdadır.

²² Stefaini G.et Levasseur G. Droit penal general Huitieme edit., Dalloz, 1975, s. 344.

Korkutuculuk ve acı çektiricilik sadece cezaya has değildir. Bir terbiye ve ıslah kurumuna yerleştirme de korkutucu özelliğe sahiptir²³.

Bir yaptırımın ceza veya güvenlik tedbiri mi olduğu birbirine karıştırılmaktadır. Ayırma sorunu vardır. Mesela meslekten men veya bazı mahkumiyetler ceza mıdır yoksa güvenlik tedbiri midir? Bunu ayırmak zordur. Mesela müsadere bazen ceza bazen güvenlik tedbiri niteliğindedir²⁴.

Marc Ancel tarafından ileri sürülen gerekçeler birçok hukukçuyu tatmin etmemektedir. Esasen kanunlarda iki yaptırımın yan yana oluşunun sebebi bu tatminsizliktir.

Gerçekten ikilik sistemini savunanlara göre yaptırımın mahiyetini belirleme hususu zor bir soru değildir. Yaptırımın mahiyetini anlamak kolaydır. Bu konuda mübalaa edilmektedir. Ölüm, hapis, para cezasının ceza olduğunda; eğitim tedbirlerinin amacının suçlunun eğitilmesi olduğunda şüphe yoktur.

Birleştirmeye karşı çıkanların ikinci gerekçesi, iki yaptırımın temel ve amaçlarının birbirinden farklı olmasıdır²⁵.

V- CEZALARIN SINIFLANDIRILMASI

Cezalar asıl ceza, fer'i ceza ve mütemmim cezalar olarak sınıflandırılırlar. Asıl ceza kanunun suç için öngördüğü, suçun işlenmesi halinde zorunlu cezadır. Fer'i ceza, asıl cezanın verilmesi halinde bu cezaya bağlı olarak verilmesi gereken bir cezadır. Mütemmim ceza ise, asıl cezanın verilmesinden sonra verilip verilmemesi yargıcın takdirine bırakılan bir cezadır.

Cezalar cürümler ve kabahatlere, politik ve adî suçlara ilişkin olarak da ayrılmaktadır. Bunlardan başka cezalar bedene yönelik olup olmadıklarına göre de ikiye ayrılırlar. Bedenin hareketini, fizik şahsın özgürlüğünü ortadan kaldıran veya sınırlayan cezalar veya bedeni yaralayan veya bedeni büsbütün ortadan kaldıran cezalar olarak ikiye ayrılırlar.

Bedenin hareketini sınırlayan veya ortadan kaldıran ceza hürriyeti bağlayan cezadır. Ceza olarak aydınlık çağ ile beraber kanunlara girmiştir.

Bedeni yaralayan veya ortadan kaldıran cezalar vücudun kızgın demirle dağlanması, dayak, kırbaç, vücut organının kesilmesi ve ölüm cezalarıydı. Bunlar ölüm hariç Aydınlık çağ ile ortadan kalktılar. Çünkü insanı aşağılayan, insan onuruyla bağdaşmayan cezalardı. Bunların yerini hürriyeti bağlayıcı cezalar aldılar.

23 Pradel, a.g.e., s.524.

24 Pradel, a.g.e., s.524.

25 Pradel, a.g.e., s.525.

Ölüm cezasından başka cerrahinin ve tıbbın gelişmesine paralel olarak bazı tedavi edici tedbirler de insan vücudunu etkileyen yaptırımlar arasındadırlar. Mesela alkol veya uyuşturucu müptelasının tedavi edilmesi gibi.

Söz konusu tedbirler, insan vücudunda var olan suçluluk faktörlerini tıbbî ve cerrahî operasyonlarla ortadan kaldırırlar.

V-HÜRRİYETİ BAĞLAYICI CEZALAR

Kişinin hareket özgürlüğünün ortadan kaldırılması halinde özgürlüğün bağlanması söz konusu olur. Failin özgürlüğü ceza hukukunda dört nedenle ortadan kaldırılabilir. Failin gözlem altına alınması ve tutuklanması halleri, failin işlediği iddia olunan fiili işlediğinin sabit olmasına bağlı olarak özgürlüğünden mahrum edilmesine karar verilmesi, güvenlik tedbiri olarak bir terbiye ve ıslah kurumuna tevdi edilmesi halleridir.

Failin gözlem altına alınması ve tutuklanması bir ceza usul hukuku kurumu olan koruma tedbiridir. Bu aşamada henüz suçluluğu sabit olmadığı için kişi henüz sanıktır. Delilleri ortadan kaldırma durumu mevcut, suç belli bir ağırlıkta, sanığın kaçması söz konusuysa sanık tutuklanır.

Sanığın tutuklanması bir ceza değildir. Bir muhakeme tedbiridir. Ancak tutuklamanın yine de bir korkutuculuğu vardır (CMUK m. 104). Tutuklamanın bir de dezavantajı vardır. Sanığın cezaevine, mahkumiyet psikolojisine alıştırmasıdır.

Tüm sanıklar tutuklanmadığına ve kanun hakime sanığı tutuklayıp tutuklamama konusunda yetki verdiği göre, kanun hakime tutuklamayı sanığın şahsına uydurma, bireyselleştirme konusunda yetki vermiştir.

Güvenlik tedbiri olarak sanığın veya hükümlünün bir terbiye veya ıslah kurumuna tevdi edilmesi halinde de özgürlüğün kaybı söz konusudur. Ancak özgürlüğün kaybı burada bir sonuçtur. Amaç özgürlüğün kısıtlanması değildir. Hükümlünün tedavisidir.

Hürriyetin bağlanması, ceza olarak XVIII. Yüzyıl sonlarında ortaya çıktı. Bunun beş nedeni vardı. Birincisi insanın temel değer olarak kabulü ve bedene acı veren cezaların insan haysiyetiyle bağdaşmadığı düşüncesinin yayılması, ikincisi ihtilallerle mutlak krallıkların yıkılışı ve özgürlüğün bir nimet telakkî edilmesi, üçüncüsü ekonomik durumun iyileşmesi ve yaşamın tatlı olması, dördüncüsü suçluların özgürlük gibi bir değerden mahrum edilmesi, beşincisi kişinin özgürlüğünden mahrum edilerek aynı zamanda cezaevinde düzeltilmesi, ıslahıdır. Bu düzeltmede hükümlünün cezaevinde çalıştırılması önemli bir rol oynayacaktır.

Özgürlüğün bağlanması XIX. Yüzyılda ceza olarak uygulandı. Ama kendisinden umulan netice elde edilemedi. Cezaevine girip çıkanların yarısı on yıl içinde tekrar cezaevine döndü²⁶. Hürriyeti bağlayıcı ceza ıslah edici bir rol oynayamadı. Cezaevlerinde kurulması düşünülen iş düzeni kurulamadı. Cezaevleri intihar edilen, kişinin aklı dengesinin bozulduğu yerler oldu. Sağlık bozucu bir fonksiyona sahip oldu.

Koşu egemenliği kuran çeteler, homoseksüel ilişkiler, rehin almalar, müesir fiiller, adam öldürmeler, memura mukavemetler sıkça işlenen suçlar oldular. Özgür hayata kavuştuktan sonra işlenmek üzere cezaevlerinde suç çeteleri cezaevlerinde oluşturuldu. Hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum olan kişi, mükerrir oldu.

Kısacası okul olacağı umulan cezaevleri suçluluk yuvaları oldular.

A-Tretman Uygulamasına İlişkin Sorunlar

Cezaevinin hükümlüyü kötü yönde etkileme derecesi, kişiye ve cezanın süresine göre değişmektedir.

Çok kısa süreli cezalar (15 günden az süreli) kişinin cezaevine uyumu için çok az geldiler. Sağlıklı bir psikolojik şok için uzun oldular²⁷. Ayrıca bunlara bir tretman uygulamak mümkün değildir. Çünkü süre kısadır. Hükümlülerin cezaevine girmeleri ile çıkmaları arasında fazla zaman olmadığı için bunlara herhangi bir iş vermek veya öğretmek mümkün olmamaktadır.

Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların (bunlar süresi altı aya kadar olanlar) bir başka mahzuru da hükümlü veya tutukluyu cezaevine alıştırmasıdır. Cezaevini gören hükümlü, cezaevinin soyut korkutuculuğunu üzerinden atar. Cezaevine girmek artık onun için olağanüstülüğünü kaybeder, olağan bir olay olur. Kısa süreli olarak cezaevinde kalan şahsa göre cezaevi yenip içilip yatılan yer olur. Kısacası bu cezalarda kişi, cezanın dolayısıyla Devletin korkutuculuğunu hissetmez.

Oysa altı aydan yukarı hapis cezalarına mahkum olanlara belli bir program dahilinde bir tretman uygulamak mümkündür. Ayrıca bunların cezaevlerinde uzunca bir süre kalmaları, kamu vicdanını de tatmin etmektedir. Çünkü suçlu bir süre cezaevinde kalarak yaptığının bedelini ödemektedir. Cezaevinde düzenli bir işgücü olacağı için, bunlara has bir iş organizesi yapmak mümkün olacaktır.

²⁶ Prade, a.g.e., s.1 544.

²⁷ Pradel, a.g.e., s. 545.

B-Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Alternatifler Aranması

Hürriyeti bağlayıcı cezadan umulan netice elde edilemeyince XIX.yy. sonlarına doğru Pozitivist okulun da etkisiyle hapis cezalarına alternatif cezalar aranmaya başlandı. Önce tesadüfi suçlular için tecil öngörüldü. Böylece hafif suçları işleyen fırsat suçluları, cezaevlerinin kötü etkilerinden korundu.

Hafif suçları işleyenlerin hapis cezalarının para cezalarına çevrilmesi ilkesi benimsendi.

Küçük suçlular için cezalar yerine eğitici nitelikte güvenlik tedbirleri benimsendi.

Cezasının bir kısmını (2/3 ve 3/4) iyi hal ile cezaevinde çeken hükümlü, cezasını tamamlamadan önce serbest bırakıldı.

Elbette, hürriyeti bağlayıcı cezalara alternatif olan bu tedbirler suç ve cezaların kanuniliği ilkesi gereği kanun tarafından öngörülmüştür. Kanunun bu öngörüsünün anlamı, hürriyeti bağlayıcı cezanın kişinin şahsına uydurulması yani bireyselleşmenin kanuniliğiydi.

O halde suçlunun tanınmasından sonra yapısına uygun bir cezanın verilmesi için önce kanun bazında bireyselleşme gerçekleşmiştir. Kanunun kendisine verdiği yetkiye dayanarak suçluyu yakından tanıyan yargıç, kanunun verdiği yetkiyi somut olaya uygulamıştır.

Keza aynı şekilde hükümlüye cezasını çektiren idare kanundan aldığı yetkiyi somut olaya uygulamış, iyi halli hükümlünün tahliyesine öncülük etmiştir.

Hürriyeti bağlayıcı cezaların bireyselleşmesi durumu yukarıda sayılan tedbirlerle sınırlı kalmamış, gelişerek genişlemiştir.

Bu genişlemenin bir anlamı kişinin özgür bir seçimle suç işlediği kavramının kabulü yerine, tehlike hali kavramının kabulüdür.

Diğer anlamı ceza infaz rejiminde devletin başarısızlığa uğradığının tescilidir.

C-Hürriyeti bağlayıcı cezalara alternatif tedbirlerin genişlemesi

Kanun yapıcılar, cezaevi rejimlerinin başarısızlığını gördükçe suçluyu topluma yeniden kazandıracak başka alternatif tedbirler de aramaya koyuldular. Söz konusu tedbirlerle bir taraftan mahkemelerin işyükünü azaltmayı amaçladılar, diğer taraftan failin cezaevine girmesini engellemek ve mahkumu cezaevinin kötü neticelerinden kurtarmak istediler.

Alternatif tedbirlerin bir kısmı ağırlıklı olarak Ceza Usul, diğer bir kısmı Ceza ve İnfaz hukukunu ilgilendirmektedirler. Söz konusu tedbirler cumhuriyet savcılığı veya mahkeme tarafından uygulanmaktadır.

1) Cumhuriyet savcısı tarafından uygulananlar

Bunlardan birincisi davanın açılmasının ertelenmesidir. Cumhuriyet savcısı sanığın ahlaki temayülleri itibariyle bir daha suç işlemeyeceği kanaatinde ve esasen sanık ilk defa suç işlemiş ise dava açmayabilecektir. Ancak bunun için işlenen suç hafif olmalıdır(bir veya iki yıl hafif hapis gibi). Eğer sanık kendisine verilen süre içinde tekrar suç işleyerek adalet önüne gelirse hakkında her iki suçtan da dava açılacaktır.

Savcı tarafından uygulanan diğer tedbir önödemedir. Yaptırımı para cezası veya üç aya kadar hafif hapis olan suçlarda fail para cezasını ödeyerek hakkında dava açılmasını engelleyebilecektir.

2) Yargıç veya mahkeme tarafından uygulananlar

Açılan dava sonucunda uygulanacak yaptırımın üç aya kadar hafif hapis olduğu anlaşılırsa mahkeme bu hapis cezasını para cezasına çevirebilir. Böylece yargılama daha fazla uzamadan sorun çözülmüş olur.

Keza sulh ceza hakimi üç aya kadar hafif hapsi gerektiren suçlarda hafif hapsi para cezasına çevirerek yargılamaya son verebilir (ceza kararnamesi yolu).

Mahkeme tarafından uygulanan bir diğer tedbir de mahkumiyetin ertelenmesidir. Mahkeme suçu işlediği sabit, ancak gelecekte suç işlemeyeceği anlaşılan, esasen tesadüfen suç işlediği görülen sanığa ceza verilmesini erteleyecektir. Eğer sanık belli bir süre içinde suç işleyerek tekrar mahkeme önüne gelirse hem işlediği suçun cezasını hem de mahkumiyeti çekecektir.

Mahkeme tarafından uygulanacak bir diğer tedbir de tecildir. Belli bir süre içinde tekrar suç işlemeyen iki yıl hapse mahkum olan hükümlünün mahkumiyetinin vaki olmamış sayılmasıdır. Tecil denetimli ya da denetimsiz olabilir. Denetimli olduğu zaman kendisine belli yerlere gitme yasağı (alkol içilen yerler), bir mesleği öğrenmeye başlaması, zararın tazmini gibi tedbirler konabilir. Yargıca bağlı olan bir denetim ekibi tecil ile beraber verilen yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğini denetler.

Sanık belli bir sürenin sonunda suç işlemez ise tecil edilen mahkumiyet meydana gelmemiş sayılır.

Mahkeme tarafından takdir edilen bir diğer tedbir de hapis cezasının (bir yıla kadar) para cezasına veya aynen iade ve tazmine, altı ayı geçmemek üzere bir eğitim veya ıslah kurumuna tevdiine veya bir yılı geçmemek kaydıyla muayyen bir yere gitmekten, bazı meslek ve sanatları icra etmekten men'e, bir aydan bir yıla kadar ehliyet ve ruhsatnamenin geri alınmasına karar verilmesidir(CİK md. 4).

Bunlardan başka çok kısa süreli hapis cezalarının (süresi iki ay) oturdukları yerde (hükümlü altmış beş yaşını tamamlamış, sıhhi durumu cezaevine mani ise evinde) infaz edilir(CİK md. 8).

Keza süresi 60 günü geçmeyen mahkumiyetlerin infazının hafta sonu yapılmasına karar verebilir.

Hükümlülük süresi 4 ayı geçmiyorsa mahkeme infazın geceleri yapılmasına karar verebilir. Hükümlü iş günleri sabah 7'de cezaevinden çıkar akşam 19'da cezaevine döner.

Depenalizasyon akımının son otuz yılda doğması ve güçlenmesinin nedenlerinden birisi de hürriyeti bağlayıcı cezalara mahkumiyetleri azaltmaktır.

Hafif suçlular için öngörölmüş bulunan alternatif tedbirler hükümlüyü bir yandan cezaevinin kötü etkilerinden korumakta diğer yandan da hükümlünün işini aile ve çevre bağlarını sürdürmesini sağlayarak adaptasyonunu tehlikeye düşürmemektedir.

Hakim ceza miktarını belirler, yukarıdaki alternatif tedbirlere başvururken suçun işleniş biçimi, kullanılan araçları, suç konusunun önem ve değerini, suçun işlendiği zaman ve yeri, fiilin özelliklerini, zararın veya tehlikenin ağırlığını, kastın veya taksirin yoğunluğunu, suçun sebep ve saiklerini, failin amacı, geçmişi, şahsî ve sosyal durumunu, fiilden sonraki davranışı gibi hususları da göz önünde tutacaktır (md. 29/son).

VI-BİREYSELLEŞTİRMENİN İSABETİ İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR

Hürriyeti bağlayıcı cezalara alternatif tedbirlerin uygulanması veya hürriyeti bağlayıcı cezaların daha isabetli bir şekilde bireyselleştirilebilmesi için bir takım şartlar gerekmektedir.

Bunlardan birincisi suçluyu iyi tanımaktır. Bunun için suçlu şahsiyete nüfuz etmek gerekir. Ancak böyle bir işlemi yapmak kolay değildir. Yetenekli bilgili anketçiler, kaliteli elemanlar gerekir²⁸.

İkincisi, mademki alternatif tedbirler cezanın bireyselleştirilmesi tedbirleridir, o halde suç ve suçlu tipinin çokluğu karşısında hükmedilebilecek tedbir türünün de çok olması, böylece hakimın manevra alanının da geniş olması gerekir. Mevcut hukuk düzeninde var olan tedbirler yeterli değildirler.

Üçüncüsü, bireyselleştirme hakime önemli yetkiler verilmesini gerektirmektedir²⁹. Küçük suçlu, yetişkin ilk defa suç işleyen, mükerrir ayrımları artık yeter-

²⁸ Levasseur, a.g.m., s. 343.

siz kalmaktadır. Çünkü kanun, yapısı gereği şahsi değildir. Sadece yargısal bireyselleştirme gerçek bireyselleştirme teşkil etmektedir. Çünkü olaya hakim tek başına bakmaktadır³⁰ ve suçluyu yakından tanıma imkanına sahip olmaktadır.

Tedbirlerin çeşitliliğine rağmen mahkeme failin kişiliğine uygun görmeyerek sanığı hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum edebilecektir.

VII-HÜKMÜN İNFAZININ SAVCI TARAFINDAN BİREYSELLEŞTİRİLMESİ

Hapis cezasını infaz etmek devlete ait bir yetki, esasen suç olan fiil kamu düzenini bozduğu, suçlu kamu düzeninin yeniden tesisi için cezalandırıldığı için, hakim veya mahkeme mahkumiyet kararını Cumhuriyet Savcısına gönderecektir.

Evrakın savcıya gelmesinden itibaren hürriyeti bağlayıcı cezanın bireyselleştirilmesinden söz edeceğiz.

Cumhuriyet savcılığına kesinleşen mahkeme kararı gelmiş olduğunda sanık ya cezaevinde tutukludur ya da dışarıdadır. Tutuklu olan sanık artık hükümlü olur. Bu konuda sorun yoktur.

Eğer dışarıda ise savcılık, mahkeme kararını kararda gösterilen adrese tebliğ edecek, hükümlü gelmez ise hakkında yakalama müzekkeresi çıkarılacaktır.

Hükümlü hakkında davetiye çıkarmadan da yakalama müzekkeresi çıkarmak mümkündür. Gerçekten hükümlü bazı hareketleriyle kaçma şüphesi uyandırır veya kaçar veya saklanırsa cumhuriyet savcısı doğrudan doğruya yakalama müzekkeresi çıkarabilecektir (CMUK m. 401).

Bazı sebepler hükümlünün henüz infazına başlanmamış olan cezasının infazının geri bırakılmasına neden olabilir. Bunlar hastalık ve gebelik gibi sağlık, zarara uğrama gibi ailesel nedenlerdir.

Akıl hastalığına tutulan mahkumun cezalarının infazı iyileşmelerinden sonra gerçekleştirilir. Gebe olan kadının cezası doğumdan altı ay sonra yerine getirilmeye başlanır. Çocuk ölür veya anasından başka birisine verilmiş olursa doğumdan itibaren iki ay geçince hürriyeti bağlayıcı ceza infaz olunmaya başlanır (CMUK m. 399).

Süresi iki yıla kadar olan hürriyeti bağlayıcı cezanın derhal infazı mahkum ve ailesi için mahkumiyetin gayesi haricinde ağır bir zarara sebep olacaksa, mahkumun talebi üzerine cezanın infazı tehir olunabilecektir. Tehir müddeti dört ayı geçemez (CMUK m. 400). Ancak ağır cezaların tehiri mümkün değildir.

29 Pradel, a.g.m., s. 730.

30 Pradel, a.g.e., s.585.

Hükümlü cezasını çekmesi için yapılan davete rağmen gelmez veya kaçacağı hakkında şüphe uyandırır veya kaçar veya saklanırsa cumhuriyet savcısı hürriyeti bağlayıcı cezanın infazını sağlamak için yakalama müzekkeresi çıkarabilir(CMUK m. 401).

Cumhuriyet savcısı tarafından gerçekleştirilen tüm bu işlemlerin anlamı cezanın infazının idarî bireyselleştirilmesidir.

VIII-CEZANIN YARGISAL BİREYSELLEŞTİRİLMESİ

Prensip olarak hükmedilen cezanın infazı cumhuriyet savcısına aittir. Çünkü cezaevinden cumhuriyet savcısı sorumludur. Ancak günümüz infaz rejiminin sadece cumhuriyet savcısı ve cezaevi müdüriyeti tarafından yerine getirileceğini söylemek mümkün değildir. Gerçekten 16.05.2001 tarih ve 4675 sayılı İnfaz Hakimliği Kanunu ile cezaların infazına itiraz makamı olarak infaz hakimi de iştirak ettirilmiş, böylece cezaların yargısal bireyselleştirilmesi güçlendirilmiştir.

İnfaz hakimliği idarenin uygulamış olduğu infaz rejimine ilişkin itirazlara bakan bir kurumdur.

Her ne kadar infaz hakimliği kurulmasından önce infaz edilecek cezaya ilişkin hükmün yorum ve infazında tereddüt edildiğinde, aylık ceza indirimine hak kazanan ve cezasının yarısını iyi halle çeken hükümlünün tahliyesine mahkemece karar verile ve bunun anlamı ceza infazının yargısal bireyselleştirilmesi olsa da infaz hakimliğinin kurulması, temel hak ve özgürlüklerin korunması, suçlunun topluma kazandırılması açısından önemli bir adımdır. Ancak kanaatimizce yargıcın itiraz makamı olmaktan ziyade doğrudan doğruya karar makamı olması daha isabetli olurdu.

İnfaz hukukunda hürriyeti bağlayıcı cezalar cumhuriyet savcısı ve infaz hakiminden başka cezaevi idaresi (yönetim ve disiplin kurulları) ve Bakanlık bünyesinde Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü tarafından yerine getirilmektedir.

IX-HÜRRİYETİ BAĞLAYICI CEZALARIN BİREYSELLEŞTİRİLMESİNDE TEMEL AMAÇ VE İLKELER

Tüm cezalar gibi hürriyeti bağlayıcı cezaların infazının amacı da suçluyu topluma yeniden kazandırmaktır. Ancak özgürlüğün bağlanması nedeniyle elbette, hapis cezasının bir acı ve sıkıntı verici, cezalandırıcı yönü vardır. Çünkü kişi istediğini yapamamakta, özgürlüğünden mahrum yaşamaktadır.

Hürriyeti bağlayıcı cezaların infazında ırk, din mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal fikir ve düşünce, felsefi inanç, millî veya sosyal köken ayrımı yapılamaz. Hiç kimseye ayrıcalık tanınmaz.

Cezaların infazında zalimane, insanlık dışı, onur kırıcı ve aşağılayıcı muamele yapılamaz. Cezaevinde de olsa hükümlü baskı altına alınamaz, şiddete maruz kalamaz, obje muamelesi göremez. İnfazda insan haklarına temel hak ve özgürlüklere uyulur.

Hükümlünün topluma yeniden kazandırılmasının anlamı yeniden suç işleyerek tekrar cezaevine düşmesini önlemek, suç işlemesini engelleyecek etkenleri güçlendirmektir. Bunun için kişiyi suça iten kişisel ve çevresel etkenleri ortadan kaldırmak gerekir. Suçun sebebi alkol ise alkol içmesini yasaklamak, alkol içilen çevreden uzaklaştırmak, işsizlik ise hükümlüye iş temin etmek veya kendisine iş kapasitesini kazandırmaktır. Aslında bunlar da yetmez. Hükümlüde hak, hukuk ve başkalarına saygı duygusunu da geliştirmek gerekir.

Başkasını sayması için kişinin önce kendisini sayması gerekir. Kendisini sayan başkasını da sayacaktır. Kendisini saymak için kendisinin bir değer olduğuna inanması gerekir. Kendisinin değer olduğuna inanması kendisine başkalarının değer vermesi, insan muamelesi yapmasıyla mümkündür. Ailesiyle, çevresiyle, avukatıyla sağlıklı bir şekilde ilişkisini sürdürmesi, cezaevinde insan gibi yedirilmesi, içirilmesi, giydirilmesi, eğitilmesi ve sağlığının korunmasıyla mümkündür.

Keza insanın kendisine saygısının diğer kaynağı, kimseye muhtaç olmadan hayatını kazanmasıdır. İster cezaevinde olsun, ister dışarıda olsun hükümlünün kendisi ve ailesinin hayatını kazanması kendi kendisini saymasının nedeni olacaktır.

Ayrıca iş insanın kendisini boşaltma, sıkıntıdan kurtarma, yeteneklerini geliştirme, özgür hayatta varlığını sürdürme aracıdır.

Eğitim ve iş kişinin geleceğinin teminatı, ayrıca kendisini bir değer olarak ifade etmesinin vasıtasıdır. Eğitimli ve belli bir düşüncesi olan kişi kendisinin bir değer olduğuna inanacaktır. Öte yandan, eğitimin düzeyi ile suçluluk arasında bir ilişki vardır. Cezaevine giren kişinin özgür hayatta tekrar aynı hatalara düşmesini engellemek için eğitim düzeyi yükseltilecek, bu konuda gerekli tedbirler alınacaktır. Okuma yazması olmayana okuma yazma öğretilecek, orta öğrenimini bitirenlere lise öğrenimi, lise öğrenimini tamamlamış olanlara üniversite tahsili yapma olanakları sağlanacaktır.

Cezaevine giren kişinin özgür hayattaki işini cezaevinde de devam ettirebilmesi, ailesinin geçimi açısından önemlidir. Ayrıca, iş kişiyi hayata bağlayan, kendisini ifade etmesini sağlayan önemli bir araçtır. Bu nedenle hükümlünün özgür hayatta sahip olduğu işi ve iş yeteneğini kaybetmemesi için gerekli özen gösterilecektir.

Mesleksizlikle ve işsizlikle suç arasında bir bağlantı hatta önemli bir ilgi vardır. Bu nedenle mesleksiz suçluya cezaevinde bir meslek öğretilcektir.

Eğitim sadece bir meslek öğretmek veya okur yazarlık düzeyini yükseltmek ile gerçekleşmez. Hayatın diğer aktiviteleri, hükümlüler arasındaki arkadaşlık ilişkileri, kütüphaneden istifade, sinema ve televizyon programları, sportif faaliyetler, boş zamanların değerlendirilmesi, tiyatro, tartışma grupları oluşturulması, hükümlünün sosyalizasyonu için önemli etmenlerdir. Hükümlüler cezaevleri arasında taksim olunurken tüm belirtilen bu hususlar göz önüne alınacaklardır.

Hasta olan hükümlünün tedavisi de devletin görevleri arasındadır. Çünkü devlet hükümlünün sağlıklı bir şekilde cezaevinde hayatını sürdürmesini temin etmek zorundadır. Bu nedenle hasta olan hükümlü ya cezaevinin revirinde veya hastanede tedavi edilecek, tedavi süresi ceza süresinden indirilecektir.

X-HÜKÜMLÜLERİN SINIFLANDIRILMASI

Ceza takdir eden yargıç, hükümlü için hürriyeti bağlayıcı cezaya alternatif bir tedbiri uygun görmemiş ve sanığın cezaevinde hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile cezalandırılmasını isabetli görmüş veyahutta kanun koyucu sanığın mutlaka cezaevinde hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmasını yerinde görmüş olabilir. Alternatif tedbirin o suçlu için faydalı olmayacağına inanabilir. Özellikle kasden işlenen ve kişi veya topluma ağır zarar veren suçlar için alternatif tedbirler öngörülmemektedir.

Hürriyeti bağlayıcı ceza uygulamanın amacı hükümlüyü topluma yeniden kazandırma olunca, Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğüne düşen ilk görev hükümlüye uygulanacak tretmanı belirlemektir. Bunun da yolu hükümlülerin şahsını, psikolojik, psikiyatrik, patolojik yapısının, aile, okul, sokak, iş çevresinin incelenerek tanınmasından geçmektedir.

Ancak tüm hapis cezasına mahkûm olanları incelemek faydalı olmayabilir. Ayrıca buna imkân bulunmayabilir. Gerçekten çok kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalara mahkûm olanlara belli bir tretman uygulamak mümkün değildir. Çünkü zaman kısadır. Ayrıca bir tretman uygulamak için yapılması gereken gözlem zaman almaktadır.

Belirtilen nedenle, Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkifevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzük'ün 71. maddesi infaz yönünden altı aydan kısa süreli cezaları *kısa*, altı aydan fazla süreli cezaları *uzun* süreli saymıştır.

Oysa 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun hürriyeti bağlayıcı cezalara alternatif tedbirler yönünden bir yıldan fazla süreli cezayı *uzun*, bir yıldan az süreli cezayı *kısa* süreli saymıştır (md.3).

İnfaz yönünden kısa süreli cezalara mahkûm olanlar müşahade ve sınıflandırılmayı tâbi tutulmayacaklar, uzun süreli cezalara mahkûm olanlar müşahade ve sınıflandırmaya tâbi tutulacaklardır.

Ancak kısa süreli cezaya mahkûm olanlar müşahadeye tâbi tutulmasalar da kendileri hakkında uygulanacak tretmanı belirlemek için bulunduğu cezaevinde çalıştırılacak, çalışmaları denetlenecek, hakkında bir sanat fişi düzenlenecektir.

Keza bulunduğu cezaevinde ilkokul diplomalı değilse cezaevi okuluna devam ettirilecek, okul ve eğitim durumu hakkında okul fişi düzenlenecektir.

Bedenî ve aklî durumu ve zekâsı incelenecek, hakkında bir sağlık fişi düzenlenecektir.

Hükümlünün mensup olduğu dine yatkınlığı, dinin gereklerini icra edip etmediği hakkında din fişi tanzim olunacaktır.

Cezaevi müdürü, memuru, psikoloğu, doktoru, psikiyatrı, pedagogunun katkısıyla sicil müşahade fişi düzenlenecek ve idare kuruluna tevdi olunacaktır (md.13).

Çekmesi gereken ceza süresi altı aydan fazla olan hükümlü müşahade ve sınıflandırmaya tâbi tutulacak, takiben topluma kazandırmak için kendi kişiliğine uygun bir cezaevine yerleştirilecektir.

XI-MÜŞAHADE VE SINIFLANDIRMA MERKEZLERİ

Adalet Bakanlığı, içerisinde hücre olan cezaevlerini müşahade merkezi, bazılarını da sınıflandırma merkezi olarak belirlemektedir.

Müşahade ve sınıflandırma merkezlerinde, kriminoloji ve ceza hukuku sahasında bilgi ve tecrübe sahibi bir müdür, psikiyatrı, psikolog, pedagog, sosyal hizmet mütehassısı ile meslekî ehliyeti bulunan sair personel bulunmaktadır.

Her merkezde savcının başkanlığında, kurum müdürü, idare memuru, öğretmen, doktor, teknik personel, sosyal hizmetler uzmanı, psikolog ve pedagogdan oluşan bir idare kurulu bulunur.

Müşahade merkezlerinde hükümlülerin ahlakî temayülleri, ayrılmaları gereken kurum, haklarında uygulanacak rejim belirlenir ve Adalet Bakanlığına bildirilir.

Sınıflandırma merkezleri ise hükümlüleri cezaevlerinde gruplara ayırır. Bunlara uygulanacak metodu belirler ve durumu Adalet Bakanlığına bildirir.

Merkez suçlunun şahsi haline, suçun işlenmesindeki suret ve şekil hususiyetlerine göre gereğinde müşahadeye tâbi tutmaktan vazgeçebilir.

Müşahade süresi altmış günü geçemez. Gerekli görülürse müşahade altına alınan hükümlü tek kişilik odaya konulabilir.

Müşahade ve sınıflandırma merkezlerinde hükümlü hakkında kazai, sosyal, tıbbi, kriminolojik, psikoteknik, psikiyatrik ve ceza hukuku bakımından her türlü inceleme yapılabilir.

Hükümlüler müşahade ve sınıflandırma merkezlerinde toplu olarak yemek yerler, konferans dinler, sinemaya girerler, spor yaparlar, kütüphaneden faydalanırlar, okula gider, atölyede çalışırlar. Yakınlarıyla görüşebilir, mektup alıp mektup gönderebilirler.

Hükümlü hakkında sanat, sağlık, okul, din fişleri düzenlenir. Ayrıca merkez müdürü, idare memuru, tâbip, psikolog, pedagog tarafından doldurulmak ve idare kuruluna tevdi edilmek üzere sicil müşahade fişi tanzim edilir.

Müdür, hükümlüyü suç işlemeye sevkeden amiller, ahlaki eğilimleri, başka hükümlülerle ilişkileri, ailesi, mağdur ve suça karşı tutumu, iş kabiliyeti ve eğilimlerini inceler, sanat, okul, sağlık, sicil müşahade fişlerini de gözden geçirdikten sonra uygulanması gereken rejim hakkında idare kuruluna kanaatini bildirir.

Müşahade ve sınıflandırma merkezi idare kurulu, gereğinde hükümlüyü de dinledikten sonra, hükümlünün cezaevine girmeden önceki ve daha sonraki durumunu, okul ve iş sahasındaki çalışmasını, kavgacı, serkeş, zorba veya kötü halleri olup olmadığını, hükümlü hakkında uygulanacak rejim, cezaevinde ayrılacağı grup ve uygulanacak metodla ilgili tavsiye kararı alır. Bu karar Adalet Bakanlığına bildirilir (Yönetmelik md.15). Bu rapora dayanan Bakanlık, hükümlünün gönderileceği kurumu tayin eder.

XII-HÜKÜMLÜLERİN GRUPLARA AYRILMASI VE TASNİFE TABİ TUTULMASI

Hükümlüler cezaevlerinde; İlk defa suç işleyenler, mükerrirler, itiyadî veya meslekî suçlular; Aklî ve bedenî durumları ve yaşları dolayısıyla özel bir infaz rejimine tâbi tutulacak suçlular; Siyasi suçlular gibi gruplara ayrılırlar.

A- İlk defa suç işleyenler, mükerrirler ve itiyadî ve meslekî suçlular

Bu gruba giren suçlular yaşları, hükümlülük süreleri, suçlarının neveleri itibarıyla birbirinden ayrılırlar.

aa) Yaşları itibarıyla: Hükümlüler yaşları itibarıyla üç gruba ayrılmıştır. 18-20, 21-34 yaş arası, 35'den büyük olmak üzere.

bb) Hükümlülük süreleri itibarıyla: Hükümlülük süreleri itibarıyla de hükümlüler üç gruba ayrılmışlardır. 3 yıla kadar, 3 yıldan 6 seneye kadar, 6 seneden fazla olarak.

cc) Suçların nevi itibarıyla: Hürriyet aleyhine suç işleyenler, Devlet idaresi aleyhine suç işleyenler, Adliye aleyhine suç işleyenler, Amme nizamı aleyhine suç işleyenler, şahıslara karşı suç işleyenler olmak üzere (Yönetmelik md.20).

Mükerrir olanlar yukarıdaki belirtilen tasnife tâbi olmakla beraber, ayrıca kabahat veya cürüm nevinden bir suçla mükerrir olup olmadıklarına göre bir alt ayrıma tâbi tutulurlar.

B- Aklî ve bedenî durumları ve yaşları dolayısıyla özel bir infaz rejimine tâbi tutulacak olan suçlular:

Bu grup, 65 yaşını geçmiş olanlar, sakatlar, aklî zaafiyeti olanlar, alkolikler olmak üzere tasnife tâbi tutulurlar.

C- Siyasi suçlular:

Siyasi suçlular, yaşları, hükümlülük süreleri itibarıyla birbirinden ayrılırlar.

Müşahade ve sınıflandırma merkezinden geçsin veya geçmesin cezaevinde bulunan hükümlüler yaşlarına, hükümlülük sürelerine, işledikleri suçlara, cinsiyetlerine (kadın veya erkek) göre koşullara ayrılırlar. Keza tutuklular da aynı şekilde tasnife tâbi olmaktadır.

XIII- DIŞARISI İLE İLİŞKİLER VE TAHLİYEYE HAZIRLIK

Cezanın infazının bireyselleşmesi, hükümlülerin belli bir tretman uygulanması için cezaevlerine tasnif edilmesiyle bitmemekte, cezaevi disiplin kurulu kararıyla hükümlülük süresinin 1/5 ini iyi hal ile geçiren hükümlülere, yakın akrabalarından birinin ölümü halinde 15 güne kadar veya aileden birisinin bir felakete uğraması nedeniyle 10 güne kadar Cumhuriyet Savcısının teklifi, Adalet Bakanının onayıyla mazeret izni, açık infaz kurumlarında bulunanlar ile yarıaçık veya kapalı infaz kurumlarında olup da açık infaz kurumlarına geçmeye hak kazananlardan hükümlülük süresinin dörtte birini iyi hal ile geçirmiş olanlara ayrıca yol hariç 72 saate kadar kurum müdürünün teklifi ve Cumhuriyet Savcısının onayı ile özel izin verilebilir.

Hükümlülük süresinin en az altı ayını iyi halle geçirmiş ve şartla salıverilmelerine 15 gün kalmış hükümlülere normal hayata dönüşlerini sağlayacak iş bulma imkânı vermek için 8 saate kadar, müdürün teklifi ve Cumhuriyet Savcısının onayı ile izin verilebilir (C.İ.K. md.14).

Hükümlülük süresinin yarısını disiplin kurulu kararıyla iyi halle geçiren, açık ve yarıaçık cezaevlerine geçmeye hak kazanan hükümlünün cezasından her ay için 6 günlük indirimle beraber toplam sürenin yaklaşık %40'ını iyi halle geçiren hükümlü şartla tahliye edilmektedir (C.İ.K. md.19).

Hayatının bir kısmını cezaevinde geçirdikten sonra dışarı çıkan kimsenin iş, meslek, aile ve barınacak yer problemi mevcut olup, tekrar suç işleyip cezaevine dönme ihtimali de vardır. Bu nedenle cezaevinden çıkan hükümlü başıboş bırakılmamalı, cezaevinden çıktıktan sonra Cumhuriyet Savcılığı veya infaz hakimi

başkanlığında Koruma Kurulları oluşturulmalıdır. Öyle görünüyor ki, bunu yeni infaz kanunu öntasarısı gerçekleştirecektir (beşinci kısım ikinci bölüm).

KÜRESELLEŞME VE DEMOKRASİ

Reyhan SUNAY*

I- GİRİŞ

1990'lı yılların başından itibaren toplumsal hayatın ve bilimsel platformların en popüler tartışma kavramları arasında 'küreselleşme'nin özel bir yeri bulunmaktadır. Her tartışmada olduğu gibi, küreselleşme kapsamında yapılan yorumlarda da bazı ön kabullerin ve dışlamaların yer aldığı görülmektedir. Nitekim bu yoğun tartışma içinde küreselleşme, kimi zaman hayat standartlarının yükselmesine yol açan ve bu sebeple insanlığın ulaşabileceği en iyi aşama olarak yorumlanırken, kimi zaman da toplumları yabancılaşmaya sürükleyen, hiçbir sınır tanımayan ve devlet egemenliğini aşındıran olumsuz bir süreç olarak değerlendirilmektedir. Farklı görüşlerin ortak noktası ise küreselleşmenin toplumları belirli ölçülerde etkilediği ve bundan sonra da etkilemeye devam edeceğidir.

Toplumsal hayatın hemen hemen bütün alanlarını etkileyen bir süreç olarak küreselleşme şüphesiz, demokrasiyi de çeşitli yönlerden etkilemekte ve onu hem ulusal hem de uluslararası düzeyde yeniden biçimlendirmektedir. Bu aşamada, küreselleşme ve ulus devlet etkileşiminin sonuçlarından hareket eden bazı yazarlarca, küreselleşmenin demokrasiyi garanti altına alan ve onu evrensel hale getiren bir süreç olduğu savunulurken, bazı yazarlarca da, demokrasinin normatif ilkelerinin aşıldığı ve demokrasiyi evrensel kılma çabalarının kendisinin demokrasiye zarar verdiği belirtilerek bu durumun ciddi bir tehdit oluşturduğu ileri sürülmektedir.

* Yrd.Doç.Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Sözü edilen argümanların ortaya konulması ve değerlendirilmesi bu çalışmanın konusu olarak belirmektedir. Bu çerçevede, küreselleşmeyi ortaya çıkaran nedenlerden çok sonuçlarının ne olduğu ve bunların demokrasinin ulusal ve uluslararası düzeydeki işleyişini nasıl etkiledikleri hususları, üzerinde yoğunlaşılacak temel meseleler olacaktır.

II-KÜRESELLEŞME VE DEMOKRATİKLEŞME ÜZERİNDEKİ GENEL ETKİLERİ

Küreselleşme genel bir ifadeyle toplumlar arası ilişkilerin artması ve dünyanın iletişim bakımından iç içe geçmesidir. Bu doğrultuda küreselleşmeyi; toplumsal, ekonomik, siyasi ve kültürel yapının bir dizi ulusötesi gelişme ile etkileşimi biçiminde tanımlamak mümkündür¹.

Belirtilen özellikleriyle yaşanmakta olan süreç genellikle, ‘dünya toplumunun artan karşılıklı bağımlılığı’ şeklinde tasvir edilmekte ve bu niteliğin bir sonucu olarak, ülkeler arasında cereyan eden ve sınır ötesi nitelik taşıyan toplumsal, siyasal ve ekonomik ilişkilerin, farklı ülkelerde yaşayanların kaderini önemli ölçüde etkilediğine işaret edilmektedir². Bunun dışında küreselleşme için, ‘Soğuk Savaşın ardından gelen yeni çağ’ ya da ‘Soğuk Savaşın yerini alan uluslararası sistem’ değerlendirmeleri de yapılmakta ve bu sistemin hemen her ülkenin iç politikasını ve uluslararası ilişkilerini etkilediği belirtilmektedir³.

Söz konusu özellikleri dikkate alındığında küreselleşmenin birbiriyle ilişkili iki olguyu ihtiva ettiğini söylemek mümkündür. Bunlardan ilki; siyasal, ekonomik ve sosyal faaliyetler zincirinin dünya çapında bir ölçüğe ulaşması olup, ‘genişleme’ olarak nitelendirilebilecek bu olguya göre küreselleşme, modern dünya sistemini oluşturan devletleri ve toplumları aşan bağ ve karşılıklı bağlantı çokluğu meydana getiren süreçler dizisine işaret etmektedir. İkincisi ise, devlet-

-
- 1 **COCHRANE**, Allan / **PAIN**, Kathy, ‘A Globalizing Society?’, David Held (ed.), A Globalizing World? Culture, Economics, Politics, The Open University, London 2000, s. 15-17. Tanımın doğru olmakla birlikte sade bir içeriği yansıttığı, küreselleşmenin aynı zamanda çeşitli düzeylerde alınan karar ve politikalarla şekillendirilen bilinçli bir siyasal proje olduğu konusunda bkz. **CAMILLERI**, Josep A./ **MALHOTRA**, Kamal / **TEHRANIAN**, Majid, Reimagining the Future: Towards Democratic Governance, Australia 2000, s. xvii-xviii. Öte yandan küreselleşmenin; ‘uluslararasılaşma’, ‘liberalleşme’, ‘batılılaşma ya da modernleşme’ ve ‘topraksallık üstünün yayılması’ gibi kavramların karşılığı olarak kullanılması konusunda bkz. **SCHOLTE**, Jan Aart, Globalization, Palgrave, New York 2000, s.15-16.
 - 2 **HIRST**, Paul / **THOMPSON**, Grahame, ‘Globalization: Ten Frequently Asked Questions and Some Surprising Answers’, Soundings, Vol. 4, 1996, s. 48; **SCHOLTE**, s.44.
 - 3 Bkz. **FRIEDMAN**, Thomas L., Lexus ve Zeytin Ağacı. Küreselleşmenin Geleceği, Çev. Elif Özsayar, 2. baskı, Boyner Yayınları, İstanbul 2002, s. 10, 18.

ler ve toplumlar arasında etkileşim ve karşılıklı bağımlılık düzeylerinde bir 'yoğunlaşma'nın yaşanmasıdır⁴.

Yoğunlaşmanın yaşanması anlamında küreselleşme esas itibariyle yeni bir olgu olmayıp, önceden var olan çeşitli ilişki biçimlerinin, hızla gelişen ulaşım ve iletişim teknolojisi ile ulaştığı aşamayı ifade etmektedir⁵. Bunun yanında özellikle Soğuk Savaşın sona ermesinin ardından yaşanan gelişmeler de küreselleşme sürecini belirgin hale getiren hususları oluşturmaktadır. Etkilediği ilişki biçimleri dikkate alındığında küreselleşme, tekil bir durum olmaktan çok toplumsal hayatın çeşitli alanlarını ilgilendiren bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır. Nihayet küreselleşme, bir yönüyle bütüncü diğer yönüyle parçalayıcı, evrensel olan ile yerel alanın ironik bir şekilde birbirine geçtiği ve karıştığı bir dünya tasavvuru olarak belirdiğinden, aynı zamanda çelişkili ve birbirine zıt etkenlerin de bir arada bulunduğu bir süreç özelliğini taşımaktadır⁶.

Çok boyutlu oluşuna paralel olarak küreselleşme esas itibariyle farklı disiplinler tarafından değişik şekillerde ele alınıp incelenen bir kavramdır. Tarihsel gelişim sürecinde, her ne kadar sınır ötesi ticaretin yayılmasıyla temelleri ekonomiye dayalı olarak atılmış olsa da, günümüzde pek çok farklı boyutuyla küreselleşme, sosyal ve siyasal bilimlerin de inceleme alanına girmiş bulunmaktadır. Bu çerçevede küreselleşmenin siyasi boyutlarını ele alan bir çok araştırmada, küreselleşme-demokrasi ilişkisi bağlamında birbirinden oldukça farklı yorumlarda bulunulduğu gözlenmektedir⁷. Nitekim, küreselleşme ve demokratikleşme süreçlerinin paralel geliştiği, bu itibarla 'küreselleşme ile demokrasi arasında

4 **COCHRANE / PAIN**, s. 15-16; **HELD**, David, *Models of Democracy*, Second Edition, Polity Press, Cambridge 1997, s. 340.

5 Nitekim Wolf'a göre küreselleşme bir seyahattir, fakat bu seyahat yeni değildir. Geçtiğimiz beş asır boyunca teknolojideki ilerlemeler, uluslararası bütünleşmedeki engelleri azaltmıştır. Ancak bugünkü küreselleşme seyahati, geçmişten sayısız faktörlerle ayrılmakta ve farklı sonuçlar doğurmaktadır. Bu farklar, daha hızlı iletişimi, küresel pazarı ve üretilen mal ve hizmetlerin küresel bütünleşmesini içermektedir. **WOLF**, Martin, 'Ulus-Devlet Küreselleşmeye Karşı Durabilecek mi?', Çev. Doğan Ergin, *Türkiye ve Siyaset*, sy. 5, Kasım-Aralık 2001, s. 211; Aynı değerlendirme için bkz. **SCHOLTE**, s. 44, 51-52.

6 **GIDDENS**, Anthony, *Elimizde Kaçıp Giden Dünya*, Çev. Osman Akinhay, Alfa Yayınları, İstanbul 2000, s.23, 25; **CAMILLERI/ MALHOTRA/ TEHRANIAN**, s.xviii ; **COCHRANE / PAIN**, s. 16; **HELD**, s. 340-341.

7 Yorumlar için bkz. **BURCHILL**, Scott, 'Democracy and World Order', Andrew Vandenberg (ed.), *Citizenship and Democracy in a Global Era*, St. Martin's Press, New York 2000, s. 275 vd.; **SCHOLTE**, s.261-263; **CERNY**, Philip G., 'Globalization and the Erosion of Democracy', *European Journal of Political Research*, Vol. 36, 1999, s. 1 vd.

doğru bir orantı bulunduğu' ya da benzer şekilde 'küreselleşmenin, doğrudan demokratikleşmeye yol açtığı' yönündeki değerlendirmeler, bunların bir bölümünü oluşturmaktadır.

Somut düzeyde incelendiğinde, küreselleşmenin demokratikleşmeye yol açtığı yönündeki argümanın dayanaklarını başlıca üç grupta toplamak mümkündür. Bunlar; iletişim teknolojilerindeki ilerleme, insan hakları anlayışının evrensel nitelik kazanması ve sivil toplum kuruluşlarının ulusal ve uluslararası düzeydeki faaliyetlerinin genişlemesidir.

Belirtilen hususlardan, küreselleşmenin meydana gelmesinde önemli etken konumundaki iletişim teknolojilerindeki yeniliklerin, bireyler ve toplumlar için yeni fırsatlar oluşturduğu bir gerçektir. Yeni iletişim sistemleri her şeyden önce, insanlara başka türlü ulaşamayacakları haberlere ulaşma fırsatı vermektedir. Böylece kamusal meselelerle ilgili bilgi, bireyler ve devlet dışı aktörler tarafından elde edilebilir duruma gelerek, bireyleri ve toplumları güçlendirici etkiler meydana getirmektedir⁸. Bu etkinin önemli yansımalarından biri, otoriter ve baskıcı yönetimlerin giderek aşınmakta olmasıdır. Nitekim Giddens, otoriter yönetimlerin, küresel çaplı elektronik ekonomiyle başa çıkmak için gerekli olan esneklik ve dinamizm dahil olmak üzere, yaşamın diğer alanlarındaki deneyimlerle giderek uyumsuzluğa düştüklerini belirtmektedir. 'Siyasal sistemin dayandığı bilgi tekelinin, küresel iletişimin açık olan çerçevesinde bir geleceği bulunmadığı'nı ifade eden Giddens, otoriter komuta sistemine dayalı siyasi gücün, saygı duyurma kudretinden de yoksunlaştığına işaret etmektedir⁹.

Siyasal güçteki azalmaya karşılık, toplumsal gücün artmasının önemli boyutlarından biri, her şeyden önce kamusal meseleler hakkındaki geniş kapsamlı haber iletiminin, insanları hükümetlerden açıklama yapmaya veya eylemde bulunulmasını istemeye yöneltebilmesidir. İletişim devrimleri gerçekte, eskisinden daha aktif ve düşünerek tepki veren yurttaşlar toplumunu ortaya çıkarmıştır. Teknolojik araçlar yoluyla bireyler, bir yandan kamusal sorunlara ilişkin görüşlerin açıklanması ve tartışılması sürecine katılabilirken, diğer yandan yöneticilerin davranışlarını etkilemek suretiyle siyasi faaliyetler üzerinde kontrol kurma imkanını elde etmektedirler¹⁰.

⁸ **SCHOLTE**, s. 275; **DAHL**, Robert A., Demokrasi ve Eleştirileri, Çev. Levent Köker, Yetkin Yayınları, Ankara 1993, s. 430.

⁹ **GIDDENS**, s. 87-88.

¹⁰ İletişim alanındaki yenilikler diğer taraftan, kamusal kurum ve kuruluşların fonksiyonlarını ve işleyiş biçimlerini de derinden etkilemektedir. E-devlet anlayışı olarak bilinen ve bazı devlet hizmetlerinin elektronik ortamda sunulmasına imkan veren uygulamalar dünyanın pek çok ülkesinde yoğunlaşmaktadır. Bu yolla esas itibarıyla, karar süreçlerinin ve izlenen politikaların, devamlı olarak toplumun erişilebilirliğinde olması sağlandığı gibi, çeşitli kamu hizmetlerinin sunulmasına yönelik uygulamalar da geliştirilmektedir. Gele-

Bununla birlikte iletişim alanındaki yeniliklerin etkileri konusunda bazı olumsuz faktörlerin de düşünülmesi gerektiği, sözkonusu gelişmelerin başlıbaşına demokrasiyi güçlendirici bir sonuca yol açmadıkları hususu üzerinde de durulmaktadır. Örneğin, gelişmekte olan ülkelerde halen bu sürece katılabilenlerin sayısının, sanayileşmiş ülkelere oranla çok daha az olduğu, büyük kitlelerin şimdilik kapsam dışı buldukları, yine gelişmekte olan ülkelere gelen ve bu ülkelerin içinde yer alan enformasyon akışının doyurucu olmadığı, telekomünikasyon ve medya gücünün az sayıda özel şirketler elinde toplanmış olmasının da, çoğulculuk ve sorumluluk olgusu açısından tehdit oluşturduğu dikkat çekilen konular arasındadır¹¹.

Bu süreçte özellikle, iletişim sistemlerinin; bilgili yurttaşların yönetime geniş çapta katılmasının temelini oluşturabileceği gibi, bir seçkinler topluluğunun halkı köleleştirmek için kullandığı teknolojilerden biri haline de gelebileceğine işaret edilmektedir. Nitekim Giddens, kamusal diyalog zeminini açan medyanın ve diğer kitle iletişim araçlarının, aynı zamanda siyasi sorunları kişiselleştirmek suretiyle bu zemini kendi elleriyle yok etmeye de eğilimli olabileceklerini belirtirken¹², Pierson, halkın yönetime katılımına imkan veren teknolojinin, aynı zamanda yurttaşlar hakkındaki en mahrem bilgilere de anında erişme imkanı sağladığını, böylece bilgi teknolojisi aracılığıyla yönetici otoritelerin ellerine, daha önceki geleneksel devlet oluşumlarında var olmamış ölçüde bir gözetim ve

ekte bu tür hizmetlerin yoğun olarak sanal aleme taşınmasıyla, hem kamusal hizmetlerin etkinliğinin artacağı hem de devletin işleyişinin şeffaflaşacağı belirtilmektedir. Sözü edilen gelişmelerden hareketle yaşanan sürecin, 'teledemokrasi', 'e-demokrasi', 'dijital demokrasi' gibi sıfatlarla olumlu yönde değerlendirilmesi sözkonusu olmaktadır. Bu görüşü paylaştan yazarlar, iletişim araçları sayesinde son derece iyi bilgilendirilmiş seçmen kitlesinin ortaya çıktığını, gelişmelerle ilgili enformasyonun, yöneticiler kadar hızlı ve çabuk elde edilebildiğini ve bu durumun vatandaşlara kamusal alanda daha katılımcı ve daha doğrudan faaliyetlerde bulunma imkanı sağladığını ileri sürmektedirler. Bkz. **MARGETTS**, Helen, 'The Implications for Democracy of Computerisation in Government', Paul Hirst-Sunil Khilnani (eds.), *Reinventing Democracy*, Blackwell Publishers, Oxford 1996, s. 70-71, 74; **AKGÜN**, Birol, 'Küreselleşme, Sanal Siyaset ve E-Demokrasi', Akif Çukurçayır (ed.), *Küresel Sistemde Siyaset Yönetim Ekonomi*, Çizgi Kitabevi, Konya 2003, s. 67-70; **ATAR**, Yavuz, *Demokrasilerde Anayasal Değişmenin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı*, Mimoza Yayınları, Konya 2000, s. 16-17.

¹¹ **MUNCK**, Ronaldo, 'Globalization and Democracy: A New Great Transformation?', *Annals, AAPSS*, 581, May 2002, s.14; **CARLSSON**, Ingvar / **RAMPHAL**, Shridath (Ortak Başkanlar), *Küresel Komşuluk, Küresel Yönetim Komisyonu Raporu*, Çev. Belkıs Çorakçı Dışbudak, Türkiye Çevre Vakfı Yayını, Ankara 1996, s. 45, 68 ; **SCHOLTE**, s.276.

¹² **GIDDENS**, s. 93.

denetim kapasitesinin verildiğini ifade etmektedir¹³. Böylece gerek medyanın gerekse siyasi yönetimlerin; şeffaflığın ve açıklığın işlevi, çoğulculuk ve halka karşı sorumluluğun önemi gibi demokratik yapının temel unsurları hakkındaki tutumlarının, bu hususta belirleyici kriterler olarak ortaya çıktıkları görülmektedir.

Aynı sorumluluk bilincinin şüphesiz toplumlara ve vatandaşlara da hakim olması gerekmektedir. Çünkü bu tür araçlar, toplumların kendi kendilerini yönetmelerine katkıda bulunacak tarzda kullanılabilmesi gibi, organize suçların işlenmesi gibi toplumsal barışı bozmaya yönelik amaçlarla da kullanılabilir¹⁴.

Küreselleşmenin demokratikleşmeyi artırdığı yönündeki argümanın bir başka dayanağını oluşturan insan hakları alanında yaşanan gelişmeler, son elli yıl içinde dünyada gözlemlenen en önemli olgulardan biridir. İnsan haklarını geliştirme yolundaki ilerlemeler; Birleşmiş Milletler Andlaşması ile başlayarak Evrensel Beyanname ile pekiştirilmiş ve daha sonra sivil, siyasal, ekonomik, sosyal ve kültürel haklarla ilgili sözleşmelerle ve diğer bölgesel insan hakları metinleriyle ‘insan hakları ortak hukuku’nun oluşumu gerçekleşmiştir.

Sözü edilen gelişmelerin en önemli sonucu, bireylerin uluslararası hukukun öznesi haline gelmesi ve insan haklarına saygının devletlerin iç sorunu olmaktan çıkarak, uluslararası bir sorun niteliğine dönüşmesidir. Oysa Westphalia döneminde geçerli olan anlayış; hükümetlerin, kendi vatandaşlarına ya da denetimleri altındaki diğer insanlara ilişkin tutumlarında, dış sorumluluk standartlarına veya süreçlerine bağlı bulunmamalarıdır. Dolayısıyla insan haklarına ilişkin normların oluşturulması ile devletler, kendi ülkelerinde yaşayan insanların temel haklarına saygı göstermek ve bu hakların korunmasıyla ilgili yükümlülüklerini yerine getirmek konusunda resmi taahhüt altına girmişlerdir¹⁵.

Bununla birlikte başlangıçta, insan hakları konusundaki normların etkisi oldukça sınırlı kalmıştır. Sözkonusu sürecin yaşanmasında etkili olan bir faktör; devletlerin, zorlayıcı mekanizmaların oluşturulması girişimlerine karşı belli bir direnç göstermeleridir. Ancak daha sonra hukuki açıdan zorlayıcı ve belirli davranış standartlarını öngören Sözleşmelerin kabul edilmesiyle, insan hakları ala-

¹³ **PIERSON**, Christopher, Modern Devlet, Çev. Dilek Hattatoğlu, Çiviyazıları, İstanbul 2000, s.313; Ayrıca bkz. **MARGETTS**, s. 71-72.

¹⁴ Bkz. **VANDENBERG**, Andrew, ‘Cybercitizenship and Digital Democracy’, Andrew Vandenberg (ed.), Citizenship and Democracy in a Global Era, St. Martin’s Press, New York 2000, s. 302-303.

¹⁵ Bkz. **MILLS**, Kurt, ‘Reconstructing Sovereignty : A Human Rights Perspective’, Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 15, Issue 3, 1997, s. 276-278; **HAZIR**, Hayati, ‘Devletin Egemenliği ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması’, SÜHFD, c. 3, sy.1, 1990, s. 23-24.

nında yeni bir döneme geçilmiştir. Bu dönemde Avrupa Konseyi bünyesinde kabul edilen ve 1953'te yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, öngörülen yargı denetimi aracılığıyla önemli bir rol ifa etmiştir. Yargısal denetim organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çeşitli kararlarında Sözleşmenin temel amacını, taraf devletlerin kendi egemenliklerine tabi kişilerle ilişkilerinde, uymaları gereken uluslararası standartların belirlenmesi şeklinde açıklamıştır. Mahkemeye göre Sözleşme, devletlere insan haklarını koruma ve geliştirme yükümlülüğü getiren, bu itibarla buyurucu nitelikleri olan bir 'ortak hukuk' belgesidir. Sözleşme, belirtilen özellikleri dolayısıyla, insan hakları alanında Avrupa kamu hukuku düzeninin Anayasal belgesi olarak kabul edilmektedir¹⁶. Sözleşme dışında insan haklarının korunması alanındaki bir diğer önemli aşama, 8.12.2000'de Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın¹⁷ yürürlüğe girmesidir. Şart'ın önemi, Avrupa Birliğinde hazırlık çalışmaları devam eden Anayasa Tasarısının 'Haklar ve Özgürlükler' bölümünü oluşturmasından kaynaklanmaktadır. Şart'ta, esas itibarıyla somut bir denetim ve izleme mekanizması öngörülmemektedir. Ancak Birliğin yargı organı olan Avrupa Adalet Divanı, 1969'dan bu yana temel hak ve özgürlükleri içtihat yoluyla koruyucu bir fonksiyon yerine getirmektedir. Bu bakımdan Şart'ın etkisi de büyük ölçüde, Adalet Divanının içtihatlarına ve ayrıca üye devletlerin mevzuat yoluyla ya da yargıç kararlarıyla Şart hükümlerine hukuken bağlayıcı nitelik kazandırmalarına bağlı görünmektedir¹⁸.

¹⁶ Bkz. **SHORTS**, Edwin / **de THAN**, Claire, *Civil Liberties Legal Principles of Individual Freedom*, Sweet and Maxwell, London 1998, s. 445. Bunun dışında ayrıca, hukuki açıdan bağlayıcı bir denetim mekanizması öngörülmemiş olmakla birlikte 1.8.1975'te Helsinki'de kabul edilen Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı (AGİK) Sonuç Belgesi de, insan hakları kavramının 'ideolojiler arası ortak bir değer' olarak benimsenmesi nedeniyle özel bir önem taşımaktadır. Nitekim AGİK bünyesinde çeşitli aralıklarla yapılan izleme toplantıları çerçevesinde 1990'da kabul edilen 'Yeni Bir Avrupa İçin Paris Şartı'nda, bütün insanların doğuştan sahip oldukları vazgeçilmez hakların korunmasının ve bunlara işlerlik kazandırılmasının, hükümetlerin başlıca sorumluluğu olduğu kabul edilmiştir. İlgili belge ve diğer gelişmeler konusunda bkz. **KABOĞLU**, İbrahim Ö., *Özgürlükler Hukuku*, 6. baskı (Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş), İmge Kitabevi, Ankara 2002, s. 206 vd.; **DÖNER**, Ayhan, *İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi*, Seçkin Yayınları, Ankara 2003, s. 79 vd.

¹⁷ Temel Haklar Şartı'nda düzenlenen haklar; 'insanlık onuru', 'özgürlükler', 'eşitlik', 'dayanışma', 'vatandaşlık hakları', 'adalet' ve 'genel hükümler' olmak üzere yedi bölüm altında toplanmaktadır. Şart'ta kişiler bakımından iki tür haklara yer verilmiş olup, bunlardan kişisel, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar Birlik vatandaşları olup olmadıklarına bakılmaksızın herkes için geçerli olurken, vatandaşlık haklarından sadece Avrupa birliği-ne üye devlet vatandaşları yararlanabilecektir. Bkz. **DÖNER**, s. 126-127.

¹⁸ Bkz. **KABOĞLU**, s. 208-209.

Hukuki düzeydeki gelişmelerin yanında ayrıca, ulusal sınırları aşan sivil girişimlerin etkinliği ve özellikle Doğu Bloku ülkelerindeki muhalefet hareketlerinin, uluslararası insan hakları taleplerine dayanmaları da; insan hakları olgusuna, uygulama alanında önemli bir siyasi güç kazandırmış ve devlet-toplum ilişkilerinde radikal bir dönüşüme sebep olmuştur¹⁹. Böylece insan haklarına saygı, sadece normatif bir yükümlülük olarak değil, aynı zamanda uluslararası alanda meşru ve saygın siyasi birlikler olarak kabul edilmenin de temel şartı haline gelmiştir.

Hukuki ve siyasi düzeydeki gelişmeler hiç şüphesiz 20. yüzyılın en önemli başarılarından biridir. Fakat bu yüzyıl, aynı zamanda hakları koruyucu ilke ve değerlerin tam olarak pratiğe aktarılmadığı ve yoğun hak ihlallerinin yaşandığı bir yüzyıl olmuştur. Bu sebeple hakların uygulamada gerçekleştirilmesi sürecinde, nasıl bir siyasal tutum içerisinde bulunulduğu, insan hakları alanındaki gelişmelerin demokratik sonuçlarının değerlendirilmesinde belirleyici nitelikteki temel unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Bu hususta benimsenmesi gereken temel yaklaşım öncelikle, insan haklarının, kişilerin sırf insan olmak itibarıyla doğuştan sahip oldukları haklar olarak kabul edilmeleri ve gerçek fonksiyonlarının devlet iktidarının sınırlandırılması olduğudur. Dolayısıyla haklara sahip olmanın, kişiliğe bağlı görülmeyip, belli bir topluma ya da kollektiviteye mensubiyet şartına bağlanması, onların çoğu zaman topluma ve onun adına hareket eden siyasi otoriteye karşı ileri sürülebilmelerinin önünde ciddi bir engel oluşturacaktır. Öte yandan devletin meşruluğu da insan haklarını korumasına ve toplumda barışı temin etmek üzere kurulmuş bir müessese olmasına dayandığından, devletin kendi başına bir varlık olarak meşru kabul edilmesi de²⁰, insan haklarının devlet iktidarını sınırlandırıcı fonksiyonunun reddedilmesi anlamına gelecektir. Bu durumda ise ne anayasalarda yazılı olan hakların, ne de taraf olunan insan hakları belgelerinin pratik bir etkinlikleri olabilecektir.

Diğer taraftan insan hakları konusundaki gelişmelerin demokratikleştirici etkisi bakımından belirleyici olan bir başka husus, insan hakları ve dış politika bağlantısıdır. Esas itibarıyla evrensel hale gelen bazı kavramların, uluslararası sistem içinde farklı muhtevalara bürünmesi gözlemlenebilen bir olgudur. Nitekim Held, insan hakları söyleminin evrensel hale gelmiş olmasına rağmen, her zaman haklar sorunu hakkında ortak bir anlaşmayı yansıtmadığına işaret eder-

¹⁹ **FALK**, Richard, *Yırtıcı Küreselleşme*, Çev. Ali Çaksu, Küre Yayınları, İstanbul 2001, s.130-132.

²⁰ **ERDOĞAN**, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, 5. baskı (Gözden geçirilmiş), Siyasal Kitabevi, Ankara 2003, s. 150-151; **ÇEÇEN**, Anıl, *İnsan Hakları*, Selvi Yayınları, Ankara 1990, s. 105.

ken²¹; Pierson, insan haklarının, bazı politikacıların uluslararası olaylarla ilgili hegemonyacı tutumlarını gerçekleştirmekte kullandıkları bir araç haline gelebileceğini belirtmektedir²². Bundan dolayı, evrensel insan hakları standartlarının dış politikadan dışlanması ya da ikili ilişkilerde bazı devletlerin iç işlerine karışılmasının veya belirli düzenlemelerin empoze edilmesinin aracı olarak kullanılarak siyasallaştırılması halinde, insan haklarını geliştirme yolunda elde edilen kazanımların uluslararası etkinlikleri kalmayacağı gibi, bütün insanlığın ortak yararına kullanılmalrı da sözkonusu olmayacaktır.

Teknolojik yenilikler ve insan haklarının evrenselleşmesi dışında küreselleşme ve demokratikleşme arasında kurulan bağlantının bir diğer dayanağı olarak, sivil toplum kuruluşları aracılığıyla yürütülen faaliyetler gösterilmektedir. Esas itibarıyla enformasyona daha kolay ulaşılması, eğitim aracılığıyla elde edilen kazanımlar sivil toplumda canlanmaya, bu da halkın kendi hayatının kontrolünü kendi eline alma ve daha iyiye doğru geliştirme kararlılığında ve kapasitesinde büyük bir değişikliğe yol açmıştır. Çeşitli sivil toplum kuruluşları aracılığıyla yürütülen hareketler, halkın yetkilendirilmesi ve güçlendirilmesi yolunda bilinçli çabaların ortaya çıkışına yol açmıştır²³.

Gönüllü organizasyonlar şeklinde biçimlenen bu kuruluşların oluşumu, insanların, değişik alanlarla ilgili (demokrasinin, insan haklarının, çevrenin, kültürün korunması vb.) kaygılarındaki artışa paralel olarak gelişmiştir. Bu süreçte, halkın yönetime katılımına duyulan ihtiyacın daha iyi anlaşılması; gerek hükümetlerin sınırlı kapasiteleriyle gerekse onların performansları karşısında uğranılan hayal kırıklıklarıyla birleşince, gönüllü kuruluşların çeşitlenmesinde itici bir rol oynamıştır. Bu tür grupların çeşitlenmesi ve çoğalması, etkin temsili sağlayıcı bir özellik taşıdığı gibi, çoğulculuğa ve demokrasinin işlerliğine de katkıda bulunan önemli bir faktördür. Gönüllü kuruluşlar, yönetimle vatandaş arasındaki mesafeyi daraltıcı, belli konularda halkı seferber edici ve siyasal tutum geliştirici rolleriyle pek çok ülkede önemli bir toplumsal desteğe sahip organizasyonlar konumundadırlar²⁴.

21 **HELD**, David, *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Polity Press, Cambridge 1995, s. 95.

22 **PIERSON**, s. 287-288.

23 Bkz. **APPADURAI**, Arjun, 'Grassroots Globalization and the Research Imagination', Arjun Appadurai (ed.), *Globalization*, Duke University Press, Durham & London 2001, s. 16-17; **CARLSSON / RAMPHAL**, s. 49.

24 **McGREW**, Anthony, 'Power Shift: From National Government to Global Governance', David Held (ed.), *A Globalizing World? Culture, Economics, Politics, The Open*

Öte yandan sivil toplum kuruluşları bugün sadece ulusal düzeyde değil, uluslararası düzeyde de pek çok alanda faaliyet göstermektedirler. Yeni iletişim sistemleri aracılığı ile giderek daha çok sayıda insan arasında ortak konulara ve kaygılara yönelik ilişkiler kurulmakta ve sınır ötesi bağlar geliştirilmektedir. Böylece elde edilen enformasyon ve bilgi aracılığıyla uluslararası siyasetin harekete geçirebilmesi sağlanmaktadır. Küreselleşme süreci ile birlikte, artık ulusal sınırlarda biten bir devlet-toplum ilişkisinin yeterli görülmediğini ortaya koyan bu durum aynı zamanda, ulus devlet çerçevesinde kendi kendine yeten bireyden farklı olarak, diğer toplumlarla iç içe ilişkileri bulunan bireyi ön plana çıkarmaktadır. Bundan dolayı, sivil toplumun sınır ötesi ilişkilerle iç içe bir konum kazanması olgusundan hareketle yaygın olarak ‘uluslararası bir sivil toplum’ dan sözedilmektedir²⁵.

Sınır ötesi faaliyet ve etkileşimlerden vücut bulduğu kadar, aynı zamanda bu ilişkilerin büyümesinde de itici bir güç konumundaki ‘uluslararası sivil toplum’, gerek ulusal düzeydeki ihlalleri ve yetersizlikleri, gerekse küresel düzeyde ortaya çıkan sorunları dile getirme ve takip etme ortamı olarak işlev görmektedir. Bu ortamın aktörleri olan hükümet dışı gönüllü kuruluşlar, insanlığın ortak meseleleri hakkında; kitleleri harekete geçirebilmede, bir dünya kamuoyu oluşmasında ve çeşitli sorunlara ilişkin ortak hukuk normları geliştirilmesinde önemli katkılarda bulunabilmektedirler²⁶.

Bununla birlikte ulusal ve uluslararası düzeydeki sivil toplumun genişlemesinin ve sivil toplum kuruluşlarının etki ve rollerinin artmasının kendiliğinden demokratikleşmenin bir ifadesi olup olamayacağı hususu da tartışmaya açıktır.

Her şeyden önce, ulusal düzeyde sivil toplumun işlevselliği bakımından belirleyici olan husus, ilgili kuruluşların hükümetleri denetlemedeki etkinlikleridir. Siyasal otoritenin etkisinde ve denetiminde bulunan bir gönüllü kuruluşun, top-

University, London 2000, s. 138-139; **SCHOLTE**, s. 277-278; **CAMILLERI / MALHOTRA / TEHRANIAN**, s.24 ; **CARLSSON / RAMPHAL**, s. 24, 47.

- 25 **McGREW**, s. 141, 147-148; **DOĞAN**, İlyas, Özgürlükçü ve Totaliter Düşünce Geleneğinde Sivil Toplum, Alfa Yayınları, İstanbul 2002, s. 287; **KAISER**, Karl, ‘ Demokrasi Sorunu Olarak Küreselleşme’, Çev. Feridun Timur, Türkiye ve Siyaset, sy. 4, Eylül-Ekim 2001, s. 90, 93.
- 26 **REINICKE**, Wolfgang H. / **WITTE**, Jan Martin, ‘Interdependence, Globalization, and Sovereignty:The Role of Non-Binding International Legal Accords’, <http://www.loccum.de/materialien/globalisierung/Reinicke-Witte.pdf> (B.T. 12.1 2004); **APPADURAI**, s. 19; **SCHOLTE**, s. 278. Sözkonusu katkıları, küreselleşmenin olumsuz etkilerini dengelemeye yönelik çabalar niteliğinde ve buna bağlı olarak ilgili kuruluşları da ‘aşağıdan küreselleşmenin taşıyıcıları’ şeklinde değerlendiren Falk, bu sosyal güçlerin, aynı zamanda demokrasinin uluslararası düzeyde desteklenmesi sürecindeki ‘araçlar’ olduklarını belirtmektedir. Bkz. **FALK**, s. 199, 217; ‘Aşağıdan küreselleşme’ tabiri için ayrıca bkz. **APPADURAI**, s. 16.

lumu ilgilendiren meseleler hakkında etkin bir rol oynaması mümkün olmadığından, bu tür kuruluşların devletle ilişkilerinde özerk olmaları öncelikli bir şarttır. Özerklik çerçevesinde işleyen böyle bir yapıda, sivil toplum kuruluşlarına yönelik olarak yasaklayıcı, engelleyici ya da yönlendirici bir tutum alınması sözkonusu olmayıp, destek verici, imkan sağlayıcı ve gerektiğinde işbirliğini geliştirici bir davranış ortaya konulmaktadır. Hiç şüphesiz böyle bir yapıda, devlet açısından saydamlık ve hesap sorulabilirlik ön şart olarak belirmektedir. Öte yandan gönüllü kuruluşlar bakımından da, devletten özerk olunması, mutlak devlet karşıtlığını ifade etmediği gibi, bağımsız olarak faaliyette bulunulması da, işbirliği imkanlarının ortadan kalkması anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla her iki taraf için de, diyaloga açık ve uzlaşmacı tutumların geliştirilmesi önem taşımaktadır²⁷.

Öte yandan sivil toplum alanında çok çeşitli tüzel kişilikler bulunmakla birlikte, hepsinin yapısının demokratik olduğu söylenemeyeceği gibi, bazı gönüllü kuruluşların faaliyetleri bakımından da yıkıcı bir tutum içerisinde olabildikleri gözlenmektedir. Oysa sivil toplum, başta hoşgörü olmak üzere demokratik tutumların geliştirildiği bir alandır. Bu sebeple kendi ilke ve değerlerini diğer toplumsal kesimlere empoze etme eğiliminin ya da toplumu yukarıdan aşağıya topyekün değiştirme amacıyla hareket edilmesinin, sivil toplum kuruluşlarının gerçek işlevleriyle bağdaştırılması mümkün değildir. Çünkü sivil toplum kuruluşları, 'kendi projelerini sınırlayan, çoğulculuğu kabul eden ve aşağıdan yukarıya doğru hareket eden' organizasyonlar olup²⁸, bu ilkelere riayet edilmeksizin faaliyette bulunulması, despotizme yol açma olasılığını her zaman içinde barındırmaktadır.

Aynı şekilde, benzer davranışların ya da yapılanmaların küresel düzeyde de gerçekleşebileceğini ve bu itibarla uluslararası sivil toplumun da kendiliğinden demokratikleşmenin bir anlatımı olmadığını ileri sürmek mümkündür. Çünkü küresel toplumun önünde de her şeyden önce; küresel sorunlar üzerine fikirler geliştirme ve gerek hükümetlerin gerekse uluslararası kuruluşların denetimindeki bürokrasilerden bağımsız olarak faaliyette bulunabilmek kadar, gerektiğinde onlarla işbirliği yapmak gibi zorlu görevler bulunmaktadır. Öte yandan küresel

27 **ŞENATALAR**, Burhan, 'STK- Devlet İlişkilerine Kuramsal Bakış', Türkiye'de Sivil Toplum Kuruluşları Sempozyumu-VII : Avrupa Birliği Yolunda Türkiye'de STK-Devlet İlişkileri (2-3 Haziran 2000), Ayşen Anadol (Yay. Haz.), Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı Yayını, İstanbul 2001, s.13-14.

28 **GÖLE**, Nilüfer, 'Yurtdışı İlişkilere Kuramsal Bir Bakış', 'Küçülen Dünyamızda Büyüyen Sivil Toplum' Sivil Toplum Kuruluşları ve Yurtdışı İlişkiler Sempozyumu (23-24 Haziran 1995, İstanbul), Sivil Toplum Kuruluşları:Üç Sempozyum, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı Yayını, İstanbul 1998, s.115.

sivil toplum içinde de, özellikle yabancılara karşı ırkçı fikirlerin yayılması, faşist tutumları içeren gruplaşmaların ve talepleri yönünden özgürlük karşıtı fikirlerin ortaya çıkması dolayısıyla çeşitli gerilimlerin yaşanması da mümkün olabilmektedir²⁹. Bu tür gelişmeler, küresel sivil toplumun pozitif boyutları olduğu kadar, negatif boyutları da bulunduğunu ortaya koymaktadır. Negatif yönlerin ortadan kaldırılması için şüphesiz, küresel düzeyde de sivil toplumun hoşgörü, dürüstlük ve özgürlük gibi ilkelere dayanan ortak bir ahlaki temel üzerinde yükselmesi gerekmektedir.

‘Küreselleşme ile demokrasi arasında doğru bir orantı bulunduğu’ yönündeki değerlendirmeye dayanak olarak gösterilen sözkonusu argümanlarla ilgili olarak buraya kadar yapılmış olan açıklamalardan, demokrasiye yönelik imkanların ve tehditlerin paralel bir süreç izlediği sonucunu çıkarmak mümkündür. Esas itibarıyla Soğuk Savaşın sona ermesi ve sosyalist sistemlerin yıkılmasıyla birlikte demokrasinin 1990’lı yıllarda popülerlik kazanması, bu kavramın küreselleşme ile bağlantılandırılması sürecinde etkili bir rol oynamıştır. Fakat küreselleşmenin, başta sosyalist sistemlerin çökmesi olmak üzere demokrasiye yönelik bir takım göstergelerinin ya da imkanlarının varlığı, şüphesiz demokrasinin her yerde kurulduğu veya kurulmuş olduğu yerlerde büyük zorluklarla karşılaşmadığı anlamına gelmemektedir³⁰. Demokrasinin karşılaştığı zorluklar, esas itibarıyla demokratik süreçlerle ilgili etkinlik kaybına ve belirli ölçüde hayal kırıklıkları yaşanmasına neden olmaktadır. Sözkonusu etkinlik kaybının dayanağını oluşturan faktörler konusunda ise küreselleşme ve ulus devlet etkileşiminin sonuçları belirleyici olmaktadır.

III- KÜRESELLEŞME VE ULUS DEVLET

Ulus devlet, küreselleşme ve demokrasi ile ilgili tartışmalar çerçevesinde merkezi bir önem taşıyan temel kavram konumundadır. Ulus devletle demokrasi arasında kurulan bu bağlantının nedeni her şeyden önce, günümüzde demokrasinin işlediği siyasi mekanın ulus devletler olmasıdır. Bunun dışında, demokratik kurumların tarihsel olarak ulus devlet bünyesinde gelişmiş olması da böyle bir bağlantının kurulmasındaki önemli etkidir.

Ulus devletler esas itibarıyla, 16. yüzyılda temelleri atılan modern devletin, daha sonra ‘ulus’ kavramı etrafında yeniden biçimlenmiş halini ifade etmektedir. Batı Avrupa toplumlarında ulus devlet kurma sürecindeki aşamaları teşkil eden;

²⁹ Bkz. **ROSENAU**, James N., ‘Change, Complexity, and Governance in Globalizing Space’, Jon Pierre (ed.), *Debating Governance*, Oxford University Press, New York 2000, s. 192-195; **SCHOLTE**, s. 279.

³⁰ Manent, bu durumun daha ziyade demokratik meşruluk ilkesinin artık dünyanın hiçbir yerinde siyasi olarak önemli bir rakibi bulunmadığı şeklinde değerlendirilebileceğini belirtmektedir. **MANENT**, Pierre, ‘Milletsiz Bir Demokrasi Düşünülebilir mi?’, Çev. Sadir Karabekir, *Türkiye ve Siyaset*, sy. 5, Kasım- Aralık 2001, s. 59.

‘devletin ortaya çıkışı’, ‘ulusal kimliğin oluşması’, ‘politik yurttaşlığın yerleşmesi’ ve kaynakların /fırsatların yeniden dağılımı anlamında ‘sosyal yurttaşlığın yerleşmesi’ aynı zamanda demokrasilerin de arka planını oluşturmaktadır³¹. Demokrasi her ne kadar ‘halk iktidarı’ anlamında ilk kez eski Yunan’da uygulanmakla birlikte, çağdaş biçimini 19. ve 20. yüzyıllarda almıştır. Yurttaşların çoğunluğunun, kendi başına siyasal kararlar alabilen temsilcilerin seçimine en geniş biçimde katılmasını sağlayan bir dizi, kural, prosedür ve kurum bu süreçte oluşmuştur. Bu anlamda demokratik anayasal devlet, milletin özgür iradesiyle meşrulaştırılmış bir düzen anlayışına tekabül etmektedir³².

Böyle bir düzen anlayışının belirmesi, ulus devlet ile meşruiyetini milli egemenlik ilkesinden olan demokrasinin, tarihsel bakımdan örtüştüğünü ortaya koymaktadır. Her ne kadar ulus devletin kurulması, doğrudan doğruya demokrasiye yol açan ve onu garanti eden bir olgu olmamış ise de, demokrasinin kurulması için gerekli öncülleri sağlamıştır. Örneğin ulus devlet, insanları modern öncesi toplumun barındırdığı kişisel bağımlılık ilişkilerinden arındırarak, birer birey olarak özgürleştirmiş ve onları vatandaşlık bağları ile kendisine bağlamıştır³³. Öte yandan ulus devletin meşruiyeti, genellikle toprakları üzerinde yaşayanların bir kültürel homojeniteye sahip olması ya da bir arada yaşama iradesinin bulunmasıyla temellendirilmektedir. Böylece sınırları belli bir toprak (territory) içinde çeşitli bağılıkları olan bir topluluğun bulunduğu hususu, temsili demokrasinin bir diğer ön kabulü olarak ortaya çıkmıştır. Sözkonusu topluluk ayrı bir kimliğe sahiptir ve bu kimlik, bireylerin kimliğini belirlemede baskın bir konumda bulunmaktadır. Ayrıca territorial devlet düzeni gereğince, bu toprak içinde yaşayanların kaderlerinin, büyük ölçüde ulus devletlerce alınan kararlarla belirlendiği kabul edilmiştir. Fakat bu düzenin aktörleri konumundaki ulus devletler kategorisi, uzun bir süredir, devlet ve yönetim denildiğinde alternatifinin düşünülmesine yer bırakmayacak ölçüde bir hegemonya kurmuş olmakla birlikte, son yirmi yılda etkinlik kaybına uğramaya ve buna bağlı olarak da eleştirilmeye başlanmıştır³⁴.

31 Bkz. **SARIBAY**, Ali Yaşar, Global Bir Bakışla Politik Sosyoloji, Alfa Yayınları, İstanbul 2000, s. 94.

32 **GELBER**, Harry G., Sovereignty Through Interdependence, Kluwer Law International, London 1997, s. 3-5; **GÖZE**, Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 9. baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s. 180 vd.; **HABERMAS**, Jürgen, Öteki Olmak Ötekiyle Yaşamak: Siyaset Kuramı Yazıları, Çev. İlnur Aka, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2002, s. 15 vd.

33 **HABERMAS**, s. 19-21.

34 **HIRST**, Paul / **THOMPSON**, Grahame, Küreselleşme Sorgulanıyor, Çev. Çağla Erdem-Elif Üçel, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 1998, s. 204 vd.; **CERNY**, s. 4; **TEKELİ**,

Ulus devletteki etkinlik kaybının, öncelikle egemenlik ilkesi üzerindeki aşınma dolayısıyla ortaya çıktığını söylemek mümkündür. Egemenlik ilkesindeki aşınma yönünden de devletin, bağlayıcı kural koyma ve uygulama yetkisine karşılık gelen resmi ya da hukuki egemenliği ile kamu politikalarını belirleme ve bu politikaların işleyişini yönlendirme kabiliyeti anlamındaki operasyonel-fiili egemenliği mukayese edildiğinde ise, sözkonusu aşınmanın daha ziyade ikinci anlamdaki egemenlikle ilgili olduğu görülmektedir³⁵. Bu durumun gözlemlenebileceği somut alanlardan biri ekonomik alandır. Özellikle teknolojik değişime bağlı olarak sermaye dolaşımının hız kazanması ve etki alanının genişlemesi, ulus devletlerin para ve maliye politikalarını belirleme ve uygulama güçlerini azaltmış ve onları artan bir şekilde küresel ekonominin dalgalanmalarından etkilenebilir hale getirmiştir. Devletlerin, ulusal ekonomik stratejiler üzerindeki denetimlerini sürdürmeye gerçekten muktedir olup olmadıklarını tartışılır hale getiren ve kilit politika alanlarının küresel ekonominin gerekleri doğrultusunda şekillenmesi olgusuna işaret eden bu süreç, ekonomik geleceğin ve toplumsal gündemin belirlenmesi çerçevesinde aynı zamanda yönetilebilir olma sorununu da ortaya çıkarmıştır³⁶.

Benzer değerlendirmenin ekonomi dışında başka alanlarda da geçerli olduğunu ileri sürmek mümkündür. Çünkü ulus devletin bir siyasi kurum olarak etkinliği sadece mal ve kapital akımları yönünden değil, sınırlarından geçen bilgi ve insan akımları üzerindeki denetimi yoluyla da sağlanmaktadır. Oysa, ulus devletlerin, bilgi iletişimine yönelik bir takım düzenleyici normları demokratik süreçler aracılığıyla kararlaştırabilmeleri mümkün olmakla birlikte, bunların teknik sebeplerden ötürü tam olarak etkin olamadıkları ve bu itibarla söz konusu normların ülke sınırları içinde gerçekleştirilmeleri imkanının kaybedildiği gözlenmektedir³⁷. Öte yandan çevre sorunu, insan ticareti, terör, uyuşturucu kaçakçılığı gibi sınır tanımayan sorunların tek tek ulus devletler tarafından çözülemeyeceğinin kavranması da, gerçekte siyasi toplulukların kendi yönetimlerine ilişkin kararları ve politikaları kendi tercihleri doğrultusunda ve bağımsız olarak

İlhan, 'Küreselleşen ve Moderniteyi Aşan Dünya Artık Temsili Demokrasiyle Yetinmiyor', Yeni Türkiye, y.4, sy. 19, Ocak- Şubat 1998, s. 431; **HELD**, Models of Democracy, s. 341-342.

³⁵ Bkz. **REINICKE**, Wolfgang H./**WITTE**, Jan Martin, 'Interdependence, Globalization, and Sovereignty : The Role of Non-Binding International Legal Accords', <http://www.loccum.de/materialien/globalisierung/Reinicke-Witte.pdf> (B.T. 12.1 2004).

³⁶ **THOMPSON**, Grahame, 'Economic Globalization?', David Held (ed.), A Globalizing World? Culture, Economics, Politics, The Open University, London 2000, s. 94 vd.; **PIERSON**, s.277, 281-282; **CERNY**, s. 10-12; **BURCHILL**, s. 286.

³⁷ **KAISER**, s. 90; **TEKELİ**, İlhan /**İLKİN**, Selim, Türkiye ve Avrupa Birliği, Ümit Yayıncılık, Ankara 2000 , s. 558

belirlemeleri esasına dayanan özerklik ya da fiili-operasyonel egemenlik fikrindeki aşınmanın önemli göstergelerinden biri olarak ortaya çıkmaktadır³⁸.

Fiili-operasyonel egemenlik fikrindeki aşınma ile ilgili olarak, belirtilenlerin dışında özellikle yerel, bölgesel ve global düzeyde işlev gören çeşitli yapı ve mekanizmalar yönünden düşünüldüğünde de benzer sonuçlara varılması mümkündür. Örneğin halkın yönetim düzeyindeki etkinliğini arttırmaya yönelik olarak yerel yönetimlerin idari, mali ve ekonomik boyutta özerkleşmesi amacıyla gerçekleştirilen çeşitli düzenlemeler³⁹ bir taraftan katılımı güçlendirici etkiler meydana getirirken, diğer taraftan ulus devletin, toprakları üzerindeki ve vatan-daşları hakkındaki politikaları belirleme kapasitesini ve onun bu yöndeki merkezi konumunu da sorgular hale getirmektedir.

Aynı tutum, bölgeselleşme eğilimi⁴⁰ ve ulus devletlerin küresel boyuttaki yapılanmalarla olan bağlantıları dolayısıyla da ortaya çıkmaktadır. Geçtiğimiz elli yılda hızlanan uluslaşma, esas itibarıyla birçok uluslararası siyasi otoriteye varlık kazandırmış ve bunların faaliyetlerini güçlendirmiştir. Nitekim Uluslararası Para Fonu (IMF), Dünya Bankası, Dünya Ticaret Örgütü, Avrupa Birliği, Avrupa Konseyi, Birleşmiş Milletler gibi kuruluşlar aracılığıyla ulus devletlerin; hukuki, siyasi, ekonomik, ticari vb. olmak üzere pek çok alanda evrensel olarak nitelendirilen norm ve standartları benimseme eğilimi içine girmeleri, hatta benimsemeye zorlanmaları söz konusu olmaktadır⁴¹. Evrensel normlara uymanın,

38 **HELD**, *Models of Democracy*, s. 352; **McGREW**, s.138.

39 **KAZGAN**, Gülten, *Küreselleşme ve Ulus Devlet*, Yeni Ekonomik Düzen, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2000, s. 35

40 Bu eğilime örnek olarak, bazı bölgelerdeki yerel yöneticilerin, kendi bölge ekonomileri içinde kamu-özel sektör ortaklığının yeni biçimlerini kurma arayışına girmelerini ve merkezi hükümeti atlayarak öteki bölge yönetimleriyle doğrudan bağlar geliştirmelerini göstermek mümkündür. Bkz. **PIERSON**, s.300; **PAYNE**, Anthony, 'Globalization and Modes of Regionalist Governance', Jon Pierre (ed.), *Debating Governance*, Oxford University Press, New York 2000, s. 202-206.

41 Örneğin sözü edilen kurumlar arasında yer alan ve uluslararası ekonominin işleyişini belirlemede artan ölçüde güç kazanan IMF, Dünya Bankası gibi kuruluşlarca uygulanan yapısal uyum programları aracılığıyla, uluslararası ekonomi politiğin oluşturulması süreci yaşanmaktadır. Öte yandan bölgesel düzeyde bir yapılanma biçimi olan Avrupa Birliğinde, gerek Bakanlar Konseyinin direktif ve yönergeleri ile gerekse Avrupa Adalet Divanının yorum ve uygulamaları ile oluşan uluslararası hukuk, Birliğe üye ülkelerin ulusal hukuk düzenlerinin üstünde yer alan bir ortak hukuk olarak ortaya çıkmaktadır. Aynı şekilde Avrupa Konseyi çerçevesinde kabul edilen ve 'Avrupa ortak kamu düzeni' anlayışının kaynağını teşkil eden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi; hukuken bağlayıcı nitelikte olup, Sözleşmenin denetim organı olarak görev yapan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına, taraf devletlerin uyma zorunlulukları bulunmaktadır. Bunun dışında

ulus devletler için bir zorunluluk haline gelmesinin egemenlikle ilgili en önemli yansıması, böyle bir olgunun ulusal otoriteleri uluslararası kuruluşlara ve mekanizmalara daha bağımlı hale getirmesi, böylece tam bağımsızlığın yerini ‘kısmi’ bağımsızlığa, tam egemenliğin de yerini ‘sınırlı’ egemenliğe bırakmasıdır⁴².

Bununla birlikte egemenliğin sadece bugün değil, ulus devlet tarihinin hiçbir döneminde ‘tam bağımsızlık’ teriminde ifadesini bulan mutlaklıkta bir gerçek olmadığı⁴³, ayrıca sözü edilen kurumlara üyeliğin de devletlerin kendi iradi tercihleriyle gerçekleştiği ve bunun egemenlik yönünden daha farklı bir değerlendirilmeye tabi tutulması gerektiği ileri sürülebilir. Fakat diğer taraftan sözkonusu olguların gerçekte, küreselleşmenin şarta bağlı olarak geliştiğini ve ulus devletlerin aynı zamanda karşı karşıya kaldıkları aşınmanın niteliği konusunda da belirleyici rol oynadıklarını gösteren olgular olarak değerlendirilmeleri mümkündür. Bundan dolayı küreselleşmenin ulus devletleri nasıl ve ne yönde aşındıracağına, yine ulus devletlerin sağlayacağı meşruiyet kalıpları içinde gerçekleşmekte olduğu söylenebilir⁴⁴. Ancak küreselleşmenin, uluslararası ekonomik ve siyasi düzende farklı konumda bulunan devletlere farklı etkiler yaptığı gözlemlendiğinde, bu gelişmenin tüm ulus devletler için aynı oranda geçerli olmadığını söylemek mümkündür. Bu itibarla, uluslararası sistem içinde yer alan devletlerden bazılarının, egemenliğin aşınması sürecinde daha çok dışa bağımlı hale gelirken, bazılarının dışa bağımlılıklarının görece daha az olduğu ve bu dengesizliğin ‘asimetrik (eşit oranlı olmayan) karşılıklı bağımlılık’ teorisiyle⁴⁵

Birleşmiş Milletlerin, özellikle Soğuk Savaşın son ermesinden sonra ulus devlet içindeki uyumsuzluklara ‘insani’ esaslarla müdahale etmesi de, uluslararası sistemin geleneksel temeli olan ‘iç işlerine karışmama’ kuralının değerini büyük ölçüde azaltmaktadır. Bkz. McGREW, s. 145-146; ERDOĞAN, Mustafa, Anayasa ve Özgürlük, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 55-57; SCHOLTE, s. 146-151.

42 ERDOĞAN, Anayasa ve Özgürlük, s. 53.

43 Bkz. KRASNER, Stephen D., ‘Sovereignty’, <http://www.questia.com/PM.qst?action=openPageViewer&docId=5000.960062> (B.T. 20.1.2004); ERDOĞAN, Anayasa ve Özgürlük, s. 53; Öte yandan Dahl, özerklik kaybı ile ilgili olarak, dünya ölçeğinde ortaya çıkan büyük dönüşümün makul bir bakış açısına oturtulması için, kent devletinin özerkliği ile ulus devletin egemenliğinin gerçek olmaktan çok bir kurgu olduğunun hatırlanması gerektiğine işaret etmektedir. Yazara göre, sadece ulusal çatışmalar değil, fakat alışveriş, ticaret ve finans da her zaman devlet sınırlarından taşmıştır. Bu nedenle demokratik devletler, üzerinde az veya hiç kontrol sahibi olmadıkları dış güçlerin eylemlerini dikkate almadan, özerk bir biçimde davranma yeteneğine hiçbir zaman sahip olmamışlardır. Bkz. DAHL, s. 405.

44 CAMILLERI / MALHOTRA / TEHRANIAN, s. xvii-xviii; TEKELİ / İLKİN, s. 556.

45 ‘Asimetrik karşılıklı bağımlılık’, asimetrimin güçlü tarafında yer alan devletler için global siyasal sistemin denetlenmesini mümkün kılarken, zayıf tarafında yer alan devletler için ‘bağımlılık’ ve egemenliğin görece daha fazla aşındığı anlamına gelmektedir. Bkz.

açıklanabileceği belirtilmektedir. Fakat, düzeyi farklı olmakla birlikte, egemenliğin ulus devletler açısından aşınmasının işaret ettiği önemli husus, siyasal iktidarın ulusal, bölgesel ve uluslararası düzeyde farklı güçler tarafından paylaşılma durumunda olduğudur. Bu doğrultuda, siyasal kader birliğinin çerçevesi, karmaşık siyasi ve ekonomik örgütsel süreçler ve yapılar tarafından belirlenirken, ulus devlet yönetimleri de kendi yurttaşları için uygun olan politikaları belirleyecek tek merci olmaktan çıkmaktadırlar⁴⁶.

Yöneticilerin siyasi seçeneklerinin sınırlandığı böyle bir süreçte, devletler esas itibariyle 'politika üretmekten' ziyade, giderek daha çok 'politika uygulayan'⁴⁷ birimler haline gelmektedirler. Oysa 'siyaset yapabilme kapasitesine sahip olunması'nın, demokratik yönetimlerin dayanması gereken bir olgu olduğu düşünüldüğünde⁴⁸, bu durumda ulusların kendi kaderlerini tayin konusunda tam yetkili olmaktan çıktıklarını söylemek mümkündür.

Bununla birlikte küreselleşmenin, 'kendi kaderini belirleme' ya da 'kendi kendini yönetme' kapasitesindeki aşındırıcı etkilerine rağmen, ulus devletler, uluslar arası boyutta tanınmış tek siyasal birlik yapısı olmaya devam ettikleri gibi, ülke içinde de temel aktör konumunda bulunmaktadır⁴⁹. Bu çerçevede bir yandan, bölgesel ve küresel kurumlarla olan bağlantıları devam ettirirken, diğer yandan insanların hayatlarını yakından ilgilendiren pek çok alanda politika ve karar verme aracı olmayı sürdürmektedirler. Dolayısıyla gerek güvenliğin

CINAR, Özen, 'Global Siyasal Sistem ve Türkiye Üzerine Bir Değerlendirme', Doğu-Batı, y. 6, sy. 24, 2003, s. 278-279, 281,287.

⁴⁶ **HELD**, Democracy and the Global Order, s.16-17.

⁴⁷ Pierson bu tabirin , daha ziyade 'en güçlü' devletler dışında kalan devletler için düşünülmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. **PIERSON**, s. 312.

⁴⁸ Cerny, ulus devlete dayalı liberal demokrasilerin bu potansiyellerini 20.yüzyılın ilk yarısında gerçekleştirmeye başladıklarını, ancak ironik bir şekilde küreselleşme ile ortaya çıkan koşulların sadece yarım yüzyıl sonra onun bu kazanımlarını aşındırdığına işaret etmektedir. Bkz. **CERNY**, s. 6.

⁴⁹ Esas itibariyle çok sayıda ekonomik organizasyonun, ulus devleti aştığı ve devletlerin, egemenlik yetkilerinin belli bir kısmını, gönüllü olarak ulusüstü kuruluşlara ve birliklere devretme eğilimi içinde oldukları bir gerçek olmakla birlikte, küresel aktörlere yönelik güç kaymasının her alanda ve bütünüyle geçerli olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Örneğin bu süreçte ulusal ekonomiler, kaynakların düzenlenmesinde ve tahsisinde standart birim olmaya devam etmektedirler. Öte yandan, birçok ülkenin bütçesinden daha fazla miktarda kaynağı denetimleri altında bulunduran ve faaliyetleri ulusal sınırlarla çevrili olmayan çok sayıda ulusötesi firmaların da, gerçekte ilgili devletlerin düzenlemelerinden ve politikalarının sonuçlarından tümüyle uzak olmadıkları görülmektedir. Bkz. **SMITH**, Anthony D., Küreselleşme Çağında Milliyetçilik, Çev. Derya Kömürcü, Everest Yayınları, İstanbul 2002, s. 116,132; **PIERSON**, s. 298-299, 312.

temininde ve gerekli hukuk çerçevesini yürürlükte tutmada gerekse, ekonomi politikalarının hayata geçirilmesinde ve -işlev kaybına uğramakla birlikte- vatandaşların refahını sağlamada siyasal aktörler olarak ulus devletler, önemli bir role sahip bulunmaktadır. Ayrıca, esnek bir yapıya bürünmüş olmakla birlikte, sınırların tamamen yok olduğundan sözedilemeyeceği gibi, dünya mekanı da sadece ağlar mekanından ibaret bulunmamaktadır. Fakat burada ulus devletlerin korudukları sınırların bazı alanlarda sıkı iken, bazılarında daha esnek yapıda olduğunu söylemek mümkündür. Örneğin ekonomi alanı ya da ticaret ilişkileri, sınırların daha esnek olduğu alanlardır. Ancak bu durum, ulus devletlerin ortadan kalkması biçiminden ziyade, uluslararası alanın temel birimleri olarak devletlerin, müştereken dünya ekonomisini denetlemelerini gerekli kılan bir olgu biçiminde yorumlanmalıdır. Belirtilenlerin dışında, uluslararası toplumun; başta kanunların yapılması, uygulanması ve uygulamaların denetimi ve koordinasyonu açısından hukuki anlamda yaptırım gücüne sahip organizasyonlara ihtiyaç duyduğu görülmektedir ki, bu da bugünkü ve yakın gelecekteki konjonktürde ulus devletlerin önemini koruyacağını ortaya koymaktadır⁵⁰.

Kısacası küreselleşme devletleri gereksiz ya da önemsiz hale getirmemekte, aksine yukarıda belirtilen hususlar ulus devletlerin, siyasi teşkilatlanmanın asli biçimleri olarak varlıklarını korumaya devam edeceklerini ortaya koymaktadır. Pierson, bu süreçte, ulus devletin güçlerinden bazılarının ulus-altı (devlet faaliyetlerinin ademi merkezileşmesi biçiminde) ya da uluslar-üstü düzeydeki kurumlara 'yeniden dağıtım' hususunun yaşandığını ve bundan dolayı 'devletin eylem parametrelerinin değişimi'nden sözedilebileceğini belirtmektedir⁵¹. Dolayısıyla ulus devlet açısından 'sınırların tümüyle geri çekilmesi' sözkonusu olmayıp, bu aşamada yaşanan daha ziyade, fiili-operasyonel anlamda egemenliğin geleneksel kullanım biçiminin farklılaşmaya ve dönüşüme uğramasıdır. Bu sebeple egemenlik, devletlerarası ilişkilerde yine kritik bir istikrar kaynağı sayılmaya devam edecektir. Fakat ulusal politikaların belirlenmesi ve hayata geçirilmesi sürecinde yaşanan farklılaşma ve dönüşüm nedeniyle, bu ilkenin yeni koşullara uyumlu hale getirilmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır⁵².

Egemenlik ilkesinin yeni koşullara uyumlu hale getirilmesi zorunluluğunun, şüphesiz bir siyasal sistem olarak demokrasinin işleyişini yeniden biçimlendiren

50 Bkz. **PIERSON**, s. 297; **FALK**, s. 200; **THOMPSON**, s.123-124; **KRASNER**, Stephen D., Sovereignty, [http://www.questia.com/PM.qst?action=openPageViewer&docId=5000.960062\(B.T.20.1.2004\)](http://www.questia.com/PM.qst?action=openPageViewer&docId=5000.960062(B.T.20.1.2004)).

51 **PIERSON**, s. 299-280.

52 Bkz. **REINICKE**, Wolfgang H./**WITTE**, Jan Martin, 'Interdependence, Globalization, and Sovereignty : The Role of Non-Binding International Legal Accords', <http://www.loccum.de/materialien/globalisierung/Reinicke-Witte.pdf> (B.T. 12.1 2004); **McGREW**, s.142,163; **HIRST / THOMPSON**, Küreselleşme Sorgulanıyor, s.255; **PIERSON**, s.296-299; **FALK**, s.46.

önemli sonuçları bulunmaktadır. Çünkü ulus devletin hareket alanının aşındığı ve egemenliğin dönüşüme uğradığı bir süreçte, bireylerin; resmi olarak oy hakları aracılığıyla yöneticileri belirleme gücünü ellerinde tuttuklarını söylemek mümkün olmakla birlikte, kamu politikalarını biçimlendirme ya da siyasi sisteme nüfuz etme anlamında yönetme gücüne ne ölçüde sahip oldukları tartışılır hale gelmiş bulunmaktadır.

IV-KÜRESELLEŞMENİN DEMOKRASİNİN NORMATİF ESASLARI ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

‘Halkın yönetimi’ ya da ‘halk tarafından yönetim’, demokrasi konusundaki açıklamaların merkezinde yer alan kavramlardır. Buradaki yönetimden kasıt, siyasal kararların alınması ve uygulanmasıdır. Böyle bir yönetim işlevinin fiilen halk tarafından yerine getirilmediği düşünüldüğünde, Sartori’nin belirttiği gibi günümüz demokrasileri ‘yöneten’ değil, ‘yönetilen’ demokrasiler özelliğini taşımaktadırlar. Sartori’ye göre yönetilen demokrasilerin en temel sorunu, ‘özgür halkın yönetimi’ni gerçekleştirmektir⁵³.

Özgür halkın yönetiminin gerçekleştirilmesi, öncelikle temel siyasal kararların otorite kaynağının halk olarak tayin edilmesini gerektirir. Fakat karar alıcıların kim olacağına ilişkin bir yetkilendirmeyi ifade eden bu aşamanın dışında demokrasiler, yöneticilerin kontrolünü ve halka karşı sorumluluklarını da mümkün kılan sistemlerdir. Bu itibarla Pierson’un belirttiği gibi demokratik süreç, gerçekte -siyasal kararların alınması ve uygulanması anlamında- ‘de facto’ (fiili) egemen olmayan halkın, bu gibi yetkileri elinde tutan devlet aktörlerine karşı bir tür kısıtlama uyguladığı bir süreç haline gelmekte⁵⁴ ve böylece halka, kendi geleceğini biçimlendirme gücü sağlanmaktadır. Bu itibarla demokratik siyasetin merkezinde yer alan temel fikir, ‘bir topluluğun kendini doğru olarak yönetmesi ve kendi kaderini tayin etmesi’ olarak ortaya çıkmaktadır⁵⁵.

Küreselleşmenin sözüedilen olguyu güçlendirici etkileri bulunduğu şüphesiz yadsınamaz. Ne var ki küreselleşme, aynı zamanda ve paradoksal olarak parlamenter demokrasinin sınırları da belirlemektedir. Nitekim ulus devlet sınırlarını aşan bağlantılar ve yönetim ilişkileri dikkate alındığında, bir topluluğun kendi geleceğini biçimlendirmesi fikrinin önemli ölçüde sorgulanır hale geldiği göz-

⁵³ **SARTORI**, Giovanni, ‘How Far can Free Government Travel?’, *Journal of Democracy*, Vol. 6, Issue 3, 1995, s. 101-102.

⁵⁴ **PIERSON**, s. 36-37.

⁵⁵ **HELD**, *Models of Democracy*, s.337; **DAHL**, s. 414.

lenmektedir⁵⁶. Böyle bir gelişmeyi esas itibarıyla, demokrasilerin yönetim ilkesini oluşturan ‘çoğunluk ilkesi’ yönünden karşılaşılan bazı ihtimalleri değerlendirerek açıklamak mümkündür.

Temel siyasal kararların alınmasında ve izlenecek siyasetlerin belirlenmesinde en çok oyu alanın öne çıkacağına işaret eden bu ilke, aynı zamanda siyasal kararların ne şekilde geçerli ya da meşru sayılacağına da temelini oluşturmaktadır. Seçimler aracılığıyla ortaya çıkan bu uzlaşma fikri, esas itibarıyla sınırları belirli bir toprak parçasını ve bu sınırlar içinde yaşayan toplulukları ilgilendirmektedir. Dolayısıyla toprakların sınırları, bireylerin kendi yaşamlarını etkileyen kararlara katılacakları ya da katılamayacakları alanı belirlemektedir. Fakat içinde yaşadığımız dönemde çoğunluk tarafından alınan kararların sonuçlarının ulusal sınırların dışına taşması ve bu itibarla sadece kararların alındığı ülke vatandaşlarının değil, diğer toplumlardaki vatandaşların da etkilenmesi söz konusu olup⁵⁷, burada diğer toplumlardaki vatandaşlar bakımından ortaya çıkan husus, kendi ulusal çoğunlukları tarafından alınmamış olan bir kararın karşı karşıya bulunmalarıdır. Böyle bir durumda ilgili devlet de; vatandaşlarını, kendi sınırları dışında olan ve başka aktörler tarafından alınmış kararların meydana getirdiği sonuçlara karşı kendi başına koruyamaz bir konuma gelmiş olmaktadır. Ancak bu takdirde, sözü edilen kararların nasıl bir meşruiyeti olabileceği hususu önemli bir tartışma konusu olarak belirlemektedir. Diğer taraftan; organize suçlar, silah kaçakçılığı, çevre kirliliği, salgın hastalıklar gibi ani sınır ihlalleri niteliğinde olan sorunlarla ilgili politikalar da gerçekte, bir ulus devletin sadece kendi yetki sınırları içinde etkinlik kazanamayacağı ya da başarılı olamayacağı alanlardır. Fakat bu durumda da, karar alıcıların kararlarını kime göre meşru sayacakları kolay cevap bulamayan bir sorun olarak belirlemektedir. Küresel bağımlılık dünyasında bu tür sorunlar, ayrıca ulusal karar alıcıların etkinlikleri ya da yönetilebilirlikleri ile ilgili sorunların da doğmasına da yol açmaktadırlar⁵⁸.

Benzer sorunların; Nato, AB, IMF gibi bölgesel ya da ulus ötesi kuruluşlarca alınan kararlar dolayısıyla da ortaya çıktığını ileri sürmek mümkündür. Çünkü bu kuruluşlarca alınan kararlar da, sonuç itibarıyla ‘ulusal çoğunluklar’a verilen karar alma alanını daraltmaktadırlar. Her ne kadar bu oluşumlara katılımın, kar-

56 **HELD**, *Democracy and the Global Order*, s. 17.

57 Örneğin, enflasyonun önlenmesi ya da döviz kurlarındaki istikrarsızlığa engel olmak amacıyla alınan faiz oranlarını yükseltme kararı, ‘ulusal’ çoğunluğun aldığı bir karar olmasına rağmen, diğer ülkelerde de önemli değişimlere yol açabilmektedir. Öte yandan komşu bir ülkenin yakınına nükleer bir işletme inşa etme kararı, o toplumda yaşayanlar açısından meydana getireceği pek çok riske rağmen, genellikle ilgili ülkeye ya da ülkelere danışılmadan alınmaktadır. **HELD**, *Models of Democracy*, s. 337.

58 **HABERMAS**, Jürgen, *Küreselleşme ve Milli Devletlerin Akıbeti*, Çev. Medeni Beyaztaş, Bakış Yayınları, İstanbul 2002, s. 27-28; **HELD**, *Democracy and the Global Order*, s. 17.

şıklı rızaya dayalı olarak gerçekleştiğini söylemek mümkün ise de, esas itibarıyla demokratik temsil, meşruluk ve sorumluluk alanları ile ilgili sorunların bu tür yapılarla olan ilişkiler açısından da geçerliliklerini korudukları görülmektedir⁵⁹.

Belirtilen hususlar, gerçekte siyasal kader birliği fikrinin, Westphalian düzenindeki gibi⁶⁰ artık sadece bir ulus devletinin sınırları içinde bir anlama sahip olmadığını, siyasal iktidar alanının farklı güçlerle etkilenen ve mücadele edilen bir alan konumuna geldiğini ortaya koymaktadır. Her şeyden önce siyasal karar alanlarında ölçek değişiminin yaşandığı bu süreçte, kararları alanlar ile kararların uygulamalarından etkilenenler grubunun birbiriyle örtüşmesi sözkonusu değildir. Böyle bir farklılığın doğması, mekansal temsilin sınırlılığı problemine bağlı olarak, demokrasinin temellendirilmesi bakımından da önemli kavramsal zorluklar ortaya çıkarmaktadır⁶¹.

Bunlardan ilki, halk iktidarının işlevselliği ile ilgili olup, söz konusu işlevselliğin dayanağını oluşturan temel ilke milli egemenlik ilkesidir. Milli egemenlik ilkesinin etkinliği, siyasi iradenin şekillenmesinde olduğu kadar işleyiş sürecinde de önem taşıyan bir sorun olduğundan, alınacak kararlardan etkilenenlerin, karar alma sürecine özgürce katılmaları, sözkonusu ilkenin işlevselliği bakımından belirleyici bir husustur.

Günümüzde her ne kadar, siyasal kader birliğinin çerçevesi, büyük ölçüde karmaşık süreçler ve yapılar tarafından etkilense de, milli egemenliğin tamamen ortadan kalktığı yönünde bir sonuca varılması şüphesiz mümkün değildir. Fakat küreselleşme, milli egemenliği önemli alanlarda, açık veya örtülü bir biçimde dönüşüme zorlamaktadır. Nitekim yürütmenin bir çok alanda kontrol gücünü kaybetmesi ve parlamentonun kendi yurttaşları için doğru ve gerekli politikaları belirlemedeki kilit rolünün azalması gerçekte, demosun, siyasi varlığının ve etkinliğinin gerilemesine işaret ettiği gibi, bu durum aynı zamanda demokratik siyasi sistemin meşruluğu yönünden de önemli problemler doğurmaktadır.

Esas itibarıyla, temel siyasal kararların seçilmiş temsilciler tarafından alınması, meşruluğun önemli dayanaklarından biridir. Bu itibarla, yönetici gücün meşruiyetinin ilk aşaması, temsili kurumlar ve süreçler aracılığıyla gerçekleş-

⁵⁹ HELD, *Models of Democracy*, s. 337-338.

⁶⁰ Westphalian düzenindeki ortak anlayış; demokrasinin, egemen devletler tarafından yönetilen belirli topraklarda, ayrı milletler olarak bir araya gelmiş topluluklarla sınırlı olarak mevcut olduğudur. Dolayısıyla ulus devletlerin toprağı, sınırları çevrili bir alan olarak düşünülmekte ve burada yaşayanların kaderini belirleyen kararların da yine bu alan içinde alındığı varsayılmakta idi. Bkz. SCHOLTE, s. 263; MCGREW, s. 133-134, 162-163.

⁶¹ BURCHILL, s. 286.

mektedir. Ancak, gerek bir devletin bir başka devlette sonuç doğuran, gerekse bölgesel ya da ulus ötesi kuruluşlarca alınanlar yönünden olsun, kararlardan etkilenenlerin bu kararları verenleri oylarıyla seçme hakkı bulunmadığından, iki kesim arasında ulusal devlet içinde ve siyasal haklar aracılığıyla kurulmuş bulunan bir temsiliyet ilişkisi yoktur⁶². Öte yandan, bir ülkenin işlerinin halkın çıkarlarına ve isteklerine göre yönetimini ve yönlendirilmesini garanti altına alan sistemler olarak demokrasiler, aynı zamanda halkın tercihleriyle doğru orantılı işledikleri takdirde meşruluk niteliğine sahip olan sistemlerdir⁶³. Bu anlamda meşruluk, halkın hedeflerine ulaşılmasının sağlanmasıyla ilişkili olup, şüphesiz bu olgunun gerçekleşebilmesi sürecinde seçilmiş temsilcilerin siyaset belirleme ve uygulama alanındaki işlevlerini serbest ve iradi tercihleri doğrultusunda yerine getirebilmeleri önem taşımaktadır. Fakat siyaset belirleme ve yürütme alanındaki gücün etkinlik kaybına uğradığı bir ortamda, halkı temsil edenlerin, tamamen bağımsız olarak hareket edebildikleri söylenemez. Fiili ya da operasyonel anlamda egemenliğin aşınmasına işaret eden bu durum, yönetimin, halkın tercihleri ile doğru orantılı olarak işlemesi olgusunu tartışılır hale getirdiğinden, meşruluk konusunun da sorgulanmasına yol açmaktadır. Çünkü siyasal toplum dışından empoze edilen kurallar ya da siyaset uygulamaları gerçekte bunlara tabi olanların yönetimi biçimlendirme ve kendi geleceklerin belirleme özgürlüğünü aşındırmaktadır⁶⁴.

Siyasal toplum dışından empoze edilen karar ve politikaların, şüphesiz meşruluk yanında denetim konusunu da tartışılır hale getirdiğini ileri sürmek mümkündür. Çünkü, demokratik meşruluk aynı zamanda kamu gücünün işleyişi üzerinde sürekli bir kontrolü ve tartışmayı da gerektirmekte olup, yönetimi biçimlendirme gücündeki aşınma, siyaset mekanizmasının halk tarafından kontrol edilememesi ve demokratik işleyiş üzerinde etkinlik kurulamaması anlamına gelmektedir. Oysa, demosun gündem üzerinde nihai kontrol uygulaması,

Dahl'ın belirttiği gibi⁶⁵, demokratik süreç için gerekli olgulardan birini teşkil eden ve demokrasileri diğer sistemlerden ayırt eden temel bir husustur. Ancak ulusötesi faaliyetlerin çeşitliliği ve yoğunluğu karşısında, yurttaşların kendi ulusal yönetimleri aracılığıyla, kendileri için hayati öneme sahip konular üzerindeki kontrol kapasitelerinin giderek azalması, Dahrendorf'un işaret ettiği gibi, demokrasi krizinin yeni iktisadi ve siyasi gelişmeler çerçevesinde şekillenen

62 BURCHILL, s. 286.

63 CARLSSON / RAMPHAL, s. 65.

64 DAHL, s. 135.

65 DAHL, s. 254.

meşrutiyet krizi yanında, aynı zamanda bir denetim krizine de neden olduğunu ortaya koymaktadır⁶⁶.

Dahrendorf'un, bu yöndeki tespitinin gerçekte sorumluluk krizini de ihtiva ettiğini söylemek mümkündür. Çünkü, fiili anlamda egemenliğin aşındığı ve ulusların kendi kaderini tayin konusunda tam yetkili olmaktan çıktığı bir süreçte yönetimin sorumluluğu olgusunun nasıl gerçekleştirilebileceği hususu da çözüm bekleyen bir diğer sorun olarak belirlemektedir.

Sorumluluk olgusunun gerçekleşmesini sağlayan önemli bir aşama esas itibarıyla, kamu gücünün işleyişi üzerinde kontrol kapasitesinin varlığıdır. Nitekim Cerny, demokratik bir yönetim için sahip olunması gereken iki temel özelliğin kendini yönetme yeteneği ve kolektif sorumluluk olgusu olduğuna işaret etmektedir⁶⁷. Sözü edilen özellikler arasında bağlantı olup, kendini yönetme gücünün artmasına paralel olarak, yönetimin sorumluluğu olgusunun gerçekleştiğinden sözedilebilecektir. Ancak, gerek hükümet ve parlamento organlarının kararlarının özerk bir şekilde programlanamaması gerekse, demosun siyasi işlevselliğinin gerilemesi, demokratik yönetimlerde sorumluluk kavramını aşındırmaktadır. Oysa, sorumluluğun sağlanmasının demokrasinin temel ölçütlerinden biri olduğu düşünüldüğünde, siyasi elitlerin sorumlu tutulmaları hususundaki aşınma, demokrasinin sınırlarını ve imkanlarını da zorlamaktadır.

Demokratik esaslar yönünden ortaya çıkan bu sonuçlar, esas itibarıyla yeni arayışlara kaynaklık etmekle birlikte, demokrasi sürecinde belirli hayal kırıklıkları yaşanmasına da neden olmaktadır. Her şeyden önce halk, kendi iradesinin ve işlevinin ne olabileceğini sorgularken, devletler de bugün neleri başarabilecekleri konusunda sorunlarla karşı karşıyadırlar. Böyle bir durumda, 'özgür halkın yönetimin gerçekleştirilmesi' daha da kritik bir önem kazanmakta olup, bu süreçteki temel sorun, ulusötesi ilişkiler ve küresel bağlantılar karşısında belirleyici olma gücünü yitiren demokratik bir yönetimin nasıl ayakta tutulabileceğidir.

Giddens, bu soruyu öncelikle ulusal düzeyde geçerli olmak üzere, demokrasinin kendisinin derinleştirilmesi olarak karşılamakta ve bu süreci 'demokrasinin demokratikleştirilmesi' olarak adlandırmaktadır. Ona göre, bu süreçten muaf olacak kadar ilerlemiş bir ülke yoktur. Yazar, bu kavramla esas itibarıyla, 'iktidarın etkili bir biçimde kullanılmasını' ifade etmektedir. Fakat bu, tek boyutlu işleyebilecek bir yapı olmayıp, her şeyden önce yurttaşların, iktidarı kullananlarla aynı bilgi ortamlarında yaşadığı bir sistemde, eski yönetim mekanizmalarının işlemesi mümkün değildir. Bunun için örneğin, siyasi konularda daha fazla şef-

⁶⁶ **DAHRENDORF**, Ralf, 'Avrupa Demokrasisi Küreselleşme İle Başa Çıkabilir mi?', Çev. Ebru Kuşçu, Türkiye ve Siyaset, sy. 9, Temmuz- Ekim 2002, s. 137-139.

⁶⁷ **CERNY**, s. 6, Ayrıca bkz. **SCHOLTE**, s. 262.

faflığın sağlanması, özellikle siyasal kararları, yurttaşların gündelik sorunlarına daha fazla yaklaştırabilecek alternatif demokratik prosedürlerin işletilmesi gerekmektedir. Bunun dışında yazar ayrıca, siyasal partilerin, belirli bir sorun üzerine odaklanan sivil toplum kuruluşları ile geçmiştekine göre daha fazla işbirliği yapmaları gerektiğini ve güçlü bir yurttaşlık kültürü ile beslenecek olan bu süreç aracılığı ile 'bir duygular demokrasisi'nin inşa edilebileceğini ileri sürmektedir⁶⁸.

Böyle bir yapıda öne çıkan husus gerçekte, halkın sürekli olarak olayların çok seçenekliliğine dahil edilmesi ve aktif desteğinin sağlanması olup, yönetimle vatandaşlar arasındaki uzaklığın daraltılmasının⁶⁹, çözülmesi gereken öncelikli sorunlardan biri olduğunu söylemek mümkündür Bunun için de esas itibariyle, siyasetin; sadece devlet veya hükümet aygıtlarının, vatandaşlarla ve öteki devletlerle ilişkilerinin düzenlenmesi, örgütlenmesi ve işlemesi şeklinde dar anlamda algılanmayıp⁷⁰, bireylerin geleceklerini ve kaderlerini belirlemelerine imkan veren bir yol olarak düşünülmesi önem taşımaktadır.

Esas itibariyle dünyada yaşanan gelişmelerin etkisiyle, demokrasi teriminin günümüzde 'katılımcı' ya da 'çoğulcu' nitelemeleriyle birlikte kullanılması, demokratik sistemleri böyle bir dönüşüme zorlamaktadır. Bununla, öncelikle kararların alınmasının ve uygulanmasının mümkün olduğunca serbest ve halka açık tartışmalar sonucunda gerçekleştiği bir sistem kastedilmektedir. Bu çerçevede ayrıca; siyasal gücün ve toplumsal iyinin oy çokluğu ile belirlenmesinin, iyi işleyen bir demokrasi için yeterli olmadığı, geçerli bir demokrasinin aktif bir sivil toplumu gerektirdiği, siyasal sürece yabancılaşma tehlikesinin önlenmesi için yönetim reformlarına, yeni katılım biçimlerine, geleneksel demokratik sistemlerde uygulanandan daha büyük ölçüde halk katılımını gerçekleştirmeye ihtiyaç bulunduğu da ileri sürülmektedir. Bunların büyük bir kısmına genel olarak 'modernitenin sorunları' denilmekle, birlikte, küreselleşme olgusunun da söz

⁶⁸ GIDDENS, s. 89-92.

⁶⁹ HIRST, Paul, 'Democracy and Governance', Jon Pierre (ed.), Debating Governance, Oxford University Press, New York 2000, s. 27; Aynı şekilde Dahl, tıpkı Poliarşi I'in, demokrasiyi ulus devlete uyarlamak için gerekli olan yeni kurumların meydana getirilmesinin bir sonucu olması ve Poliarşi II'nin de, uzmanlaşmış bilginin kamusal sorunları çözmek için seferber edilmesi yönünde artan ihtiyaca cevap verilmesi için demokrasiye yeni kurumların eklenmesinin bir sonucu olması gibi, Poliarşi III'ün de, siyasa elitlerini demostan ayıran ve giderek büyüyen boşluğun daraltılması ihtiyacından kaynaklanacağını ifade etmektedir. DAHL, s.430.

⁷⁰ Böyle bir siyasetin gerçekte, ulus devletin başarı ya da başarısızlıklarıyla sınırlı bir siyaset anlayışına karşılık geldiği, ancak böyle bir anlayış ile geniş kitleleri yönetime dahil etmeye ya da yönetimde söz sahibi kılmaya imkan bulunmadığı konusunda bkz. KORAY, Meryem, 'Küreselleşme Süreci ve Ulus Devlet, Ekonomi, Siyaset Tartışmaları', <http://www.stratejik.yildiz.edu.tr/makale1.htm> (B.T. 2.1.2004).

konusu sorunların artmasında etkili olduğu⁷¹ ve bunun sonucunda girilen arayışlar çerçevesinde yeni bazı kavramların geliştirildiği gözlenmektedir.

Sözü edilen arayışlara paralel olarak gelişen bir kavram yönetiştir. ‘Karşılıklı etkileşim yoluyla yönetim’ anlayışına karşılık gelen yönetiştir esas itibariyle, gücün bölüşümüne imkan veren ve bundan dolayı, bireyle devlet arasında yeni bir ilişki biçiminin gelişmesine işaret eden bir kavramdır. Bu yönetim anlayışının aktörleri, bir yanda devlet olurken, diğer yanda yönlendirme gücüne sahip bireyler, birey toplulukları ya da gönüllü kuruluşlardır. Niteliği itibariyle çok aktörlü bir sistemin, birlikte ve karşılıklı etkileşimle yönlendirilmesi sürecini ifade eden bu yapının temel özellikleri; ortaklık ve katılım, şeffaflık ve hesap verebilirlik olarak ortaya çıkmaktadır⁷². Söz konusu özellikleri dolayısıyla yönetiştir, gerçekte toplumu yönlendirmekte sorumluluk dengesinin devletten sivil topluma doğru kaydığı bir yapıya işaret etmekte ve böyle bir yapı, iyi işleyen bir demokrasinin temel şartı olarak değerlendirilmektedir. Nitekim Giddens, ‘hükümet’, ‘ekonomi’ ve ‘sivil toplum’ arasındaki dengenin, iyi işleyen bir demokrasi bakımından önemli bir gösterge olduğunu, bunlardan birinin diğerleri üzerinde hegemonya kurmasının, olumsuz sonuçlara yol açabileceğini belirtmektedir⁷³. Bu tür sonuçların engellenmesi açısından, yönetiştirime hakim olan özelliklerin pratiğe aktarılmasının işlevsel bir önemi bulunmaktadır. Bununla birlikte Giddens, sözü edilen üç temel gücün dengelenmesinin sadece ulusal siyaset çerçevesinde gerçekleştirilebilecek bir husus olmadığını da belirtmektedir. Bu doğrultuda, yönetiştirim ilkelerinin yaşama geçirilmesinin ulusal düzeyde olduğu kadar, uluslararası düzeyde de önemli bir fonksiyonu bulunmaktadır⁷⁴. Özellikle, dünya toplumunun yüzyıl öncesine göre, çok daha fazla birbirine bağımlı hale geldiği göz önünde tutulduğunda, birlikte ve karşılıklı etkileşimle yönlendirmenin varlığı, tek yönlü kararlarla yönetilmenin etkilerini azaltıcı bir rol oynayabilecektir. Bundan dolayı Giddens, yalnızca ülke düzeyinin aşagısında değil, yukarısında da demokratikleşmeye ihtiyaç bulunduğunu ve bu itibarla ‘demokrasinin demokratikleşmesi’nin sadece ulus devlet düzeyi ile sınırlı bir husus olarak görülemeyeceğini belirtmektedir. Yazar bu görüşü ileri sürerken hareket noktası olarak da; küresel bir çağın, küresel taleplerde bulunduğu ve bu durumun diğer

71 **TEKELİ**, İlhan, *Modernite Aşılırken Siyaset*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 1999, s. 245; **CARLSSON /RAMPHAL**, s. 50-67; **KORAY**, Meryem, ‘Küreselleşme Süreci ve Ulus Devlet, Ekonomi, Siyaset Tartışmaları’, <http://www.stratejik.yildiz.edu.tr/makale1.htm> (B.T. 2.1.2004).

72 Bkz. **HIRST**, s. 14-15,19.

73 **GIDDENS**, s. 92-93.

74 **HIRST**, s. 15-16.

alanlar için olduğu kadar, siyaset içinde geçerli bulunduğu hususuna dayanmaktadır⁷⁵.

V- DEMOKRASİNİN ULUSLARARASI DÜZEYDE BİÇİMLENİŞİ

1- Ulusötesi Demokrasinin Temellendirilmesi

Demokrasinin ulusal düzeyde yaşamakta olduğu dönüşümler, Giddens'in görüşlerine paralel bir biçimde, onun uluslararası düzeyde de yeniden tanımlanmasına, yeni kurumlara ve mekanizmalara zenginleştirilmesine yönelik görüşleri konu ile ilgili tartışmaların merkezine yerleştirmiş bulunmaktadır.

Söz konusu tartışma sürecinde esas itibarıyla, demokrasinin ulus devlet merkezli işleyiş biçimlerindeki yetersizliğin kısa ve uzun vadeli kökten reform gereksinimlerini ortaya çıkardığı, ulus devlet düzeyinde aşınan demokrasinin gelişiminin ve sürdürülebilirliğinin, küresel düzeyde yeni bir yönetim anlayışı ile mümkün olabileceği ve bu itibarla demokrasinin boyutlarının bölgesel ve küresel ilişkiler düzeyine taşınması gerektiği belirtilmektedir. Nitekim ileri sürülen argümanların güçlü savunucularından Held'e göre; günümüzdeki demokrasi sorunu, birbiriyle bağlantılı bir dizi güç ve yetki merkezi içinde demokrasinin nasıl güvence altına alınabileceğinin belirlenmesi sorunudur. Yazar, sözkonusu güç ve yetki merkezlerinin; iç politikanın sınırlarını değiştirerek, siyasal karar alma koşullarını dönüştürdüklerini, aynı şekilde hükümetlerin ve devletlerin eylem özgürlüklerini kısıtlayıp, sorumluluk ve hesap verme çizgilerini de belirsizleştirdiklerini ifade etmektedir. Held'e göre, demokrasinin gerçekleştirilmesi yalnızca birtakım hakların tanınması ile sağlanabilecek bir husus olmayıp, aynı zamanda bu hakların hükümetler ve ulus ötesi güç yapıları içinde de hayata geçirilmesi gerekmektedir. Yazar bu doğrultuda demokrasinin, ulus devletin sınırları ile kesişen kurumlar ve örgütler aracılığıyla korunabileceğini ifade etmektedir⁷⁶. Öte yandan küresel düzeyde demokrasiye ilişkin olarak 'Kozmopolit Demokrasi' başlıklı eserde devletler ve toplumlar arasındaki karmaşık bağlantıların ve ilişkilerin hızla büyümesinin ortaya çıkardığı sorunların yanı sıra, ulusal ve uluslararası güçlerin ve süreçlerin açıkça kesişmesinin, hala büyük ölçüde keşfedilmeyi bekleyen bir alan olduğuna işaret edilmektedir⁷⁷.

Sözkonusu argümanların dayandığı temel nokta, şüphesiz demokrasinin top-raksallık-üstünün doğuşuyla birlikte zor bir dönemle karşı karşıya oluşudur. Nitekim Scholte'ye göre, çoğu devletlerin demokratik güven ve etkinlik açısından zayıf olmalarının yanı sıra, büyük ölçekli küreselleşme de devlet merkezli

⁷⁵ **GIDDENS**, s. 90.

⁷⁶ **HELD**, Models of Democracy, s. 339 vd.

⁷⁷ **ARCHIBUGL**, Daniele / **HELD**, David (derl.), Kozmopolit Demokrasi, Çev. Neşe Nur Domaniç, Ütopya Kitabevi Yayınları, İstanbul 2000, s. 13.

demokrasinin işleyiş biçimlerinin yetersiz olduğunu ortaya koymaktadır⁷⁸. Bundan dolayı demokratik ilkelerin, öncelikle ulusal düzeyde olduğu gibi, küresel düzeyde de yükselen bir ivmede olması gerektiğine, ulusal ölçekteki ‘demokrasi kaybı’nın giderilmesinin, gerçekte küresel kurum ve süreçlerin daha demokratik hale getirilmesiyle mümkün olabileceğine vurgu yapılmaktadır. Bu düzeydeki demokratikleşme zorunluluğu, esas itibarıyla meşruiyetle etkinlik arasındaki yakın bağlantı ile temellendirilmektedir. Çünkü meşruiyeti olmayan kurumların, uzun vadede etkin de olamayacakları, bu itibarla küresel yönetimde uluslararası kurumların rolünün artışına paralel olarak, bunların demokratik biçimde işlemlerinin sağlanması ihtiyacının da arttığı belirtilmektedir⁷⁹.

Öte yandan, etkileri ulusal sınırları aşan ve insanlık ailesinin ortak sorunları niteliğindeki olay ve gelişmeler karşısında, devletlerin ortak çaba ve işbirliği içerisine girmeleri gerektiği olgusu da, uluslararası düzeyde demokrasi ihtiyacının temellendirilmesi noktasında üzerinde durulan hususlardan biridir. Özellikle terör, çevre kirliliği, salgın hastalıklar, açlıkla mücadele, uyuşturucu ve silah kaçakçılığı gibi küresel düzeyde varlık gösteren faaliyetlerin ve ilişkilerin sonuçlarının da küresel ölçekte ele alınması gerektiği, tek başlarına ülkelerin ya da belirli uluslararası örgütlerin başarılı bir şekilde çözüme ulaştıramayacakları bu tür sorunlar karşısında, işbirliğinin ve ortak çözüm arayışlarının, daha stratejik bir önem kazandığı belirtilmektedir. Bu çerçevede özellikle, bireylerin ve hükümetlerin kendi kaderlerini kontrol edebilmelerinin başkalarıyla işbirliği ve dayanışmayı gerektirdiği, ortak sorumluluklara ve çabalara yönelindiği ölçüde, dünyadaki olayların yönetim biçiminin de bazı ortak değerlere oturtulması suretiyle barışçı bir dünya tasavvurunun gerçekleştirilebileceği ileri sürülmektedir⁸⁰.

Demokrasinin boyutlarının uluslararası alana yayılması konusunda, bunların dışında ayrıca, demokrasinin ulusal düzeylerde hangi biçimi alırsa alsın herkesin yararlanmasının güvence altına gereken küresel bir hak olduğu görüşü savunulmaktadır. Buradan hareketle, demokrasiyi ulusal düzeyde haklı ve geçerli kılan argümanların (her kişinin çıkarlarının eşit değer verilmeyi hak ettiği, her yetişkinin kendi çıkarlarını herhangi bir başkasından daha iyi bildiği, insanın kendini geliştirmesini mümkün kıldığı vb.)⁸¹, küresel düzeydeki yönetim için de geçerli kabul edildiğini söylemek mümkündür.

78 **SCHOLTE**, s. 281.

79 **CARLSSON / RAMPHAL**, s. 70; **PIERSON**, s. 313.

80 **CERNY**, s. 18; **HELD**, *Models of Democracy*, s. 338.

81 **DAHL**, s. 265.

Belirtilen argümanların yöneldiği nihai hedef ise, ‘halk yönetimi’ kavramının işlevsel hale getirilmesi olarak belirmektedir. Ayrıca, bireyin kendi geleceğini ve kaderini belirleme ve bu kader üzerinde etkisi bulunan kararları ve etkinlikleri denetleme hakkı bulunduğu şeklinde algılanması gereken siyasetin gerçek bir anlam kazanabilmesi için de, yeni bazı hakların ve daha geniş bir demokrasi anlayışının hayata geçirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Her şeyden önce, siyasetin ulusal sınırları aşmasının, ulusötesi ekonomik ve siyasal aktörler ile siyasal hakların ilişkilendirilmesi zorunluluğunu ortaya çıkardığı, bunun için küresel kurum ve süreçlerin giderek genişlemesi karşısında, yalnızca ulusal sınırlar içinde devlet iktidarına karşı bazı birey haklarının gelişmesini istemenin yeterli bir çözüm olamayacağı, örneğin bu tür kurumların karar ve uygulamalarını, bireylerin ‘bilgi edinme hakkı’ ve bunun gibi küresel düzeyde daha başka bazı haklar aracılığıyla denetlemek şeklinde bir yaklaşıma ihtiyaç bulunduğu vurgulanmaktadır. Buna gerekçe olarak, küresel düzeyde bazı haklar olmadan, yalnızca ulusal sınırlar içine kapanan insan hakları veya demokratik mekanizmalarla, küreselleşen bir dünyada genel olarak insan haklarının varlığının tehlike altında bulunduğu, fakat bu durumda da insanîyetçi ve demokratik değerlerle bezenmiş bir dünya düzeninin inşasının mümkün olamayacağı hususu gösterilmektedir⁸².

2- Ulusötesi Demokrasi Görüşleri

Demokratik değerlerle bezenmiş bir dünya düzeninin inşası için, ortak ilke ve değerlerin belirlenmesi ve bu doğrultuda politika oluşturulması fikri, günümüzde hız kazanmış olmakla birlikte yeni değildir. Nitekim, Birleşmiş Milletler Andlaşmasının Gerekçe bölümünde yer alan, ‘...iyi komşuluk zihniyeti içinde birbirimizle barışık yaşamaya.....kararlı olan biz Birleşmiş Milletler Halkı..’ ifadesiyle; dünya insanların, barış ve hoşgörü içinde bir arada yaşayacakları hususundaki kararlılık ortaya konulmaktadır. Böyle bir kararlılığın önemi, şüphesiz barışın sağlandığı ve insan haklarının ihlal edilmediği bir dünya hayatı oluşturulması hedefi bakımından anlam taşımaktadır. Öte yandan aynı yüzyılın başlangıcında oluşturulan Milletler Cemiyetini ortaya çıkaran husus da yine buna benzer bir ideal olup, ondan çok daha önceleri de bazı felsefe akımları ve düşünürleri tarafından ‘evrensel barış düzeni’ idealinden ve ihtiyacından söz edilmiştir. Örneğin, Eski Yunan döneminde Stoa okulunda görülen bu fikir, daha sonra Kant tarafından savunulmuştur. Kant’a göre, ebedi barışın sağlanması güç olmakla birlikte, bu yöne doğru önemli adımlar atılabilir. Yazar gerek

⁸² **KORAY**, Meryem, ‘Küreselleşme Süreci ve Ulus Devlet, Ekonomi, Siyaset Tartışmaları’, <http://www.stratejik.yildiz.edu.tr/makale1.htm> (B.T. 2.1.2004).

ulusal, gerekse uluslararası hukuka, ebedi-doğal-hukuktan gelen a priori kanunların yol göstericilik etmesi gerektiğini ileri sürmüştür⁸³.

Demokratik değerlere dayalı dünya düzeninin gerekliliği yönünde günümüzde yapılan yoğun tartışmalar da esas itibariyle, bir çok yazar tarafından alternatif demokrasi kavramlarının ortaya atılmasına yol açmıştır. Örneğin, küreselleşme karşısında insan hakları konusunda yaşanan aşınmaların telafisi için, 'post-liberal demokrasi' kavramını ortaya atan Bowles ve Gintis'e göre, bu modelde temel amaç, kişisel hakların genişlemesini sürdürmek ve buna bağlı olarak hem mülkiyet haklarının hem de devlet iktidarının kullanılmasını, demokratik hesap verme yükümlülüğü esasına dayandırmaktır. Demokrasinin, özgürlük ve halkın egemenliği ile özdeş olduğunu belirten yazarlar, sözkonusu modelin temsili demokrasinin geleneksel biçimlerini ve bireysel özgürlüğü onayladığına işaret ederek, bunun yanında ayrıca günümüz dünyasında demokratik hakların, ekonomik kararları da içerecek biçimde genişletilmesini, çünkü artık en az devletler kadar güçlü ekonomik ve siyasi aktörlerin bulunduğunu, bu nedenle hem ekonomik hem de toplumsal ve siyasal alanın, demokratik sorumluluk ve özgürlük ölçütleri içinde tutulması gerektiğini ileri sürmektedirler⁸⁴.

Öte yandan Falk, küreselleşmenin kurumsal yapısını ve işleyiş tarzını kapsamlı bir eleştiri sürecine sokarak, 'normatif demokrasi' kavramını öne sürmektedir. Falk'a göre, normatif demokrasinin pratik amacı, insan hakları alanındaki aşırılıkların ve anti demokratik tutumların denetim altına alınarak barışın, adaletin, refahın ve çevrenin korunmasına dayalı insani yönetimin varolduğu bir yapılanmanın oluşturulmasıdır. Böyle bir yapılanma içinde demokrasi, serbest ve düzenli seçimlerin ötesine giderek, yurttaşların karar verme alanlarına girebilmeleri gibi bir dizi teminatı da içermektedir. Falk, esas itibariyle küreselleşmenin 'tepeden' ve 'aşağıdan' olmak üzere iki boyutu bulunduğunu, küresel düzeyde insani bir yönetimin de 'aşağıdan küreselleşme' yoluyla gerçekleştirilebileceğini belirtmektedir. Yazara göre, tepeden küreselleştirme; ulusötesi güç ve yetki merkezlerinin, devlet iktidarının biçimlendirilmesi dahil, siyaset alanına hakim olma tarzı ile ilişkili iken, bu şekildeki küreselleşmeye yönelik olarak yerel ve ulusaşırı düzeyde ortaya çıkan sivil girişimler aşağıdan küreselleştirmeyi oluşturmaktadır. Falk, aşağıdan küreselleşmenin, tepeden küreselleştirmeye dogmatik olarak karşı olmayıp, ulusötesi güç merkezlerinin antidemokratik işle-

83 **ÖKTEM**, Niyazi / **TÜRKBAĞ**, Ahmet Ulvi, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, Der Yayınları, İstanbul 1999, s. 161.

84 **BOWLES**, Samuel / **GINTIS**, Herbert, Demokrasi ve Kapitalizm, Çev. Osman Akınhay, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1996, s. 32, 273-274, 310-311.

yişine karşı dengeleyici bir unsur oluşturulmasıyla ilgili bulunduğunu ileri sürmektedir⁸⁵.

Aynı şekilde Archibugi ve Held de, uluslararası alanda demokrasiye ulaşılmasının yalnızca bir iç politika sorunu olarak ele alınamayacağını, demokrasiye devletler arası ilişkiler alanında da ulaşılmaya çalışılması gerektiğini belirterek ‘kozmpolit demokrasi’ adını verdikleri yeni bir demokrasi anlayışını dile getirmektedirler. Yazarlara göre, ‘kozmpolit’⁸⁶ ifadesi, dünyanın neresinde bulunurlarsa bulunsunlar, yurttaşların hem hükümetleri aracılığıyla hem de onlardan bağımsız biçimde seslerini duyurabildikleri, uluslararası olaylara girdiler yapabildikleri ve siyasal olarak temsil edildikleri bir siyasal örgütlenme modelini anlatmak için kullanılmaktadır. Buradaki ‘demokrasi’ kavramı ise, yalnızca bir rehber kurallar dizisinden ibaret olmayan, aynı zamanda siyasal süreçlere halk katılımını yaygınlaştırmayı içeren bir yapı olarak değerlendirilmektedir⁸⁷.

Archibugi ve Held, kozmpolit teriminin bugüne kadar önerilenlerden tümüyle farklı bir coğrafi yönetim sistemine karşılık geldiğini⁸⁸, bu kavramla demokratik devletleri hem içeren hem de kesen bir demokratik topluluğun oluşturulmasının amaçlandığını vurgulamaktadırlar. Bunun için de her bir ülkenin siyasi rejimini gözlemleyebilen ve gerekli olduğunda devletlerin işlerini etkileyen yetkili küresel mekanizmaların oluşturulması gerektiği belirtilmektedir. Fakat yetkili küresel organların oluşturulması öngörülmekle birlikte kozmpolit demokrasi savunucularına göre, bu model mevcut devletleri ortadan kaldırmayı ya da bunların iktidarlarını tümüyle farklı bir kurumsal çerçeve ile değiştirmeyi hedefleyen bir proje olmayıp, devletler, kendi yönetsel görevlerini yapmaya devam edeceklerdir. Bu yapılanma içinde kozmpolit kuruluşlar, devletlerin kurulu iktidar alanlarını belirli faaliyet alanlarına çekerek, onlarla birlikte var olmak zorundadırlar. Böylelikle kurulu olan kamu gücüne ya da ulusal egemen-

⁸⁵ FALK, s. 174-175, 186, 196.

⁸⁶ Kozmpolit teriminin kökleri, Eski Yunana ve özellikle Stoa felsefesine dayanmaktadır. Terim ilk olarak, sanayi öncesi Avrupasında, Avrupa entelektüel elitleri arasında, devletlerin belirleyiciliğine meydan okuyan, siyasal ve kültürel evrenselliğe olduğu kadar, dini evrenselciliğe de atıfla kullanılan bir kavramdır. Bkz. HELD, Democracy and the Global Order, s. 227, dp. 1.

⁸⁷ ARCHIBUGI / HELD, s. 18-19.

⁸⁸ Archibugi ve Held, ‘uluslararası demokrasi’ terimini muğlak olduğu gerekçesiyle tercih etmediklerini, çünkü bu terimin, örneğin Viyana Kongresi modelinde olduğu gibi, ilgili devletlerin çoğunluğunun otokratik olmasına rağmen, devletler arasında demokratik kurallar sistemi ve işleyişinin var olduğu bir yapıyı anımsatabileceğini ya da Nato modeli gibi üyelerinin esas olarak demokratik hükümetlerden oluştuğu ama devletler arasındaki ilişkilerin demokratik değerlere dayanmadığı bir sistemi akla getirebileceğini, buna karşılık kozmpolit demokrasi kavramı ile kastedilenin, bu örneklerin kapsadığından çok daha başarılı bir proje olduğunu belirtmektedirler. ARCHIBUGI / HELD, s. 18.

lik ilkesine yönelik sınırlamanın da sınırı bulunduğu işaret edilmektedir. Archibugi ve Held, kozmopolit demokrasi ile ulusal egemenliğin, demokratik kamuoyunun doğrudan müdahalesi ile ya da Richard Falk'ın 'olgunlaşmakta olan küresel sivil toplum' adını verdiği olgu ile sınırlanması gerektiğini belirtmektedirler⁸⁹.

Söz konusu argümanlardan hareket edilerek kozmopolit demokrasinin siyasi programında, gerçekte siyasetin 'egemenlik biçiminden bir hizmet biçimine dönüştürülmesi' sürecinin bulunduğu vurgulanmaktadır. Bu süreçte, yetkili kurumlar, daha geniş bir demokrasi anlayışıyla yerel düzeyden ulusal düzeye, bölgelerden kentlere oradan küresel sorunlara kadar her düzeyde demokratik tartışma forumları olarak işlev görecektir mekanizmalardır. Bu mekanizmalar içinde reforma tabi tutulmuş ve demokratik bir yapıya kavuşturulmuş Birleşmiş Milletler Örgütü'nün önemli bir rol oynayabileceği savunulmaktadır⁹⁰.

Held ve Archibugi kozmopolit demokrasi modeli ile nihai olarak, yerel rejimlerin çeşitliğine rağmen daha demokratik bir devletlerarası örgütlenmenin öngörülebileceğini, ancak bunun hazırlığının -en azından iki nedenle- uluslararası topluluğun tüm üyelerinin 'belirli bir demokratiklik düzeyine' ulaşacakları bilinmeyen bir geleceğe ertelenemeyeceğini ileri sürmektedirler. Bu nedenlerden birincisi; demokrasi kavramının bir süreç olarak, çok farklı düzeylerde de olsa tüm ülkeleri ilgilendirmesidir. Buna göre, demokrasinin yerleştirilmesine, en temel sivil ve siyasal haklardan başlanılabilir, gelişmiş demokrasilerin de daha da derinleştirilmesi yoluna gidilebilir. İkinci neden ise, ülkeler içinde demokrasinin boyutlarının ve alanının genişlemesinin, dünya düzeninin kendi sorumluluğunun artmasına bağlı oluşudur. Çünkü dünya düzeni daha demokratik olmazsa, ülkelerin kendi içlerindeki demokrasi de daima kısıtlı olacak ve eğer engellenmezse tehdit altında kalacaktır⁹¹.

3- Ulusötesi Demokrasinin İmkanları ve Sınırları

Demokrasinin uluslararası alana yayılması yönündeki fikir ve önerilerin yoğunluğuna paralel ortaya çıkan önemli bir sorun, ulusötesi demokrasinin işlerliği ya da imkan ve sınırlarının ne olduğu hususudur. Nitekim bu konuda ihtiyatlı bir yaklaşım içinde olan Dahl, demokrasi fikrinin dünyada yaşanan büyük dönüşüme uyarlanması gerektiğini ve bunun muhtemel yollarından birinin ulusötesi demokrasinin kurulması olduğunu, fakat söz konusu sürecin aynı zamanda belirli tehlikeleri de bünyesinde barındırdığını ifade etmektedir. Yazara göre, böyle

⁸⁹ ARCHIBUGI / HELD, s. 20; Ayrıca bkz. HELD, Models of Democracy, s. 352.

⁹⁰ ARCHIBUGI / HELD, s. 20; HELD, Models of Democracy, s. 354.

⁹¹ ARCHIBUGI / HELD, s. 19.

bir yapı örneğinin, finans piyasalarının koruyucu bir anlayışla devletleri ve halkları yöneteceği bir yapıya dönüşebilecektir⁹². Benzer şekilde Scholte, küresel sivil toplumun ve küresel iletişimin negatif boyutlarına işaret ederek, ulus ötesi demokrasinin, pratik değeri bakımından sorgulanabilir olduğunu belirtmektedir⁹³.

Öte yandan ulusötesi demokrasi konusunda belirli bir model öngören Archibugi ve Held de, bu düzeydeki demokrasinin işlerliği ile ilgili sorunların gözardı edilemeyeceğini ve ‘kozmpolit demokrasi’ açısından da ciddi engellerin var olduğunu ifade etmektedirler. Ancak yazarlar, bunların aşılmasının tümüyle imkansız olmadığını da vurgulayarak sözkonusu modelin gerçekleştirilebilmesi için, öncelikle uluslararası ilişkilerin yeniden değerlendirilmesine ve ülkeler arasında sorumluluk esası üzerine kurulan yeni bir demokrasi anlayışının geliştirilmesine ihtiyaç bulunduğunu belirtmektedirler⁹⁴.

Demokrasinin ulusötesi boyutlarına ilişkin olarak genel düzeydeki ihtiyatlı yaklaşımlar dikkate alındığında, ortaya çıkan temel sorunun esas itibarıyla, ‘sınırları belli olmayan bir toplum için bir demokrasi pratiği tasarlanmanın mümkün olup olmadığı’ şeklinde formüle edilmesi mümkündür. Bu temel sorun çerçevesinde ele alınması gereken öncelikli husus da ölçek sorunu olarak belirmektedir.

Ölçek konusundaki bir yaklaşım; demokrasinin bugünkü noktaya gelişinin ulus devlet formu içinde gerçekleştiği ve bundan sonra da ulus devletler olmadan varlığını sürdüremeyeceği yönündedir. Nitekim Touraine, belli bir siyasal topluluk ve ülke tanımına dayandırılmamış bir demokrasinin düşünülmemeyeceğini ileri sürmektedir⁹⁵. Aynı şekilde, ulus devletin 21. yüzyılın başlarında hala önemli siyasi birim olduğuna işaret eden Dahrendorf, yetkileri bakımından önemli bir aşınma ile karşı karşıya olmasına rağmen ulus devletin, çoğu insan için hala en uygun topluluk olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, örneğin, eski Sovyetler Birliği altındaki Orta ve Doğu Avrupa ülkeleri için ulus devlet modeli sadece bağımsızlık anlamına gelmemekte, aynı zamanda özgürlük anlamına da gelmektedir. Dahrendorf, bu durumun demokrasinin hala tükenmediğinin bir göstergesi olduğunu, ayrıca her türlü baskıya karşı savunulabileceğini ve bunun ötesinde parlamentoların ve temsili demokrasilerin savunulması için pek çok sebep bulunduğunu ifade etmektedir⁹⁶. Nitekim bu sebeplerden birinin kurumsallaşma olduğuna değinen Cerny, kararların alınmasının ve siyasal sorumlulu-

92 DAHL, s. 248 vd.

93 SCHOLTE, s. 281.

94 ARCHIBUGI /HELD, s. 14.

95 TOURAINE, Alain, Demokrasi Nedir?, Çev. Olcay Kunal, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000, s. 46.

96 DAHRENDORF, s. 140.

ğün gerçekleştirilmesinin en iyi şekilde başarıldığı devlet yapılanmasının ulus devlet olduğunu ileri sürmektedir⁹⁷.

Ölçek konusunda, küresel ölçekteki gelişmeleri ve ilişki ağlarını esas alan diğer yaklaşım ise; demokrasi tarihinin ve pratiğinin şimdiye kadar şehir devleti, topluluk, ulus devlet gibi belirli bir bölge ve yer fikrine dayandığını, bu merkezin gelecekte muhtemelen uluslararası ya da küresel alan olacağını, aksini düşünmenin küreselleşmenin doğasının yanlış anlaşılması anlamına geleceğini ileri sürmektedir⁹⁸. Nitekim Caldor; savaş sonrası dönemin, ulus devletin doruğu olarak değerlendirilmesi mümkün olmakla birlikte, gerçekte 20. yüzyılın başlarından itibaren ulus devletin gelişmiş sanayi ülkelerinde büyümekte olan toplumsal, ekonomik ve askeri baskılarla başa çıkmakta yetersiz kalmaya başladığını, ayrıca 19. yüzyılın başlarında Giuseppe Mazzini ya da Friedrich List gibi ulus devlet savunucularının da, bunu nihai bir amaç ya da değişmez bir oluşum olarak değerlendirmediklerini, ulus devlete daha çok demokrasi ve sanayileşme için canlı bir siyasal birim olarak ve işlevsel açıdan baktıklarını, onu, insan evriminde bölgeselden ulusala ve nihai olarak da küresel topluma geçişin bir aşaması olarak gördüklerini belirtmektedir⁹⁹.

Bu konuda benzer bir yaklaşım içinde olan Dahl da esas itibarıyla, ulus devletin kendinden öncekiler gibi tarihte bir an olarak değerlendirilebileceğini ve 21. yüzyılın başında ulus devletin, demokratik sürecin doğal çevresi ya da sınırı olarak görülüp görülemeyeceği hususunun tartışılabilirliğini belirtmektedir. Fakat bu yorumuna karşılık yazar, ‘ulusötesi’ ya da ‘uluslararası alan’ biçiminde, açıkça en iyi olduğu gösterilen alternatif bir çözümün belirlenmesinin de mümkün olmadığına işaret ederek, ‘demokratik fikirlerin mükemmeliyetçi vaatlerine rağmen, erişilebilir en iyi birimin, bazı yurttaşlar için ikinci en iyi birim olacağı’ nı belirtmektedir. Kısacası alternatif birimlerden bazıları her ne kadar diğerlerinden daha iyi olabilirse de sorun, bunların kesin olmamaları ve son derece tartışmalı olmalarıdır. Fakat bu noktada Dahl, demokratik sürecin kendi geçerliliğinin dayandığı belli varsayımların devreye sokularak, bazı ölçütlerin karşılanması durumunda, demokratik bir birimin alanı ve kapsamı hakkındaki bir iddianın haklılaştırılabilirliğini de belirtmektedir. Yazara göre örneğin, önerilen kapsam, öncelikle siyasal hakları veya diğer temel haklar ile değerleri

97 **CERNY**, s. 7.

98 **HELD**, *Democracy and the Global Order*, s. 278.

99 **CALDOR**, Mary, ‘Avrupa’daki Kuruluşlar, Ulus-Devletler ve Milliyetçilik’, Daniele Archibugi- David Held (derl.), *Kozmopolit Demokrasi*, Çev. Neşe Nur Domaniç, Ütopya Kitabevi Yayınları, İstanbul 2000, s. 61.

ihlal etmemeli ve önerilen alan içindeki insanlar kendi kendilerini demokratik sürece uygun olarak yönetme yeterliliğine sahip olmalıdırlar¹⁰⁰.

Sözkonusu ölçütlerle gerçekte, ulus ötesi demokrasinin imkanları ve sınırları çerçevesinde ele alınması gereken bir başka temel soruna daha işaret edilmiş olmaktadır. Bu sorun, kurumsal bir temel varlığı ve bunun demokratik biçimde işleyişinin sağlanmasıdır¹⁰¹.

Kurumsal mekanizmaların oluşturulması ve işlerliği, esas itibarıyla ulus ötesi demokrasiye ihtiyatlı yaklaşımların odağında yer alan bir başka husustur. Bu çerçevede cevabı aranan temel sorular; tüm dünya için demokratik bir regülasyon (düzenleme) sisteminin geliştirilip geliştirilemeyeceği veya tüm dünya insanlarını ilgilendiren kararların demokratik olarak alınıp alınamayacağı, halkın küresel karar alma süreçlerine demokratik katılımının sağlanıp sağlanamayacağı şeklinde belirmektedir.

Bu tür sorulardan hareketle her şeyden önce, devletlerin eşit temsiline dayanan bir kurumsal yapının gerekliliği vurgulanmakta ve böyle bir yapı aracılığıyla gerçekleştirilecek demokrasi sürecinde de daha ziyade Birleşmiş Milletler Örgütü üzerinde durulmaktadır. Nitekim bu konuda, uluslararası toplumun en somut biçimde kendisini Birleşmiş Milletler Örgütünde gösterdiği, şimdiye kadar bu Örgütün uluslararası iletişime ve işbirliğine önemli katkılarda bulunduğu ve ayrıca bugün de küreselleşme için 'olmazsa olmaz' niteliğinde olan işbirliği ve dayanışma çerçevesini hala sağlayabildiği belirtilmektedir. Fakat bu tür kazanımlara rağmen Birleşmiş Milletler sisteminin aynı zamanda, antidemokratik bir yapı ve işleyişe sahip bulunduğu, birçok uluslararası sorun karşısındaki pasif tutumunun hayal kırıklığına yol açtığı, 21. yüzyılın sorunlarıyla başa çıkabilecek bir donanımına sahip olmayan bu sistemde geniş kapsamlı reforma gidilmesi gerektiği de önemle vurgulanmaktadır¹⁰². Nitekim, kozmopolit demokrasi modelinin kısa ve uzun vadeli siyasal uygulamalarla mümkün olacak bir dönüşüm programı içerdiğini belirten Held, sözkonusu modelin gerçekleştirilmesi amacıyla Birleşmiş Milletlerin yeniden düzenlenmesi ve reforma tabi tutulması önerisi çerçevesinde; hakların kullanılması ve geliştirilmesi için tedbirler alınması, yeni bir Uluslararası İnsan Hakları Mahkemesinin kurulması ve Uluslararası Mahkeme önünde zorunlu yargılama sisteminin getirilmesi, kolektif güvenlik sisteminin harekete geçirilmesi, Güvenlik Konseyindeki veto uygulamasının düzeltilmesi ve Konsey temsiliyetinin bölgesel sorumluluğu mümkün kılacak şekilde yeniden tasarlanması, Genel Kuruldaki oy hakkına uluslararası yasanın meşru-

¹⁰⁰ DAHL, s. 248, 265-268.

¹⁰¹ SCHOLTE, s. 269-272.

¹⁰² CARLSSON / RAMPHAL, s. 26; FALK, s. 221; CAMILLERI / MALHOTRA / TEHRANIAN, s. 2-7, 26-31.

yetini sağlayacak tarzda bir işlevsellik kazandırılması hususlarına işaret etmektedir¹⁰³.

Held'e göre böyle bir sistemde, her devlet, eşitlikten yararlanacak ve bölgesel çıkarlar bu şekilde daha iyi temsil edilecektir. Yazar, söz konusu dönüşüm programının amacını daha somut olarak, tüm demokratik devletler ve temsilciler için 'yetkili bir meclisin kuruluşu' biçiminde açıklamaktadır. Ancak, Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun reforma tabi tutulması ya da eksikliklerinin giderilmesi suretiyle oluşabilecek böyle bir meclise referansta bulunmakla birlikte, yazar, bir takım hususlar üzerinde (örneğin; temsilcilerin tayininin ne şekilde olacağı, temsilcilerin nüfusa göre belirlenip belirlenmeyeceği, uluslararası kuruluşların da temsil edilip edilmeyeceği, uluslararası yasanın nasıl yürürlüğe sokulacağı, merkezleştirilmiş bir polis gücünün ve askeri gücün bulunup bulunmayacağı, meclisin, alınacak kararları uygulatabilecek ölçüde etkin olup olmayacağı vb.) anlaşmanın zor olacağına da işaret etmektedir¹⁰⁴.

Held, bu tür kaygıların önemli olmakla birlikte çoğuna yanıt verilebileceğini ileri sürmektedir. Buna göre örneğin, herhangi bir yasama kuruluşu her şeyden önce 'çerçeve çizen' bir kuruluş olarak algılanmalıdır. Birleşmiş Milletler bakımından da, küresel konulara ilişkin olan ve bağımsız yasa statüsünde bulunan düzenlemelerle, küresel özellikte olmayan ve hükümet düzeyinde kalan konulara ilişkin tavsiye niteliğini taşıyan düzenlemeler arasında ayırım yapılmalıdır. Bunlardan küresel düzeyde olan yasaların yürürlüğe konulması da ilkesel olarak çözümlenemez değildir. Bunun için bölgesel parlamentolar oluşturulabilir, ulus ötesi konuların niteliğine ve alanına bağlı olarak genel referandumlar yapılması yoluna gidilebilir, aynı şekilde ulus devletlerin ordularının bir bölümü, uluslararası yetkililerin kullanımına verilebilir, yine uluslararası yetkililer, 'yürütme yeteneklerini', tüm ülkelerden gönüllü olarak seçilen bireyler aracılığıyla, kalıcı ve bağımsız bir güç oluşturmak suretiyle artırabilirler¹⁰⁵.

Belirtilen önerilerle birlikte Birleşmiş Milletlerin ilk etapta, işbirliğine dayalı bir biçimde, hükümetlerin ve toplumun diğer kesimlerinin dünya olaylarının çok taraflı yönetimine dahil edilmesi için gerekli temel mekanizmayı sağlayacağı düşünülebilir. Fakat sözkonusu önerilerin gerçekte küresel düzeyde demokrasi-

¹⁰³ Held, böylece Birleşmiş Milletler sisteminin, kendi siyasi kaynaklarını oluşturmasının ve özerk bir karar alma merkezi olarak davranmasının sağlanması yönünde bir temel oluşturabileceğini, bunun ötesinde 'kanun hakimiyeti'nin kurulup korunması ve uluslararası olaylardaki tarafsız işleyişi konusunda önemli adımlar atılabileceğini ileri sürmektedir. **HELD**, *Democracy and the Global Order*, s. 273-274, 279.

¹⁰⁴ **HELD**, *Models of Democracy*, s. 355-356.

¹⁰⁵ **HELD**, *Democracy and the Global Order*, s. 273, 276.

nin bütün gereklerinin karşılanabilmesi bakımından yeterli olup olamayacakları tartışmaya açıktır. Nitekim Held de, Birleşmiş Milletlerin yeniden düzenlenmesi doğrultusundaki her hareketin önemli olmakla birlikte, küresel barış perspektifinin geliştirilmesi açısından düşünüldüğünde, hala en iyi durumda uluslararası düzeyde demokrasinin kısmi veya eksik biçimi şeklindeki bir hareketi temsil edeceğini belirtmektedir. Yazara göre bu süreçte özellikle, devletlerarası sistemin dinamiklerinin ve mantığının küresel olaylarda etkili bir rol oynamaya devam edeceği ileri sürülebilir. Öte yandan, fiili güç eşitsizlikleri, küresel olayların yönlendirilmesinde temel faktör olmayı sürdürebileceği gibi, zorlu alanları oluşturan ulusötesi konulara bu zamana kadar verilen yanıtlar da özgünlüğünü koruyabilir. Ayrıca böyle bir yapının, küresel sorunlar bakımından doğrudan bireyle ve sivil toplum temsilcilerine hesap verebilecek bir forum niteliğinde olması da mümkündür ve bundan dolayı, uluslararası kuruluşların ve küresel organların hesap verme sorunu bütünüyle çözülmemiş olarak kalabilir¹⁰⁶.

Held, bu tür sorunlardan hareketle, Birleşmiş Milletlerin reforma tabi tutulması yönündeki düzenlemelerin ilk bakışta hiçbir işlevsellikleri bulunmayan hususlar olarak görülebileceklerini, fakat günümüz dünyasında demokrasinin, burada ele alınan konular kapsamında düşünülmezsizin savunulmasının da aynı değerlendirmeye tabi olacağını vurgulamaktadır. Held'e göre, yeni gelişen uluslararası düzenin demokratik olabilmesi için, bu konularla karşılaşmak zorunda kalınacaktır, fakat böyle bir zorunluluğun bulunması gerçekte, kozmopolit demokrasi modelinin hemen uygulanabilir bir şey olduğunun iddia edilmesi anlamına gelmemektedir. Bununla birlikte yazar, son on yılda meydana gelen gelişmeler dikkate alındığında, kozmopolit demokrasi modeli için alan açıldığını, çevre ve küresel finans sistemindeki krizler ve savaşların yol açtığı istikrarsızlıklar nedeniyle daha da fazla alan açılacağını ifade etmektedir¹⁰⁷.

Aynı şekilde, küresel düzeyde insani yönetim için Birleşmiş Milletler sisteminde reformun önemini vurgulayan Falk da, bu hususta oldukça ihtiyatlı bir yaklaşım içindedir. Falk'a göre, Birleşmiş Milletler reformu gerekli olmakla birlikte, özellikle hakim jeopolitik yapılar nedeniyle şu an için gerçekleşmesi mümkün olmayan bir projedir. Bununla birlikte yazar; sözkonusu durumun değişebileceğini, bunun için özellikle küresel düzeydeki sivil toplumun baskısının ve duyarlılığındaki artışın belirleyici faktörler olduğunu ileri sürmektedir¹⁰⁸.

Birleşmiş Milletler dışında, ulusötesi demokrasinin işleyebileceği bir zemin olarak üzerinde durulan ve yoğun tartışmalar yapılan bir diğer kurum ise Avrupa Birliğidir. Bu konuda benimsenen yaklaşımlardan biri, demokrasinin ulusötesi

¹⁰⁶ HELD, Democracy and the Global Order, s. 273.

¹⁰⁷ HELD, Democracy and the Global Order, s. 281; HELD, Models of Democracy, s. 356.

¹⁰⁸ FALK, s. 152-153, 167-168.

alanda ilerletilmesi sürecinde Avrupa Birliğinin durumunun Birleşmiş Milletlerden farklı olduğu, bu örgütlenmenin, uluslarüstü bir yönetim biçiminin öncülüğünü yapması nedeniyle, başka bölgelerin de izleyebileceği bir yol olduğudur. Nitekim bu görüşü savunan Giddens, Avrupa Birliğinin varlığının, küresel düzen açısından bakıldığında temel bir demokrasi ilkesini ortaya koyduğunu belirtmektedir. Yazara göre bu ilke, ulusaşırı sistemin kendi aralarındaki demokrasiye olduğu kadar, devletler içindeki demokrasiye de çeşitli katkılarda (özellikle, insan haklarını koruyucu önlemler yoluyla) bulunabileceğidir¹⁰⁹. Fakat bunun dışında Avrupa Birliğinin, dünyanın başka bölgelerinin izleyebileceği bir model olmadığını¹¹⁰ ve ayrıca Avrupa deneyiminin, demokrasiyi ulus devlet dışında uygulama yönünde gerçekleştirilmiş başarılı bir akım olmaktan ziyade, bunun mümkün olamayacağını kanıtlayan bir yapı olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunan¹¹¹ ihtiyatlı yaklaşımlar da bulunmaktadır.

Söz konusu ihtiyatlı yaklaşımların, öncelikle Birliğin kendine özgü yapısından kaynaklandığını ileri sürmek mümkündür. Avrupa Birliği, esas itibarıyla başlangıçta ‘ortak pazar’ olarak düşünülen, ancak daha sonra kabul edilen antlaşmalarla ‘siyasi birlik’ amacına yönelmiş olan bir oluşumdur. Bu süreçte, özellikle dönüm noktası niteliğindeki Maastricht Antlaşması ile Birliğin yönetim dengelerinin, devletlerarası bir yapılanmadan supranasyonel bir yapılanmaya doğru dönüştürülmesi söz konusu olmuştur. Bununla birlikte Birliğin karar alma sisteminde, üye devlet hükümetlerinin rolü tümüyle dışlanmış değildir. Nitekim Pierson, bu olgudan hareketle Avrupa Birliğinin, tamamen ‘ulus devletlerin iktidarının sürdüğü’ bir yapı olarak değerlendirilemeyeceği gibi, ulus devletlerin üzerinde ‘global bir otoritenin kurulduğu’ bir yapı biçiminde de nitelendirilemeyeceğini belirtmektedir¹¹². Bu bakımdan kendine özgü bir bütünleşme örneği ile Avrupa Birliği; federal bir devlet ya da uluslararası bir kuruluş niteliği taşımaktadır¹¹³.

¹⁰⁹ GIDDENS, s. 95.

¹¹⁰ KRASNER, Stephen D., Sovereignty, <http://www.questia.com/PM.qst?action=openPageViewer&docId=5000.960062> (B.T. 20.1.2004).

¹¹¹ DAHRENDORF, s.140.

¹¹² PIERSON, s. 305.

¹¹³ SBAGIA, Alberta, ‘The European Union as Coxswain: Governance by Steering’, Jon Pierre (ed.), *Debating Governance*, Oxford University Press, New York 2000, s. 220; LYNCH, Philip, ‘Sovereignty and the European Union: Eroded, Enhanced, Fragmented’, Laura Brace- John Hoffman (eds.), *Reclaiming Sovereignty*, Pinter, London 1997, s. 45, PAYNE, s. 211-212.

Bunun dışında, bir yandan hükümet temsilcilerinden oluşan Bakanlar Konseyinin direktifleri ve yönergeleri ile üye devletlerin vatandaşları ve şirketleri üzerinde bir yaptırım gücü oluşturulurken, diğer yandan ulusal yasalar ile Birlik yasaları arasında çelişki ortaya çıktığında, antlaşmalar gereğince Birlik hukukuna öncelik verilmektedir¹¹⁴. Ancak bu tür yetkilerin ve sonuçların meşruluk temellerinin ne olduğu, daima sorgulanan bir konu olmaktadır. Bu çerçevede supranasyonel karar alma süreçlerinin, dolaylı bir meşruiyete sahip makamlar oldukları, ekonomik ortaklık amacı ile yapılan antlaşmaların ve oluşturulan kurumların supranasyonel bir yapıyı ortaya çıkardığı ancak bu yapının demokratik bir tabana oturmadığı ileri sürülmektedir. Bundan dolayı Birliğin, bugünkü haliyle kıta alanı içinde pazarlar üzerinden yatay bağlantılar tesis edebilen, ancak dikey düzlemde zayıf bir siyasi düzenleme görüntüsü veren bir yapılanma olduğuna dikkat çekilmektedir¹¹⁵.

Sözkonusu olgulardan hareketle çoğu gözlemciler, Avrupa Birliği bünyesinde bir 'demokrasi açığı' bulunduğu konusunda hem fikirdirler. Bu doğrultuda Birliği ilgilendiren tüm stratejik kararların, temsil yeteneği ve hesap verme sorumlulukları olmayan siyasi ve bürokratik seçkinler arasındaki anlaşmalarla alındığı, sonuçların onaylanması dışında demokratik yöntemlerin çok az rol oynadığı belirtilmektedir. Dolayısıyla demokratik nitelik taşıyan kurumsal bir temelin bulunmayışı, Avrupa Birliği içindeki temel tehdit olarak belirginleşmektedir¹¹⁶. Bu çerçevede Parlamentonun, gerek hukukun oluşumunda gerekse Ko-

¹¹⁴ LYNCH, s. 45-46.

¹¹⁵ HABERMAS, Küreselleşme ve Milli Devletlerinin Akıbeti, s. 37.

¹¹⁶ Birliğin kurumsal mekanizması içinde yer alan Komisyon, çeşitli idari ve yarı yargısal yetkileri kullanan, uygun ördüğü yasaları Bakanlar Konseyine öneren ve bu itibarla yasa ve bütçe gündemleri üzerinde önemli bir siyasi role sahip olan bir kurumdur. Komisyon üyeleri, Bakanlar Konseyi tarafından atanmakta ve bu atama Avrupa Parlamentosunun onayına sunulmaktadır. Avrupa Parlamentosunun, 2/3 çoğunlukla Komisyonu bir bütün olarak görevden uzaklaştırabilme yetkisi olmakla birlikte, Komisyonun asıl gücü, Birliğin kurumsal yapısı çerçevesinde hem ulusal hükümetlere hem de Birliğin diğer organlarına karşı sorumlu olmayışına dayanmaktadır. Birlik hukukunun oluşumunda önemli bir rolü bulunan Bakanlar Konseyi, ulusal hükümetleri temsil eden, direktif ve yönergeler şeklinde yasaları yapan organdır. Özellikle topluluk bütçesinin kabulünde her ne kadar Avrupa Parlamentosu ile ortaklaşa hareket edileceği öngörülmekle birlikte, harcamaların çoğunluğu üzerindeki son söz hakkı Konseyindir. Konseyin çalışmalarının büyük bir gizlilik içinde yürütülmesi, Birliğin kurumsal yapısı içindeki temel problemdir. Birlik kurumu olarak Konseyin herhangi bir sorumluluğu ya da hesap verme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Konsey, genellikle üye devletlerin yürütme organında yer alan kişilerden oluştuğundan, bunların yalnızca ulusal-anayasal çerçevede bir sorumlulukları söz konusu olabilmektedir. Doğrudan seçimle gelen Avrupa Parlamentosu ise, başlangıçta gerçek bir fonksiyonu bulunmayan bir kurum olarak öngörülmüştür. Her ne kadar tedrici olarak yeni bir takım yetkiler elde etmişse de, bunlar örneğin, para toplama hakkını içermediği gibi, üye devletlerin bağımsız temsilcisi olarak yasa çıkarma hakkını da kapsamamaktadır.

misyonun denetiminde sınırlı bir role sahip oluşu, Bakanlar Konseyinin ve Komisyonun sorumlu tutulabilmesi için gerekli olan araçların bulunmaması Birlik içindeki demokrasi açığının önemli boyutları olarak ortaya çıkmaktadır¹¹⁷. Bundan dolayı öncelikle, Birlik yapısı içinde şeffaflığın sağlanması, bunun için de karar alma süreçlerinin anlaşılabilir ve açık olması, kararların kendisinin, kamuya açık ve elde edilebilir bilgi kaynaklarına dayanması, kararların vatandaşlara en yakın kademelerde verilmesini ifade eden ‘subsidiarity’(yetki ikamesi) ilkesine uygulamada daha fazla işlevsellik kazandırılması gerektiği belirtilmektedir. Öte yandan Bakanlar Konseyinin daha sorumlu hale getirilebilmesi bakımından da, ulusal parlamentoların rolünün güçlendirilebileceği, ancak bunun tek başına yeterli olmayıp Komisyon düzeyinde de demokratik temsil meşruluğunun sağlanması ve bunun dışında Avrupa Parlamentosunun hukuk oluşturma ve Komisyonun denetimindeki rolünün artırılması hususları üzerinde durulmaktadır¹¹⁸. Belirtilen hususlardaki eksiklik, Dahrendorf’un belirttiği gibi, Avrupa Birliğinin tek pazarın sınırlarını aşarak; dış işleri, güvenlik, adalet, iç işleri gibi yeni alanlara kaymaya çalıştığı bir zamanda daha da kritik bir sorun haline dönüşmüş durumdadır¹¹⁹.

Birleşmiş Milletlerle ilgili reform sürecinin başarısında olduğu gibi, buradaki kritik sorunun giderilmesi sürecinde de esas itibarıyla, ulus devletlerin belirleyici bir konumda olduklarını söylemek mümkündür. Çünkü, Avrupa Birliğinin konjonktürel gelişimlere ve durumlara bağlı olarak nitelik değiştiren ve yeniden tanımlanan bir proje olduğu dikkate alındığında, Birliğin işleyişi hakkında ulus devlet yönetimlerinin etkili bir rol oynamaya devam ettikleri görülmektedir¹²⁰. Yeni ve benzersiz bir kurumsal yapı olmakla birlikte, Avrupa Birliğinin ege-

Parlamentonun, Konsey tarafından çıkarılan yasalar üzerinde, sadece Komisyonun onayı ve Konseyin oybirliği ile reddetmemesi durumunda değişiklik yapabilme yetkisi bulunmaktadır. Hukuk oluşturmaktan veya bu süreci başlatmaktan ziyade, gözden geçirici ve düzeltici fonksiyonu bulunması nedeniyle Parlamentonun, Birlik yapısı içinde ikincil bir konumda olduğu belirtilmektedir. Bkz. **SCHOLTE**, s. 268-269; **HARDEN**, Ian, ‘Democracy and the European Union’, Paul Hirst- Sunil Khilnani (eds.), Reinventing Democracy, Blackwell Publishers, Oxford 1996, s. 132-133; **DAHRENDORF**, s. 139.

¹¹⁷ **HARDEN**, s. 133.

¹¹⁸ **LYNCH**, s. 56; **HARDEN**, s.134-138.

¹¹⁹ **DAHRENDORF**, s. 140.

¹²⁰ Bkz. **SBRAGIA**, s. 222; **LYNCH**, s. 49-50, 58; **TEKELİ /İLKİN**, s. 555-556; **KRASNER**, Stephen D., Sovereignty, <http://www.questia.com/PM.qst?action=openPageViewer&docId=5000.960062>(B.T. 20.1.2004); Öte yandan, Avrupa Birliği kurumlarının güçlerinde ve nüfuzlarında bir büyüme yaşanmakla birlikte sözkonusu kurumların, üye devletlerin kendi ulusal hükümet gündemlerini gerçekleştirmeye çalıştıkları bir forum niteliğinde oldukları hususunda bkz. **PIERSON**, s. 303-304.

men- devlet modeli ile birlikte var olan bir sistem özelliğini taşıması¹²¹, Birlik içinde demokrasinin de ulus devletler aracılığıyla işleyebileceğinin bir göstergesi olmaktadır.

Bununla birlikte, böyle bir yapılanma çerçevesinde, demokratik mekanizmaların oluşturulması ile ilgili sorunlar bir yana bırakılsa bile, her şeyden önce Birlik içindeki demokrasiye temel oluşturabilecek bir demosun bulunmadığı; kültürel, tarihi ve ulusal nedenlerin bunu oldukça zorlaştırdığı belirtilmektedir. Bu konuda esas itibarıyla, hakların kullanılması anlamında sahip olunabilecek siyasal kimlik ile tek bir Avrupa devletine temel oluşturabilecek ortak bir kimlik arasında ayırım yapılmakta ve bunlardan ikincisinin mümkün olamayacağı, bu anlamda bir Avrupa kimliğinin, kendi içinde sorunlu olduğu, öncelikle halkın zihninde böyle bir bilincin yerleşip yerleşmediğinin sorgulanabileceği, bu sebeplerle de demokrasinin tam olarak işleyemeyeceği ileri sürülmektedir¹²².

Aynı şekilde ulusötesi demokrasi için Birleşmiş Milletlerin yeniden reforma tabi tutulmasını öngören Held de, kozmopolit bir topluluk söz konusu olduğunda çeşitli kimliklerin daima barış içinde yaşayacağını bir teminatı bulunmadığını, ulusötesi alanın; çoğul kimliklerle parçalanmış bir yapıya dönüşebileceğini ve bundan dolayı sözü edilen hususun, uluslararası topluluğun belirsiz bir gelecekle karşı karşıya olduğu noktalardan birini oluşturduğunu belirtmektedir¹²³.

Söz konusu ihtiyatlı yaklaşımlar, esas itibarıyla ulusötesi bir düzeyde gerek demosun gerekse ulusal ve siyasal kimliğin ulus devlet içinde işleyen biçimleriyle gerçekleştirmelerinin beklenemeyeceğini ortaya koymaktadır. Bu bakımdan ulusötesi alandaki otorite ve meşruiyete temel teşkil etmesi düşünülen demosun ve yurttaşlığın başka 'siyasi act'ler çerçevesinde (insan haklarının geliştirilmesi gibi ortak sorunların çözümü için uluslararası toplulukla işbirliği ve dayanışma içine girilmesi, kendi geleceğini belirleme anlayışı içinde uluslararası mekanizmalarla ve diğer toplumlarla ilişki kurulması vb.) düşünülmesi gerektiği ileri sürülebilir. Fakat bunun gerçekleşmesi için de, bu tür ilke ve değerlerin; ulusötesi siyasal yapı ve organizasyonlara, hükümetlere ve sivil toplumlara hakim olması gereklidir. Ayrıca böyle bir demos ve yurttaşlık anlayışını çevreleyen kültür de, sadece belirli kesimlerin değerlerini yansıtan hegemonyacı bir kültür olmayıp; insan onuru, adalet, eşitlik gibi ilkeleri temel alan ve barış ve huzur ortamının sağlanmasına katkıda bulunabilecek bir kültür olabilecektir.

¹²¹ **KRASNER**, Stephen D., Sovereignty, <http://www.questia.com/PM.qst?action=openPageViewer&docId=5000.960062> (B.T. 20.1.2004).

¹²² **SMITH**, s. 161-162; **HARDEN**, s.136-137.

¹²³ **HELD**, David, 'Demokrasi ve Yeni Uluslararası Düzen', Daniele Archibugi- David Held (derl.), Kozmopolit Demokrasi, Çev. Neşe Nur Domaniç, Ütopya Kitabevi Yayınları, İstanbul 2000, s. 97.

VI- SONUÇ: DEMOKRASİNİN GELECEĞİ

Uzun geçmişinde birçok farklı anlamlara sahip olan demokrasi, esas itibariyle muhtevası ve sınırları uygulama sırasında sürekli değişebilen bir kavram olduğundan, ‘durağan bir süreç’ ya da ‘değişmez bir an’ olarak nitelendirilemeyecek olan bir sistemdir¹²⁴. Dolayısıyla demokrasinin muhtevası ve sınırları konusunda, geçmişte olduğu gibi şimdi ve geleceğe ilişkin olarak da, aynı çerçevenin geçerli olacağı ileri sürülmesi mümkün değildir.

Demokrasinin değişime uğraması, gerçekte üzerinde yer aldığı siyasi mekandaki değişikliklere bağlı olarak gerçekleşmektedir. Nitekim demokrasinin şehir devleti ve ulus devlet içindeki işleyiş biçimleri birbirinin aynı olmadığı gibi, küreselleşmenin ulus devlet üzerindeki aşındırıcı etkileri de, demokrasiyi daha farklı bir muhtevaya büründürmektedir. Her şeyden önce, küresel etki ve ilişkiler, demokrasiyle ilgili sorunların da küresel çerçevede düşünülmesini zorunlu kılmakta ve bu durum, demokrasinin boyutlarını ulusötesi alana taşımaktadır. Demokrasiyle ilgili sorunların küresel çerçevede düşünülmesi zorunluluğu ise, demokrasinin sözkonusu dönüşüme nasıl uyarlanabileceği sorunu gündeme getirmektedir.

Demokrasiyle ilgili dönüşüm sorunu ele alınırken, göz önünde bulundurulması gereken husus, dünya düzeninin biçimlenmesinde devlet dışında başka unsurların da artan bir güç ve etkiye sahip olmalarına karşılık, ulus devletlerin, ulusal ve uluslararası düzeyde temel siyasal aktörler olarak varlıklarını sürdürmekte olduklarıdır. Bu durum, ulus devlet ile demokrasinin birbirine bağlı oldukları gerçeğine tümüyle kayıtsız kalınamayacağını gösterdiği gibi, küresel düzeyde de demokrasinin ulus devletle birlikte var olması ve işletilmesi gibi önemli bir uzlaştırma sorunuyla karşı karşıya kalındığını ortaya koymaktadır.

Uzlaştırma sorununun taraflarından biri olan ulus devletlerin her şeyden önce, temel siyasal aktör konumlarını elde tutmak için, ulusal ve ulusötesi alanda beliren gerilimleri (insan hakları ihlalleri, çevre ile ilgili sorunlar, finans krizleri, barışın sağlanması vb.) azaltma zorunlulukları bulunmaktadır. Bu süreçte ulusal düzeyde demokrasinin geliştirilmesi yanında, diğer devletlerle ve devlet dışı aktörlerle işbirliği gerekli bir unsur olarak ortaya çıkarken, bu işbirliğinin kurumsal çerçevesini oluşturabilecek mekanizmaların da (Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği vb.), rollerinin yeniden tanımlanmak suretiyle güçlendirilmeleri

¹²⁴ Arblaster, sözkonusu durumu , demokrasinin ‘bir olgu olmaktan önce bir düşünce olduğu ve bunun için de açık ve ortak bir anlamı bulunmadığı’ şeklinde değerlendirmektedir. Yazara göre bugün, demokrasi diye adlandırılan kavramın ne olduğu, geçmişte ve şimdi farklı bir demokrasi düşüncesine sahip olanları tatmin etmeyecektir. **ARBLASTER**, Anthony, Demokrasi, Çev. Nilüfer Yılmaz, Doruk Yayınları, Ankara 1999, s. 14,18.

önem taşımaktadır. Sözkonusu yapının işlerliği için şüphesiz, güç ilişkilerine dayalı olan talep ve uygulamalardan vazgeçilmesi gerekmektedir. Çünkü bu konudaki ısrar, bürokratik ve seçkinci karar mekanizmaları ile de birleştiğinde devletlerin, hegemonik bir güç olarak belirmelerine, insanların haklarından çok devletlerin ve hükümetlerin rolünü güçlendirmeye eğilimli bir yapının ortaya çıkmasına yol açabilmektedir. Hegemonik güç ilişkilerine dayalı bir yapının varlığı ise, demokratik değerlerle bezenmiş dünya düzeninin inşası önündeki en önemli engeldir. Dolayısıyla bu süreçte, insani değerleri içeren küresel bir ahla-
kın rehberliğinde adaletli bir temsil düzeninin sağlanarak, temel insani değerlerin izlenmesi ve devletler arasında demokratik ilişkilerin geliştirilmesi temel öncelikler olarak belirmektedir.

Öte yandan, demokratik değerlerle bezenmiş dünya düzeninin inşası için, devlet dışında kalan aktörlerin de (bireyler, birey toplulukları, gönüllü organizasyonlar vb.) uymaları gereken bazı prensipler bulunmaktadır. Çünkü bu unsurlar yönünden, başkalarının kendi hayat koşullarını belirleme özgürlüğüne ve bireylerin eşit hak ve yükümlülükler ifa edebilme durumuna saygıyı ifade eden ‘demokratik otonominin’ ihmal edilmesi de despotizm oluşturma olasılığını her zaman bünyesinde taşıyan bir tehlikedir¹²⁵.

Bunun dışında, daha somut düzeyde ulusötesi mekanizmalardaki temsilcilerle ya da delegelerle demos arasındaki ilişkinin zayıf oluşu da demokratik temelden yoksunluğa yol açan ve demokratik meşruiyet sorununu ortaya çıkaran bir husustur. Nitekim Dahl, bu durumda, demokratik sürecin var olan poliarsilerde olduğundan daha çok zayıflatılmış olacağını, böyle bir ihtimal karşısında, demokratik sürecin devamlılığının korunması için, ülkelerin kendi içlerindeki demokratik kurumların güçlendirilmesi gerektiğini, çünkü daha güçlü hale gelen demokratik kurumlarla, ulus ötesi karar alıcılara devredilen otorite üzerinde her türlü demokratik denetimin sağlanabileceğini belirtmektedir¹²⁶.

Sözü edilen tehlikelerin belirli düzeylerde yaşanmakta oluşu sebebiyle, ulus ötesi demokrasinin, esas itibarıyla şimdilik işleyen bir olgu olmadığı ileri sürülebilir. Fakat diğer yandan, bu olumsuz yapı kesin ve değişmez nitelikte de değildir. Çünkü küreselleşme doğrudan doğruya ideal bir dünyayı ifade eden bir süreç olmadığı gibi, doğal olarak ve mutlak anlamda antidemokratik bir süreç de değildir. Belirli koşulların karşılanması durumunda küreselleşme ve demokratikleşmenin birbirini tamamlayıcı mahiyet arz etmesi mümkündür. Dolayısıyla demokratik değerlerle bezenmiş bir dünya düzeninin inşası yönündeki fikirler, bu noktada bir anlam ifade edip, ulusötesi siyasette demokrasiyi işler kılabilecek

¹²⁵ HELD, Models of Democracy, s. 316 vd.

¹²⁶ DAHL, s. 407.

yeni kavram ve uygulamalar için yapılmış araştırmalar niteliğindedirler¹²⁷. Fakat, bu hususta en iyi model öngörüsünde bulunulması da söz konusu değildir. Çünkü bu düzeyde demokrasinin işlemlerine temel teşkil edebilecek açık ve kesin kavramlar henüz mevcut değildir.

Açık ve kesin kavramların bulunmamasından dolayı, ulus ötesi demokrasinin ve uluslararası topluluğun, bir çok yönden belirsiz bir gelecekle karşı karşıya olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim Dahl, demokratik süreçte şimdiye kadar ortaya çıkan teorik ve pratik bir çok sorunun yine çözülmeden kalabileceğine işaret ederken¹²⁸, benzer şekilde Held; küresel nitelikli bir çok olayın, ortak sorunların çözülebilmelerini engelleyecek tarzda, uluslar ve gruplar arası çatışmaya dönüşmesi ihtimaline dikkat çekmektedir. Fakat bunun yanında bölgesel ya da küresel kuralların, özellikle karşılıklı hoşgörü ve şeffaflığa dayalı bir yapı içinde, yeni bir uluslararası demokratik kültür ve ruh oluşturulması doğrultusunda işlev görebileceklerini de ileri sürerek; ‘...demokrasinin yeni önemli sınavlardan geçeceğini düşünmek için pek çok neden olmasına rağmen, bu doğrultuda ilerleneceği konusunda iyimser olmak için de pek çok neden bulunduğunu’ belirtmektedir¹²⁹.

Söz konusu iyimserliğin temelini esas itibarıyla demokrasiyi haklı ve geçerli kılan argümanlara dayandırmak mümkündür. Nitekim insanın gelişimine hizmet eden bir sistem olarak demokrasinin, ‘her kişinin çıkarlarının eşit değeri verilmesi hak ettiği ve her yetişkinin kendi çıkarlarını bir başkasından daha iyi bildiği’ yönündeki argümanları¹³⁰; geçmişte olduğu gibi bundan sonraki dönemlerde de, insanların, mümkün olabilen en iyi hayatı birlikte bulmaya çalışacakları bir toplum arayışında, yol gösterici bir kılavuz olarak işlev görmeye devam edeceklerdir.

¹²⁷ Falk, bu yöndeki araştırmalar bakımından İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 28. maddesini (‘Herkesin, bu bildirgede yer alan hak ve özgürlüklerin tam olarak gerçekleşmesini sağlayacak toplumsal ve uluslararası bir düzende yaşamaya hakkı vardır’) önemli bir normatif dayanak olarak göstermektedir. **FALK**, s. 230.

¹²⁸ **DAHL**, s. 433.

¹²⁹ **HELD**, ‘Demokrasi ve Yeni Uluslararası Düzen’, s. 97.

¹³⁰ **DAHL**, s. 265.

İDARE VE HUKUK KURALI: FRANSIZ CONSEIL D'ETAT'SININ ÖNLEYİCİ ROLÜ*

Nicole QUESTINAUX**
Çeviren: Cemil KAYA***

Bir yüzyıldan daha uzun bir süre önce Dicey, bir İngiliz'in idare mahkemele-
rinin kişi hürriyetlerini tam olarak koruyabileceğine inanmasının zor olduğuna
ilişkin değerlendirmeler yaptı ve İngiliz hukuk kurallarını, Fransız idare hukuku
(Droit Administratif) kuralları ile aralarında tercihte bulunmaksızın karşılaştırdı.
İngiltere'deki kamu hukukçularına yönelik bu bilimsel toplantıda sunulan fırsatı,
idari yargıcın onun yargıladığı idareye bir danışman da olduğu gerçeğine odak-
laşmak ve bu görünüşteki rol karışıklığının, Fransa'daki hukuk kuralı kavramı-
mızın bir parçası olduğunu önermek üzere kullanmak istiyorum. Bu konu kıta
Avrupalı bağlamımızda özel bir ilgi alanı olabilir.

Son yıllarda kesinlikle pek çok şey değişmiştir. Özellikle önemli sayıda İngi-
liz bilim adamı Fransız hukukunun ikili yapısına daha çok aşına olmuştur. Pro-
fesör Harry Street idare hukukuna yönelen tutumların açılışına bir öncü olmuş-
tur. Diğerleriyle birlikte, Profesör Brown ve Garner ve şimdi Bell¹, iki sistemin
daha iyi anlaşılmasına ortam sağlamada çok kıymetli çalışmalar yapmışlardır.

* Bu makale 10 Şubat 1995'te Manchester Üniversitesinde verilen yıllık Harry Street
seminerine dayanmaktadır. Makale daha sonra Public Law adlı dergide yayımlanmıştır.
(Summer 1995, s. 247 – 258). Makalenin Türkçeye çevirisi için 11 Şubat 2002 tarihinde
yazardan, 6 Mart 2002 tarihinde yayınevinden izin alınmıştır.

** Conseil d'Etat Daire Başkanı. Bayan Questiaux aynı zamanda 1981-1982 yılları arasında
Milli Dayanışma Bakanlığı (Le Ministre de la Solidarité Nationale) görevinde de bu-
lunmuştur.

*** Yrd. Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

¹ L. Neville Brown and John S. Bell, French Administrative Law, (4 th ed.), 1992.

Bu durum, İngiliz hukuk dinleyicilerinin kabul ettiği üzere, Fransa'da idarenin gerçek yargıçların kontrolü altında olduğu ve bu yargıçların hukuka aykırı işlemleri iptal ettiği varsayımı üzerinde yol almamı mümkün kılmaktadır. Diğer bir deyişle, Fransa'da idare hukuk kuralları çerçevesinde faaliyette bulunmaktadır.

Bununla birlikte paradoksal olarak, belki de bizdeki idare mahkemelerinin uzaydan gelmediğine ortak hukukçuları ikna etmeye başlıyor olduğumuz zaman, Fransa'da genel olarak yargıçların rolü önemli bir fikir değişikliğinin merkezinde olacaktır: Hukuk Devletinin (**L'etat de droit**), yargııcı en üst hakem konumuna yerleştiren yeni ideal bir demokratik toplum modeli olacağı görülmektedir. Yurttaş (ve onun vekili) bir ekvator ormanında palasını bırakır gibi haklarını terketmekte ve bütün güç ve özgürlüklerin nihai düzenlemesi giderek yargıçlara bırakılmaktadır. Bu değişim, uluslararası bir gerçekliğe sahiptir ve idare hukuku (**Droit Administratif**) içine inşa edilmiş olan gizemli geleneklerin önemini azaltmaya yönelik bir rol oynamaya meyillidir.

Bu durumun niçin yargıçları endişelendirdiğini sorabilirsiniz. İdari yargıç hiçbir şekilde mahkemelere ve yargıçlara olan güvenin dışında tutulmamıştır. İdare mahkemeleri önüne gelen davaların sayısı sürekli olarak artmaktadır. Onlar, mahkemeler hiyerarşisinin ciddi bir şekilde merkezden uzaklaşmasına adapte olmak zorundaydılar. **Conseil d'Etat**, Avrupa Topluluğuna üyelikten 30 yıl kadar sonra Topluluk hukukunun parlamentoda kabul edilen yasalardan üstün olabileceği kuralını benimsemiştir. Bu durum, Fransız toplumunun, bir çeşit idari yargıçlar (**gouvernement de juges**) modelini kabul etmeye hazır olduğu anlamına gelmiştir. **Conseil d'Etat**, eğer bu yönde ileriye doğru bir adım atmamış olsaydı, ikinci sınıf bir yargıç gibi görüneceğinin farkına varmıştı.

Bununla birlikte yargıçlar, dava açmanın insan enerjisi ve kaynakları açısından pahalı olduğunu bilmektedir. Bu durum, ilişkileri zedelemeye meyillidir ve kendi içinde bir amaç değildir. Fransa'da sağlıklı bir idari yargı sistemine ulaşmak için bu tür sancıları çekenler olarak, şu anda kaybettiğimizi bulmuş bulunuyoruz ve idari işlemin yapılması aşamasında hazırlıklara dayanan eski fonksiyonumuzu geliştirmeye hazırız. İdareye karşı işlem yapılmadan önce tavsiye fonksiyonumuzu ifa ederek, hukuk kuralı ihlallerini önlemeyi iyi bir şekilde yerleştiriyoruz.

HÜKÜMETE DANIŞMAN OLARAK CONSEIL D'ETAT

Conseil d'Etat, idari yargıca idarenin işlemleri üzerinde karar verme hakkı verilmesinden çok önce, uzun bir süre hükümete danışmanlık yapmıştır. **Conseil d'Etat** daha sonra da bu danışmanlık görevini devam ettirmiş ve aynı zamanda da yargıç olarak karar vermiştir. **Conseil d'Etat**'nın bu ikili işlevi onun yapısına yansır. Yargı dairesi (**section du contentieux**) bir mahkeme olarak çalışır. Fakat paralel olarak, beş "idari daire" (**sections administratives**) danışma rolünü yerine getirir.

Burada şuna dikkat etmek önemlidir ki, **Conseil d'Etat**'nın bütün aktif üyeleri farklı veya aynı zamanda her iki görevde de çalışırlar. Bütün **Conseil d'Etat** üyeleri (**Conseillers d'Etat**), her Perşembe günü başkan yardımcısının başkanlığı altında toplanan ve danışma konusunda daha önemli işlerle ilgilenen “Genel Kurul” a (**Assemblée Générale**) katılma hakkına sahiptir. Diğer taraftan, “İdari Daireler” in (**Sections Administratives**) başkanları, bir mahkeme olarak **Conseil d'Etat**'nın daha önemli kararlar aldığı “Yargı Kurulu” nun (**Assemblée du Contentieux**) üyesidir.

İdari Daireler veya Genel Kurul, görüş alınmak için **Conseil d'Etat**'ya getirilen sorunlarla ilgilenmek üzere her Salı ve Perşembe günü toplanır. Bunun daima böyle olduğu görülür. İsimler yıllar boyunca nadiren değişmektedir. Örneğin, “Bayındırlık Dairesi” (**section des travaux publics**) 1872’de “Bayındırlık, Tarım, Ticaret ve Dış İşleri Dairesi” (**section des travaux publics, de l'agriculture, du commerce et des affaires étrangères**) olarak adlandırılmıştır. Bu daire bugün hala, kamu işleri, tarım, endüstri, ulaşım, çevre ve benzeri konularla ilgilenir. Aynı geleneksel eğilim “Mali Daire” (**section des finances**) için de geçerlidir. Bugün Mali Daire, maliye, savunma, dış işler ve kamu hizmeti konularını incelemektedir. “Mali Daire” yi (**section des finances**) Napolyon dönemindeki **Conseil d'Etat**'nın başlangıç oluşumunda bulabilirsiniz ve bunu “Kral Konseyi”ne (**Conseil du Roi**) kadar geri götürebilirsiniz.

Genel Kurul (**Assemblée Générale**) salonunda oturduğumuzda, tavan etrafındaki semboller yüzyılın başında bakanların işlevlerini tasvir etmektedir. Çalışan çiftçiler ve ellerinde ağlarıyla balıkçılar, sanayileşen Fransa'nın bizden kendi gelişimi için sağlıklı bir çerçeve hazırlamamızı beklediği anlamına gelmektedir.

Bu, önerilen bütün yasalar için **Conseil d'Etat**'nın tavsiyesinin gerektiği anlamına gelir. Bu husus Anayasada açıkça düzenlenmiştir. Hükümet, daha önceden Yasama organınca kabul edilen metinleri değiştirmek üzere 1958 Anayasasıyla tanınan yetkisini kullandığında, **Conseil d'Etat**'nın tavsiyesi gerekmektedir.

Conseil d'Etat'nın görüşüne, hükümetin hukuku uyguladığı formları belirlemek zorunda olduğu pekçok alanda Parlamento tarafından açıkça ihtiyaç duyulur. Her bir bakanlık, sorumluluk alanı içine giren bütün konularda belirli bir “idari daire” ye (**section administrative**) başvurur ve bu durum, ilgili idareciler ve her bir bölüm arasında sürekli ve yakın çalışma ilişkisi doğmasına neden olmaktadır.

Conseil d'Etat'ya danışma, yerel otoritelerin veya bireylerin menfaatlerini etkileyebilecek bir kararın söz konusu olduğu pek çok durumda bir güvence olarak görülür. Örneğin, TGV'ye bir taşınmazı kamulaştırma yetkisi veren bir

“kararname” (**décret**), ilgili daire tarafından dikkatlice incelenir. Bu, kamu soruşturmasının ardından, Bakanların arasındaki tartışma aşamasının sonunda, daha fazla belgenin **Conseil d'Etat**'daki bir “raportör” (**rappporteur**) tarafından kontrol edileceği anlamına gelmektedir. Raportör, soruşturma süresince ortaya çıkabilecek en küçük noktayı dikkatlice inceleyebilecek, belgeleri kontrol edebilecek, danışma uygulamalarına ulaşabilecek, mühendislerin sağladığı deliller çerçevesinde Çevre Bakanının gerekçelerini karar vermeden önce dikkatlice düşünecektir.

Diğer bir gün konu, François Mauriac'ın Bordeaux'ya yakın (hatta Kral Arthur'un Guinevere ile buluşmasının beklendiği Fransa'nın bir yerlerindeki taş çıkıntıda) evi etrafındaki üzüm bağlarının, korunmayı hak eder biçimde Fransa'nın mirası için yeterince önemli olup olmadığı hakkında olabilir. Ya da bir başka alanda olabilir: Örneğin “Sosyal Daire”, (**section sociale**) hükümetin, Fransız vatandaşlığının kazanılmasına karşı bir konumda olduğunu her zaman söyleyecektir.

Böyle bireysel durumlarda **Conseil d'Etat**'ya danışma, genellikle, temel hak ve özgürlükleri, mülkiyet haklarını veya yerel yönetimin haklarını korumak için yasa tarafından öngörülmüştür. Anayasa Konseyinin, hükümetin bu gibi durumlarda ve eğer parlamento tarafından özel olarak yetkilendirilmemişse, kararlarını “Conseil d'Etat Kararnamesi” (**decret en Conseil d'Etat**) yoluyla alması gereğinden kaçınamayacağı kuralını koyması oldukça sık gerçekleşmiştir. Bu durum aynı zamanda, örneğin bir toplumun modern sistem ve hizmetlerini sağlama ihtiyacı ile çevre bilincinin yükselmesi arasında ortaya çıkan bir uyumsuzluk halinde bir uzlaşma bulma yoludur.

Aynı zamanda **Conseil d'Etat**, kural ve düzenlemelerin hazırlanması aşamasına kurumsallaşmış bir şekilde katılmaktadır. Hükümet tarafından hazırlanmış bir “kanun tasarısı” (**projet de loi**) parlamentoya sunulmasından önce, **Conseil d'Etat** tarafından incelenmek zorundadır. Bu durum, anayasa ile ilgili kurallar veya andlaşmaların onaylanması dahil bütün kuralları kapsar. Aynı şey, hukuku uygulamak veya asli kural koyma şeklinde olsun hükümet tarafından yapılan pek çok kural için de geçerlidir. Teknik olarak bu, raportörün farklı hükümet birimleriyle biraraya gelmesi ve onların önerilerini prensipte ve madde madde tartışması anlamına gelir. Bundan sonra taslak, raportörün sorumluluğu altında daire önüne gelir.

Konudan sorumlu olan idarecilerin hazır bulunmasıyla, 15 kadar üye biraraya gelir ve metni inceler. Üyeler, öneri sahibinin konu hakkında yetkili olup olmadığını, uygulanan herhangi bir ilkenin bulunup bulunmadığını, önerinin ilgili hukuk veya normlar hiyerarşisine uyup uymadığını, tasarlanmış yapının tutarlı ve uygulanabilir olup olmadığını vs. sorar. Daire bu önemli soruları çözdükten sonra, sağlıklı bir metin geliştirmek için çalışmalarını sürdürür. Eğer metin hukuk ile ilgili ise daire, Anayasanın, uluslararası hukukun veya Topluluk

hukukunun dikkate alınıp alınmadığını kontrol eder. Eğer metin hükümet düzenlemeleri ile ilgili ise daire, tabii ki, ilgili hukuk kuralı veya kurallarına yollama yapar. Bütün durumlarda **Conseil d'Etat**, idarenin amaçlarına anlam vermeye çalışır. Fakat **Conseil d'Etat**, her zaman için önerinin kalitesi konusunda karar verme hakkını saklı tutar.

İdari yargıcın, ihlal etme hakkının bulunmadığı bir alan olan önerinin haklılığı veya yerindeliliği konusuna gelindiğinde, “idari daire” (**section administrative**), idarecinin sorumluluklarını paylaşmayı üstlenir. Kendi yargılarını, mutlak siyasi nitelik taşıyan konularda işletmez. Fakat, gereksiz olduğu, mantığa aykırı olduğu, kamu yararı veya bireysel haklara zarar verdiği veya iyi idare (good administration) standartlarına ulaşmada başarısız olduğu gerekçeleriyle bir öneriye karşı çıkmada kendini özgür hisseder. Bu durum, **Conseil d'Etat**'nın bütün idari işlem çeşitlerine kapsamlı bir bakış açısıyla edindiği deneyim doğrultusunda sonuç çıkartması anlamına gelir. Eğer ortaya çıkan sorular zorsa ve önerinin yasa koyma statüsüne sahip olduğu bütün durumlarda Daire, öneri taslağını kabul ettikten sonra bunu **Conseil d'Etat** Genel Kuruluna bildirir, rapor eder. Genel Kurulda, bütün dairelerin temsil edilmesiyle aynı prosedür işletilir.

Buraya kadar anlatılan bütün aktivite alanlarında **Conseil d'Etat**, idari işleme getirilen sınırları özenle hazırlayan kurulu bir sürecin parçasıdır: Birisi bunu bir hukukilik çerçevesi olarak tanımlayabilir.

Bununla birlikte **Conseil d'Etat**'nın tavsiyesi, daha az resmi biçimde idare tarafından karşılaşılan bir zorluğu çözmek için de aranabilir. Bir işlem yapılmadan önce tavsiyeye gereksinim çok açık bir biçimde ortaya çıkabilir. Bakanların imzasıyla bu “görüş istemleri” (**demandes d'avis**) artmaktadır ve bu istemler çok çeşitli sorunlara ilişkin olabilmektedir. Örneğin, ilköğretim okuluna giden müslüman bir kızın dersler sırasında başörtüsü takması Fransız okullarının dine karşı tarafsız davranışıyla bağdaşır mı? Veya son zamanlarda oluşturulan Telekomünikasyon Kurumunun personeli, kamu görevlisi olarak kaldığı halde bu Kurum bir “anonim şirket” (**société anonyme**) statüsü kazanmalı mı sorusu kabul edilebilir mi?² Eğer demiryolları, uzaklıkla ilgili olarak belirlenmiş tarifelerden vazgeçerse ve kalabalık saatlerde veya hızlı trenler için farklı hizmetlere ilişkin farklı fiyatlar belirlerse, acaba biz kamu hizmetine uygulanan eşitlik ilkesine uygun davranmış olur muyuz?³ gibi.

² Etudes et documents du Conseil d'Etat, No. 45, 1993, p. 320 (Documentations françaises, Paris).

³ Ibid. at p. 338.

RAPOR ETME FONKSİYONU

Conseil d'Etat, danışma işlevinin geliştirmiş olduğu rol kadar son yıllarda yeni bir fonksiyon üstlenmiştir. Doğal olarak **Conseil d'Etat**, her yıl aktiviteleri hakkında yeterince rapor vermektedir. Bu rapor yayımlanır ve **Conseil d'Etat**, idaredeki merkezi konumundan çıkan dersleri belirlemeye ve diğerleriyle paylaşmaya kalkışır. **Conseil d'Etat**, ortak eğilimleri ve yapısal kusurları tam olarak teşhis edebilme yeteneğine sahip olmaktadır. Bu yüzden **Conseil d'Etat**, her yıl Genel Kurulunda dikkatlice müzakere ettikten sonra, metin ve düzenlemele- rin gereğinden fazla yapılmasını, yerinden yönetim sisteminde şüphe götürme- yen çelişkileri veya milli hukuk ile Topluluk hukukunu kaynaştırmada karşılaşılan sert itirazları şiddetle eleştirmektedir.

Diğer “idari daireler” (**sections administratives**) ile aynı usulde çalışmayan “inceleme ve rapor dairesi” (**section du rapport et des études**) rapor etme işlevi konusunda uzmanlaşmıştır. Bu daire, olağanüstü uzmanlık gerektiren çalışma gruplarını da yönetir ve detaylı bir çalışma gerektiren bir dizi konu üzerinde odaklanmıştır. Örneğin birisi, hukuki yardım sistemi reformunu, bioetik konu- sundaki hukuk kurallarının özenle hazırlanmasını, taşınmaz kullanımı konusun- daki mevzuatın gözden geçirilmesini, çocuk haklarını ve benzerlerini sayabilir. Aynı şekilde, bireylerin idare ile ilişkilerinin bazı yönleri hakkında bilgi sahibi olan her bir daire gibi, “rapor dairesi” (**section du rapport**) idare mahkemesi kararlarının yerine getirilmesindeki bütün önemli hususları denetler.

İdarenin mahkeme kararını yerine getirmeyi reddedebileceği veya geciktire- bileceği bütün durumlarda, Dairenin müdahalesi talep edilebilir. Raportör, ilgili görevliyle irtibat kurar ve gerekli baskıyı da yapmak suretiyle mahkeme kararı- nın yerine getirilmesini sağlar. 1994 yılında Daire, haklarında 6 aydan daha kısa bir sürede karar verilmiş olan 1300 kadar bu tür durumla ilgilenmiştir.

Conseil d'Etat'nın işlevinin bu yönü özetlenirse, idari daireler 1993 yılın- da 1600 tanesi metinlerin hazırlanmasıyla ilgili olan 2300 kadar dosyayı incelemiştir. Genel Kurul bunların 50 kadarını görüşmek üzere toplantıya çağırılmıştır. Tabii ki bu danışma idari işlemin zamanlamasıyla uygun olmak zorundadır. Genel olarak, altı hafta ile sekiz hafta arasında bir süre bunun **Conseil d'Etat**'dan geçmesi için tayin edilir. Fakat acil durumlarda **Conseil d'Etat** yanıtını, iki hafta veya bir haftada bile verir.

KORUMA KÜLTÜRÜ

Conseil d'Etat'nın, Devletin çok geniş alandaki faaliyetlerini denetlemek üzere donatıldığı açıktır. **Conseil d'Etat**, çok özel bir gözlem merkezine oturtulmuştur ve bu durum, koruma kültürü olarak adlandırılan şeyin nasıl özenle hazırlandığını gösterir.

Günden güne bütün uzmanlık alanlarına ve Parlamentodaki ilk hukuk kurulundan uygulama tedbirlerine kadar uzanan devamlı bir denetleme sürecinde **Conseil d'Etat**, hukukilik konusunda bir kontrol yürütme ve yapmada idareyi gözlemler.

Bu ayrıcalıklı bakış açısından kendimi, atlantik üzerinden gelen alçak basınç alanına işaret eden ve onun bir ülkeden diğerine erişeceğini bilen televizyonlardaki tanıdık bir hava tahmincisi gibi hissediyorum. Fransa'da bir hava tahmincisi olarak, ülkelerimizden birinde bu noktadan gözlenen şeyin, bir hukuk kuralının farklı hukuki durumlara uygulanması halinde bile diğer ülkeler için bir değere sahip olduğu konusunda ikna oldum.

İdari usulü ve maddi hukuku ilgilendiren birkaç gözlem yapmak istiyorum. Demokrasilerimizde, özel bir konu üzerinde karar verilmeden önce, kamunun, idareye daha iyi erişmesine olanak tanıyan yaygın ve meşru bir eğilim vardır. Fransız geleneğinde bir şekilde gözardı edilmiş olan bu eğilim, Fransa'yı beklenenden çok daha büyük ölçüde etkilemiştir. Şimdi biz kamu soruşturmasını iyi bir şekilde kullanıyoruz. Mevzuatın hazırlık işlemi gerektirmediği herhangi yeni bir müdahale alanı (örneğin, su, çöp vb. hakkında yasa yapma) bulmak zordur. Şimdiye kadar bu düzenleme tamamıyla tatmin edici görünmektedir. Fakat, birkaç ayda bir daha detaylı belgeler verilmesini, ekolojik ve çevresel etkilerin tam olarak şu ya da bu biçimde tanımlanmasını istemek yerinde olur mu? Kural olarak, eğer idare toplumun baskısı altında olursa, usullere yeni bir adım daha ilave etmeyi yasalaştıracak veya düzenleyecektir.

Ayrı olarak ele alındığında, problemi çözmeye yönelik bu girişimler ilginçtir. Genel bir eğilim olarak gözlemlendiğinde, aşırı şekilde danışmada bulunmanın bir bedeli vardır. Kararlar gecikmeye meyilli olur. Mahkeme önüne getirilen önemsiz bir kuralı katı şekilde uygulama usullerinin ayrıntısında varolan kusurları sevindirir. Bunun gibi daha çok gecikmelere sebep olunur. Sonuç olarak, danışmaya engel getirmek uyumsuzluğu çözme gereğini ortadan kaldırmayacaktır.

Diğer bir belirti farklı nitelikteki hukuk kurallarının çoğalmasıyla yaratılan durumdur. İdarenin denetim altına alınması giderek daha karmaşık gözükmektedir. **Conseil d'Etat**'daki Raportörler, artık kalemlerini ve yazım programlarını, etkileyici ve zarif hukuk kuralı yapımında kullanamadıklarını mutsuz bir şekilde dile getirmektedir. Onlar daima daha fazla bilgi için madde X'e atıfta bulunmakta ya da madde Z'yi değiştirmektedirler. Metinlerin çokluğu bugün bir handicap haline gelmiştir. Bu bizim alfabeyi niçin yeniden keşfediyor olduğumuzu açıklar: Metinlerin okunaklı, açık olması, birbirine zıt kuralları tanımlaması ve işe yaramaz materyali kesip atması bakımından önemlidir. Bu bağlamda kodifikasyon usulü yeni bir kabul görmüştür. Bu çalışma, doğrudan **Conseil d'Etat**'ya yetki verilmemekle birlikte, hukuk kuralları ve düzenlemeler mode-

lini tekrar gözden geçirme sürecinde olan bir hükümet komisyonu nezdinde, **Conseil d'Etat**'nın çok saygın bir üyesinin başkan yardımcılığı altında yürütülmektedir. Çalışma, özde bir değişme olmaksızın, sistemli bir tarzda, var olan hukukun geçerliğini, tekrar teyit etmek amacıyla yapılmaktadır. Bu yolla, "kanun projesi" (**projets de loi**) şeklinde özenle hazırlanan dokümanlar, Parlamento tarafından kabul edilmeden önce **Conseil d'Etat**'nın önüne gelecektir.

AVRUPA HUKUKU

Bu tür kurallar kabul edilebilir olmasına ve her geçen gün kabul edilmesine rağmen, bu nitelikteki kanunlaştırmalarda bugüne kadar topluluk hukukunu kapsam içerisine almaya teşebbüs edilmemiştir. Bu, bizim hava fotoğrafımız içinde milli hukuku ve topluluk hukukunu bütünleştirmemizi zorunlu kılmaktadır. Konu, Fransa'nın yazılı hukuk geleneği dolayısıyla büyük önem taşımaktadır. Zorluklar, ne yabancı hukuk kavramlarını özümsemedeki yetersizlikten ne de -nadiren- idarenin Brüksel'de müzakere konusu yapılması gereken şeyi ihlal etmeye meyilli olmasından kaynaklanmaktadır. Günden güne biz Andlaşmanın amaçlarıyla çelişen uygulamaları ortadan kaldırma gerçeği ile yüz yüze kalıyoruz. Milli hukuku ve düzenlemeleri değiştirmek ve daha sık ve daha çok düzenleme yapmak zorundasınız. Avrupa Topluluğunun yetkisinin global olmayıp bölgesel olması gerçeği, gerekli yeni kuralların geleneksel mevzuatı etkileyeceği anlamına gelmektedir.

Görünüşte, sınırlı amaçlı çevresel bir direktif bile, birkaç farklı bakanlığın yetki alanına ilişkin olabilir. İyi idarenin, örneğin sadece resmi olarak yayımlanmış normların uygulanması gerektiği gibi basit bir ilkesi bile, Avrupadaki ortaklarımız tarafından mutlak olarak kabul edilmiş değildir. Bu durumda, "Resmi Gazete" mizin (**journal officiel**) yerine neyi ikame etmemiz gerektiği konusunda yapmış olduğumuz çalışmalar boşuna olacaktır.

Topluluk hukukunu, "kamu hizmeti" (**public service**) kavramımız içerisine oturtmaya çalıştığımızda, hayal gücümüze yönelen itirazlar daha da artmaktadır. Fransız idare hukuku ile ilgilenen herkes, bizim "kamu" faaliyetleri alanı tanımımızdan memnundur. Bu tanım idare hukukuna bir köşetaşı olarak hizmet etmiştir. Bu tanıma, idarenin geleneksel alanını belirlemek veya geniş çaplı kamu hizmetlerine kendi faaliyetleri için bir çerçeve oluşturmak üzere yasama organımız tarafından sürekli olarak başvurulmuştur. Burada alışılmış olmayan bir durumla karşılaşılıyor. Fransa'da Parlamento demiryollarını, postaneyi veya elektrik üretimini kamu hizmeti olarak sınıflandırmışken, bugün biz hizmetlerin çok farklı bir tanımını şimdiden düşünmek zorundayız. Tren taşımacılığı hizmetini demiryolundan (raydan) ayırdığımızda, bunların her biri ayrı bir kamu hizmeti mi olacaktır? Posta dağıtma kavramını belli ağırlıktaki mektupların dağıtılmasına mı indirgemeliyiz? Yeni tanımları tecrübe ediyoruz ve tuhaf hukuk melezlerinin doğduğuna tanıklık ediyoruz.

TEMEL HAKLAR

Köklü bir demokrasi olarak Fransa, özgürlükler alanındaki genel ilkelere övünçle başvurur. Bunlar Fransa'nın geleneklerine yerleştirilmiştir. Bu yüzden bir mahkeme olarak işleyişinde **Conseil d'Etat**, yasa tarafından açıkça belirtilmemiş olsa bile idarenin bu tür genel ilkelere uymak zorunda olduğuna karar vermiştir. Yasaların Parlamento tarafından yürürlüğe konulmasından önce bu tür ilkelere uygunluğunun gözden geçirilmesi, Anayasa Konseyinin (**Constitutional Council**) lehine bir adımdır. Ülkemizin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini uzun süre geciktirerek onaylamasını memnuniyetle karşıladık.

Ancak bu, genel ilkelerin çeşitli mahkemelerde veya durumlar açıklandığı anlamına gelmektedir. Tutarsızlık veya çelişkileri, ya da ilkelere referanslardaki karışıklığı önlemek, bu göreve iştirak eden herkesin sorumluluğundadır. Bu, etik alanında şahit olunan gelişmelerde olduğu gibi, modern toplumların yeni ilkeleri çok istemeleri yoluyla daha kolay yapılamaz. Temel hakların tanımında yarışmak kesinlikle mantıklı değildir ve bir kişi, özgürlükler alanında başkalarınınca özenle hazırlanan şeyler için bilgi, saygı ve duyarlılık zenginliği beklemelidir.

KARŞILIKLI İLİŞKİLER

Bu gözlemler ve diğer alanlardaki benzer tespitler bizi idare hukukunda önleyici fonksiyonların geniş bir alana yayıldığı inancına sevk etmektedir. Bütün insanoğlu türleri gibi, bu alandaki hukuk kuralı, kendisine ait bir yaşama sahiptir. Güzel ve köklü bir bahçede bile aşırı büyümüş çalılar ve birbirine karışmış kökler olabilir. Hukukilik, gereksiz tekrarlar içeren normları, çelişkilerin kabulünü, dildeki karmaşayı, başarısız bir müzakeredeki ödünleri, mahkemeye başvurma (dava açma) konusunda gereğinden fazla güveni önleyebilir.

Fransız **Conseil d'Etat**'sının bütün bu problemleri ve bir önleme teorisini çözmeye yönelik bir yanıtı bulunmamaktadır. Fakat bazı değerler ona miras olarak kalmıştır. Bu değerlerden biri, iki hususta devamlılıktır. Bunlar, yıllarca süregelen uzun bir gelenek ve belli bir aşamadan üstün bir norm ya da kuralı uygulanabilir hale getirinceye kadar özenle hazırlama konusundaki devamlılıktır. **Conseil d'Etat**, idari işlemlerin bütün farklı ve özellik arzeden çeşitlerini denetlemek konumundadır. Bugüne kadar üzerinde tartışma olmayan metinlerle ilgilenirken, mahkemeye başvurmada ortaya çıkabilecek problemleri öngörebilmektedir. Son fakat aynı derecede önemli olarak, **Conseil d'Etat** ulusal kurumların ağında bir şekilde ihtiyatlı fakat merkezi bir yer tutar ve bundan özel bir sorumluluk duygusu üzerine alır.

Hükümet, idare mahkemelerinin yargılama fonksiyonu, Anayasal Konseyi, Avrupa kurumları, Parlamento ve son olarak da toplumla ilgileniyoruz. Hükümetle olan ilişki iyi tesis edilmiştir. İdare, **Conseil d'Etat**'nın tavsiyelerine uy-

makla yükümlü değildir. Bununla birlikte idare sıklıkla bu tavsiyelere uyar. Hükümetin Genel Sekreteriyasında 9 ayı aşan bir sürede yapılan örnek bir çalışma ve 420 kararname (**décrets**), 399 olayda tavsiyelere tamamen uyulduğunu ve diğer 21 olayda tavsiyelere kısmen uyulduğunu göstermiştir⁴. **Conseil d'Etat**'ya danışmanın zorunlu olduğu durumlarda hükümet, eğer danışma aşamasını ihmal ederse (atlarsa) yetki aşımında (**ultra vires**) bulunmuş sayılır. Bu nitelikteki istatistikler, danışmanın nihai sonucunun geniş ölçüde **Conseil d'Etat**'ya bağlı olduğu birçok olayın gerçek resmini vermeyebilir. İlişkinin diğer bir ilginç yanı, bir kararı incelerken hukukiliğin katı sınırlarının dışına taşma ihtimaline ve gerekli ihtiyatla hükümetin aktüel somut kararına katkıda bulunmaktır.

Güzel bir örnek kamu hizmetleri alanında, işin yararı hakkında bir yargıç tarafından uygulanan kontrol ile idari dairece uygulanan kontrol arasındaki nüanslarda bulunur. İdari yargıç, belli bir durumda bir işin (örneğin bir otoyol), avantaj ve dezavantajlarının tatmin edici bir dengesinin –maliyet - kar analizi- kurulup kurulmadığını kontrol edecektir. Yargıç, izlenecek yolun rota seçimini tartışmayabilir. Aynı işi inceleyen idari daire ise, idare tarafından önerilenden daha tatmin edici bir başka yol rotası önerebilir. Bu sağlıklı ilişkinin göstergelerinden birisi, tavsiye istemeye başvuran idare sayısındaki artıştır. Tavsiye verildiğinde hükümet bunun kendisinde kalmasına hak kazanırken, idarece kamuya yapılan açıklamalarda görüşlerimize her geçen gün artan bir şekilde atıfta bulunulduğunu gözlemliyoruz.

İkinci olarak, danışman olarak **Conseil d'Etat**, yargıçla çok açık bir ilişkiye sahip olması nedeniyle idare için de etkilidir. Burada bir türlü esas konuya girmemek söz konusu değil. **Conseil d'Etat**'nın bir iş hakkında tavsiyede bulunmasından sonra, bu tavsiyeye aykırı olarak yapılan bir işlem, **Conseil d'Etat** veya yargılama yetkisine sahip herhangi bir idare mahkemesi tarafından iptal edilebilir. Bu bir kuraldır ve aynı zamanda bir gerçektir. Bu durum sadece kabul edilebilir olmakla kalmaz; hukuka aykırılık sebeplerini belirlemede çok titiz olmayı en iyi şekilde teşvik eder. Çünkü **Conseil d'Etat** danışman olarak saygı duyulan yargısal denetim kılıcını harekete geçirebilir.

Yargıç olarak görev yaptığımızda ve hukukilik labirentinde her bir noktaya aşına olduğunuzda, hukuka aykırılıkları önlemenin o kadar da kolay olmadığını farkına varmak ilginçtir. Bir örnek verebilirim. Fransa'da planlama izninin, kendi sınırları içerisindeki taşınmaz kullanımını belirleme yetkisine sahip yerel otoritelerce verildiği bir sisteme sahibiz. Fakat içtihat hukukumuzda göre bu planlar, daha genel projede hükümlerle veya daha yüksek düzeyde yapılan plan hükümleriyle, bazen de bölgesel ve Paris (**Île-de-France**) örneğinde olduğu gibi hükümet tarafından onaylanmış planlarla (uygun değil) uyumlu olmalıdır. Şimdi

⁴ Bernard Stirn Le Conseil d'Etat, 1994.

biz davayı çözerken uyumlu gözüken şeye karar vermede eski ve deneyimli öğretilerimiz. Ülkenin bir köşesine uygulanan kurallar hiyerarşisini yorumlamak kolaydır. Fakat, Paris (**Île-de-France**) için genel bir plan hazırlamaya yardım etme konumunda olduğunuzda ve size, “harita üzerindeki belirli bir alanda şehir gelişmesindeki öncelik için bir bölge belirlemek doğru mudur?” diye sorulduğunda zorlukları görebilirsiniz. Eğer plan çok belirsizse bu faydasız olacaktır. Eğer plan haritayla uygunluk içerisinde ise, “Belediye Başkanı” (**Maire**) belediye'deki şehir bölgelerini belirlemede takdir yetkisini kullanabilecek midir? sorusu sorulabilir. Bu durum, niçin idari yargıçların idarenin deneyimlerinden çok fazla uzaklaşmadığı bir sistemle yaşamayı sürdürmek zorunda olduğuna inandığımızı gösterir. Bu zorunluluk, idare mahkemelerinin oldukça yeni bir hukuk kuralı uyarınca sahip oldukları yeni yetkileri uygulamaya başladıklarında daha fazla ortaya çıkacaktır⁵. Gelecekte, karardan sonra eğer ilgili kamu otoritesinin bu kararı tamamıyla etkin kılmak için bazı doğru adımlar atmak zorunluluğu ortaya çıkarsa, yargıç gerekli emri verme hakkına sahip olacaktır. Bu durum yargıcın, öncekinden daha fazla aktif idarenin sorumluluklarıyla içli dışlı olacağı anlamına gelmektedir.

Problemlerden biri, yargısal denetimin merkezden uzaklaşması sağlandığında, bu uzaklaşmanın bizim tavsiye fonksiyonumuzu nasıl etkileyebileceğidir. Anayasa Konseyi ile olan ilişkiler, çelişki ve tutarsızlıktan kaçınma konusundaki ortak bir arzuya bağlıdır. Bu, binalarımızın fiziksel yakınlığı ile kolay hale gelir. Her iki kurum, bütün kanun tasarılarının (**projets de loi**) **Conseil d'État** tarafından gözden geçirilmesini, önlemenin temel bir esası olarak görmeye başlamıştır. Bu durum, sadece Anayasa Konseyine havale edilebilecekler değil, bütün hukuk kuralları için Anayasa Konseyi yargıcının görüşünün ne olabileceğini önceden bir canlandırma demektir. **Conseil d'État**, sadece Anayasa Konseyinin benzer durumlardaki yorumunu bilmek zorunda değil, aynı zamanda prensiplerin bir yorum alanı tanıdığı yeni durumlarda veya prensipler formüle etmenin gerektiği hallerde kendi hayal gücünü de kullanmak durumundadır. Örneğin, son zamanlardaki bir metin **Conseil d'État**'yi, geleneksel kamu malı rejiminin (Bunlar kökleri 16. yüzyıla kadar dayanan prensiplerdir. Bu prensipler sayesinde kamu malı, kamu hizmeti ile irtibatlandırıldığında herhangi bir yolla başkasına devredilemeyecektir) temellerinin Anayasa'da bulunup bulunmadığını düşünmeye sevketti. **Conseil d'État**, kamu malı üzerinde faaliyet gösteren özel teşebbüslerin, ruhsatları belli bir süreyle sınırlı olmak koşuluyla, kabul edilen tasarruf hakları süresince bazı hakları elinde bulundurmalarına izin veren bir hukuk kuralını tavsiye etmiştir. Hükümet, bu zaman limitini **Conseil d'État**'nin tavsiyesi

⁵ Loi No. 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative: art. 62, journal officiel, February 9, 1995.

hilafına uzatmaya çalışmıştır. Ancak nihayetinde Anayasa Konseyi, **Conseil d'Etat**'nın bu konudaki Anayasal analizini uygun bulmuştur.

Bioetikler konusunda bizi önemli yeni hukuk kuralları koymaya iten teşebbüslerden alınacak dersler de vardır. **Conseil d'Etat**'nın rapor etme fonksiyonu sırasında hazırladığı bir rapor, kuralları hukuki şekilde ortaya koymanın ve insan vücudunun ticari alanın dışında bulunduğunu özellikle kabul etmenin zorunlu olduğu sonucuna varmıştır. Bu husus doğal olarak **Conseil d'Etat** tarafından, önerilen yasaları inceleme fonksiyonu sırasında uygun bulunmuştur ve Anayasa Konseyi, bu gibi bütün konularda insan onurunun korunması gerektiği düşüncesiyle, genel prensibin tam ve doğru bir yorumunun yapıldığına karar vermiştir.

Topluluk hukuku ile ilgili konularda bile yeni bir duruma adapte olmak, çok daha zor olmakla birlikte önemlidir. Bu durumda kurallar, Komisyon içerisinde özenle hazırlanır ve gerçekte diplomatik uygulama alanına taşınmadan önce farklı ülkelerdeki idareler tarafından müzakere edilir. Bu özenli hazırlama sırasında **Conseil d'Etat** hiçbir görüş belirtmemiş; idarenin, denetimine hiç tabi olmamış üstün normlarla bağlı bulunan **Conseil d'Etat**'ya başvurması halinde, **Conseil d'Etat** bunu, geleneksel rolünün giderek zayıfladığı veya kaldırıldığı şeklinde yorumlamamıştır.

“İdari daireler” (**sections administratives**), topluluk hukukunu uygulama konusunda rol oynamalarının çok önemli olduğuna dikkat çekmektedir. Örneğin idari daireler, müdahalenin yerinde olduğu zamanlarda, ilgili topluluk organlarına danışılncaya kadar, sürekli olarak kendi fikirlerini belirtmekten kaçınmışlardır. Lakin **Conseil d'Etat** da, Anayasa'da, Maastricht Andlaşmasının onaylanmasının zorunlu kıldığı çeşitli değişiklikler konusunda bir hareket başlatmıştır. Anayasanın değiştirilen 88-4. maddesi, yasa yapılması konusunda Avrupa Komisyonu tarafından Bakanlar Konseyine yapılan bir teklifin, bilgi edinilmesi amacıyla milli Parlamente'ya gönderilmesi gerektiğini belirtir. Parlamente'nun bu denetimi Fransız Anayasasında, yasama organı ile ilgili konular ve hükümet ile ilgili konular arasında çok özel bir ayrımın içerisine yerleştirilmiştir. Yasama ile ilgili konular doğru bir kategori olarak belirlenmiştir. **Conseil d'Etat**'nın “idari daireleri” (**sections administratives**) Avrupa Komisyonundan gelen belgelerden hangilerinin yasamayla ilgili olduğunu ve Parlamente'ya havale edilmesi gerektiğini makul bir süratle halledebileceğini başarıyla göstermiştir.

Bu görev, iki yıldır yapılmakta ve Eylül 1992'den beri 1274 metin incelenmiş bulunmaktadır. Bu niçin görevlerimize yapılan önemli bir ilavedir? Çünkü **Conseil d'Etat**, bir normun yapılmasının ilk aşamasında bir kez daha bilgilendirilmeye devam edilir. Şimdi biz, bu önerilerin milli hukukta değişikliklere yolaçabileceğini yasama organının bilmesini sağlayabilmekteyiz. Bir teklifte birtakım hukuki problemler tespit ettiğimizde, ilgili idarenin konuyu araştırmasını sağlama ve Bakana uyarı mektubu gönderme görevini üzerimize almış bulunuyoruz.

Conseil d'Etat'nın bu müdahalesi daha şimdiden çok faydalı sonuçlar vermeye başlamıştır. **Conseil d'Etat**'nin çalışanlarını topluluk meselelerinde güncel tutmak ekonomik bir yoldur. Bu yol idarenin, müzakere yoluyla kabul edilmiş bir metinle bağlı olmasından önce, uluslararası çelişkileri ve tutarsızlıkları çözmesine yardım eder. Bu durum Parlamentonun, hukuk kuralı koyma işinin, şimdi müzakere işlevi sayesinde paylaşıldığı gerçeği konusundaki bilincini artırır. (1274 metinden 384'ü Parlamentonun ilgisini gerektiren konuları içermiştir).

Hava tahmincisine, şimdi topluluk hukukunu gözlemleyebileceği bir görev verilmiştir. Umuyoruz ki, gelecekteki bir zamanda anlam veremeyebileceğimiz bir biçimde birileri, Fransız **Conseil d'Etat**'sının deneyimine tepki göstermeyi düşünecek ve topluluk düzeyinde birtakım hukuki ve birleştirilmiş denetleme usullerinin düzenlenmesini önerecektir. Bu hissi rica, Fransız Teknokrasisinin kendi metodlarını dayatmak üzere yapılmış bir hareket olarak yorumlanmamalıdır. Bu, tecrübeden ve önümüzdeki zorlukları sezmekten doğmaktadır.

Burada **Conseil d'Etat**'nin tavsiyesi ilk defa Parlamento'ya doğrudan bir fayda sağlamaktadır. **Conseil d'Etat**'ya, sonuncu fakat diğerleri kadar önemli bir itiraz, hükümete tavsiyede bulunmak ile yetinmeli mi yoksa yetinmemeli mi konusunda bir karar vermeye ilişkindir. Bu durumun sakıncaları, **Conseil d'Etat**'nin zaten daha önceden dikkatlice incelediği bir hukuk kuralının, Parlamento'daki tartışmaları sırasında yapılan değişiklikler hakkında söz söyleme hakkı olmadığı; görüşünün gizliliğini korumak zorunda olduğunda; halk veya Parlamento'nun **Conseil d'Etat**'nin incelemesinin çok yardımcı olacağı hususunu kamuoyu tartışmalarının ortaya çıkardığında; **Conseil d'Etat**'nin gizli tavsiyesinin hükümet tarafından siyasi tartışmalarda kullanıldığında ortaya çıkar.

Bunun için, süreç içerisinde yer alan ve hepsi gelenekçi olmayan birçok aktör şu yanıtı verir: İdare, eğer onların uzmanlığını diğerleriyle paylaşmak zorunda olmaz ise, ancak kendi danışmanlarına güvenecektir. Ayrıca, işlemlerini aynı zamanda iptal etme hakkımızın da bulunduğu yürütmenin adımları üzerine kendi ayaklarımızı koymak idareyi etkilemede en iyi yoldur. Biz, gece geç saatlerdeki Parlamento tartışmaları kadar etkili olamazdık ve görüşümüze, doğrudan doğruya siyasi tartışmaların lehinde ve aleyhindekiler olarak başvurulmuş olsaydı, olmamız gerektiği kadar bağımsız olamazdık. Bizim perde arkasındaki geleneksel rolümüzün destekçileri ve açıklık savunucuları sayesinde görüşlerimizin kamuoyunda yaygınlık kazanması üzerine yine aynı tartışma ortaya çıkar. Burada yine **Conseil d'Etat**, aşırı şekilde kışkırtıcı olmaksızın sınırları değiştirmeye yönelmiştir.

Yıllık raporlar, hükümetle olan görüş ayrılıkları konusunda gittikçe daha açık hale gelmekte ve sorunun sahibinin bir itirazının bulunup bulunmadığı idare tarafından kontrol edildikten sonra, sorulara verilen bütün özel yanıtlar bir ek halinde yayımlanmaktadır. Açıklığa yönelik bu hareket şimdi tersine çevrilemez

ve tabii ki bu durum **Conseil d'Etat**'nın görüşlerini tartışmayı ve eleştirileri başlatabilir. Bu ve Topluluk hukukuna karşı olmaya bir yanıt bulma ihtiyacı, Parlamento komisyonunun sorularına yanıt veren veya değişim sürecine müdahale eden bir **Conseil d'Etat**'yı görmeyi arzu edenler için argümanlar üretebilir.

SONUÇ

Yukarıda bahsedilen şeylerin çoğu ancak Fransa örneğinde tam anlamıyla kavranabilir. Yargıçlar veya tavsiye verenler olarak **Conseil d'Etat** üyeleri, birer yönetici olarak aynı okulda eğitilmektedir ve onların kariyer yapılandırması, idare ve idari işlemleri denetleme hakkına sahip olan kurum arasında yakın bir ilişki olduğu anlamına gelir. Fakat bunlardan hiçbirisi, yani ne yargısal denetim ne de önleme, eğer **Conseil d'Etat** hükümetten tamamen bağımsız olarak yapılandırılmamış olsaydı işlemeyecekti.

Bununla birlikte Fransız sahnesinin dışında bir şey söylemek istiyorum. Tecrübeden hareketle konuşmak gerekirse, idareye uygulanabilir olarak hukukiliğin veya bir hukuk kuralının, karmaşık ve hassas bir yapı haline geldiğine inanıyorum. Eski demokrasilerimizdeki, Eiffel Kulesi veya Forth Road Köprüsünün yeniden boyanması veya bakımının sürdürülmesinin zorunluluğu kadar hukuka aykırılığı önlemeyi düşünmek de zorunludur.

BAŞBAKANIN HUKUKİ DURUMU VE BAŞBAKANA VEKALET

Faruk BİLİR*

I- BAŞBAKANIN HUKUKİ DURUMU

A-BAŞBAKAN

Bakanlar Kurulu, Başbakan ve bakanlardan oluşan kolektif bir karar organıdır. Ancak, Bakanlar Kurulu içinde Başbakanın özel bir siyasi liderlik mevki vardır¹. Parlâmenter rejimin doğuşunda o da diğer Bakanlar Kurulu üyeleri gibi, bir bakan konumunda iken daha sonraları kurulun önde gelen bir üyesi ve başkanı konumuna yükselmiştir. Gerçi günümüzde de Başbakan bakanların İdare Hukuku anlamında hiyerarşik amiri değildir,ama bu kurul içinde Başbakanın çok özel bir yeri vardır². Başbakanın zamanla beliren bu yeri, artık eşitler arasında birinci (primus inter pares) deyimiyile ifade edilmeyecek bir niteliğe ulaşmıştır³.

Başbakanın, Bakanlar Kurulu içindeki konumunu güçlendiren çeşitli faktörler vardır. Her şeyden önce Başbakan, Bakanlar Kurulunun başkanı olarak hükümetin genel siyasetini kendisi belirler ve bu siyasetin koordineli bir şekilde yürütülmesini kendisi gözetir. Başbakanın, Bakanlar Kurulu içindeki konumunu güçlendiren bir başka faktörde, Başbakanın, Bakanlar Kurulu üyelerini seçebilmesi yani, hükümeti oluşturma yetkisine sahip olmasıdır.

Yine Bakanlar Kurulu üyelerinin görevlerine son verilmesini Cumhurbaşkanından istemek ya da istifa ederek Bakanlar Kurulunun görevden çekilmesini sağlamak, Başbakanın Bakanlar Kurulu içindeki konumunu güçlendiren faktör-

* Yrd. Doç. Dr., S.Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

1 ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2002, s. 322-323.

2 TURHAN, Mehmet, Hükümet sistemleri ve 1982 Anayasası, Diyarbakır 1989, s. 133.

3 ERDOĞAN, Mustafa, Anayasacılık-Parlamentarizm – Silahlı Kuvvetler, Ankara 1993, s. 41.

lerdendir⁴. Ayrıca, bu faktörlere Başbakanın kişiliğinden kaynaklanan özellikleri de ekleyebiliriz. Mesela, Başbakan olan kişinin karakter yapısı, yönetme yeteneği ve siyasi tecrübesi gibi⁵ 1982 Anayasası da Bakanlar Kurulu içinde Başbakanın durumunu önemli ölçüde güçlendiren hükümlere yer vermiştir.

Anayasanın 112. maddesine göre, "Başbakan, Bakanlar Kurulunun başkanı olarak, bakanlıklar arasında işbirliğini sağlar ve hükümetin genel siyasetinin yürütülmesini gözetir." Ayrıca 1982 Anayasası, 1961 Anayasasından farklı olarak, bakanların Türkiye Büyük Millet Meclisi'nden başka, Başbakana karşı da sorumlu olduklarını belirtmiştir. (An. md. 112/2). Bu hükmün doğal sonucu olarak, 1982 Anayasası Başbakana gerekli gördüğünde bir bakanın görevden alınmasını Cumhurbaşkanından isteme yetkisi de tanımıştır (An,md.109/3). Yine 1982 Anayasası, 1961 Anayasasından farklı olarak, Başbakanın, bakanların görevlerinin Anayasaya ve kanunlara uygun olarak yerine getirilmesini gözetmek ve düzeltici önlemleri almakla yükümlü olduğunu ifade etmiştir.(An.md.112/3).

Başbakanın gerekli gördüğü zaman, Bakanlar Kurulunda görüşükten sonra T.B.M.M'den güven isteyebilme yetkisi de (An.md.111/1) Başbakanın Bakanlar Kurulu içindeki konumunu güçlendiren bir hükümdür. Çünkü, bu hükümle Bakanlar Kurulunun görevinin sona ermesi Başbakanın tutumuna bağlanmıştır⁶.

Anayasa ile getirilen bu düzenlemeleri, ortak sorumluluk ilkesini kaldıran, Başbakan ile bakanlar arasındaki ilişkiyi, İdare Hukuku anlamında bir ast-üst ilişkisi durumuna getiren bir düzenleme olarak görmemek gerekir⁷. Çünkü, gerek 1961 gerekse 1982 Anayasasına göre, Başbakan, bakanların hiyerarşik amiri değildir. Başbakan, bakanlıkların tasarruflarına karşı hiyerarşi kuvvetine dayanarak, bu tasarrufları değiştiremez ve ortadan kaldıramaz⁸.

Başbakanın, bakanların hiyerarşik anlamda amiri olması ortak sorumluluk ilkesini de zedeler. Çünkü, eğer bakanlar Başbakanın emirleri doğrultusunda hareket etmek zorunda iseler, T.B.M.M'ye karşı da sadece Başbakanın sorumlu olması gerekir. Halbuki, parlâmenter rejimlerde Bakanlar Kurulu hükümetin genel siyasetinin yürütülmesinden birlikte sorumludur⁹.

4 TANÖR, Bülent- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2002, s. 349.

5 ERDOĞAN, Anayasacılık, s. 58.

6 ERDOĞAN, Anayasacılık, s. 43.

7 GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Anayasa Hukuku, Ankara 1995, s. 215

8 TURHAN, Hükümet Sistemleri, s. 129

9 TURHAN, Hükümet Sistemleri, s. 129

1982 Anayasası ile getirilen, bakanların Başbakana karşı olan sorumluluğunu da siyasi sorumluluk olarak anlamak gerekir. Yani, Başbakanın gerekli gördüğünde bir bakanın görevine son verilmesini Cumhurbaşkanından isteyebilmesidir¹⁰.

Getirilen bu düzenlemelerin, Başbakanın, Bakanlar Kurulu içindeki durumunu önemli ölçüde güçlendirmiş olduğu bir gerçektir. Bu düzenlemeler, Başbakanı artık "eşitler arasında birinci" durumundan çıkarıp, çağdaş parlamenter rejimlerin gelişimine uygun olarak Bakanlar Kurulunun gerçek lideri durumuna getirmiştir¹¹. Ayrıca, Başbakanı güçlendirici bu düzenlemeler, Bakanlar Kurulunun görevini uyum içinde ve hukuka uygun olarak yerine getirmesine yönelik düzenlemelerdir.

B- BAŞBAKANIN GÖREVE ATANMASI

1982 Anayasasına göre, Başbakan, Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. Anayasanın 109. maddesine göre, "Başbakan, Cumhurbaşkanınca, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri arasından atanır." Yani Anayasamıza göre başbakanın milletvekili olması zorunludur. Bunun aksine bir düzenleme, parlamenter sistemden bir sapma olarak değerlendirilebilmektedir. Parlamenter hükümet sistemi, yürütme iktidarının yasama iktidarından kaynaklandığı ve ona karşı sorumlu olduğu bir hükümet sistemidir. Parlamenter hükümet sisteminde, hükümetin başı olan başbakan yasama organı içinden seçilir. Yani başbakanın yasama organı üyesi olması parlamenter sistemin bir özelliğidir¹². Bunun aksine bir düzenlemede başbakan, halk tarafından seçilmemiş bir kişi olacağı için, sorumluluk ilkesini de zedeler. Çünkü, halk tarafından seçilmeyen bir kişinin, temsil meşruiyetine sahip olması düşünülemez. Başka bir ifadeyle, temsil yetkisi almamış kişilere hükümette yer verilmesi, pek parlamenter sistem mantığı ile bağdaşır gözükmemektedir. Partiler demokrasisinin parlamenter rejimde işlerliği, seçmenin kendisini yönetenleri siyasi bakımdan sorumlu tutabilmesini gerektirir. Bu da başbakanın meclisten olmasını zorunlu kılmaktadır¹³.

10 ERDOĞAN, Anayasacılık, s. 42

11 ÖZBUDUN, s. 335-336. Yazar bu düzenlemeleri klasik parlamenterizmden bir sapma olarak değil, "rasyonelleştirilmiş parlamenterizm" yönünde bir gelişme olarak görmektedir.

12 ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Konya 2002, s. 154-155.

13 YAVUZ, K. Haluk, Türkiye'de Siyasal Sistem Arayışı ve Yürütmenin Güçlendirilmesi, Ankara 2000, s. 490-491.

Belirtmek gerekir ki, böyle bir düzenleme, seçimler sonrasında, hiçbir parti- nin tek başına mecliste çoğunluğu sağlayamadığı durumlarda, koalisyon hükü- metlerinin kurulmasında daha da zararlı sonuçlar verebilecektir. Şöyle ki, parti- ler arasında koalisyon hükümeti kurulması aşamasında bir anlaşmazlık olduğu durumlarda, meclis dışından başbakan atanması yoluna gidilebilecektir. Böyle bir durum ise, partiler üstü başbakan atanmasına sebep olacaktır.

Parlamente rejimde bakanların dahi, meclis dışından atanması istisna teşkil etmektedir. Parlamente rejimde kural bakanların parlamente olmasıdır. Parlamente sistemlerde, bakanlar genellikle ve çoğunlukla seçilmiş parlamen- terlerdir¹⁴. Bu durum parlamente rejimin işleyişinde fiili zorunluluğun sonucu- dur. Yasama organına karşı sorumluluk kuralı bunlar içinde geçerlidir¹⁵. Seçim- den çıkmış bir parlamentoya karşı sorumlu bir hükümet olarak tanımlanabilecek olan ve Anayasamızca da benimsenen parlamente sistem geleneği de, seçmen- lerden temsil yetkisi almamış kişilerin başbakan ve bakan olmasına esas olarak yabancıdır.

Anayasamız, 109. maddesinde Başbakanın T.B.M.M üyeleri arasından ata- nacağını belirtmekle yetinmiş, Başbakan olarak atanacak kişiyle ilgili olarak başka herhangi bir kurala yer vermemiştir¹⁶.

Acaba Cumhurbaşkanı'nın, Başbakanı seçme ve atama yetkisi sınırsız mıdır? Yani, Cumhurbaşkanı istediği bir milletvekilini Başbakan olarak atayabilir mi? Herşeyden önce şunu belirtelim ki, Cumhurbaşkanı'nın Başbakanı seçme ve atama yetkisi sınırsız değildir¹⁷. Çünkü, kurulan Bakanlar Kurulunun, Türkiye Büyük Millet Meclisinden güven oyu alması zorunluluğu, Cumhurbaşkanı'nın ancak, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde çoğunluğun güvenini sağlayacak bir kişiyi Başbakan olarak atayabileceği anlamına gelir. Cumhurbaşkanı buna hu- kuken değilse de, fiilen mecburdur¹⁸. Aksi halde, yani Cumhurbaşkanı'nın atadı- ğı Başbakanın Meclis'te güven oyu alamaması, Cumhurbaşkanlığı makamının tarafsızlık niteliğine zarar verebileceği gibi, otoritesi de sarsılabilir¹⁹. Ayrıca bu durum bir siyasi krize de yol açabilir.

14 ERDOĞAN, Anayasacılık, s. 30.

15 ERDOĞAN, Anayasacılık, s. 32.

16 ERDOĞAN, Mustafa, 1982 T.C. Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı'nın Hukuki Duru- mu, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara 1987, s. 99.

17 ÖZER, Attila, Batı Demokrasilerinde ve Türkiye'de Hükümetin Kuruluş Yöntemleri, Ankara 1981, s. 142.

18 ÖZER, s. 142; ARMAĞAN, Servet, 1961 Anayasası ve Bakanlar Kurulu, İstanbul 1978, s. 33; TURHAN, Hükümet Sistemleri, s. 126.

19 TURHAN, Hükümet Sistemleri, s. 126.

Cumhurbaşkanının, Başbakanı belirleme yetkisi çeşitli durumlarda ortaya çıkabilir. Örneğin, genel seçimler sonucunda, bir parti tek başına mecliste çoğunluğu sağlamış olabilir. Ya da partilerden hiç biri tek başına mecliste çoğunluğu sağlayamaz, bu nedenle ya bir koalisyon hükümetinin kurulması ya da muhalefetin desteğiyle bir azınlık hükümeti kurulması gündeme gelebilir.

Genel seçimlerden sonra, bir partinin tek başına Millet Meclisi'nde üye sayısı bakımından salt çoğunluğu elde etmesi halinde, Cumhurbaşkanının hükümeti kurma görevini bu partinin genel başkanına vermesi gerekir²⁰. Yukarıda belirttiğimiz gibi, hukuken Cumhurbaşkanı, Meclis'te çoğunluğu sağlayan partinin başkanı yerine, bir başka partinin başkanına da bu görevi verebilir²¹. Ancak, Cumhurbaşkanının görevlendirdiği, Başbakanın kurduğu Bakanlar Kurulunun Meclis'te güven oyu alamaması, Cumhurbaşkanlığı makamının otoritesini sarsabilir ve bu durum bir anayasa bunalımına sebep olabilir²². Millet Meclisi'nde tek başına çoğunluğu sağlamış partinin başkanına hükümeti kurma görevinin verilmesi, aynı zamanda Cumhurbaşkanının tarafsızlığının da gereğidir²³.

Ancak, ülkemizde zaman zaman bu söylediğimiz kurala uygun davranılmamıştır. Bu duruma gerekçe olarak, ülkenin içinde bulunduğu olağanüstü şartlar gösterilmiş ve "Partiler üstü Hükümet" kurma yoluna gidilmiştir²⁴. Bizce de, "Partiler Üstü Hükümet" modelleri, Millet Meclisi'ndeki çoğunluğun istekleri dışında hareket etmektedir. Oysa, parlamenter rejimde, parlamento çoğunluğun istekleri dışında bir hükümet kurulamaz²⁵. Nitekim, ülkemizde 12 Mart 1971 Muhtırasından sonra AP Millet Meclisi'nde çoğunlukta olduğu halde, hükümeti kurma görevi, bu partinin liderine verilmemiştir. Cumhurbaşkanı bu görevi AP'li olmayan milletvekiline vermiştir²⁶.

Millet Meclisi'nde hiç bir parti tek başına çoğunluğu sağlayamamış ise, hükümetin kurulması açısından, bu gibi hallerde görevin kime verilmesi gerektiği konusunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

20 ÖZER, s. 142; TURHAN, Mehmet, Siyaset ve Anayasa, Ankara 1995, s.284; ARMAĞAN, 33.

21 GÖZLER, Kemal, Devlet Başkanları, (Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi), Bursa 2001, s. 169.

22 ÖZBUDUN, s. 322.

23 ERDOĞAN, Cumhurbaşkanı, s. 100.

24 ÖZER., s. 143; ARMAĞAN, s. 33-34.

25 TURHAN, Siyaset, s. 287; ÖZER, s. 143.

26 ARMAĞAN, s. 33-34.

Bir görüşe göre, bu gibi durumlarda Cumhurbaşkanına kısmen serbesti tanınmıştır. Cumhurbaşkanı mecliste en çok milletvekiline sahip olan ancak çoğunluğu sağlayamamış olan parti liderini, Başbakan olarak atamak zorunda değildir. Eğer partiler etrafında toplanarak çoğunluğu sağlamış iseler, Cumhurbaşkanı partilerin üzerinde anlaştığı kişiyi Başbakan olarak atamak zorundadır²⁷.

Bir başka görüş, Cumhurbaşkanının en çok oy alan partinin liderini değil, mecliste güven oyu alabilecek bir kimseyi Başbakan olarak atamasının maksada daha uygun olacağı yönündedir²⁸.

Bu konuda bir diğer görüş ise, Cumhurbaşkanının, tarafsızlık ilkesine uygun davranarak, ilk olarak en çok milletvekiline sahip parti liderini hükümeti kurmakla görevlendirmelidir. Cumhurbaşkanının öncelikle meclis aritmetiğini göz önüne alması, daha sonra diğer seçeneklere yönelmesi gerekir. Eğer en çok milletvekiline sahip parti lideri hükümeti kuramayacağını biliyorsa, görevi kabul etmemesi gerekir²⁹.

Bizce de, Cumhurbaşkanı, en çok milletvekiline sahip olan ancak çoğunluğu sağlayamayan partinin genel başkanını Başbakan olarak atamak zorunda değildir. Yani bu konuda Cumhurbaşkanı'nın seçim hakkı vardır³⁰. Ancak en çok milletvekiline sahip partinin, mecliste çoğunluğun güvenini sağlayabileceği ihtimali var ise, öncelikle görevinin bu partiye verilmesi parlamenter rejimin kurallarına daha uygun olacaktır³¹. Bu konuda önemli olan hükümeti kurmakla görevlendirilen kimsenin oluşturduğu Bakanlar Kurulunun Millet Meclisinden güven oyu alabilmesidir.

Ayrıca, günümüz partiler demokrasisinde, bu milletvekilinin, mecliste çoğunluğu sağlayan partinin genel başkanı olması gerekir. Her ne kadar, Cumhurbaşkanı'nın çoğunluk partisi içinden genel başkan dışındaki bir milletvekilini de başbakan olarak ataması hukuken mümkün ise de, böyle bir davranış partiler demokrasisine ters düşer. Bu durum, genel başkan seçen partili üyelerin iradesi yanında, seçimlerde o partiye oy veren seçmenlerin iradesine de karşı çıkmak demektir³².

27 ÖZER, s. 143.

28 ARMAĞAN, s. 34.

29 TURHAN, Siyaset, s. 286.

30 ÖZER, s. 143.

31 TURHAN, Siyaset, s. 286.

32 TANÖR- YÜZBAŞIOĞLU, s. 337.

C- BAŞBAKANIN GÖREV VE YETKİLERİ

Başbakanın görev ve yetkisi şunlardır³³:

Bakanları Seçmek ve Görevlerinden Alınmalarını Önermek

Bakanlar Kuruluna Başkanlık etmek

Bakanlıklar Arasında İşbirliğini Sağlamak

Bakanların Görevlerinin Yerine Getirilmesini Gözetmek

Hükümetin Genel Siyasetinin Yürütülmesini Gözetmek

Milli Güvenlik Kuruluna Katılmak

Yönetmelik Çıkarmak

D- BAŞBAKANIN GÖREVİNİN SONA ERMESİ

1. İstifa

Başbakanın belli bir hukuki zorunluluk olmadığı halde görevinden ayrılması halinde, Başbakanın görevi sona erer. Bu durumda, Başbakanı görevinden ayrılmaya zorlayan, Anayasanın öngördüğü bir sebep yoktur, ancak o kendiliğinden görevinden ayrılmaktadır³⁴.

İstifa yenilik doğurucu kişiliğe bağlı bir haktır. Bu hak tek taraflı bir irade beyanı biçiminde kullanılır. Dolayısıyla istifanın kabulüne gerek yoktur. Ancak Anayasamız, Başbakanın istifasının Cumhurbaşkanı tarafından kabul edileceğini öngörmüştür (An. md. 104/b-1). Ancak burada Cumhurbaşkanının istifayı reddetme hakkı yoktur³⁵. Cumhurbaşkanının, Başbakanın istifasını kabul etmemesi, Başbakanın görevde kalması arzusunu gösterir, bu ise hukuki olmaktan çok, siyasi bir durumdur³⁶.

Belirtmek gerekir ki, 1982 Anayasasına göre Cumhurbaşkanının, Başbakanı görevden alma yetkisi yoktur. Cumhurbaşkanının yetkileri arasında sayılan, Başbakanı atamak ve istifasını kabul etmek yetkisinden, Cumhurbaşkanının Başbakanı görevden alabileceği sonucu çıkarılamaz. Ancak, Anayasanın 109. maddesinin gerekçesi, bunun mümkün olabileceğini ifade etmektedir³⁷. Bu ge-

33 GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Bursa 2000, s. 595-596.

34 ARMAĞAN, s. 114.

35 GÖZLER, Anayasa, s. 587- 588.

36 GÖZÜBÜYÜK, s. 217.

37 ÖZBUDUN, s. 336.

rekçeye göre, "Cumhurbaşkanı, gereğinde Başbakanın ve bakanların görevine usulüne uygun olarak son verir. Hiç şüphesiz ki Cumhurbaşkanı parlamenter rejim gereği Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin güvenine haiz bir Başbakanı azledemez, o zaman çoğunlukla ihtilafa düşmüş olur, tarafsızlık niteliğini yitirir. Hüküm ender de olsa T.B.M.M.'de 105 ve 28. maddeler uyarınca güvensizlik oyu alan ve 132/1 maddesinin uygulanmasını istemeyen ve istifada etmeyen bir Başbakan düşünülerek konmuştur. Bu anda krizin tek çözüm yolu Cumhurbaşkanının, Başbakanın görevine son vermesidir." Ancak bu gerekçe artık bütünüyle anlamını yitirmiştir. Şöyle ki, Danışma Meclisi Anayasa Komisyonunun Anayasa Tasarısında, Başbakanın "usulüne uygun olarak Cumhurbaşkanınca görevine son verilebilir" ifadesi yer almaktaydı. Fakat bu ifade Danışma Meclisi tarafından madde metninden çıkarılmıştır. Yapılan bu değişiklik, Milli Güvenlik Konseyi tarafından da benimsenmiştir. Gerekçe değiştirilmediğinden, bu şekliyle Anayasamızda yer almıştır³⁸. "Ayrıca Danışma Meclisi tasarısında (md. 124) Başbakanın isteğine bağlanmış olan meclis seçimlerinin Cumhurbaşkanınca yenilenmesi yetkisi, Anayasada (md. 116) doğrudan doğruya Cumhurbaşkanına tanınmıştır. Dolayısıyla, gerekçede değinilen durumun, yani güvensizlik oyu almış bir Başbakanın ne istifa etmesi ne de Cumhurbaşkanından seçimlerin yenilenmesini istemesi halinin ortaya çıkması mümkün değildir. Böylece gerekçe, anlamını tamamen yitirmiş olmaktadır"³⁹.

Başbakan çeşitli sebeplerle görevinden ayrılabilir. Bunlar arasında sağlık sebeplerini, siyasi sebepleri ve özellikle koalisyon hükümetlerinde, koalisyon ortağı partiler arasındaki uzun süren görüş ayrılıklarını sayabiliriz⁴⁰.

2. Meclis Seçimleri

Genel seçimler sonucunda, yeni Meclisin toplanması ile Bakanlar Kurulunun ve Başbakanın görevi sona erer. Bu husus Anayasamızda düzenlenmemiştir, ancak bu parlamenter sistemin yerleşmiş bir geleneğidir⁴¹. Ülkemizdeki uygulamada bu yöndedir. Cumhurbaşkanınca seçimlerin yenilenmesine karar verilmesi halinde, Başbakanın görevi sona erer.

3. Yüce Divana Gönderme

1982 Anayasasına göre, Türkiye Büyük Millet Meclisi kararıyla Yüce Divana verilen bir bakan bakanlıktan düşer. Hakkında Meclis soruşturması açılan Başbakanın Yüce Divana sevki halinde hükümet istifa etmiş sayılır. (An. md. 113/3). 1961 Anayasası konuyla ilgili maddesinde, sadece Yüce Divan'a sevk edilen bir bakanın bakanlıktan düşeceğini belirtmekle yetinmiştir. (1961

38 TURHAN, Hükümet Sistemleri, s. 127-128.

39 ÖZBUDUN, s. 336- 337.

40 ARMAĞAN, s. 114.

41 ARMAĞAN, s. 113.

An. md. 106/3) Ancak, 1961 Anayasası döneminde de, her ne kadar Anayasada açık bir düzenleme olmamasına rağmen, Başbakanın Yüce Divan'a sevki halinde Bakanlar Kurulunun görevinin sona ereceği doktrinde kabul edilmiştir. Bu görüşe göre, "Bu madde de sadece "bakan" dan bahsetmesi böyle bir tefsire engel teşkil etmez: Başbakan da bir bakandır. İkincisi, bakan seviyesinde bir kimsenin, Yüce Divan'a sevk edilme kararından sonra bakanlıktan düşmesi istendiğine göre, Başbakanın evleviyetle aynı neticeye uğraması kabul edilmelidir"⁴²

4. Başbakanın Ölümü

Ölümü halinde Başbakanın görevi sona erer.

5. Başbakanın Milletvekilliği Görevinin Sona Ermesi

Başbakanın milletvekilliğinin sona ermesini gerektiren sebepler, Bakanlar Kurulunun da görevinin sona ermesini gerektirir. Çünkü, Anayasamıza göre, Başbakanın Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi olma zorunluluğu vardır (An. md. 109/2). Ancak Anayasamızda, milletvekilliği sona eren Başbakanın, Başbakanlık görevinin nasıl sona ereceği konusunda bir hüküm yoktur. Yukarıda belirttiğimiz gibi, Cumhurbaşkanının Başbakanı görevden alma yetkisi de yoktur. Bu konuda açık bir hüküm olmadığı gibi, pratikte de ortaya çıkan bir durum yoktur. Ancak, herhangi bir şekilde milletvekilliği sona eren Başbakanın, bu sıfatının kendiliğinden sona erdiğini söyleyebiliriz. Çünkü, Başbakan olacak kişinin milletvekili olması gerekir. Milletvekili sıfatının kaybı halinde, Başbakan olmanın zorunlu bir unsuru da ortadan kalkmış demektir.

Anayasamızda öngörülen milletvekilliğinin sona erme sebeplerini aşağıdaki gibi sıralayabiliriz⁴³ :

- a) İstifa
- b) Mahkumiyet
- c) Kısıtlanma
- d) Milletvekilliğiyle Bağdaşmayan Bir Görev Kabul Etme
- e) Meclis ,alışmalarına İzinsiz ve Özürsüz Katılmama
- f) Milletvekilinin Partisinin Kapatılmasına Sebep Olması

42 ARMAĞAN, s. 115.

43 Bu konuda geniş bilgi için bkz. BİLİR, Faruk, Türkiye'de milletvekilliği ve Milletvekilliğinin Sona Ermesi, Ankara 2001.

II- BAŞBAKANA VEKALET

Konuyu şu açılardan ele almak mümkündür. Birincisi başbakan kendi yerine geçmek üzere uzun süre bir kişiye vekalet verebilir mi? İkincisi, başbakanlığın geçici olarak boşalması durumunda Başbakana vekalet mümkün müdür? Üçüncüsü ise, başbakanlığın uzun süreli (kesin olarak) boşalması durumunda Başbakana vekalet mümkün müdür?

A- Başbakana Kısa Süreli Vekalet

Bu konuda da Anayasamızda bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bu konuda iki şekilde düşünülebilir. Birincisi bu durumda Başbakana Başbakan yardımcılarının vekalet etmesini düşünebiliriz. Çünkü, Başbakanın herhangi bir sebeple görevi başında bulunmadığı durumlarda, başbakan yardımcısı ona vekillik eder. Başbakana ait bütün yetkileri kullanabilir. 3046 Sayılı Kanunun⁴⁴ 4. maddesiyle⁴⁵, “Başbakana yardım etmek ve Bakanlar Kurulunda koordinasyonu sağlamak üzere bakanlar arasından en çok ikisi Başbakan Yardımcısı olarak görevlendirilebilir. Ayrıca Başbakana yardım etmek ve Başbakan tarafından verilecek görevleri yerine getirmek, Bakanlar Kurulunda koordinasyonu sağlamak, özel önem ve öncelik taşıyan konularda tecrübe ve bilgilerinden istifade edilmek amacıyla Başbakanın teklifi ve Cumhurbaşkanının onayı ile sayıları yirmiyi geçmemek kaydıyla Devlet Bakanları görevlendirilebilir” hükmü öngörülmüştür.

Başbakana yardım etmek ve Bakanlar Kurulunda koordinasyonu sağlamak üzere bakanlar arasından en çok ikisinin başbakan yardımcısı olarak görevlendirileceği düzenlenmiştir. Başbakan yardımcılığı kavramı ilk defa 13.9.1946 tarih ve 4951 Sayılı Kanunda (m.1/son) yer almıştır. Uzun süre kullanılmayan başbakan yardımcılığı kavramı 1961 Anayasası ile birlikte siyasi hayatımıza girmiş ve bir anayasa geleneği haline gelmiştir. Ülkemizde başbakan yardımcılığı görevi, koalisyonu teşkil eden parti veya partilerin genel başkanları tarafından yerine getirilmektedir. Başbakan yardımcısı aynı zamanda devlet bakanıdır⁴⁶.

44 Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında 174 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 13/12/1983 Gün ve 174 Sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Kaldırılması ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında 202 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun, Kabul Tarihi:27.9.1984, R.G. 9.10.1984, Sayı: 18540.

45 Kanun No:4060, R.G. 22.12.1994.

46 57. V. Ecevit Hükümeti Koalisyon Protokolünde, “Koalisyon ortağı partiler, Hükümette birer Başbakan Yardımcısı görevlendireceklerdir. Üçüncü Başbakan Yardımcılığı için gerekli yasal düzenleme öncelikle yapılacaktır. Ortaklık süresince, Başbakan 'a vekalet

İkinci olarak da Anayasanın 113. maddesinden hareketle başbakana da kısa süreli olmak şartıyla kendi belirlediği bir bakanın vekalet edebileceğini söyleyebiliriz. Çünkü bu maddeye göre, açık olan bakanlıklarla, izinli veya özürlü olan bir bakana, diğer bir bakan geçici olarak vekillik eder. Ancak, bir bakan birden fazlasına vekillik edemez (An. md. 113/2). Kısa süreli vekaletlerde, gerek başbakan yardımcılarının gerekse diğer bir bakanın vekaleti, başbakanın önerisi ve Cumhurbaşkanının onayı ile gerçekleşmesi gerekir⁴⁷.

B- Başbakana Uzun Süreli Vekalet

1- Kendi Yerine Geçmek Üzere Uzun Süreli Vekalet

Başbakanın kendi yerine geçmek üzere uzun süre (genel seçimlere kadar görev yapmak üzere) bir kişiye vekalet verip vermeyeceği konusunda Anayasamızda bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bunun mümkün olmaması gerekir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, 1982 Anayasasına göre, Başbakan, Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. Anayasanın 109. maddesine göre, "Başbakan, Cumhurbaşkanınca, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri arasından atanır."Cumhurbaşkanının, yürütme organının başı sıfatıyla, yürütme organının bir parçası olan Bakanlar Kurulunun Başkanını seçmesi parlamenter rejimin bir gereği ve özelliğidir. Cumhurbaşkanının bu yetkisinin başka biri tarafından kullanılması ve özellikle Başbakanın kendi yerine uzun süreli bir vekil belirlemesi parlamenter sistemin mantığıyla bağdaşmamaktadır. Bu sistem ancak iktidarın veraset yoluyla geçtiği sistemlerde düşünülebilir.

Son yıllarda siyasi literatürümüzde ifadesini bulan "dönüşümlü başbakanlık" formülü zaman zaman gündeme gelmektedir. Anayasamızda bu konuyla ilgili bir hüküm bulunmadığı gibi uygulamada da görülmemiştir. "Dönüşümlü başbakanlık"formülü özellikle koalisyon hükümetleri döneminde gündeme gelmektedir. Bu kavram ile kastedilen, koalisyonu teşkil eden siyasi partilerin genel başkanlarının dönüşümlü olarak başbakanlık yapmalarıdır⁴⁸. Örneğin, beş yıllık

görevi, Başbakan Yardımcısı Dr. Devlet Bahçeli tarafından yürütülecektir" cümlesine yer verilmiştir. Bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/ambar/KP57.htm>.

47 GÖZLER, Anayasa, s. 593.

48 Nitekim 53.II. Mesut Yılmaz hükümeti Koalisyon Protokolünde "Aziz Milletimizin 24 Aralık seçimleriyle ortaya koyduğu tercih, uygulanacak hükümet modelinde siyasi partilerimizin daha geniş çerçeveli uzlaşma, fedakarlık ve her alanda uyumlu işbirliği yapmaları ve Başbakanlığın dönüşümlü olduğu bir hükümet modelini zorunlu kılmıştır" cümlesine yer verilmiştir. Bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/ambar/KP53.htm>; Aynı şekilde, 54. Erbakan Hükümeti Koalisyon Protokolünün 10. maddesinde, "Başbakanlık eşit süre-

seçim döneminin bir yarısında genel başkanlardan birisi, diğer yarısında ise diğer genel başkanın başbakanlık makamına geçecektir. Belirtmek gerekir ki, koalisyonu teşkil eden partilerin, aralarında yapmış oldukları bir anlaşma ile böyle bir formül benimsemeleri Anayasamıza aykırı değildir. ancak yapılan bu anlaşmanın Cumhurbaşkanı açısından bir bağlayıcılığı yoktur. Yani, Cumhurbaşkanı'nın koalisyon ortaklarının anlaşması doğrultusunda hareket etmesi zorunlu değildir. Başka bir ifadeyle, beş yıllık seçim döneminin ilk yarısında başbakanlık yapan genel başkanın istifası üzerine, başbakanlık görevini daha önceki yapılan anlaşmaya göre diğer genel başkana vermek zorunda değildir.⁴⁹ Çünkü, yukarıda belirttiğimiz gibi, başbakanı belirleme yetkisi Cumhurbaşkanı'na aittir ve bu yetkiyi Cumhurbaşkanı tek başına kullanır.

2- Başbakanlığın Kesin Olarak Boşalması Halinde Uzun Süreli Vekalet

Başbakanlığın uzun süreli (kesin olarak) boşalması durumunda Başbakana vekalet konusuna gelince, belirtmek gerekir ki bu durum da Anayasamızda düzenlenmemiştir. Başbakanlık makamı ölüm, Cumhurbaşkanı seçilme, Başbakanın milletvekilliğinin sona ermesi ya da milletvekili seçilememesi, görevi yapamayacak derecede hastalık, istifa gibi sebeplerle uzun süreli boşalabilir. Hangi sebeple olursa olsun, Başbakanın görevinin sona ermesi, Bakanlar Kurulunun da görevinin sona ermesini gerektirir. Bu gibi durumlarda, yeni bakanlar kurulu kuruluncaya kadar, eski bakanlar kurulunun görevini sürdürmesi gerekir. Ancak, eski bakanlar kurulunun olabilmesi için, bir başbakanın olması gerekir. Eski Başbakanın, ölümü, görevi yapamayacak derecede hastalığı, Cumhurbaşkanı seçilmesi, Başbakanın milletvekilliğinin sona ermesi ya da milletvekili seçilememesi gibi durumlarda, eski başbakanın göreve devam etmesi düşünülemez. Böyle durumlarda, yani başbakanın görevini çeşitli nedenlerle yapamaması durumunda kendisine kimin ve nasıl vekalet edebileceği Anayasamızda düzenlenmemiştir. Oysa bu konu Cumhurbaşkanı bakımından Anayasamızın 106. maddesinde açıkça ve ayrıntılı olarak bir biçimde ele alınmıştır. Bu maddeye göre, Cumhurbaşkanı'nın hastalık ve yurt dışına çıkma gibi sebeplerle geçici olarak görevinden ayrılması hallerinde, görevine dönmesine kadar; ölüm, çekilme veya başka bir sebeple Cumhurbaşkanlığı makamının boşalması halinde de yenisi seçilinceye kadar, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı Cumhurbaşkanlığına vekillik eder ve Cumhurbaşkanı'na ait yetkileri kullanır. Ancak zorunluluklardan dolayı hem 1924 hem 1961 hem de 1982 Anayasası dönemlerinde başbakanlık konusunda da bakanlardan birinin vekalet etmesi uygun görülmüş-

li, dönüşümlü olacaktır” cümlesine yer verilmiştir. Bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/ambar/KP54.htm>.

49 Nitekim 54. Hükümetin başbakanı Necmettin Erbakan'ın 18.06.1997 tarihinde başbakanlık görevinden istifası üzerine, 20.6.1997 tarihinde Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel hükümeti kurma görevini Mesut Yılmaz'a vermiştir.

tür. Başbakana vekillik edecek bakanın seçimi ve atanması yalnızca Cumhurbaşkanı ve Başbakanın siyasal takdir ve tensibine kalmış bir işlemdir⁵⁰ Ancak belirtmek gerekir ki, başbakanlığın geçici olarak boşalması ya da uzun süreli boşalması halini göz önünde bulundurmamak gerekir. Başbakanlık makamının ölüm, görevini yerine getirememesine sebep olan hastalık ya da Başbakanın Cumhurbaşkanı seçilmesi nedeniyle kesin olarak boşalabilir. Burada ancak yeni hükümet kuruluncaya kadar bir vekalet düşünülebilir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, uzun süreli yani bir sonraki seçimlere kadar bir vekalet söz konusu olmaz. Başbakanlık makamı geçici olarak da boşalabilir. Yani, yurtdışı seyahati ya da geçici bir hastalık olabilir. Bu durumlarda yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar altında Başbakana vekalet mümkündür. Yine yukarıda belirttiğimiz gibi başbakan bu vekaleti verme konusunda yetkili midir? Bu soruya olumlu cevap vermek gerekir. Çünkü daha önce belirttiğimiz gibi, bakanlara vekaleti düzenleyen Anayasanın 113. maddesinin ikinci fıkrasının burada uygulanmaması için hiçbir sebep yoktur. Ayrıca vekalet verilecek kişinin de bakan olması gerekir. Nitekim ülkemiz uygulamasına baktığımızda, uygulamanın da bu şekilde olduğunu görmekteyiz. Ülkemizde, 1989 tarihinde Turgut Özal'ın Cumhurbaşkanı seçilmesiyle göreve başlaması arasında Başbakanlığa vekalet etmesi konusunda şu şekilde bir çözüme gidilmiştir. Cumhurbaşkanlığı devam eden Kenan Evren, Özal'ın Cumhurbaşkanı seçilmesi ve böylece Başbakanlık makamının boşalması üzerine, Özal'ın önerisi üzerine bakanlar kurulu üyelerinden Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcısı Ali Bozer'in Başbakanlığa vekalet etmesini uygun görmüştür⁵¹. Çünkü bu durumda yeni Bakanlar kurulunun oluşturulması için, Cumhurbaşkanının bir başbakan ataması ve atanan kişinin bakanlar kurulu oluşturması bir zaman alacaktır. Bu süre içinde, başbakanlığın vekalet yoluyla yürütülmesi, uygun olacaktır.

Yine ülkemizde 1942 yılında, Başbakan Refik Saydam'ın ölümü üzerine dönemin Cumhurbaşkanı İsmet İnönü, yeni hükümet kuruluncaya kadar, İçişleri Bakanı Fikri Tüzer'i Başbakanlığa vekalet etmek üzere atamıştır⁵².

1972 yılında da, dönemin Başbakanı Nihat Erim'in istifası üzerine, Başbakanlığa Milli Savunma Bakanı Ferit Melen'in vekalet etmesi dönemin Cumhurbaşkanı tarafından uygun görülmüştür⁵³. Bu dönemde de, vekalet yeni bakanlar kurulu kuruluncaya kadar devam etmiştir.

50 TURHAN, Siyaset, s. 293.

51 TURHAN, Siyaset, s. 289.

52 Resmi Gazete, 9.7.1942, Sayı:5153; TURHAN, Siyaset, s. 289.

53 Resmi Gazete, 18.4.1972, Sayı:14163.

1993 yılında, dönemin Cumhurbaşkanı Turgut Özal'ın ölümü üzerine, dönemin Başbakanı Süleyman Demirel'in Cumhurbaşkanı seçilmesi üzerine başbakanlık makamı boşalmıştır. Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel bu dönemde, yeni bakanlar kurulu kuruluncaya kadar, başbakanlığa Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcısı Erdal İnönü'nün vekalet etmesini uygun görmüştür⁵⁴.

Başbakana vekalet edilebileceğini açıkladıktan sonra burada cevaplanması gereken bir soruda şudur: Acaba başbakana vekalet edecek kişi milletvekili olmalı mıdır? Bu konuda vekillığe atanacak bakanın "vekil asilin vasıf ve şartlarını taşımalıdır" ilkesi uyarınca Meclis üyesi bir bakan olmalıdır denilebilir. Belirtmek gerekir ki ülkemizde milletvekili olmayan bir bakanın başbakana vekillik etmesi durumuna rastlanmamıştır. Ancak milletvekili olmayan bir bakanın da Başbakana vekillik edebilmesi mümkün olmalıdır⁵⁵. Anayasamız, 109. maddesinde Başbakanın T.B.M.M üyeleri arasından atanacağını belirtmekle yetinmiş, Başbakan olarak atanacak kişiyle ilgili olarak başka herhangi bir kurala yer vermemiştir⁵⁶. Aynı şekilde Başbakan vekili ile ilgili bir hükmede yer vermemiştir. Anayasamıza göre milletvekili olmayanlarda bakan olabilmektedir. Nitekim Anayasamızın 109. maddesine göre, "Bakanlar Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri veya milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olanlar arasından Başbakanca seçilir ve Cumhurbaşkanınca atanır; gerektiğinde Başbakanın önerisi üzerine Cumhurbaşkanınca görevlerine son verilir". Ayrıca Anayasanın 112. maddesinin son fıkrasına göre "Bakanlar Kurulu üyelerinden milletvekili olmayanlar; 81 inci maddede yazılı şekilde Millet Meclisi önünde and içerler ve bakan sıfatını taşıdıkları sürece milletvekillerinin tabi oldukları kayıt ve şartlara uyarlar ve yasama dokunulmazlığına sahip bulunurlar. Bunlar Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri gibi ödenek ve yolluk alırlar". Başbakan vekili başbakan olmadığı ve başbakan vekilliği konusunda Anayasamızda bir hüküm bulunmadığına göre milletvekili olmayan bakanın da başbakan vekilliği yapabileceğini kabul etmek gerekir⁵⁷.

Üzerinde durulması gereken bir konu da hükümette başbakan yardımcısı varken Başbakana vekilliğin bir başkasına verilip verilemeyeceğidir. Ülkemizde tartışmalara neden olan bu konu Bülent Ecevit'in 1974 yılında Eylül ayında İskandinav ülkelerine ziyareti sırasında kendisine bir devlet bakanının vekalet edeceğini açıklaması ve koalisyon ortağı MSP'nin lideri ve başbakan yardımcısının sert tepkisine neden olması üzerine tartışılmıştır.

54 Resmi Gazete, 16.5.1993, Sayı:21583.

55 TURHAN, Siyaset, s. 293.

56 ERDOĞAN, Cumhurbaşkanı, s. 99.

57 TURHAN, Siyaset, s. 294

Sonuç olarak şunları söylemek gerekir. Cumhurbaşkanlığına vekaletin aksine, Anayasamızda başbakana vekalet konusu düzenlenmemiştir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, başbakana vekalet edecek bakanın seçimi ve atanması yalnızca Cumhurbaşkanı ve başbakanın siyasal takdir ve tensiplerine kalmış bir işlemdir. Ancak, eğer Hükümette başbakan yardımcıları var ise başbakan yardımcısının başbakanlığa vekalet etmesidir. Eğer başbakan yardımcılığı yoksa en kıdemli bakanın vekilliği yoluna başvurmak en doğru yol olacaktır⁵⁸.

Cumhurbaşkanının, yürütme organının başı sıfatıyla, yürütme organının bir parçası olan Bakanlar Kurulunun Başkanını seçmesi parlamenter rejimin bir gereği ve özelliğidir. Cumhurbaşkanının bu yetkisinin başka biri tarafından kullanılması ve özellikle Başbakanın kendi yerine uzun süreli bir vekil belirlemesi parlamenter sistemin mantığıyla bağdaşmamaktadır.

Kanımızca bu konunun da Anayasada düzenlenmesinde fayda vardır. Bu düzenlemede, başbakanlığın gerek kısa süreli boşalmasında gerekse uzun süreli boşalmalarda yerine kimin vekalet edeceği açıkça düzenlenmelidir. Kanaatimizce, bu gibi durumlarda, başbakan yardımcılarının, başbakana vekalet etmeleri yoluna gidilmelidir. 3046 sayılı Kanununun 4. maddesiyle, Başbakana yardım etmek ve Bakanlar Kurulunda koordinasyonu sağlamak üzere bakanlar arasından en çok ikisinin başbakan yardımcısı olarak görevlendirileceği düzenlenmiştir. Ülkemizde başbakan yardımcılığı görevi, bir koalisyon hükümeti söz konusu olduğu durumlarda koalisyonu teşkil eden parti veya partilerin genel başkanları tarafından yerine getirilmektedir. Başbakan yardımcısı aynı zamanda devlet bakanıdır. Başbakanın herhangi bir sebeple görevi başında bulunmadığı durumlarda, başbakan yardımcısının ona vekillik etmesi uygun olacaktır⁵⁹. belirtmek gerekir ki, bu durumda, Başbakan vekilinin, başbakana ait bütün yetkileri kullanacağı muhakkaktır. Ancak bizce de, özellikle başbakanlık görevinin uzun süreli boşalmasında, başbakan vekilinin yetkileri sınırlı olmalıdır. Zira bu gibi durumlarda, vekaletin nedeni, yeni bakanlar kuruluncaya ve dolayısıyla yeni başbakan atanıncaya kadar bir vekalet öngörülmesi ve ülkenin başbakansız kalmasının önlenmesidir. Bu nedenle, başbakan vekilin günlük işleri ve gecikmesinde sakınca bulunan önemli işleri yapabileceğini, bunlar dışında herhangi bir işlem yapamayacağını kabul etmek gerekir. Özellikle, siyasal tercihi gerektiren, önemli kararlar almamalı, önemli atamalar yapmamalıdır⁶⁰.

58 TURHAN, Siyaset, s. 294.

59 ARMAĞAN, s. 24-25.

60 GÖZLER, Anayasa, s. 594.

ÜREME AMAÇLI KLONLAMANIN CEZALANDIRILABİLİRLİĞİ ÜZERİNE ETİK VE HUKUKİ ARGÜMANLAR

M. Onursal CİN*

Giriş

Moleküler Biyoloji ve genetik deneylerde son yirmi yılda görülen ilerlemeler bu konudaki kitapların yeniden yazılmasına neden olmuş, hastalıkların teşhis ve tedavisinde çağ açan bir değişim yaşanmıştır. Özellikle İnsan Genom Projesi çerçevesinde gen haritalarının deşifre edildiğinin açıklanması, bu projeye eş zaman dilimlerinde önemli aşamalar kaydetmiş olan klonlama çalışmalarını, sansasyonel bir biçimde dünya gündeminin önemli sıralarına yerleştirmiştir. Yunanca'da aynı kökten yeni dallar elde etmek anlamına gelen 'clone' kelimesinin karşılığı olarak dilimize giren klonlama; mikrobiyoloji ve biyoloji alanlarında kendisinin aynısı molekül veya canlıların çoğaltılması anlamında kullanılmaktadır.¹

Klonlama, insanlığın kurtuluşu yahut sonu da olsa konuyla ilgili çalışmalar hızla sürmektedir. Bu çerçevede her geçen gün ortaya yeni ikilemler ve problemler çıkmakta, klonlama tekniği üzerindeki etik ve hukuki tartışmaların odak noktasını, tekniğin üreme amaçlı kullanılması oluşturmaktadır. Bu çerçevede pek çok hukukçu ve bilim adamı insan klonlamayı reddederken bazıları da bu tekniğin istisnasız ve mutlak olarak yasaklanmasını gerektirecek etik ve hukuki gerekçelerin halen ortaya konulamamış olduğu düşüncesindedirler. Aşağıda bunun doğru olup olmadığını ele almaya çalışırken, insan klonlama yasağının uygulanmasının ceza hukukunun yardımı ile haklı gösterilip gösterilemeyeceği sorusunun da cevabı aranacaktır.

* Yrd. Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı

¹ Bökesoy, Işık. "Klonlama" Yaşama Dair Etik Bir Bakış Ankara 2002 syf 159

Şüphesiz ki Ceza Hukuku destekleyici bir kişisel ve kamusal haklar korumasıdır. Ayrıca bir ifadeye göre ‘düzenli bir toplumsal yaşamın temel dayanaklarını korumanın en son çaresidir ve ancak belli bir davranışın, yasak olmasının ötesinde özel bir şekilde; sosyal açıdan zararlı ve insanların düzenli toplumsal yaşamı bakımından katlanılmaz ve bundan dolayı da engellenmesi kaçınılmaz durumlar olduğunda devreye girmelidir’² İşte bu nedenledir ki insan klonlamanın neden hiç istisnasız cezayı müstelzim olduğu araştırılmalıdır. Ve her şeyden önemlisi; klonlama yasağı hangi hukuki değerleri korumaktadır? Bu çerçevede ortaya konan temel argümanları incelemekte fayda görüyoruz.

I) Güvenlik ve Ayırmacılık Argümanı

Bio teknolojinin bugün ulaştığı seviye itibarıyla, Dolly adlı koyuna uygulanan ve insanlara tatbik edilmesi bakımından henüz yeterince olgunlaşmamış olan tekniğin insan üremesinde kullanılmasının kontrolsüz bir deney olduğu ana fikrinin işlendiği bu argümana göre; klonlamanın sakat doğumlara, büyük sayıda kabul edilemez rizikolar taşıyan ceninlerin meydana gelmesine, anormal biçimler taşıyan hilkat garibelerine sebebiyet vereceği kaygıları dile getirilmektedir.³ Ayrıca bugün için; ne daha önce biyolojik olarak yaşlanmış ve ayrılmış bir hücreden klonlanan bir insanın hangi yaşlanma sürecine tabi olacağını, ne de vücut hücrelerinin uğradığı mutasyonların, nükleer transfer durumunda klonlamayla elde edilen üründe kanser ve diğer hastalıklara neden olup olmayacağını bilmediği belirtilmektedir.⁴ Bu görüşü destekleyen California Üniversitesinden Friedmann, mevcut teknolojinin insanlar üzerinde henüz güvenli olmadığını belirtmekte; gen yönetimi ve klonlama deneylerinin hep başarılı yanlarıyla gündeme geldiğinin, her zaferin ardında korkunç ve ölümcül genetik problemlerle doğan hayvanlar bulunduğunun altını çizmektedir.⁵ Güvenlik argümanı çerçevesinde sayılan durumların, bugün itibarıyla insan klonlanmasının istisnasız olarak yasaklanmasını haklı kıldığı, zira bu yasağın koruduğu değerlerin, klonlanmış insanın en önde gelen yaşam hakkı ve sağlık menfaatleri olduğu, ayrıca bu şekilde sorunlu doğacak bireyin toplumda ayırmacılıkla karşılaşacağı da ifade edilmektedir.⁶

2 Roxin, Claus. Strafrecht A.T Band 1 München 1997

3 Strong, Carson, “Cloning and infertility Ethical Problems” Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics, London 1998 No 7 syf 279

4 Strong, syf 280

5 İnsanlarda Genetik deneylere Hayır! (<http://www.ntvmsnbc.com/news/61285.asp>. 6.1.2000)

6 Rendtorff, Trutz/Winnacker, Ludwig. Menschenwürde und Medizinische Konfliktfalle Berlin 2000 syf 9

Bu görüşleri insan klonlanmasının yasaklanması için yeterli bulmayanlar ise farklı fikirlerle tartışmaya katılmaktadır: “Teknoloji sürekli olarak gelişmektedir ve bundan kısa bir süre önce In vitro Fertilizasyon (Tüpte Dölleme) metoduyla dünyaya getirilen tüp bebekler için de aynı kaygılar dile getirilmiş, oysa günümüzde bu kaygılar boşa çıkmıştır. Kısa süre sonra güvenlik sorunları ortadan kalktığına dahi insan klonlama tekniği ceza tehdidi altında yasak mı olacaktır?”⁷

Çok yakın zamanda uluslararası sularda ilk klon bebeği dünyaya getireceğini iddia eden İtalyan doktor Antinori ise şu anki teknolojik olanaklar sayesinde ana rahmi içerisindeki bebeğin anomalisi olup olmadığını ilk 8 ila 10 hafta içerisinde saptanabildiğini belirterek, eğer anomali varsa bebeğin doğumuna izin verilmeyeceğini bunun yasal bir kürtaj işlemi olduğunu savunmakta, güvenlik argümanı çerçevesinde dile getirilen kaygıların yersizliğini ifade etmektedir.⁸

Aynı fikri destekleyen bir başka görüşe göre, klonlama tekniğinin kullanılmasıyla, ikinci sınıf insanlar yaratılacağı yönündeki endişelerin yeri yoktur. Popüler korku fantazilerinin aksine, klonlanmış ve bu yolla dünyaya gelmiş insan ne bir Homonculus (bir başkası tarafından sun’i olarak organları bir araya getirilen ve canlandırılan insan) ne de bir Golem (yahudi mitolojisinde sun’i insan) olacaktır.⁹ “Klon insanın, haklara ehil ve diğer bütün insanlar gibi hukuk düzeninin ve bilhassa anayasanın tam koruması altında olacağı şüphesizdir. Zira üreme tarzına ilişkin farklılıklar, doğmuş insanın suje olarak hukuki statüsünde hiçbir olumsuz etki yaratmaz. Bu sebepten ötürü klonlama, insanlar arasında bir eşitsizliğe yol açmaz ve buradan çıkarılan ayırım yapmama ilkesine aykırı düşmez.” Yazara göre burada en tehlikeli olan şey hiç gerek olmadığı halde sırf bahane olsun diye klonlanmış insanların doğum defektlerinden ötürü hukuken ayırimcılığa uğrayabileceklerini kabul etmek ve bunu dile getirmektir.¹⁰

Alman hukukçu Gutmann ise klonlanan insanların hukuki değil ama sosyal bir ayırimcılığa uğramaları ihtimalini dile getiren klonlama karşıtlarına ülkemiz insanlarını da ilgilendirdiğini düşündüğümüz bir soru cümlesiyle karşılık vermektedir: “Böyle bir argüman esas alınır; bu durumda en azından Alman-

7 Gutmann,Thomas. Auf der suche nach einem rechtsgut: Zur Strafbarkeit des Klonens von Menschen. In Medizinstrafrecht,hrsg Roxin,Claus/Scroth,Ulrich. Stuttgart 2000 s 364

8 “Kopya İnsanı Bir Yaşına Geldiğinde Açıklayacağım”, ([http:// www.ntvmsnbc.com/news/80642.asp](http://www.ntvmsnbc.com/news/80642.asp) 8.03.2003)

9 Birnbacher, Dieter “Aussichten eines Klons” in Ach, Johann/Brudermuller, Gerd/Runtenberg, Christa. “Hello Dolly? Über dos Klonen” München 1998 s 36

10 Birnbacher, s 37

ya'nın bazı bölgelerinde yaşayan yabancılara, en iyisi artık çocuk yapmamalarını mı önermek gerekir?"¹¹ Ayrıca yazar, güvenlik argümanı yaratıcılarını, klonlanmış bir insanın mevcudiyetinin sosyal veya hukuki ayrımcılık doğuracağını vurgulamaktan yorulmayarak, problemin çözümünün değil bizatihi kendisinin bir parçası olmakla itham etmektedir.¹²

Kanaatimizce, klonlama sürecinde halen ciddi yaşamsal tehlikelerin bulunduğunu kabul etmek zorunludur. Bu sebeple bir suç yaratmak elbette mümkündür ve çoğu kimseye göre haklı sayılacaktır. Fakat bu fiilin niteliği bizce insan üzerinde yapılan bilimsel araştırmalar çerçevesinde vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi değildir. Zira klonlanana karşı değil, klona yönelik tehlikelerden bahsedilmektedir. Bu konuda ihdas edilecek bir suç, insan nesline yönelik suçlardan olabilecektir. Fakat ayrımcılık argümanı ile bu konuda bir suç yaratmanın mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Klonlanmış insanların çevrelerinde bir ayrımcılığa uğrayabilecekleri düşüncesi, klonlamayı yasaklamayı ve dolayısıyla bu işleme katılan hekim veya bilim adamlarını cezalandırmak için iyi bir sebep olamaz. Klonlama işlemini gerçekleştirenlerin, üçüncü kişilerin olası kötü davranışları nedeniyle cezalandırılması kabul edilmemelidir. Bir ceza tehdidini böyle azami bir dolaylı tehlikelilik anlayışına bağlamak, faili amaç için salt bir araç olma konumuna itecektir ki bu durum cezalandırmanın amaçları arasında yoktur.

II) Psikolojik Zarar Argümanı

Bu argüman çerçevesinde ortaya konan görüşlere göre, klonlanmış çocuklar genetik olarak benzersiz olmadıklarından bağımsız bir birey ve otonom olmama duygusuna kapılacaklardır.¹³ Genetik profilinin bir başka kişide nasıl geliştiği gözü önünde bulunan bir çocuk, karakterinin de göz rengi gibi önceden belirlenmiş olduğuna inanacak bu durum psikolojik gelişmesini olumsuz etkileyecektir. Klonun kendisini sübjektif olarak salt bir kopya olarak hissetmesi onun bizatihi kendisi olmasını engelleyecektir. Babadan klonlanan bir çocuk, annesinin, bir zamanlar kendisinin aynısı olan bir adama seksüel hisler duyduğunu düşününce bu ödipal durumla nasıl baş edecektir? Klonlanmış bir insan hücre çekirdeği alınan kimsenin çocuğu mudur yoksa kardeşi midir? Çocuk bu karmakarışık akrabalık ilişkileri içinden nasıl çıkacaktır?¹⁴

Klon insanın klonlanmış olmaktan dolayı psikolojik olarak zarar göreceğini savunan bir başka görüşe göre sorun sadece çocuğun neler hissedeceği değil

¹¹ Gutmann, s 365

¹² Gutmann, s 366

¹³ National Bioethics Advisory Commission Reports On Cloning Human Beings (<http://www.bioethics.gov/bioethics/pubs.html>.7.3.1997)

¹⁴ Strong, s 281

ailenin ona bakış açısıdır. Yazar, klonlanmış çocukların ebeveyninin, çocukta önceden şekillendirilmiş davranış beklentilerine yönelebileceğini, ona tek taraflı olarak genetik orijinaline yönelmiş gelişme şansı sunacaklarını, kelimenin tam anlamıyla çocuk üstünde kendi yaşamlarını sürdürme imkanı bulacaklarını ve bu durumun çocukta, kendisine ait bir hayatı olmadığı izlenimlerini doğuracağını, bu tarz yaşamaya ancak 'gölgede yaşam' adı verilebileceğini ifade etmektedir.¹⁵ Bu çerçevede görüş bildiren bir başka yazara göre, klonlanmış bir çocuk kendisini çekirdek bağışlayıcısına normal bir çocuğun ebeveynine hissettiğinden daha bağımlı hissedecektir. Çünkü klonlanmış insanlarda psikolojik olarak 'genetik gereklilik ve önemlilik (Essentialismus) duygusu bulunmayacaktır.¹⁶

Psikolojik Zarar argümanının insan klonlamaya yasak getirmek için yeterli ve haklı görüşleri içermediğini savunanların en temel itirazı ise klonlanmış kişi ile klonun bire bir benzerliklerinin kişilik yönünde olmadığıdır. Gutmann'a göre, bir bireyin kişilik olarak benzersiz olması onun genetik yapısından daha çok doğal ve kültürel çevresi, öğrenme süreci ve arkadaşları ile bir değişim etkisinin sonucudur. Bundan dolayıdır ki insanların genetik olarak belirlenebilir varlıklar olduğu düşüncesi mutlak olarak yanlıştır.¹⁷ Nitekim klonlama uzmanları da yeni Hitler'lerin ya da azılı teröristlerden oluşan orduların meydana getirilmesinin imkansızlığını vurgularken bu gerçeğe değinmektedirler. Amerikalı genetikçi Garrison'a göre 'Doğacak canlı ile klonlanan kişi sadece fiziksel olarak aynı olacaktır. Bu benzerlik doğal bir klonlama şekli olan tek yumurta ikizliğinde görülen türdendir. Yani, doğan yeni birey ile genleri kullanılan birey tek yumurta ikizlerinde olduğu gibi düşünce, ve ruh olarak tamamen farklı kişilerdir. Zaten insanı insan yapan, taşıdığı ruh değil midir?'"¹⁸

Gölgede Yaşam fikrini eleştiren bir fikre göre tüm bu kaygılar spekülatif ve yersizdir: "Görüşte ortaya konanlar ile günümüzde bazı anne babaların doğal üreme yoluyla sahip oldukları çocuklarını tıpkı kendileri gibi yahut belli bir model gibi şekillendirme çabaları nitelik olarak aynıdır. Bugün bir kimseye, nasıl sırf çocuklarına optimalin altında bir gelişme şansı sunacağı veya onları sıkı bir disiplin altına alacağı endişesi ile doğal yoldan çocuk sahibi olmayı ya-

15 Holm, Soren, "A life in the Shadow. One Reason Why we should not Clone humans" Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics, Vol.7 1998 s 160-161

16 Nelkin, Dorothy. "The Gene as a Cultural Icon" Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics, Vol.7 1998 s 145

17 Gutmann, s 367

18 Garrison, Clark "who is clone?" J.A.M.A December 2002 s.261

saklayamazsak, gölgede yaşam fikrinden dolayı da klonlamayı yasaklamamalıyız.”¹⁹

İnsan klonlamanın klon'a karşı bir psikolojik zarar tehlikesi taşıdığı argümanına felsefi açıdan yaklaşan bir görüşe göre ise çocuğa kendisine varlık kazandıran bir davranışla (klonlama) psikolojik zarar verildiği iddiası mantığa aykırıdır. Zira bir zarardan söz edebilmek için, zarar verici davranıştan önceki ve sonraki duruma bakmak gereklidir. Ama böyle bir mukayese batılı düşünce anlayışında klonlanmış varlık ile mevcut olmama durumu arasında yapılamaz. “Klonlanmasaydılar hiç mevcut olmayacak olan insanların klonlanmasını, bu sözü edilen bireylere verilecek muhtemel zararlara basit bir atıf yapmak suretiyle gerekçelendirmek, olayı son derece kompleks bir yapıya büründürmektedir.”²⁰

Kanaatimizce psikolojik zarar argümanı insan klonlamanın bazı yan tesirlerini haklı olarak ifade etse de tekniğin yasaklanması ve cezalandırılması açısından tek başına yeterli bir sebep olamaz. Klonlama suretiyle dünyaya gelen çocuğun psikolojik dengesinin anılan kaygıların gerçek olması yüzünden bozulmasını; zorlayarak, T.C.K'nun 456.maddesinde kullanılan ifadeyle ‘akli melekelerde teşevvüş’ mahiyetinde algılasak bile, bu argüman ancak insan klonlamanın bu yolla dünyaya getirilen birey için ağır sağlık tehlikeleri taşıması nedeniyle yasaklanması gerektiğini savunan güvenlik argümanı için bir basamak teşkil etmektedir. Bir başka ifadeyle burada da klon'un sağlığı ve esenliğini tehdit eden olası tehlikelerden söz edilmektedir.

III) Onur Argümanı

Klonlama tartışmaları çerçevesinde neredeyse ittifakla kabul edilen görüş, insan klonlamanın insan onurunu yaralayacağı ve bu nedenle de yasaklanması gerektiği yönündedir. Bu tez, bir insanın varlık kazanmasını engellemenin, ona insan onurunu zedeleyen şartlar altında varlık kazandırmaktan daha iyi olduğu ön kabulünü getirmektedir. Diğer bir deyişle, gelecekteki potansiyel bir insanın onuru, onun varlığından önce gelmektedir. Bu yönde bir görüşe göre: “İnsan onuru, fonksiyonu itibarıyla hiçbir hak ve hukuki değer ile tartılamaz, karşılaştırılmaz. Hatta konu klonlama olunca yaşam hakkıyla bile!”²¹

19 Jonas, Hans “Lasst uns einen Menschen Klonieren” Technik, Medizin und Ethik, Vol 5 1999 s 162

20 Parfit, Derek. The Moral Limits of Human Cloning, Birmingham 1997 s 325,326

21 Neumann, Ulfried “Die Würde des Menschen, in der Diskussion um Gentechnologie und Befruchtungstechnologien ARSP Heft 33 1998 s 154

Başka bir ifadeye göre, klonlamayla insan şahsiyetinin bireyselliği ihlal edilmekte, bu şekilde üremeye insanın ‘bir kezlik’i kaybolmakta ve sübjede niteliği elinden alınmaktadır.²²

Federal Anayasa Mahkemesi, (Bundes Verfassungs Gericht) Alman Anayasasının 1/I maddesinde koruma altına alınan insan onurunu, “obje formülü” (objektformel) adını verdiği bir yöntem çerçevesinde şu ifadelerle açıklamaktadır: “İnsanı devletin veya toplumun salt bir objesi yapmak insan onuru ile çelişir. İnsanın daima bizatihi kendisinin amaç olarak kalması zorunludur”²³ Bu formülün Kant’tan esinlendiği dile getirilmektedir. Nitekim Kant’a göre “akıllı varlıklar, kendilerine akıllarını veren evrensel moral/etik kanunlara bakarak hareket etme yeteneğine ve bundan dolayı da saygı gösterilmeyi talep etme hakkına sahiptirler. İnsan başka hiçbir insan tarafından (kendi dahil) salt bir araç olarak kullanılamaz; aksine o her zaman amaçtır ve onuru da bundan oluşmaktadır.”²⁴

Bu çerçevede bir grup Alman bilim adamı şu görüşü ortaya koymaktadırlar: “İnsan klonlamada zorluk gösteren husus şu vakiydir ki klonlamada bir insan bizatihi kendisi olmadığı bir amaç için bir araç olarak meydana getirilmekte ve bu amaç için ona bir başka insanla genetik aynılık yüklenmektedir. Bu yön, kendi genlerini taşıyan bir başka insanın yerine geçmek, bir başkasının organ veya doku bağışlayıcısı olarak hizmet etmek veyahut transfer edilen hücre çekirdeğinin kendisinden geldiği bir insanın tekrarı olan bir çocuk olmak durumlarında gayet aşıkardır. Tüm bu hallerde genetik kişilik, üretilen insanın hizmet etmesi amacı uğruna manüple edilmektedir. Klon, genleri kendisi ile aynı olan kişi olmak zorundadır veya bir başkasına genetik aynılığı sayesinde hizmet etmek için var olmak durumundadır. Özetle, bir insanı üçüncü kişilerin amaçları uğruna, genetik kişiliğinde manüple etmek, hiç şüphesiz insanın özüne dokunan ve bu nedenle de insanın salt insan olması nedeniyle sahip olduğu onur rütbesiyle korunan bizatihi amaç olma, ilkesini ihlal eden bir araçlaştırmadır”²⁵

Bu görüşlere karşı olarak; “insanın bir kezlik”i, ve sübjede niteliğinin elinden alınması fikri yanlış ve tehlikeli bulunmaktadır. Bu iddiaların içlerinde zımni

22 Kienle, Thomas “Das Verbot des Klonens von Menschen” Z R P Heft 16, 1998. s 186

23 Kararı aktaran Kienle s 187

24 Görüşü aktaran Gutmann s 371

25 Eser, Albin/ Frühwald, Wolfgang/Honnefelder, Ludger/Markl, Hubert/Reiter, Johannes/Tanner, Widmar/Winnacker, Ernst-Ludwig “Klonierung beim Menschen” Biologische Grundlagen und Ethisch-Rechtliche Bewertung. in: Ach, Johan/Brudermüller, Gerd/Runtenberg, Christa (Hrsg) “Hello Dolly? Über das Klonen Menschen” 1998 s 234

olarak barındırdıkları genetik ile ilgili basite indirgenmiş kabullerle, doğal yoldan dünyaya gelmiş tek yumurta ikizlerinin şahsiyet ve onur haklarının da sorgulamaya açıldığı ifade edilmekte; genetik kimliğin, ikizler örneğinin de gösterdiği gibi şahsi kimliğin olmazsa olmaz bir parçası konumunda bulunmadığı belirtilmektedir.²⁶

Araştırma ithamını kabul etmeyen bir görüşe göre ise, “Klonlama tekniğinin sırf anne babasına genetik akraba, sağlıklı ve istenilmiş bir çocuk elde etme amacıyla kullanılmış olması durumunda, doğan çocuk bizatihi amaçtır. Diğer taraftan doğal yolla elde edilen çocuklar her zaman salt amaç olmayabilirler. Örneğin kendi yaşamlarına bir anlam katmak, eşleri birbirine bağlamak, bir mirasçı veya işin bırakılacağı kimseye sahip olmak, bazı kültürlerde evlilik dışı bir ilişkiyi evliliğe götürmek gibi sair amaçlar için araç olarak düşünülmektedirler. Ayrıca üremeyi bir amaca hizmet eder yapmakta, insan onurunu yaralayan şey nedir?”²⁷

Klonlamanın insan onuruna aykırılık teşkil ettiği yönündeki görüşlerin bir başka boyutu ‘üreme hürriyeti’ çerçevesinde ele alınmaktadır. Amerikalı hukuk felsefecisi Dworkin tarafından üreme serbestisi hakkı olarak isimlendirilen hakkın temelini; insanların kendi yaşamlarının anlam ve önemi ile ilgili meseleler hakkında, öncelikle kendilerinin karar verme hakkına ve ahlaki sorumluluğuna sahip oldukları yani kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı oluşturmaktadır. Bu çerçevede Dworkin’e göre, yetişkin insanlar hem ahlaki hem de hukuki olarak üreyip ürememe ve bunu nasıl yapacakları hakkında bizzat karar verme hakkına sahiptirler.²⁸ Bu hakkı ABD için anayasal bir hak gören yazar, üreme hakkının nasıl kullanılacağı yolundaki seçimin doğal üreme, suni döllemeler ve embriyo aktarımları arasında kullanılabileceğini, klonlamanın üreme faaliyetinin onurunu zedelediğini dile getirmektedir.²⁹ Bu fikri temel alan başka bir görüşe göre ise: “Kişinin kendisini serbest olarak geliştirmesi onun doğal üreme yapısını gerçekleştirilmesiyle öyle bir sıkı ve bütünsel ilişki içindedir ki bireyin onur ve özgürlüğü uğruna insan cinsi ile de irtibatlı olan doğal üremenin onuru da dikkate alınmak zorundadır”³⁰ Bu görüşü mantıksız bulan Neumann’a göre insanların üreme faaliyetlerinin bir onuru yoktur. Onlar kendi doğallıkları içinde insanları hayvanlardan ayıran bir husus da değildirler. Yazar üreme hürriyeti çerçevesinde

26 Harris, John “Goodbye Dolly? The Ethics of Human Cloning” Journal of Medical Ethics Vol 23 1998 s 353

27 Birnbacher, s 46

28 Dworkin, Ronald, “Freedom and the new Reproductive Technologies” Journal of Medical Ethics Vol 23 1998 s 176

29 Dworkin, s 177

30 Eser/Frühwald/Honfelder/Markl/Reiter/Tanner/-Winnacker. s 236

ortaya konan klonlama karşıtı görüşleri ‘doğadan vazife çıkarma’ olarak yorumlamaktadır.³¹

Onur argümanı çerçevesinde ortaya konan bir başka görüş şu şekilde dile getirilmektedir: “Kim olduğunu ve nasıl bir yaşam sürmek istediğini araştırmak, gerçekte insanın genlerine nasıl sahip olduğu konusundan çok önemli bir fark taşır. Bu, ilgili kişinin kendi gelişiminin doğal dayanaklarını bir başka kişiye izafe etmesi durumunda değişen etik bir kavramdır. Bununla insan klonlamak, kendi davranışlarından bizatihi kendisinin sorumlu olması ilkesini; klon bu sorumluluğu bir başkası üzerine yükleyebildiği ölçüde, ihlal etmektedir. Aynı zamanda bir başkasının genetik programı üzerinde karar veren kimse “bir kişinin bir başka kişi üzerinde onun özgürlüğünün bir parçasını gasp edecek şekilde tasarrufta bulunamaz” şartını da ihlal etmektedir. Bununla, klonlama kişilerin normatif eşitliği şeklindeki zorunlu şartın ihlal edildiği bir üretim usulü olmaktadır”³²

Amerikalı hukukçu Andrews ise klonlamayı, “ailenin çocukları üzerinde ölçülü olmayan bir güç kullanımı” olarak nitelendirmektedir. Yazar’a göre sorun, bir hücreden oluşan kısımların aynılığı değil, aksine haksız ve orantısız güç kullanımı, köleleştirme ve boyunduruk altına alma durumu ve klonlama ile getirilen üstünlüğe dayanmayan karar verme yetkisidir.³³ Andrews, görüşünün devamında şu ifadelerle yer vermektedir: “Klon ve Klonlanan yani genetik halef selef arasında bugüne kadar bilinmeyen bir ilişki kurulur. Bu bağımlılık ilişkisi, insanlar arasındaki bugüne değin bilinen ilişkiden şu yönüyle ayrılmaktadır ki bu durum kural olarak normatif bazda eşit insanlar arasındaki ilişkinin değişimine tabi olmamaktadır. Dizayn edici ya da ettirici kimse, ürününün başlangıç yapısını karşı konulamaz ve asimetrik olarak tespit etmekte böylece prensipte mevcut olan rollerin değişimi imkanı ortadan kalkmaktadır.”³⁴

Gutmann’a göre burada hangi hukuki değerlerin çatıştığı belirsizdir. Soyut bir özgürlüğü, ciddi olarak anne babanın güç kullanımı önünde bir ceza yaptırımına bağlı hukuki değer olarak kabul etmek doğru değildir. Eğer Andrews’in görüşlerinden hareket edilirse, anne babanın çocuk yapıp yapmama veya onun nasıl yetiştirileceği konusundaki günlük kararları da, rollerin prensip olarak

31 Neumann, s 157

32 Habermas, Jürgen. “Über das Klonen” Süddeutsche Zeitung. 18.1.1998 den aktaran Gutmann s 373

33 Andrews, Lori-Bill. “Mom, Dad, Clone: Implications for Reproductive Privacy “ Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics vol 7 1998 s 176

34 Andrews, s 176-177

değişimi imkanını bulunmadığı asimetrik bir ilişki anlamında orantısız güç kullanımını olacaktır.³⁵

Kanaatimizce klon insanın onurunun salt; klonlamayla onun bizatihi kendisi olmadığı bir amaç için araç olarak üretilmesi ve bu amaçla da kendisine bir başka insanla genetik aynılık taşıma yükünün yüklenmesi sebebiyle ihlal edilmiş olduğu yönündeki görüşler geçerli bir mantık taşımamaktadır. Klonlamada insanın araçlaştırılması, yukarıda yer verdiğimiz bazı görüşlerde örneklendiği üzere her durum için doğru değildir. Organ nakillerinde uyum sorunu yaşamamak için bu yola başvurulduğunda bizce araçlaştırılan klondan öte klonlama tekniğidir. Klon her şeyden önce bir insandır ve kendi geleceğini belirleme hürriyetine sahiptir. Bu çerçevede dönüşürsek, Klon'un, ihtiyaç duyulduğunda genetik orijinine mutlak surette organ bağışlayacağı garanti edilebilecek midir? Rızası haricinde organı alınabilecek midir? Ayrıca bugün için doğal yollardan dünyaya gelmiş insanların başkalarına organ bağışlamaları onları araç haline mi getirmektedir? Klonlamanın mutlaka insan onurunu zedeleyeceği kabul edilecekse, klon'un değil hücre bağışlayanın yani klonlananın onurunun zedelenmesi düşünülebilir. Kanaatimizce klonlamanın, münferit olarak klonun veya klonlananın değil insan cinsinin onurunu zedeleyebileceğini söylemek daha geçerli bir ifadedir. Bu haliyle onur argümanının, klonlamanın istisnasız suç teşkil eden bir fiil olmasına gerekçe olamayacağını düşünüyoruz.

Değerlendirme

Yukarıda yer verdiğimiz argümanlar çerçevesinde, klonlama alanı o derece geniş ölçüde sınırlandırılabilir ki bu yolla elde edilecek çocuklar için anılan; klonlamaya özgü bedensel veya zihinsel tehlikeler, somut olarak bir yasak için yeterli bulunabilir. Bununla beraber, insan klonlamaya dair mutlak ve istisnasız hukuki yasak, ekstrem durumlar bakımından da kamusal bir haklılığa elverişli olmalıdır. Bir anlamda, böyle bir yasağın kural olarak herkese karşı zorlayıcı sebepleri bulunmalıdır. Bu durum, ancak, argümanların somut bir ahlak ve hukuk teorisi zeminine oturtulması ile mümkün olabilir. Anılan çerçevede, insan klonlamanın istisnasız olarak cezayı müstelzim bir fiil olarak kabul edilmesinin sınırlı gerekçesi olabilecek görüşler; klonlama tekniğinin muhtemelen belli bir zamanla sınırlı olacak olan güvensizliği şeklindeki argüman bir tarafa bırakılırsa, çok da sağlam temellere oturmamaktadırlar.

Bu noktada mevcut teknolojik metotlarla her açıdan sağlıklı bir bireyin dünyaya gelip gelmeyeceğinin bilinmemesi, pek çok fiziksel veya zihinsel özrürlü çocuğun yahut hilkat garibelerinin ortaya çıkabilir oluşu, herkes için klonlamanın en ürkütücü boyutunu oluşturmaktadır. Bazı bilim adamlarının “böyle ço-

³⁵ Gutmann, s 375

cukların ana rahminde önceden tespit edilip doğumlarına izin verilemeyeceği”³⁶ görüşü güvenlik sorununu minimize eder görüntüsü verse de en az sorunun kendisi kadar ürkütücüdür. Zira insan cinsinin onuru asıl bu noktada zedelenmektedir. Ayrıca böyle bir işlem İnsan Hakları Bio Tıp sözleşmesine de aykırıdır. Anılan düzenlemenin 15. maddesi, Biyoloji ve Tıp alanında insan üzerinde yapılacak bilimsel deneylerin, insan ve insanlık onuruna aykırı olamayacağını belirtmektedir.

Her ne kadar klonlama konusundaki literatür, bu kavramı “tedavi” ve “üreme” amaçlı olarak ayırsa da biz bu tasnifi içerik açısından yerinde bulmuyoruz. Üreme amaçlı klonlama tüm dünyada yasaklandığı buna karşın metodun tedavi amaçlı uygulanması hukuka uygun kabul edildiği için yapılan tasnifle hatalı sonuçlara ulaşılabilir.

Bilindiği üzere üremeye yönelik olarak gerçekleştirilen yapay döllenmeler tedavi amacı taşıdıklarından bahisle, tıbbi müdahale olarak kabul edilmekte, özellikle homolog döllenme usulünün hukuka ve ahlaka uygun bir nitelik taşıdığı görüşü üzerinde birleşilmektedir.³⁷ Bu bağlamda insan klonlama tekniği, amacına göre kendi içinde tasnife tabi tutulabilir. Kısırlığın belli çeşitlerine sahip olan çiftler açısından bu yol, heterolog bir döllenme olmaksızın eşlerden en az birinin genetik yakını olan bir çocuk elde etmenin mevcut olarak bilinen tek yoludur. Aynı şekilde genetik bozukluklar taşıdığı durumlarda klonlama tekniğinin kullanılması eşlerden birinin sağlıklı çocuklar dünyaya getirilebilmesi açısından önemli bir imkandır. Olaya bu perspektiften bakıldığında üreme amaçlı klonlama tekniğinin, tedavi amacına yöneldiği görülmektedir. Kanaatimizce, evlat edinme imkanları olsa da çiftlerin bu yolla çocuk sahibi olmak istemeleri yadırganacak bir talep olmamalıdır. Elbette ki bilim adamları klonlamanın barındırdığı tehlikelerin ihtimal harici olduğu durumları kesin olarak belirleme imkanına sahip olamazlarsa, bu durumda klonlamayı istisnasız olarak yasaklamak hukuka uygundur. Fakat bu tehlikeler doğal üreme halinde de zaman zaman ortaya çıkabilmektedir. Özellikle ülkemizde sık görülen yakın akraba evliliklerinde, doğacak çocuklar ciddi bedensel ve zihinsel problem riski altındadır. Fakat bu çocukları dünyaya getiren anne-baba cezalandırılmamaktadır. Hamileliği esnasında aşırı sigara ve alkol kullanan kimselerin doğacak çocukları da yine aynı riski fazlasıyla taşımakta fakat anne bu duruma kendi davranışlarıyla sebebiyet vermesine rağmen herhangi bir yaptırımla karşılaşmamaktadır. Aşırı sigara

³⁶ Bkz. Dn. 8

³⁷ Ayrıntı için bkz Çakmut-Yenerer, Özlem. Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi İstanbul 2003 s.172, Zevkliler, Aydın. Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları D.Ü.H.F.D Diyarbakır 1983 sy1 s.34, Ayan, Mehmet. Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk Ankara 1991 s.43

ve alkol kullanan anne adayının bu davranışları kişi özerkliği ile de açıklanamaz zira kendisi ile birlikte karnında taşıdığı canlıya da ciddi oranda zarar vermektedir.

Bu noktada cevabına belki ulaşamayacağımız bir soru zihinlere takılmaktadır. Acaba yapay döllenmelerle ve izin verildiği oranda tedavi amaçlı genetik manüplasyonlar esnasında hiç mi anılan türde canlılar oluşmamıştır? Elbette ki bugün bizlere rutin gelen pek çok tıbbi tedavi usulü ilk keşfedildikleri zamanlarda önemli riskler içermekteydi ve yeterli sayıda hayvan deneyleri sonunda insanlara uygulanır hale geldiler. Bu bağlamda, güvenlik sorununu aşmanın öncelikli yolu insan genetiğiyle ciddi benzerlikler gösteren hayvanların klonlama çalışmalarının artırılmasıdır.

İnsan klonlamanın tedavi amaçlı üremeye yönelmediği durumlar da söz konusudur. Kanaatimizce klonlama yasaklanırken asıl bu noktaya dikkat edilmeli, tedavi amaçlı üreme ile bu amacı taşımayan üreme birbirinden ayırt edilerek aynı kefeye konulmamalıdır. Nitekim klonlamaya ilişkin çalışmaların getirdiği en önemli tedirginliklerden birinin eugenics (insan türünü geliştirmek) fikirleri olduğu bilinmektedir. Nazi Almanya'sında belirginleşen ve üstün ırk yaratmak adı altında yapılan uygulamalar, çok daha gelişmiş tekniklerle klonlamada görünüm bulabilecektir. Bize göre insan klonlamanın suiistimale açık ve en tehlikeli olan yönü budur. Doğa şartlarına daha dayanıklı ya da hastalıklara karşı daha dirençli bir insan nesli ortaya çıkarmaya çalışırken, güvenlik argümanında belirtilen türden canlıların ortaya çıkabilmesi bir yana; gen havuzu daralmış, tek tip ve idealize edilmiş bir nesil oluşması işten değildir. Bu bedenen ve mental olarak idealize edilen kuşak (ki bu durum tamamen görecelidir) yeni ortaya çıkan bir virüsten toplu olarak etkilenebilecek belki de toplu ölümler olacaktır. Elbetteki bu yönüyle insan klonlama istisnasız olarak yasaklanmalıdır.

Her ne kadar Amerikan Hukuk sistemi insan klonlamayı ağır şekilde cezalandırsa da aslında aynı amaçla yapılan fakat adı klonlama olmayan tekniklere cevaz vermektedir. Bunlara en somut örnek sperm bankalarıdır. California eyaletinde bulunan Repository For Germinal Choice, adlı ve bu yönde faaliyet gösteren kuruluşun kendisine, üstün bilimsel, atletik, girişimcilik veya mental özellikleri nedeniyle seçilmiş erkekleri bulmak ve onların spermlerini toplamak misyonunu edindiği ifade edilmektedir.³⁸ Bu spermler yüksek zekalı kadınların kullanımına sunulurken elbet amaçlanan şey, insan toplumunun uzun vadeli mutluluğunu ve dengesini sağlayacak, genetik açıdan üstün çocuklardan oluşan bir nesil ortaya çıkarmaktır. Ayrıca çocuğun boyu, saç, göz ve ten rengi gibi

³⁸ Özgün, Yüksel. "Gen Mühendisliği ve Etik Kaygılar" Bilim ve Teknik Dergisi Sayı 391, Haziran 2000 s. 36

fiziksel özellikleri belirlenebilmekte, ciddi bedeller karşılığı talep edenlere sunulmaktadır.³⁹

Yapılan işlem aynı amaçlara hizmet etse de tekniğin adı klonlama olmadığı ve heterolog döllenmeler yasal olduğu için, ciddi bir sektör oluşturmuş olan bu tip kurumlar ve temsilcileri cezalandırılmamaktadırlar. Olayı bir de Onur Argümanı çerçevesinde ele alırsak çiftlerin bu şekildeki seçimleri iddia edildiği gibi orantısız güç kullanımı olmayacak mıdır?

Öte yandan insan klonlamanın organ naklindeki sorunların giderilmesi amacıyla gerçekleştirilmesini de tedavi amacına yönelmiş bir üreme olarak görmekteyiz. Zira önceden de belirttiğimiz gibi klonun, klonlanana mutlak surette organ bağışlayacağı garanti edilemez. Buradaki akrabalık ilişkisi organ bağışı konusunda her zaman için belirleyici olmayabilecektir. Ayrıca bu amaçla klonlamayı kabul etmek, gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan bir işlem için kötüye kullanılmaya son derece müsait olan bir alana yeşil ışık yakmak olacaktır.

Tüm bunların dışında, insan klonlamanın sorun yaratacağı en önemli alanlardan biri suçluların belirlenmesinde büyük katkıları olan Adli Tıp bilimidir. Mevcut teknolojik metotlarla dünyadaki tüm ırkları birbirinden ayırt edebilen ve kimlik tespiti açısından DNA analizleri ile şaşmaz sonuçlar elde edilebilen bu saha; yeryüzünde birbiriyle aynı genetik yapıya sahip onlarca veya yüzlerce kişi olması halinde çaresiz kalabilecek ve bu kişilerden hangisinin suçun faili olduğu tespit edilmeyecektir. Bu kimselerin parmak izleri bile aynı olacağından önemli kriminalistik problemler yaşanabilecektir. Öte yandan tedavi amaçlı insan klonlanmasında bu sayı klon ve klonlanandan ibaret olduğunda, tıpkı tek yumurta ikizlerinde doğal olarak bulunan bu genetik aynılığa tolerans gösterildiği gibi belki de anılan klonlama usulü de reddedilmeyecektir. Ayrıca mantıklı düşünüldüğünde; klon ve klonlanan tek yumurta ikizleri gibi aynı yaşta olmayacaklarından, görgü tanıklarının beyanları veya olay yerinde bulunan bir deri parçasının analizinde hücresel yıpranmanın tespiti sayesinde suç faili tespit edilebilecek, tek yumurta ikizlerinde yaşanan sorun burada yaşanmayacaktır.

Oysa tedavi amacı taşımayan klonlamalarda aynı anda birden çok klonun dünyaya getirileceğini düşünürsek sorununun içinden çıkmak mümkün olmaz. Bu durum aklımıza şunu getirmektedir. Tedavi amaçlı insan klonlanmasına izin verilse bile bu amaç doğrultusunda birden fazla klon dünyaya getirilmemelidir.

Sonuç olarak, tüm bu argümanlar ve bizim yürüttüğümüz fikirler henüz teknolojik olarak gerçekleştirilemediği var sayılan ve ispatlanamayan iddialara

³⁹ Özgün, s. 37

sahne olan bir alan üzerinedir. Şüphesiz ki bu durum statik kalmayacaktır. Ülkeler insan klonlamayı yasaklasa da doğabilecek tüm tehlikeli sonuçlara rağmen bu konudaki çalışmaların; bilim tarihinde de örneklerine mutlaka rastlanacağı gibi, gizli olarak sürdürülebileceği ayrı bir vakıdır. Halen ekonomik ve bilimsel nedenlerle hayvanların ve bitkilerin genlerinin manüple edilmesine hatta klonlanmasına olanak tanınmaktadır. Bunun ötesinde insan, doğası gereği bilmek ister. Kanaatimizce insanın bilme isteğinin ardında, doğaya egemen olma arzusunun yanında ölüm korkusu ve ölüm karşısında çaresiz olması gerçeği yatmaktadır. Bu çerçevede; konuyla ilgili bilimsel araştırmaların istisnasız yasaklanması yerine; bunlara kontrollü olarak izin verilmeli, ortak davranış kuralları belirlenmeli, etik ve yasal metinler çerçevesinde yapılacak sıkı denetimlerle, kontrol dışı klonlamalar en aza indirgenmelidir. Klonlama tekniğinin; bilimsel deney niteliğinden çıkıp, legal bir tıbbi müdahale halini alması durumunda, müdahaleyle ilgili davranış kurallarının ihlali elbetteki ceza sorumluluğunu gerektirecektir. Tüm bunların ötesinde, insan vücut hücrelerinden elde edilen kök hücrelerle yapılan tedaviler hızla gelişmektedir. Klonlamaya ayrılan zaman ve aktarılan maddi kaynak ölçüsünde bir yaklaşımla belki de insan vücudundan kök hücre elde edebilmek kolay ve rutin bir uygulama haline gelebilecek böylelikle klonlama konusu gelecekte ihtiyaç duyulmayan ya da en azından ihtiyaç bahanesi üretilmeyen bir teknik olarak bilim tarihinin tozlu raflarına kalkacaktır.

TÜRK HUKUKUNDA CUMHURBAŞKANIN KANUNLARI

DENETLEME YETKİSİ

Hayri KESER*

GİRİŞ

1982 Anayasası demokratik parlamenter yönetim sistemini benimsemiştir. Yasama- yürütme dengesi içerisinde, yürütmenin yetki ve görevlerini artırmıştır. Özellikle iki başlı yürütme içerisinde de Cumhurbaşkanının yetki ve görev açısından anayasal konumunu güçlendirmiştir. Cumhurbaşkanının 104. maddede Yasama, Yürütme, Yargıya ilişkin yetki ve görevleri ayrıntılı olarak belirtilmiştir. 1982 Anayasasının 89. maddesi, Cumhurbaşkanının Türkiye Büyük Millet Meclisince kabul edilen kanunları 15 gün içerisinde yayımlayacağını, yayımlanmasını kısmen veya tamamen uygun bulmadığı kanunları ise bir daha görüşülmek üzere, bu hususta göstereceği gerekçe ile birlikte aynı süre içerisinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne geri gönderilebileceğini, Cumhurbaşkanınca kısmen uygun bulunmama durumunda Meclisin sadece uygun bulunmayan maddeleri görüşebileceği hükmünü öngörmektedir.

Kanunların Cumhurbaşkanınca geri gönderilme işlemi günlük dilde veto olarak nitelendirilmektedir. Halbuki Cumhurbaşkanının geri gönderme işlemine kanunlar olduğu kadar, Anayasa değişikliğini içeren kanunlar da girmektedir. Çalışmamıza kanun kavramından hareketle geri gönderme ve veto kavramlarına ilişkin temel bilgiler verilerek başlanacaktır.

* Araştırma Görevlisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Çalışmada öncelikle ülkemizde geri gönderme işleminin tarihi gelişimi incelendikten sonra Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisine değinilecektir. Cumhurbaşkanının geri gönderme işlemini tek başına yapıp yapamayacağı kamu hukukunun ilkeleri ışığında açıklanarak belli bir sonuca varılmaya çalışılacaktır.

I- 1982 ANAYASISINA GÖRE KANUN YAPIMI

Demokratik parlamenter yönetim sistemlerinde, devlet içerisindeki erklerin yumuşak ve dengeli bir şekilde kullanılması söz konusudur. Demokratik parlamenter sistem, kuvvetler arasında iş birliği esasına dayanmaktadır. Dolayısıyla devletin en üst yazılı metinleri olan anayasalar, devlet organlarının yetkilerini ve görevlerini açık olarak belirtmektedir. Hiç bir organ veya kişi kaynağını anayasadan almayan yetkileri kullanamamaktadır. Bu nedenle yasama organı, ege-menliğin tek ve gerçek sahibi olarak millet adına bazı tasarruflar da bulunmaktadır ki bu tasarruflar “kanun” ya da “karar” adını taşımaktadır.

Kanun “şekli ve organik manada kanun” ve “maddi manada kanun” olmak üzere iki değişik anlamda kullanılmaktadır. Şekli manada kanun, anayasanın öngördüğü bütün içerisinde, yetkili organ tarafından, anayasa tarafından belirlenen usul ve şekle uygun olarak kabul edilen ve yürürlüğe konulan yazılı hukuk kurallarıdır. Şekli anlamda kanun, kendisini yapan organa göre belirlenmektedir. Bu yönüyle kanunun içeriği ve kapsamı önemli değildir. Kanun onu yapan organa göre nitelendirilir¹.

Maddi anlamda kanun ise, geniş ve dar anlamda olmak üzere iki farklı açıdan izah edilmektedir. Buna göre geniş anlamda kanun, kaynağına bakılmaksızın bütün hukuk kurallarını kapsamına almaktadır. Dar anlamda kanun ise, yasama organı tarafından belirli şekillere uyularak düzenlenen ve yürürlüğe girmesinden itibaren toplum için uyulması zorunlu kurallar ihtiva eden genel, soyut, sürekli, objektif, kişilik dışı tasarruflardır². Maddi anlamda kanun, kanunun içeriği ile ilgili bir özellik taşımaktadır. Bu nedenle genel, soyut, objektif, sürekli ve kişilik dışı karakter taşıyan tüzük ve yönetmelikler de maddi anlamda kanun kapsamına girmektedir.

Anayasanın 7. maddesi “Yasama Yetkisi” kenar başlığını taşımaktadır. Bu madde “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi’ndir. Bu yetki devredilemez.” hükmünü içermektedir. Yasama organı anayasaya aykırı olmamak kaydıyla her konuyu kanunla düzenleyebilmektedir. Yasama organının bu yetkisine anayasa hukukumuzda yasama yetkisinin genelliği ilkesi den-

¹ TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, İstanbul-1991, s.10 ; YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İstanbul-1993, s.229; ATAR, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Güncelleştirilmiş 2. B., Konya-2002, s.182.

² ATAR, s.183; Ayrıca bkz, Türk Hukuk Lügatı, Başbakanlık Basımevi, 3. B., Ankara-1991, s.184.

mektedir. Ayrıca yasama organı, bir konuyu araya başka bir vasıta girmeksizin doğrudan doğruya düzenleyebilmektedir. Bu durum yasama yetkisinin aslilığı ilkesi ile açıklanmaktadır³.

Yasama organının görev ve yetkileri Anayasa'nın 87.maddesinde düzenlemiştir. Bu maddeye göre, kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak yetkisi münhasıran yasama organı tarafından ifa edilmektedir. Yasama organı iradesini kanun şeklinde açıklayabileceği gibi karar şeklinde de irade izharında bulunabilmektedir. Örnek olarak para basılmasına ve savaş ilanına karar vermek, genel ve özel af ilanına karar vermek, mahkemelerce verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar vermek, seçimlerin yenilenmesine karar vermek şeklindeki tasarrufları verilebilir. Yine aynı şekilde Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin, üyelik sıfatlarının düşmesi (AY.m.84) ve dokunulmazlıklarının kaldırılmasına (AY.m.83) ilişkin kararlar yasama organı tarafından alınmaktadır.

Yasama organınca kabul edilen kanunlar, kanun teklifi veya kanun tasarısı şeklinde gelir. Kanun teklifinde bir veya birden çok milletvekilinin imzası bulunabilmektedir. Yani teklif milletvekillerince yapılabilmektedir. Kanun tasarısı ise, Bakanlar Kurulu tarafından imza edilerek Meclise sunulmaktadır. Bu nedenle kanun tasarısı yapma ve bunu teklif yetkisi Bakanlar Kurulu'nun yetkisi dahilindedir⁴.

Kanun tasarısı ve tekliflerinin Meclis Genel Kurulunda görüşülmesi iki aşamalı bir usule bağlıdır. İlk aşamada kanun tasarısı ve tekliflerinin tümü üzerinde genel kurulda görüşme yapılır. Daha sonrada maddelere geçilmesi oylanır. Bu oylama neticesinde red oyu verildiği takdirde, tasarısı veya teklif kabul edilmemiş sayılır ve reddedilen metin ret tarihinden başlayarak bir yıl içinde, aynı yasama döneminde yeniden verilememektedir⁵. İkinci aşamada kanun tasarısı ve teklifinin tümü üzerindeki görüşmeler tamamlanıp kabul edildikten sonra maddelerin tek tek görüşülmesine başlanır⁶.

Kanun tasarısı ve tekliflerinin kabulünde de ikili bir nisap aranmaktadır. Bu nisaplar; toplantı yeter sayısı ve karar yeter sayısıdır. Anayasanın 96. maddesi "Toplantı ve Karar Yeter Sayısı" kenar başlığını taşımaktadır. Bu maddenin içeriğine bakıldığında Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının en az

³ ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 7. B., Ankara-2002, s. 191-192; GÖREN, Zafer, **Anayasa Hukukuna Giriş**, DEÜ.Yay., 2. B., İzmir-1999, 167-168; ATAR, s.178.

⁴ Bkz., Anayasa m.88, İçtüzük m.74 için KUZU, Burhan, **Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat**, İstanbul -1994, s.111 ve 695; GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Kitabevi, Bursa-2000, s. 291.

⁵ Bkz., İçtüzük m.77 İçin KUZU, s.696.

⁶ TEZİÇ, s.37.

üçte biri ile toplanır⁷. Yani 184 milletvekili ile toplantı nisabı sağlanmaktadır. Kanun teklif ve tasarısının Genel Kurul tarafından kabul edilebilmesi için toplantıya katılanların salt çoğunluğu yeterlidir.

Kanunun oluşumu için ikinci bir nisap aranmaktadır. Bu nisap karar yeter sayısıdır. Karar yetersayısı için Meclis Genel Kurulunda, toplantıya katılanların salt çoğunluğu yani yarıdan bir fazla oran gerekmektedir. Ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tam sayısının dörtte birinin bir fazlasından az olmamalıdır (AY.m.96). Yani en az Meclis Genel Kurulunda 139 milletvekilinin kanun tasarısı ve teklifi lehinde kabul oyu vermesi gerekir. Aynı zamanda ret oyu verenlerin sayısı kabul oyu verenlerin sayısını geçmemelidir.

Kanun tasarısı ve teklifleri Genel Kurul tarafından, Anayasa ve içtüzükte belirlenen kurallar ve usuller dahilinde kabul edildikten sonra kanunlaşır. Ancak kanunun yürürlüğe girebilmesi ve uygulama özelliği kazanabilmesi için yayımlanması gerekmektedir. Anayasanın 89. maddesi, yasama organı tarafından kabul edilen kanunların, Cumhurbaşkanı tarafından yayımlanması esasını düzenlemektedir. Aynı zamanda Cumhurbaşkanınca yapılacak yayımlamanın Resmi Gazete vasıtasıyla yapılacağı, Anayasa Mahkemesine iptal davası açılması sürecini düzenleyen Anayasanın 151. maddesinin içeriğinden anlaşılmaktadır. Ayrıca 23 Mayıs 1923 tarih ve 1322 sayılı “Kanunların ve Nizamnâmelerin Sureti Neşir ve İlânı ve Neşriyat Tarihi Hakkında Kanun” uyarınca, kanunların Resmi Gazetede yayımlanmaları gerekmektedir⁸. Kanunlar Başbakanlık tarafından çıkarılan Resmi Gazetede yayımlanır. Genellikle kanunların yürürlük tarihi ilgili kanun metninin sonunda yer alır. Ancak kanunun yürürlük tarihi belirtilmemiş ise, 1322 Sayılı Kanuna göre, kanunun Resmi Gazetede yayımını takip eden günden itibaren 45 gün sonra yürürlüğe girer.

II-GERİ GÖNDERME KAVRAMI

Kanunun ülke çapında yürürlüğe girebilmesi için yayımlanması gerekmektedir. Yayımlanma işlemi, kanunların vatandaşlara duyurulması amacıyla yapılır. Meclis tarafından kabul edilen kanunların yayımlanması, Anayasa (m.75) ve 1322 sayılı kanuna göre Cumhurbaşkanınca gerçekleştirilir⁹. Cumhurbaşkanı, on

⁷ GÖZLER, s. 292; Anayasanın 75. maddesinde yapılan değişikliklerle 450 olan TBMM üye tam sayısı, 23.7.1995 tarih ve 22355 sayılı R.G.de yayımlanan 4121 sayılı kanun ile 550'ye yükseltilmiştir.

⁸ TEZİÇ, s. 40.

⁹ Anayasa'nın 89. maddesinin birinci fıkrası, TBMM'ce kabul edilen kanunların 15 gün içerisinde Cumhurbaşkanınca yayımlanacağını hükme bağlamıştır. İkinci fıkra, TBMM'nin 3.10.2001 Kabul Tarihi ve 4709 Sayılı Kararı ile değiştirilmiştir. Yayımlanması kısmen veya tamamen uygun bulunmayan kanunlar, bir daha görüşülmek üzere, bu hususta gösterilen gerekçe ile birlikte aynı süre içerisinde Meclise geri gönderilir. Cumhurbaşkanınca kısmen uygun bulunmama durumunda, Meclis uygun bulunmayan madde-

beş günlük süre içerisinde, yayımlanmasını kısmen veya tamamen uygun bulmadığı kanunların bir daha görüşülmesini sağlamak ve bu hususta göstereceği gerekçeleri belirtmek suretiyle TBMM'ne geri gönderebilir. Meclis kısmen uygun bulunmama durumunda uygun bulunmayan maddeleri görüşebilir. Fakat geri gönderme işlemine bütçe kanunları dahil değildir.

Cumhurbaşkanınca gerçekleştirilen, kanunların geri gönderilmesi yetkisi ile güdülen amaç; kanunların anayasaya uygun, eksiksiz ve hatasız çıkarılması için yasama organının ikaz edilmesidir¹⁰. Hukuk normunun henüz yürürlük kazanmadan anayasaya uygunluk denetimine konu olması önleyici denetim türünü oluşturur. Bu denetimin devlet başkanınca yapılması ise siyasi denetimdir¹¹.

1-Ülkemizde Geri Gönderme Kavramının Tarihi Gelişimi

Devlet Başkanının yasama organı tarafından kabul edilen kanunları yeniden görüşülmek üzere yasama organına göndermesi işlemi, Kanuni Esasi döneminde başlamıştır. Bu yönüyle geri gönderme işlemi, günümüze gelinceye değin tarihi bir gelişim özelliği taşımaktadır. Özellikle, yazılı hukuk kuralları hiyerarşisinde, üst hukuk normlarının yer aldığı anayasalarda geri gönderme kavramının tarihi gelişim çizgisi daha net görülebilmektedir. Ülkemizde ilân edilen ve yürürlüğe konan ilk yazılı anayasa niteliğini taşıyan 1876 Kanun-i Esasi de geri gönderme kavramına rastlamaktayız. Özellikle o döneme kadar kanunların yapımı ve yayımı hususunda devlet başkanının sahip olduğu mutlak yetkilerin sınırlandırılmaya çalışıldığı görülmektedir. Bu yönüyle yazılı hukuk kurallarından yola çıkarak devlet başkanının veya cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisini inceleyebiliriz.

A-1876 Kanun-i Esasi Dönemi

1876 tarihli Kanun-i Esasi'nin 54. maddesine göre kanun tasarılarının uygulanacak yasa haline gelebilmesi için padişahın buyruğuna gereksinim duyuluyordu. O dönemin Meclis yapısı ikili bir görünüm taşımaktaydı. Meclisi Mebusanı, Heyeti Mebusan ve Heyeti Ayan üyeleri oluşturmaktaydı. Bu üyelerin iştirakiyle oluşan ve her iki Meclisin ayrı ayrı oylayarak kabul ettiği kanun tasarıları padişahın buyruğu ya da uygun görmesi ile yasa haline gelebilmekteydi. Ancak her iki Meclisin kabul ettiği bu tasarıları Padişah uygun görmezse, hukuk alanında uygulanabilirlik ya da hayatiyet kazanması mümkün hale gelmemekteydi. Bu yönüyle padişahın iradesi mutlak manada önem taşımaktaydı.

leri görüşebilir. Bütçe kanunları bu madde hükmüne tabi değildir Bkz., 17.10.2001 Tarihli, 24556- Mükerrer Sayılı RG., s. 10.

¹⁰ ÖZBUDUN, s. 295.

¹¹ TUNÇ, Hasan, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı**, Yetkin Yay., Ankara-1997, s. 65.

Bu nedenle padişahın tasarılar üzerinde mutlak veto yetkisi bulunmaktaydı¹². Yani kanunun oluşumu ve yürürlük kazanması için padişahın iradesi gerekiyordu.

II. Meşrutiyet döneminde ise padişahın iradesi kanunun oluşumu bakımından bir derece geri plana atılmıştı. Şöyle ki, Heyeti Mebusan ve Heyet-i Ayan tarafından kabul edilen tasarılar kanun haline geliyor, padişahın onayı ve buyruğu ile yürürlüğe giriyordu. Yapılan değişikliklerle, padişahın iradesi yasanın yürürlüğe girmesi açısından değer taşımakta, tasarıların yasalaşma evresinde etkili olamamakta idi¹³. Yani her iki Meclisçe kabul edilen tasarı kanun haline gelmekte, padişahın iradesi sadece kanunu yürürlüğe sokuyordu. Bununla birlikte, padişah yürürlüğe girmesini istemediği kanunları iki ay içerisinde tekrar görüşülmek üzere Meclise geri gönderebilmekte idi. Buna karşılık padişah yürürlüğe girmesini istediği kanunları da bu iki aylık süre içerisinde onaylayabilmekte idi. Ancak Meclisçe ivedilik kararı verilen kanunlarda bu süre kısaltılarak 10 günlük süreye indirilmişti. II. Meşrutiyet döneminde yapılan değişiklik padişahın iradesini mutlak olmaktan çıkarıp, kanunları geciktirici bir hale getirmişti. Çünkü tekrar görüşülmek üzere Meclise gönderilen kanunların, her iki Meclisin üçte iki çoğunluğu ile tekrar kabul edilmesi halinde padişah bu kanunu onaylamak zorunda kalıyordu¹⁴.

B- 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu Dönemi

1924 Anayasanın 35. maddesinde, Cumhurbaşkanının kanunları ilan ve Meclise iade etme müesseseleri düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanı, Meclis tarafından kabul edilen kanunları 10 gün içerisinde ilan eder. Ancak ilanını uygun görmediği kanunları gerekçesi ile birlikte bir daha görüşülmek üzere Meclise gönderir. Meclis kendisine gönderilen kanunu yine kabul ederse, Cumhurbaşkanının kabul edilen kanunu ilân etmesi zorunludur¹⁵.

¹² 1876 Kanun-i Esasi'nin konu ile ilgili tam düzenlemesi için Bkz., KİLİ, SUNA-GÖZÜBÜYÜK, A. ŞEREF, **Türk Anayasa Metinleri**, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., Ankara-1985, s.37; ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, "Yasaların Cumhurbaşkanınca Geri Gönderilmesi", AİD, C.21, Mart 1988, s.5; TEZİÇ, Erdoğan, "Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi" **Anayasa Yargı 3**, Anayasa Mahkemesinin 23. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara-1989, s.84; GÖZLER, Kemal, **Devlet Başkanları**, Ekin Kitabevi, Bursa-2001, s.148 (Devlet Başkanları).

¹³ ALİEFENDİOĞLU, s.5; II. Meşrutiyet döneminde yapılan değişiklikler için Bkz; KİLİ-GÖZÜBÜYÜK, s.77 vd.

¹⁴ ALİEFENDİOĞLU, s.6; TEZİÇ, s.85; GÖREN, s.345.

¹⁵ ALİEFENDİOĞLU, s.6; Cumhurbaşkanının Teşkilatı Esasiye kanunları ve bütçe kanunlarını ilân etmesinin gerekliliği ise, 35. madde açısından istisnai bir özellik taşımaktadır. Bkz.,KİLİ-GÖZÜBÜYÜK, s.117.

Görüldüğü üzere Meclisin kabul ettiği metin kanun niteliğini taşımakta ve Cumhurbaşkanı, kanunu yürürlüğe sokup sokmama hususunda bir yetkiyle donatılmamaktadır¹⁶. Meclisin kabul ettiği kanunun ilan edilip edilmemesi açısından Cumhurbaşkanı yetkilendirilmemiştir. Buna karşılık Cumhurbaşkanı ilanını uygun bulmadığı kanunları Meclise tekrar gönderebilmektedir.

C -1961 Anayasası Dönemi

1961 Anayasasının 93. maddesi, Cumhurbaşkanının kanunları geri gönderme yetkisini düzenlemiştir¹⁷. Tek fıkra halinde düzenlenen geri gönderme yetkisi, esas açısından 1924 Anayasası ile bir fark taşımamakta idi. Ancak Meclisçe kabul edilen kanunların yayımlanması yönünden farklılık göze çarpmaktadır. 1924 Anayasası ilandan söz ederken, 1961 Anayasası yayımlanır ibaresini kullanmıştır.

1961 Anayasası, Cumhurbaşkanının 10 günlük süre içerisinde, yayımlanmasını uygun bulmadığı kanunları, yine aynı süre içerisinde, Meclise geri gönderme yetkisi düzenlemiştir. Meclis, geri gönderilen kanunu yine kabul ederse, Cumhurbaşkanının bu kanun yayımlaması zorunluluğu bulunmaktaydı.

Cumhurbaşkanının, uygun olmadığı kanunları Meclise geri göndermesi, tek başına yapacağı işlemler arasında yer almaktadır¹⁸. Nitekim Anayasa mahkemesinin 1979 yılında vermiş olduğu kararda, Cumhurbaşkanının kanunları Meclise geri gönderme yetkisini tek başına kullanabileceği belirtilmiştir¹⁹.

Meclisin, kendisine geri gönderilen kanunları değiştirerek kabul etmesi halinde, Cumhurbaşkanının kanunları tekrar Meclise geri gönderip göndermeyeceği hususunda bir netlik bulunmamaktaydı. Bu durum doktriner tartışmaların uzamasına sebep olmaktadır. Ancak bu tartışmalar 1982 Anayasası döneminde son bulacaktır²⁰.

¹⁶ ALİEFENDİOĞLU, s. 6.

¹⁷ 1961 Anayasasının 93. Maddesi aynen şöyledir; “ Cumhurbaşkanı Türkiye Büyük Millet Meclisince kabul edilen kanunları 10 gün içinde yayımlar; Uygun bulmadığı kanunu, bir daha görüşülmek üzere, bu hususta gösterdiği gerekçe ile birlikte, aynı süre içinde Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderir. Bütçe kanunları ve Anayasa bu hükmün dışındadır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, geri gönderilen kanunu yine kabul ederse, kanun Cumhurbaşkanınca yayımlanır.”, ÖZER, Atilla, Gerekçeli ve 1961 Anayasası ile Mukayeseli 1982 Anayasası, Ankara-1996, s.373.

¹⁸ Karşı görüş için Bkz., GÜNEŞ, Turan, “Devlet Başkanı- Meclis Çatışması”, AÜSBFD., C.19, N.2, Ankara- 1964, s.184.

¹⁹ E:1979/22, K:1979/45, KG:18.12.1979, AMKD, S:17, s.373.

²⁰ Cumhurbaşkanının bir kanunu ikinci kez geri göndermesi örneğine 1973 yılında rastlıyoruz. 22 Şubat 1972 gün ve 1542 sayılı “Bazı Orman Suçlarının Affına ve Bunlardan Mü-

D- 1982 Anayasası Dönemi

1982 Anayasasının 89. maddesi “Kanunların Cumhurbaşkanınca Yayımlanması” kenar başlığını taşımaktadır. Getirilen bu yeni düzenleme, kendinden önce yer alan anayasal düzenlemelerden farklı özellikleri ihtiva etmektedir. Nitekim kanunların 15 günlük süre içerisinde yayımlanabileceği ya da Meclise geri gönderilebileceği belirtilerek, süre hususunda Cumhurbaşkanına tanınan yetki uzatılmıştır. Bununla birlikte, Meclisin geri gönderilen kanunda yeni bir değişiklik yapması halinde, Cumhurbaşkanına değiştirilerek kabul edilen kanunu 15 günlük süre içerisinde tekrar Meclise geri gönderebilme yetkisi tanınmıştır. Ayrıca, anayasa değişikliklerine ilişkin Meclisin yapmış olduğu düzenlemeler de geri gönderme yetkisinin kapsamına dahil edilmiştir. 2001 yılında 4709 sayılı kanunla yapılan değişiklikle de yasama ekonomisi bakımından Cumhurbaşkanına kısmen veya tamamen geri gönderme yetkisi tanınmıştır. Cumhurbaşkanınca kısmen uygun bulunmama durumunda Meclis sadece uygun bulunmayan maddeleri görüşebilir. Böylece kanunların geri gönderilmeyen kısımları yayımlanarak yürürlüğe girmekte, Meclis sadece geri gönderilen kanunları görüşebilmektedir. Bu yönlerden Cumhurbaşkanına tanınan yeni yetkiler 1961 Anayasası ve sonrası dönemdeki tartışmaları da sona erdirmiştir²¹.

Geri göndermeye ilişkin yeni düzenlemeler, aynı zamanda 1961 Anayasasından çeşitli farklılıkları da beraberinde getirmiştir. Öncelikle Cumhurbaşkanına 1961 Anayasası ile tanınan geri gönderme süresi 10 günden 15 güne yükseltilmiştir. Böylece geri göndermeye konu olabilecek kanunun, Cumhurbaşkanınca daha kapsamlı incelenmesi için süre uzatılmıştır. Ancak Cumhurbaşkanının bu süreyi aşması halinde ne gibi şartlarla karşılaşılabileceği yapılan düzenlemeden anlaşılmamaktadır. Cumhurbaşkanının 15 günlük süre içerisinde kanunu geri göndermemesi ya da yayınlamaması halinde Cumhurbaşkanı - Meclis gerilimi yaşanacağı gibi, aynı yasanın ikinci kez Cumhurbaşkanına gönderilmesi yasama tasarrufu açısından uygun görülmemektedir.

tevellit İdare Şahsi Haklarının Düşürülmesine Dair Kanun” Cumhurbaşkanınca Meclise iade edilmiş, bunun üzerine Meclis bu kanunda bazı değişiklikler yaparak 26 Haziran 1973 ve 1179 sayılı kanunla aynı başlık altında kabul etmiştir. Ancak Cumhurbaşkanı 1779 sayılı kanunla yeni değişiklikler yapılarak kabul edilmesi sebebine istinaden yeni bir kanun oluşturulduğu, bu bakımdan da Anayasa 93. maddesi gereğince bir daha görüşülmek üzere Meclise göndermişti. Meclisçe ikinci kez geri gönderme sayılan bu kanun tekrar Cumhurbaşkanlığına gönderilmiş, daha sonra da Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmişti. Bunun üzerine Cumhurbaşkanı Anayasa Mahkemesine iptal davası açmış ve Anayasa Mahkemesi de kanunu şekil bakımından Anayasaya aykırı bulunarak iptal etmiştir. E.1979.22, K.1979.45, KT.18.12.1979, AMKD., S.17, s.377; Ayrıca Bkz., TEZİÇ, s.89, Dn., 6.

²¹ TÜLEN, Hikmet, “ 3.10.2001 Tarihli Ve 4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişiklikleri Üzerine Genel Bir Değerlendirme”, AÜEHFD., C.V, S.1-4, AÜEHF'nin 10. Öğretim Yılına Armağan, s.234.

1961 Anayasası döneminde, Cumhurbaşkanının Meclise geri gönderdiği kanunun Meclisçe yeni değişiklik yapılarak kabul edilmesi halinde, değiştirilerek kabul edilen kanunun tekrar Cumhurbaşkanınca Meclise gönderilip gönderilemeyeceği hususunda bir açıklık yoktu. Bu konudaki tartışmaları 1982 Anayasası gidermiştir. Yeni düzenlemeye göre Meclis, geri gönderilen kanunda yeni bir değişiklik yapması halinde, Cumhurbaşkanı değiştirilen kanunu tekrar Meclise geri gönderebilecektir. Cumhurbaşkanının Meclise geri gönderebileceği bu kanunda da süre 15 gündür. 1961 Anayasasında, anayasa değişikliklerine ilişkin Meclisin yapacağı düzenlemeler geri gönderme kapsamı dışında bırakılmıştı. Ancak 1982 Anayasasında, anayasa değişikliklerine ilişkin hükümlerin geri gönderilme kapsamına dahil edildiği görülmektedir. Ayrıca Cumhurbaşkanına kanunların kısmi veya bütün olarak geri gönderme yetkisi tanınmış, Meclisin kısmi geri göndermede sadece uygun bulunmayan maddeleri görüşebileceği düzenlenmiştir. Böylece geri gönderme hususunda Cumhurbaşkanına tanınan yetkinin kapsamı da genişletilmiş, Meclisin kısmi geri gönderme durumunda, sadece o kısımları görüşebileceği hüküm altına alınmıştır²². Cumhurbaşkanının Meclis tarafından kabul edilen kanunları kısmen uygun bulunmayarak Meclise gönderebilmesi, kanunların kısmen de olsa geciktirilmeden yürürlüğe girmesini sağlayacak bir düzenlemedir. Ancak, bu düzenleme uygun bulunmayarak Meclise gönderilen kanun maddeleri ile uygun bulunan maddelerin birbirleri ile ayrılmaz bir bağlantı içerisinde olmaması halinde bir yarar sağlayabilecektir²³.

1961 Anayasası, Meclise geri gönderilen kanunun yine kabul edilmesinden ve Cumhurbaşkanınca yayınlanmasından bahsetmesine rağmen, 1982 Anayasası geri gönderilen kanunun Meclis tarafından aynen kabul edilmesinden ve Cumhurbaşkanınca yayınlanmasından söz etmektedir. Fakat bu farklılıklar esas yünden aynı sonuçları doğurmaktadır.

2- GERİ GÖNDERME VE VETO KAVRAMLARININ FARKLILIĞI

Günlük konuşma dilinde, Cumhurbaşkanının, Meclis tarafından kabul edilen kanunu yayımlamaksızın Meclise iade etme işlemine veto denilmektedir. Ancak veto ile geri gönderme işlemi farklı karakterler arz etmektedir. Ayrıca Cumhurbaşkanının kanunları onaylama işlemi ile yayımlama işlemi birbirinden farklı

²² ALİFENDİOĞLU, s.7; TEZİÇ, s.92; ABD'de kısmi vetoya madde vetosu da denmektedir ve Başkanlar aktif olarak bu yetkiyi kullanmaktadırlar. Başkan kısmi veto yetkisini kullanmak suretiyle tasarıdan kısmi çıkarmalar yapabilmektedir. Ancak bu yetkinin kullanılması tasarının aktif biçimde yeniden yazılmasını gerektirmektedir. Bkz., SARTORİ, Giovanni, **Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği**, Çev: Ergun Özbudun, Yetkin Yay., Ankara-1997, s.211.

²³ ATAR, s.189.

dır²⁴. Anayasa Hukuku anlamında veto, devlet başkanın Meclis tarafından kabul edilen bir kanunu onaylayıp onaylamama yetkisini ifade eder. Monarşik devletlerde, devlet başkanının iradesi, kanunun oluşumunda gerekli bir unsurdur. Monarşilerde görülen bu yetkiye mutlak veto yetkisi de denilmektedir²⁵.

Devlet başkanınca yapılan denetim, kanunların yürürlük kazanmasından önce yapıldığı için önleyici denetim türünü oluşturmaktadır. Aynı zamanda yapılan bu denetim siyasi mahiyet taşımaktadır. Bu yönüyle de siyasi denetim kategorisi içerisinde yer almaktadır. Devlet başkanınca yapılan, siyasi ve önleyici anayasallık denetimi, yasama organınca kabul edilen kanun tasarı ve tekliflerinin aynı organa iade işlemini içerir. Devlet başkanının yapmış olduğu iade işleminde, anayasaya aykırılık düşüncesi etken rol oynar²⁶. Devlet başkanının kendi kanaati neticesinde oluşan anayasaya aykırılık denetimi, tek başına yapılan bir denetimdir²⁷.

Meşruti monarşilerde devlet başkanının genel olarak mutlak veto yetkisi bulunmaktadır. Meclis tarafından kabul edilerek devlet başkanına gönderilen metin kanun taslağıdır. Bu taslağın, devlet başkanınca onaylanması ile birlikte kanunlaşma işlemi tamamlanmaktadır. Bu nedenle, devlet başkanının iradesi metnin kanunlaşabilmesi için zorunlu bir özellik taşımaktadır. O halde devlet başkanının Meclisçe kabul edilen kanun tasarisını onaylayıp onaylamama yetkisini haiz olması, onun aynı zamanda mutlak veto yetkisine de sahip olduğunu ortaya çıkarır. Bunun en önemli sonucu ise, devlet başkanınca veto edilen bir metnin, hiçbir şekilde kanun olarak ortaya çıkamaması ve yürürlüğe girememesidir²⁸.

Devlet başkanı, Meclis tarafından kabul edilerek kendisine gönderilen kanun tasarisını, uygun bulmayarak Meclise geri gönderebilir. Bunun üzerine Meclis tasariyi tekrar görüşerek nitelikli bir çoğunlukla aynen kabul ederse, metin ka-

²⁴ TEZİÇ, Erdoğan, “Cumhurbaşkanın Geri Gönderme Yetkisi”, **Anayasa Yargısı 3**, Anayasa Mahkemesinin 24. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara 1987, s.83. (Cumhurbaşkanı); Gazete yazarları Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisini veto olarak nitelendirmektedir. Bkz., KIRCA, Ali, “Asker Gönderme İçin Referandum”, <http://www.sabah.com.tr/21/www/m/y05.html>, 12.9.2003; BABACAN, Nuray, KORKMAZ, Saffet, “Bankacılık Yasası İçin Acil Plan Hazırlığı”, <http://arama.hurriyetim.com.tr/devam.asp?id=50932>, 12.09.2003; AKYOL, Taha, “Sezer’in Vetosu”, <http://www.milliyet.com/2003/07/03/yazar/akyol.html>, 12.09.2003;

²⁵ GÖZLER, Kemal, (Devlet Başkanları) s.148; TEZİÇ, (Cumhurbaşkanı), s.84; ALİEFENDİOĞLU, s.7.

²⁶ TUNÇ, s.66-67; KABOĞLU, İbrahim Ö., **Anayasa Yargısı**, İmge Kitabevi, Ankara-1994, s.41-42.

²⁷ TUNÇ, s.70.

²⁸ ARSEL, İlhan, **Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları I**, Birinci Kitap, Cumhuriyetin Temel Kuruluşu, Ankara-1965, s.375.

nunlaşır. Bu aşamadan sonra devlet başkanı kanunun yayımlanmasını sağlar. Devlet başkanı geri gönderme işlemi ile, kanunun oluşumunu bir süre ertelemektedir. Bu durumda geciktirici vetodan söz edilmektedir. Geciktirici veto da devlet başkanının iradesi, kanunun oluşumunda bulunması zorunlu bir unsur niteliği taşımamaktadır²⁹.

İngiliz Kamu Hukukunda Taç'ın Meclis³⁰ tarafından kabul edilen kanunları halen onaylamama yetkisi bulunmaktadır. Kralın sahip olduğu yetkiler, "Kral kötü bir şey yapamaz" ilkesinden kaynaklanmaktadır. Kralın sorumsuzluğu ilkesi gereğince kralın yaptığı bütün işlerden dolayı Kabine ve özellikle başbakan sorumludur. Bu sorumluluk siyasal konularda olduğu kadar diğer konular için de geçerli sayılır. "Kral bir Bakanı öldürürse, başbakan sorumludur, ama Kral Başbakanı öldürürse, hiç kimse sorumlu tutulamaz" sözü bu kuralı teyit eder³¹. İngiltere'de Taç'ın kanunları onaylama ayrıcalığı 1707 yılından beri uygulanmamaktadır³². Özellikle, siyasal açıdan sorumlu kabinenin ortaya çıkması ile birlikte, veto yetkisinin kullanılmasında, başbakanın imzasının aranması bu yetkinin pratikteki değerini kaldırmıştır. Nitekim sorumsuz devlet başkanının kanunu veto etmesi, Meclisten güvenoyu almış hükümete karşı bir güvensizlik ifade eder³³.

ABD'de Başkan'ın Kongre³⁴ tarafından kabul edilen yasalar üzerinde veto yetkisi bulunmaktadır. Başkan'ın elinde, yasama ve yürütme arasındaki dengeyi sağlayacak bir kuvvet bulunmaktadır. Bu kuvvet veto yetkisidir³⁵. Montesquieu'nun güçler ayrılığı ilkesine uygun olarak, yasama, yürütme ve yargı birbirinden kesin ve sert bir şekilde ayrılmıştır. Yürütmenin, yasamanın yapmış olduğu işlemleri durdurma hakkı bulunmaktadır. Bu hak veto hakkıdır. Aksi taktirde yasama zorbalığa kayabilir ve tüm yetkileri kendi elinde toplamak

²⁹ TEZİÇ, (Cumhurbaşkanı), s.84; GÖZLER, (Devlet Başkanları) s.150.

³⁰ İngiliz siyasal rejiminin organları arasında yer alan Meclis Avam Kamarası ve Lordlar Kamarasından oluşmaktadır. Bkz., ayrıntılı bilgi için, GÖZE, Ayferi, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, Beta yay., beşinci B., İstanbul-1989, s.462 vd.

³¹ GÖZE, s.474; Başkanın veto yetkisi başkanlık makamını güçlendirmiş ve yürütmenin yasama karşısındaki ağırlığını artırmıştır. Bkz; SERİM, Ekrem, "Amerika'da Başkanlık sistemi", Ankara Barosu Dergisi, Y.1983, S.3-4, s.35.

³² GÖZE, s.475; TEZİÇ, (Cumhurbaşkanı), s.84; ALİEFENDİOĞLU, s.8.

³³ TEZİÇ, (Cumhurbaşkanı), s.84-85 .

³⁴ Kongre, Temsilciler Meclisi ve Senato olmak üzere iki Meclisten oluşur. Bkz., GÖZE, s.510.

³⁵ GÖZE, s.505; GÖZLER, (Devlet Başkanları) s.149.

isteyebilir³⁶. ABD’de 1787 tarihli Anayasa’ya göre, Kongre’nin kabul ettiği metnin kanun haline gelebilmesi için başkanın bunu on gün içerisinde onaylaması gerekmektedir. Ancak başkan onaylanmasını uygun bulmadığı kanunları yine on günlük süre içerisinde tekrar görüşülmek üzere gerekçesi ile birlikte Kongre’ye geri gönderebilmektedir. Kongre’nin, Temsilciler Meclisi ve Senato Kanadının bu metni üçte iki çoğunlukla tekrar kabul etmesi halinde metin kanunlaşır. Bu bakımdan, geri göndermede Kongre’de nitelikli (üçte iki) çoğunluk arandığı için, başkanın veto yetkisi geciktirici veto niteliğindedir³⁷.

ABD’de, Kongrenin tatiline on günden az bir zaman kalmışsa, Başkan bu süre içerisinde kabul edilen metnin onaylanması işlemini tatil sonuna kadar geciktirebilir. Başka bir deyimle, başkan kendisine gönderilen metnin kanunlaşmasını istemiyorsa bu metni saklar ve imzalamaz. Buna günlük dilde cep vetosu denilmektedir³⁸.

Kanunların bir daha görüşülmesi için Meclise geri gönderilmesi işlemi, veto yetkisinden farklıdır. İlk olarak, kanunun oluşum süresinde devlet başkanının iradesi zorunlu bir unsur değildir. Çünkü kanun metni, Meclis de kabul edildiği anda kanunlaşmıştır. Burada devlet başkanının, kanunun oluşumu açısından irâdesini belirtmesi gerekmez. Ayrıca, geri gönderme halinde, Meclis aynı kanunu, herhangi bir nitelikli çoğunluk koşulu aranmaksızın aynen kabul ederse, bunun devlet başkanınca imzalanması zorunludur³⁹. Meclis geri gönderilen yasada yeni bir değişiklik yaparsa, devlet başkanı değiştirilen yasayı Meclise tekrar geri gönderebilmektedir⁴⁰.

³⁶ GÖZE, s.190; ABD’de veto yetkisi 19. Yüzyılın sonlarından beri yaygın olarak kullanılmaktadır. Başkan Cleveland, iki kez geldiği başkanlık döneminde 414 defa veto yetkisini kullanmış ve “Vetocu Başkan” olarak anılmıştır. Keza Rousevelt 631, Truman 250 kez veto yetkilerini kullanmışlardır. Bkz., KUZU, Burhan, “ Türkiye için Başbakanlık Sistemi I ”, Liberal Düşünce, C.1, S.2, Ankara-1996, s.24; ÇAM, Esat, **Devlet Sistemleri**, İstanbul-1976, s.107 .

³⁷ TEZİÇ, (Cumhurbaşkanı), s.85 .

³⁸ KUZU, s.24; ÇAM, s.108; Cep vetosu, Başkana sadece bir tasarıyı imzalamama yetkisi verir. Cep vetosu kesin bir vetodur. Çünkü geçersiz kılınmaz. Eğer Başkan tasarıyı imzalamazsa, o tasarı ölmüş sayılır ve bu konuda kimsenin yapabileceği bir şey yoktur. Bkz., SARTORİ, s.210-211.

³⁹ TEZİÇ, s.85; ALİEFENDİOĞLU, s.9.

⁴⁰ Bkz., Anayasanın 89/3 maddesi için ÖZER, s.371; ALİEFENDİOĞLU, s.9; TANÖR, Bülent, YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, YKY., Cogito, 2. B., İstanbul-2001, s.279.

III- 1982 ANAYASASINA GÖRE GERİ GÖNDERME KAVRAMININ NİTELİĞİ

Cumhurbaşkanınca kullanılan kanunların geri gönderilmesi yetkisi, 1924 Anayasası döneminde yürütme görevi içerisinde düzenlenmişti. Ancak 1961 ve 1982 Anayasalarında Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisi yasama bölümünde düzenlenmiştir. Geri gönderme yürütme işleminden çok, yasaların yayımlanması sürecinde kullanılabilen ve yasama işlevinin devamı niteliğinde olan bir işlemdir⁴¹. Meclisçe kabul edilen ve yayımlanmak için Cumhurbaşkanına gönderilen metin, bir tasarı olmayıp kanundur. Cumhurbaşkanının bir kanunu yayımlaması da onun oluşumunu tamamlayan bir unsur olmayıp, topluma veya 3. kişilere duyurulmasını sağlayan bir işlemdir. Cumhurbaşkanına gönderilen metin hukuki bir varlık kazanmıştır ve tamamlanmış bir işlemdir. Ancak yayımlanmadığı için kişiler yönünden bağlayıcılık özelliği kazanmamıştır⁴².

1982 Anayasasının 89. maddesi, Cumhurbaşkanına bir veto yetkisi tanıtmaktadır. Çünkü madde metninde “Türkiye Büyük Millet Meclisince kabul edilen kanunlar” ifadesi mevcuttur. Ancak, bazı yazarlar geri gönderme işleminin geciktirici veto niteliğinde olduğunu öne sürmektedirler⁴³. Fakat geri gönderilen kanun Meclis tarafından nitelikli ya da farklı bir çoğunluk koşulu aranmaksızın kabul edildiği takdirde Cumhurbaşkanı bunu yayımlamak durumunda kalmaktadır. Bu nedenle gerçek anlamda bir geciktirici veto yetkisi değildir⁴⁴.

Cumhurbaşkanı devletin başı olması sıfatıyla Türkiye Cumhuriyeti ve Türk milletinin birliğini temsil etmektedir. Anayasanın uygulanması, devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetmektedir. Anayasa'nın 104. maddesinde Cumhurbaşkanının yapacağı görev ve kullanacağı yetkiler geniş bir şekilde belirtilmektedir. Cumhurbaşkanının yasamaya ilişkin yetkileri arasında “kanunların tekrar görüşülmek üzere TBMM.’ne geri gönderme”si de yer almaktadır. Sistematik açıdan, 89. madde de düzenlenen kanunların Cumhurbaşkanınca yayımlanması işlemi Cumhuriyetin Temel Organları arasında yer alan yasama bölümünde düzenlenerek uyum sağlanmıştır. Kısaca Cumhurbaşkanının geri

41 ALİEFENDİOĞLU, s.11; Kerse, Cumhurbaşkanının kanunları imzalayıp, yayımlanmak üzere başbakanlığa gönderilmesi işlemini idari bir işlem olarak görmektedir. KERSE, Ahmet, **Türkiye’de 1961 Anayasasına göre Cumhurbaşkanını**, İstanbul-1973, s.86; Aynı yönde görüş için Bkz., TEZİÇ, (Cumhurbaşkanı) s.86 .

42 DAVER, Bülent, “ Kanunla İlgili Meseleler ”, AÜSBFD, C.16, N.2, Ankara-1961, s.230 vd; ALİEFENDİOĞLU, s.11; TEZİÇ, s.86.

43 ERDOĞAN, Mustafa, **1982 T.C. Anayasasına Göre Cumhurbaşkanının Hukuki Durumu**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara-1987, s.66; KERSE, s.90-92 ; Aksi görüş için Bkz., TANÖR- YÜZBAŞIOĞLU, s.279.

44 TEZİÇ, (Cumhurbaşkanı), s.88.

gönderme yetkisini düzenleyen 89. ve 104. madde yasamaya ilişkin bölüm ile uyum içerisindedir ve yasama üst başlığı altında düzenlenmiştir. Bu yönüyle de Cumhurbaşkanlarının geri gönderme yetkisi yasamayla ilgilidir.

Cumhurbaşkanının bu yetkisi yasamayla ilgili olmasına rağmen yasama işleminin paylaşılması niteliğinde değildir. Yasama yetkisi, Türk Milleti adına TBMM’ce kullanılır. Yasama yetkisi, Meclise ait bağımsız ve taktiri bir yetkidir. Yasama organı, yasama yetkisinin genelliği ve ilkeliliği prensipleri gereğince, çıkaracağı kanunun biçimini ve içeriğini kendi özgür iradesine göre belirler. Her ne kadar çıkarılan bir kanunun yürürlüğe girebilmesi Cumhurbaşkanının yayımlamasına bağlı ise de, uygun bulmadığı kanunları kesin olarak durdurma yetkisi yoktur. Meclis, geri gönderilen kanunu aynen kabul ederse, Cumhurbaşkanı o kanunu yayımlamak durumunda kalmaktadır. Cumhurbaşkanının kanunu yayımlaması, kanunun yürürlüğe girmesini sağlamaktadır. Bu nedenle, Cumhurbaşkanı bağlı bir yetki kullanmaktadır⁴⁵. Cumhurbaşkanının, yayımlanmasını uygun bulmadığı kanunları Meclise geri göndermesi bir uyarı niteliğindedir. Böylece yürürlüğe girmesi uygun görülmeyen bir kanunun, Meclis tarafından tekrar incelenmesi imkanı doğmaktadır⁴⁶.

Cumhurbaşkanının yayımlanmasını uygun bulmadığı kanunları, gerekçe göstererek Meclise iade etmesi dolaylı bir kanun teklifi niteliği taşımaktadır. Meclisin, geri gönderme gerekçesine uygun olarak değişiklik yapması halinde, Cumhurbaşkanı dolaylı yasa teklif etme imkanı tanınmış olmaktadır. Bu durumun “Hiçbir kimse veya organ, kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz” kuralı ile bağdaşmadığı söylenmektedir⁴⁷. Anayasanın 88. maddesi

⁴⁵ ALİFENDİOĞLU, s.11.

⁴⁶ ÖZBUDUN, s.295; SAVCI, Bahri, “Devlet Başkanı-Meclis Çatışması”, AÜSBFD, C.XVIII, N.3-4, 1963, s.319; ERDOĞAN, s.69 ; TANÖR - YÜZBAŞIOĞLU, s.279; Gözler Cumhurbaşkanının uyarı yetkisinin icrai yetkiler kullanılmasını gerektirmeyen ve hukuken önemsiz görevler olduğunu belirtmektedir. Bkz., GÖZLER, (Çatışma) s.7-8.

⁴⁷ TEZİÇ, (Cumhurbaşkanı), s.91; Ancak Erdoğan, Cumhurbaşkanı dolaylı kanun teklif etme yetkisinin anayasal dayanağı olduğunu Anayasanın 89. maddesinin Cumhurbaşkanı böyle bir yetkiyi verdiğini ifade etmektedir. Bkz., ERDOĞAN, s.71; Demokratik yönetim sistemleri arasında yer alan Başbakanlık Sisteminde Başkanın Kongreyi dolaylı olarak etkilemesi söz konusu olmaktadır. Başkanlık sisteminde yürütme tek başlıdır. Başkan aynı zamanda Devlet Başkanıdır. Başkanlık sisteminde, kabine ya da kolektif bir yürütme organı yoktur. Bütün yürütme yetkisinin sahibi Başkandır. Bakanlıkların başı durumunda olan kişiler (sekreterler) Başkanın yardımcılardır. Sekreterler Başkanın emir ve talimatı dışına çıkamazlar ve Başkan tarafından atanırlar ve görevden alınırlar. Başkanın varlığı yasama organının iradesinden kaynaklanmaz. Başkanlık sisteminde başkanın tek başına işlem yapması, demokrasi ilkesi açısından sorun çıkarmaz. Başkanın bakanların desteğine ve karşı imzalarına ihtiyacı yoktur. ABD Kongresi, Temsilciler Meclisi ve Senato olmak üzere iki kanatlı yasama organından oluşmaktadır. Kongre, 438 Temsilciler Meclisi üyesi ve 100 Senato üyesinden müteşkil bir kuruluştur. Bkz., ÇAM, s.111;

gereğince kanun teklif etmeye Bakanlar Kurulu ve milletvekilleri yetkilidir. Bu nedenle başka bir organ veya kişi tarafından bu yetkinin kullanılması söz konusu olamaz.

Anayasanın Geçici İkinci Maddesi Cumhurbaşkanlığı Konseyinin kurulmasını öngörmekteydi. Bu Konsey Türkiye Büyük Millet Meclisi toplanıp göreve başlayıncaya kadar Milli Güvenlik Konseyi olarak görev yapmıştı. Daha sonra Meclisin açılışı ve göreve başlamasından itibaren Cumhurbaşkanlığı Konseyi haline dönüşerek altı yıllık bir süre ile bu görevi yerine getirmişlerdi. Konsey üyeleri Meclis üyelerinin haiz oldukları özlük hakları ve dokunulmazlıklarla donatılmışlardı ve altı yıllık süre ile göreve atanmışlardı. Konsey üyeleri altı yıllık süre içerisinde, Meclis tarafından Cumhurbaşkanına yayımlanmak üzere gönderilen kanunları Cumhurbaşkanına tanınan on beş günlük sürenin ilk on gününde incelemekle görevlendirilmişlerdi. Böylece konsey tarafından yapılan inceleme sonucu, Meclise geri gönderme teklifi Cumhurbaşkanına yapılarak, konseye de dolaylı kanun teklif yetkisi tanındığından bahsedilmektedir⁴⁸.

Geri gönderilen kanun, Meclis tarafından ilk metniyle yahut Cumhurbaşkanının gerekçesi doğrultusunda kabul edebileceği gibi, bazı hükümlerini değiştirerek ya da bazı hükümler ilave ederek de kabul edebilir. Bu tamamıyla Meclisin taktirine giren bir husustur. Bu nedenle kanunların geri gönderilmesi teknik anlamda kanun teklifi olmayıp, Meclisin yaptığı kanunu yeniden ele alabilmek ve değişiklik yapabilmek imkanını sağlamaktan ibarettir. Ancak burada yeni bir kanunun yapılması değil, Cumhurbaşkanınca gönderilen kanunun yeniden ele alınması söz konusudur⁴⁹.

IV-GERİ GÖNDERME YETKİSİNDE USUL

1982 Anayasası devlet yapısı içerisinde yürütme organını güçlendirmiştir. Yürütme organı düalist bir yapı arz etmektedir. Yürütmenin bir kanadını Cumhurbaşkanı, diğer kanadını ise, Bakanlar Kurulu oluşturmaktadır. Bu iki organ arasında, Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerinin daha da arttırıldığı görülmektedir. Diğer bir ifade ile, yürütme içerisinde yer alan Cumhurbaşkanlığı makamının geniş yetkilerle donatıldığı anlaşılmaktadır. Bunun sebebinin ise, parlamenter sistemde, siyasi partiler veya koalisyonlara karşılık Cumhurbaşkanlığı makamının tarafsız olmasında aramak gerekmektedir⁵⁰. Kamu hukukunun temel

SERİM, s.38.; BRYCE, James, **Amerikan Siyasi Rejimi**, çev; Türkkaya Ataöv, Arif Payaslıoğlu, Türk Siyasi İlimler Derneği yay., İstanbul-1962, s.54; KUZU, s.20; Devlet Başkanlarının Meclise mesaj göndermeleri ile ilgili olarak Bkz., GÖZLER, (Devlet Başkanları) s.143-144; GÖZLER, (Çatışma), s.7-8.

⁴⁸ TEZİÇ, (Cumhurbaşkanı), s.91, Dn., 9.

⁴⁹ ALİEFENDİOĞLU, s.13.

⁵⁰ ÖZBUDUN, s.61-62 ve 306.

ilkelerinden birisi yetki ve sorumluluğun birbirine paralel olmasıdır. Cumhurbaşkanının sorumsuzluğu aslında onun yetkisizliği demektir. Siyasal sorumluluğu üstlenen Başbakan ve bakanlar yürütme yetkisinin gerçek sahibi konumdadırlar⁵¹.

Cumhurbaşkanı, Anayasa ve diğer kanunlarda gösterilen bazı işlemleri Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabilmektedir. Bu işlemlere yönelik Anayasa mahkemesi dahil diğer yargı mercilerine başvurulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak hukuk devleti açısından Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerin yargı denetimine açılması gerekmektedir⁵².

Cumhurbaşkanının Anayasadan kaynaklanan ve devletin başı sıfatıyla tanınmış olan yetkileri kullanmasını, kanunların uygulanması faaliyeti olarak nitelendirmek mümkün değildir. Diğer bir ifade ile, Cumhurbaşkanının kanunların bir defa daha görüşülmek üzere Meclise geri göndermesi veya Anayasa Mahkemesine iptal davası açması idari fonksiyon içerisinde sayılmamaktadır⁵³.

Cumhurbaşkanının Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanların imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemler dışındaki bütün kararları Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanması gerekmektedir⁵⁴. Bu durum kanunların bir daha görüşülmesi için Meclise geri gönderilmesinde karşı imza sorununu karşımıza çıkarmaktadır.

1-Geri Göndermede Karşı İmza

Cumhurbaşkanı, yayımlanmasını uygun bulmadığı kanunları, bir daha görüşülmek üzere, bu hususta göstereceği gerekçe ile birlikte Meclise geri gönderebilir. Geri gönderme işleminin karşı imzayı gerektirip gerektirmediği hususu

⁵¹ ÖZBUDUN, s.311; Gözler yürütme organındaki iki başlılığın sona erdirilmesi için devlet başkanının etkisiz bırakılması gerektiğini savunmaktadır. Bkz., GÖZLER, (Çatışma) s.11-12; Parlamenter sistemlerde kural Devlet Başkanının sorumsuz olması ve bunun sonucu olarak da yetkilerinin bulunmamasıdır. Bkz., TURHAN, Mehmet, **Hükümet Sistemleri**, Gündoğan Yay., Ankara-1993, s.122.

⁵² Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı idari işlemlerin hukuka aykırılığı söz konusu olduğunda, bu işlemlere karşı dava açılarak iptal edilmeleri sağlanmalıdır. Hukuk devleti kuralı Anayasanın temelini oluşturan kurallardan birisidir. Bu nedenle Cumhurbaşkanının idari nitelik taşıyan ve yürütme organının başı sıfatı ile yaptığı işlemlerin karşı imza kuralına göre yapılması biçimindeki yorumun benimsenmesi halinde, bu tür işlemler aleyhine yargı yolu kendiliğinden açılmış olacaktır. Bkz., TURHAN, s.123.

⁵³ ÖZBUDUN, s.312.

⁵⁴ ALİEFENDİOĞLU, s.15; Gözler parlamenter sistemlerde karşı imza kuralını, devlet başkanını hükümete tabi kılmak ve etkisizleştirme yöntemi olarak görmektedir. Bkz., GÖZLER, (Çatışma) s.13.

doktrinde tartışmalı idi⁵⁵. Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemler, karşı imzanın dışındadır. Ancak Anayasada Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemlere ilişkin bir hüküm de bulunmamaktadır.

Karşı imzada kural, yürütme yetkisinin gerçekte, Cumhurbaşkanında olmadığı, yürütme organının sorumlu kanadı olan Bakanlar Kurulunda olduğu anlamına gelmektedir. Karşı imza ilkesi, meşruti monarşiden parlamenter rejime geçiş döneminde ortaya çıkmıştır. Meşruti monarşi döneminde, sorumsuz olan hükümdarın işlemlerine, parlamentoya karşı sorumlu olan Başbakan ve bakanların katılması gerekiyordu. Böylece, yürütme yetkisi hükümdarın münhasır yetki alanından çıkarılıp halkın temsilcileriyle paylaşımı sürecini başlatmıştır. Günümüzde ise, Cumhurbaşkanının aldığı bir kararın Başbakan ve ilgili bakanının imzalamasından ziyade, başbakan ve ilgili bakanlar tarafından alınan bir kararın devlet başkanınca imzalanarak şeklen tekemmül ettirilmesi söz konusudur⁵⁶.

Parlamenter sistem ilk olarak İngiltere’de geliştiği için, hükümdarın sorumsuzluğu ilkesi daha başlangıçta kabul edilmişti. Hükümdarın sorumsuzluğu mutlaklı. Yani her alanı kapsamaktaydı. Devlet Başkanlığına ait yetkiler, sorumluluğu üstlenen Başbakan ve Bakanlar Kurulu tarafından kullanılmaktadır. Başbakan ve bakanların sorumlulukları kural olarak siyasidir. Bu nedenle yaptığı işlemlerden dolayı yasama organının güvenoyuna ihtiyaç duyar. Yasama organının güvenini sağlayamayan Başbakan ve bakanlar görevlerine devam edemezler. Bu nedenle Devlet Başkanı kararnameleri imzalamadan önce, hükümetin parlamento çoğunluğu tarafından desteklenip desteklenmediğini göz önünde bulundurmak zorundadır⁵⁷.

1961 Anayasası döneminde, Cumhurbaşkanının bütün işlemlerinin Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanması kuralı getirilmişti (m.98). Buna paralel olarak Cumhurbaşkanının kanunları Meclise geri gönderme yetkisini tek başına kullanamayacağı belirtiliyordu. Ancak uygulama aksi yönde olmuştur. Nitekim Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisini tek başına kullanabileceğine karar vermiştir⁵⁸. Anayasa mahkemesinin verdiği kararın gerekçe-

⁵⁵ ALİEFENDİOĞLU, s.14.

⁵⁶ ÖZBUDUN, s.311; GÖZLER, s.345.

⁵⁷ ALDIKAÇTI, Orhan, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, İÜHFY., İstanbul-1970, s.280-281; GÖZLER, (Çatışma) s.48-49; İngiltere’de Taç’ın sahip olduğu bir çok yetki karşı imza kuralına uygun olarak kullanılmaya başlamış ve böylece kral sahip olduğu bir çok yetkiyi kaybetmiştir. TURHAN, s.123.

⁵⁸ ALİEFENDİOĞLU, s.14; Ayrıca Anayasa Mahkemesi 18.12.1979 tarihinde 1779 sayılı “Bazı Orman Suçlarının Affına ve Bunlardan Mütevellit İdare Şahsi Haklarının Düşürülmesine Dair Kanun” un biçim ve öz yönünden iptali amacıyla Cumhurbaşkanınca açılan davada “Cumhurbaşkanını devletin başı olması nedeniyle bir takım görev ve yetkilerle donatılmıştır. Cumhurbaşkanına bu yönden tanınan yetkilerden birisinin de, Anayasa-

sinden de anlaşılacağı üzere, Cumhurbaşkanının devletin başı sıfatıyla hareket etmesi, tarafsız olması, Cumhuriyeti ve milletin birliğini temsil etmesi gibi etkenlerle bir takım görevleri olduğunu, geri gönderme yetkisinin karşı imza ile kullanılmasına ilişkin Anayasada bir hüküm bulunmadığına karar vermiştir. Ayrıca, Meclisin çıkardığı kanunların büyük bir çoğunluğunun Bakanlar Kurulu tasarısı olduğu göz önünde bulundurulduğunda, geri gönderme işlemi karşı imza düşüncesine aykırılık teşkil eder. Yani Cumhurbaşkanının Bakanlar Kurulu tasarısının Mecliste kabul edildikten sonra tekrar geri gönderme işlemi için Başbakan veya ilgili bakanın imzasına ihtiyaç duyması, bu müessesenin kullanılmasını engelleyebilir. Böyle bir düşünce tarzının ise, Anayasa tarafından kabul edildiğinin savunulması zordur.

1982 Anayasasının 104'üncü maddesi, Cumhurbaşkanınca kullanılan yetkilerin hangilerini tek başına kullanabileceğini tam bir açıklıkla belirtmemiştir. Bu durumda Anayasanın ilgili hükmünde yetkinin kullanılmasına ilişkin bir açıklık varsa ona, aksi taktirde kullanılacak yetkinin mahiyetine bakılmalıdır⁵⁹. Mesela Genelkurmay Başkanı atamak yetkisi 117. maddeye göre, ancak Bakanlar Kurulu ile birlikte kullanılabilir. Anayasal düzenleme bu yöndedir. Bununla birlikte, Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar vermek, olağanüstü halde veya sıkıyönetim hallerinde Kanun hükmünde kararname çıkarmak ve karnâmeleri imzalamak yetkileri için mahiyeti gereği Bakanlar Kurulu ile birlikte kullanılır⁶⁰.

Cumhurbaşkanının yetkilerinin kullanılmasında Anayasa Mahkemesince de benimsenmiş olan ikili bir ayırmıdan da yola çıkılabilir. Buna göre, Anayasanın ilgili hükümlerinde bir açıklık bulunmaması halinde yetkinin niteliğine bakılır. Kullanılacak yetki yürütme alanına ilişkinse, Cumhurbaşkanı bu yetkiyi Bakanlar Kurulu ile birlikte kullanmalıdır. Buna karşılık Cumhurbaşkanın devletin başı sıfatıyla hareket ettiği hallerde, bu yetkiyi Cumhurbaşkanı tek başına kullanacaktır. Çünkü bu tür işlemlerde yetkinin siyasal bakımdan taraflı olan hükümetle paylaşılması, yetkinin mahiyetine ve amacına aykırı olacaktır. Nite-

nin 93. maddesiyle düzenlenen ve yasaları bir daha görüşülmek üzere TBMM'ne geri göndermeyi içeren yetkiyi Başbakan ya da ilgili bakanla birlikte kullanacağını gösteren bir açıklık olmadığı gibi, dolaylı bir anlatım da yoktur. Gerçekten Cumhurbaşkanının bu yetkiyi bakanlar kurulu üyeleriyle birlikte kullanacağını kabulü, onları yetkinin kullanılmasının ortak eden bir sonuç ortaya koyar ki, Anayasanın böyle bir durumu istediği düşünülemez. E.1979/22, K.1979/45, KT.18.12.1979, AMDK., S.17, s.373; TANÖR-YÜZBAŞIOĞLU, s.280.

⁵⁹ ÖZBUDUN, s.313; Yönetime dahil olan ve icrai yetkiler kullanan kurumlara yapılan seçme ve atamalarda karşı imza kuralına uyulması gerekir. Cumhurbaşkanının yönetime ait seçme ve atama yetkileri yürütmenin başı olarak kullandığı yetkilidir. Bkz., TURHAN, s.122.

⁶⁰ ÖZBUDUN, s.313.

kim iptal davası açma, yargı organlarına üye seçme, kanunları Meclise geri gönderme işlemleri bu nitelikte sayılan yetkiler arasındadır⁶¹.

1982 Anayasası daha önceki dönemde yapılan doktrinel tartışmaları sona erdirmek istemiştir. Nitekim Anayasanın 105. maddesi “ Cumhurbaşkanı ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır” hükmünü getirmiştir. Anayasanın 104’üncü maddesi Cumhurbaşkanının yasamaya ilişkin görev ve yetkilerini belirtmektedir. Buna göre, Anayasanın yasaları geri gönderme yetkisini Cumhurbaşkanının tek başına kullanacağı yetkiler arasında kabul ettiği söylenebilir⁶². Uygulama da bu yönde gelişmiştir.

1982 Anayasası temel olarak parlamenter sistemi benimsemiştir. Ancak genel yaklaşım olarak, yasama yürütme dengesinde yürütmeyi güçlendirici bir özellik taşır. Yürütme içerisinde de Cumhurbaşkanının yetki ve görevleri artırılmıştır. Anayasanın getirdiği bu güçlü yürütme anlayışından hareketle, Cumhurbaşkanının tek başına işlem yapma alanının oldukça geniş olduğu sonucuna varmak da mümkündür.

Parlamenter sistemlerde yürütme iki başlıdır. Yürütmenin parlamentoya karşı sorumlu kanadı Bakanlar Kuruludur. Bu nedenle asıl ve gerçek manada yürütme yetkisini Bakanlar Kurulu kullanır. Devlet Başkanı ise, hükümet etme fonksiyonunun yerine getirilmesinde karar yetkisine haiz değildir. Bundan dolayı siyasi açıdan sorumsuz olan devlet başkanı, yaptığı faaliyetlerden dolayı herhangi bir kuruma ya da parlamentoya hesap vermez. Dolayısıyla parlamenter sistemin uygulandığı ülkelerde, devlet başkanının siyasi açıdan sorumsuz olması, bütün işlemlerinin yürütmenin diğer kanadı tarafından imzalanmasını gerektirir.

⁶¹ Anayasa Mahkemesine göre “Cumhurbaşkanının bütün kararları, Başbakan ve ilgili Bakanlarca imzalanır. Bu kararlardan Başbakan ve ilgili Bakan sorumludur ilkesini Cumhurbaşkanının yürütme ile ilgili görev ve yetkileri ile sınırlı olarak anlamak gerekir...Anayasa Cumhurbaşkanına, yürütme organının başı olması yönünden değil, Devletin ve milletin bölünmez bütünlüğünü temsil eden, insan haklarına dayalı demokratik hukuk devleti ilkelerini korumak ve Laik Türkiye Cumhuriyetini yüceltmek ve kollamak görevlerini üstlenen tarafsız olması yönünden de kimi görevler vermiştir. Bunlardan birinde Anayasanın 149. maddesinde belirtilen iptal davası açma yetkisidir. Bu yetkinin kullanılmasını 98. madde çerçevesi içinde görmek olanaksızdır. Çünkü böyle bir durumda, bu yetki ancak Başbakan veya ilgili Bakanca uygun görülmesi halinde kullanılabilir. Başka bir deyimle, siyasal iktidarca yasalaştırılan bir metin hakkında Cumhurbaşkanının iptal davası açma yetkisini, Başbakana veya ilgili Bakana devreden veya onları bu yetkiye ortak eden ters bir sonuç çıkar ki, Anayasanın böyle bir sonucu kabul ettiği düşünülemez.” Bkz., E.1975/183, K.1976/15, KT.16.3.1976, AMKD., S.14, s.68; Ayrıca bkz., ÖZBUDUN,s.312-313; GÖZLER, s.346.

⁶² ALİFENDİOĞLU, s.15.

Demokratik bir sistemde, sorumluluğu olmayan bir yetkinin kullanılması düşünülemez⁶³. Ancak 1982 Anayasasının Cumhurbaşkanına tanıdığı yetkilerle birlikte, parlamenter sistemden kısmen uzaklaştığını söyleyebiliriz. Cumhurbaşkanı tanınan bu geniş yetki ve görevlerin, onun tarafsız olduğu ve devletin başı sıfatıyla hareket etmesi düşüncesinden de kaynaklandığını söylenebilir. Diğer taraftan 1982 Anayasasını yapanlarca siyaset kurumuna duyulan güven-sizliğin etkin bir rol aldığı da düşünülebilir.

Geri gönderme yetkisinin kullanılmasında karşı imza kuralına, yarı başkanlık⁶⁴ rejimini öngören ve getirdiği hükümlerle Cumhurbaşkanını oldukça güçlendiren 1958 Fransız Anayasasında da rastlamaktayız. Cumhurbaşkanı, Meclis tarafından kabul edilen bir kanunu 15 gün içerisinde yeniden görüşülmesini isteyebilir (m.10/2). Fransız Anayasasında geri gönderme yetkisinin kullanımında karşı imza kuralı düzenlenmemesine rağmen bu yetki Başbakanın karşı imzası ile kullanılmaktadır (m.19)⁶⁵. İtalyan Anayasasına göre de, Cumhurbaşkanının hiçbir işlemi, bunu teklif etmiş olan ve sorumluluğunu taşıyan bakanlar tarafından imzalanmadıkça geçerli değildir (m.89). İtalyan Anayasası, siyasi sorumluluk taşıyan bakanların imzasını zorunlu bir unsur saymaktadır. Böylece siyasi sorumluluğu olmayan Cumhurbaşkanının işlemleri, ilgili bakanca imzalanmadığı sürece geçerli hale gelememektedir⁶⁶. Alman Anayasasına göre ise Federal Başkanın karar ve tasarruflarının geçerli olabilmesi için Federal Başbakan veya bakanın imzası gerekmektedir (m.58)⁶⁷. Görüldüğü gibi Demokratik sistemi uygulayan Fransa, İtalya ve Almanya'da karşı-imza kuralı esastır⁶⁸.

Devlet başkanının yetkilerini karşı imza ile kullanılmasının demokratik sistemlerin mantığına daha uygun düşeceği söylenebilir. Demokratik bir sistem

⁶³ ATAR, s.283; Güneş, Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisini kullanması halinde Meclis-Devlet Başkanı ve Bakanlar Kurulu- devlet başkanı çatışması ihtimalinin bulunduğu belirtiyor. Bkz., GÜNEŞ, s.184; Ayrıca Teziç, Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisini tek başına kullanmasını aynı zamanda siyasi açıdan sorumsuzluk taşımamasını onun politika içinde yer alması sonucunu doğurduğu vurguluyor. Bkz., TEZİÇ, s.101; ALİFENDİOĞLU, s.15; GÖZLER, (Çatışma) s.50.

⁶⁴ Yarı Başkanlık Sisteminin özelliği, halk tarafından seçilmiş bir Başkan, ya da hiç değilse Meclis içinden ve Meclis tarafından seçilmemiş bir Başkanın bulunmasıdır. Bkz., SARTORİ, s.161 ve 173 vd.

⁶⁵ GÖZLER, (Devlet Başkanları), s.150.

⁶⁶ GÖZLER, (Devlet Başkanları), s.241.

⁶⁷ GÖZLER, (Devlet Başkanları), s.237.

⁶⁸ 1937 Brezilya ve İrlanda Anayasalarındaki geri gönderme yetkisi ile ilgili Bkz., ALİFENDİOĞLU, Yılmaz, **Anayasa Yargısı**, Yetkin Yay., Ankara-1997, s.29, (Yargı); 1958 Fransız ve 1976 Portekiz Anayasaları geri göndermeyi karşı imza kuralına tabi tutmuştur. Bkz., GÖZLER, (Devlet Başkanları) s.150-151; GÖZLER, (Çatışma) s.51 vd.

olan Başbakanlık sisteminde ve parlamenter sistemde, devlet başkanı yetkilerini karşı imza ile kullanılmaktadır. Ancak geri gönderme yetkisinin karşı imza ile kullanılması halinde onun bütün anlamını yitireceğini de belirtmek gerekir. Çünkü partilere dayanan günümüz demokratik sistemlerinde, bir kanunun hükümete rağmen çıkması oldukça zayıf bir ihtimaldir. Hükümetin kendi görüşünü yansıtan bir programın yürütülmesi amacıyla çıkarılan bir kanunun yeniden görüşülmek üzere Meclise iadesini düşünmek anlamsız olacaktır⁶⁹. Böylece Cumhurbaşkanı bu yetkisini tek başına kullanmak, belki de hiç kullanmamak durumunda kalacaktır⁷⁰. Uygulamada Cumhurbaşkanı bu yetkisini tek başına kullanmaktadır. Geri göndermede önemli olan husus, Cumhurbaşkanının tarafsızlığını daima koruyarak, siyasi polemiklere girmeksizin ve ciddi gerekçelerle bu yetkisini kullanmasıdır⁷¹.

2- Geri Göndermede Gerekçe

Anayasanın 89. maddesinin ikinci fıkrası Cumhurbaşkanının yayımlanmasını kısmen veya tamamen uygun bulmadığı kanunları bir daha görüşülmek üzere, gerekçesini belirtmek suretiyle aynı süre içerisinde Meclise geri gönderebileceğini düzenlemiştir. Cumhurbaşkanının geri gönderme gerekçesi hukuka uygunluk ve yerindelik unsurlarından birini veya her ikisini kapsayabilmektedir⁷². Cumhurbaşkanı Anayasaya veya İç Tüzük kurallarına aykırı olan veya devletin temel yapısındaki uyumu bozacağı açık seçik belli olan kanunları bir daha görüşülmek üzere, gerekçesini belirtilerek Meclise iade edebilir⁷³. Geri gönderme, yerindelik açısından siyasi, sosyal ve ekonomik olabilmektedir. Cumhurbaşkanı Anayasaya aykırı olmasa bile, ülke menfaatlerine uygun bulmadığı gerekçesiyle de bir kanunu geri gönderebilir⁷⁴. Ancak bu hallerde, Cumhurbaşkanı tarafsızlığını gölgeleyecek ve kendisini bir partinin yanında gösterecek şekilde davranmamalıdır. Cumhurbaşkanının sürekli olarak, kendi subjektif görüş alanıyla bu yetkiyi kullanması, Meclisin de sürekli olarak ilk metinde ısrar etmesi halleri

⁶⁹ ÖZBUDUN, s.312; Gözler, anayasa ve kanunlarda bir istisna getirilmediği için Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisinin karşı imza kuralına tabi olmasını ileri sürmektedir. Bkz., GÖZLER, (Çatışma) s.64.

⁷⁰ ARSEL, s.379 .

⁷¹ Aliefendioğlu, geri gönderme gerekçesinin değişik kaynaklara dayanılarak hazırlanması ve parlamentoya yol gösterici bir içerik taşıması halinde Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisini tek başına kullanabileceğini belirtiyor. Ancak parlamenter sistemde bu yetkinin tek başına kullanılmaması gerektiğini savunuyor. Bkz., ALİEFENDİOĞLU, s.16.

⁷² ÖZBUDUN, s.296.

⁷³ ERDOĞAN, s.75; TANÖR- YÜZBAŞIOĞLU, s.279-280.

⁷⁴ ARSEL, s.377.

Cumhurbaşkanının prestij kaybına yol açabilmektedir⁷⁵. Bu sebeplerle Cumhurbaşkanının siyasi ve hukuki açıdan kuvvetli gerekçelere dayanarak bu yetkisini kullanması ve şüpheli hallerde iptal davası yolunu tercih etmesi daha uygun olacaktır.

Uygulamada en fazla dayanılan gerekçeler arasında, Anayasanın ilgili kurları ile konuya ilişkin Anayasa Mahkemesinin emsal kararları yer almaktadır⁷⁶. Bunun yanında yerindelik unsurlarının da geri göndermeye gerekçe teşkil ettiği görülmektedir⁷⁷. Ayrıca yabancı ülke mahkeme kararlarının, yurt içi veya yurt dışı yayınlarında ileri sürülen görüşlerinde gerekçe de yer alması mümkündür⁷⁸.

İade edilen kanunu Meclis aynen kabul edebileceği gibi, iade gerekçesinde gösterilen yönde değişiklik de yapabilir. Aynı zamanda Meclis iade edilen kanunda yeni bir düzenleme de getirebilir. Meclisin bu konuda serbest taktir hakkı vardır. Cumhurbaşkanı, değiştirilerek kabul edilen kanunu tekrar Meclise iade edebilir. Ancak Meclisin iade gerekçesinde yer alan düşünce doğrultusunda değişiklik yapması halinde, bu kanunu tekrar iade etmemesi gerekir. Kısmi iade durumunda Meclis sadece uygun bulunmayan maddeleri görüşebilir. Yasama ekonomisi bakımından kanunun tamamının değil, sadece belirli bir maddesinin ya da belli bir bölümünün geri gönderilmesine imkan sağlayan düzenleme 3.10.2001 yılında 4709 Sayılı kanunun 29. maddesi ile yapılmıştır. Böylece bir kanunun tümünün yeniden görüşülmesi zorluğu ortadan kalkacaktır. Ayrıca yapılan bu değişiklik, yasama sürecini hızlandırmaya da yarayacaktır⁷⁹.

⁷⁵ SAVCI, s.320; TEZİÇ (cumhurbaşkanı), s.94; ERDOĞAN, s.75 .

⁷⁶ 3963 Sayılı Özel Dedektiflik Kanununun iade gerekçesini Anayasanın 20'inci maddesi ile teminat altına alınan "özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz" ilkesinin ihlâl edildiği, "kişilik hakları ve kişi güvenliği" açısından tehlike oluşturduğu düşünceleri teşkil etmektedir. Bkz., Cumhurbaşkanımızca Bir Defa Daha Görüşülmek üzere TBMM'ye İade Edilen Kanunlar, Sıra No: 46.

⁷⁷ Meclisçe 6 Şubat 1992 tarihinde kabul edilen 3772 sayılı Küçük Çiftçilerin T.C Ziraat Bankasına ve Tarım Kredi Kooperatiflerine Olan Bir Takım Borç Faizlerinin Silinmesine Dair Kanun "Kuraklık ve tabii afetler gibi gerekçesiz faiz affını öngören bir kanunun uygulamaya konulması, kamu bankalarına kredi borcu olan küçük çiftçi ve esnafımızın af beklentisini artıracak ve borçlarını zamanında ödememeye teşvik edecektir" şeklindeki yerindelik yönünden yapılan denetim ile Meclise iade edilmiş ve tekrar Meclisçe aynen kabul edilerek Cumhurbaşkanınca yayınlanmıştı. Bkz., Cumhurbaşkanımızca Bir Defa Daha Görüşülmek Üzere TBMM'ye İade Edilen Kanunlar, Sıra No:37 .

⁷⁸ TEZİÇ, s.105.

⁷⁹ Kısmi geri gönderme yetkisinin Cumhurbaşkanına tanınması gerektiği yönündeki görüş için Bkz., dönemin Adalet Bakanı olan Hikmet Sami Türk'ün "Türkiye'de Anayasa Reformu- Prensipler ve Sonuçlar" Kongresinde yaptığı konuşma metni, **Türkiye'de Ana-**

Cumhurbaşkanı geri gönderme yetkisini kullanırken Anayasa'nın kendisini devletin başı sıfatıyla, Anayasa'nın uygulamasını, devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetmekle görevli kılmış olmasını göz önünde bulunduracaktır. Bu nedenle Cumhurbaşkanı, Anayasaya aykırı olan veya devletin temel yapısındaki düzen ve uyumu aleni bir şekilde bozan kanunları, gerekçesiyle birlikte bir daha görüşülmek üzere Meclise iade etmelidir⁸⁰.

3-Geri Gönderme Üzerine Meclisin Yapacağı İşlemler

Türkiye Büyük Millet Meclisi geri gönderilen kanun ile ilgili olarak yaptığı görüşme neticesinde, herhangi bir değişiklik yapmaya gerek görmeyerek, kanunu aynen kabul edebilir. Geri gönderilen kanun üzerinde Meclisin serbest tasarruf yetkisi bulunmaktadır. Aynen kabul halinde Cumhurbaşkanı kanunu yayımlamak zorundadır. Kısmi geri gönderme hususunda da Meclisin aynı taktir yetkisi bulunmaktadır.

Aynen kabul ifadesi yerine 1924 Anayasasında “bu defa da kabul” (m.35/3) 1961 Anayasasında ise “yine kabul” (m.93) ifadeleri vardı. “yine kabul” deyimini ile “bu defa da kabul” deyimini eş anlamlı terimlerdir. Şöyle ki, Meclisin geri gönderilen kanunu bir defa daha görüşerek, gerek Cumhurbaşkanının geri gönderme gerekçesi doğrultusunda gerekse, kendi yapacağı değişikliklerle kabulü halleri “yine kabul” deyiminin kapsamı içerisindedir. Çünkü, ister ilk biçimi ile, ister bazı hükümlerin değiştirilmesiyle, isterse yeni hükümler eklenerek kabul edilmiş olsun, yeniden kabul edilen kanunun Cumhurbaşkanının geri gönderdiği kanundan soyutlanmaması gerekir⁸¹. 1982 Anayasası aynen kabul ibaresini getirerek konu ile ilgili tartışmaları sona erdirmeye çalışmıştır. Cumhurbaşkanının geri gönderdiği kanunda Meclis değişiklik yaparsa, Cumhurbaşkanı aynı kanunu tekrar Meclise geri gönderebilecektir.

Geri gönderilen kanunda Meclisin yapabileceği düzenlemeleri göz önünde bulunduracak olursak üçlü bir ayırım yapabiliriz. Meclis ilk olarak Cumhurbaşkanının geri gönderme gerekçeleri doğrultusunda düzenleme yapabilir. Bu durumda Cumhurbaşkanının aynı kanunu geri göndermemesi gerekir. İkinci olarak geri gönderilen kanunu Meclis ilk hali ile kabul edebilir. Bu durumda Cumhurbaşkanı kanunu yayımlamak zorundadır. Üçüncü olarak Meclis geri gönderilen kanunda ne gerekçe doğrultusunda ne de ilk metin üzerinde ısrar etmeyerek yeni

yasa Reformu Prensipler ve Sonuçlar, Konrad Adenauer Vakfı, Ankara-2001, s.19; TÜLEN, s. 234.

⁸⁰ ERDOĞAN , s.74-75.

⁸¹ TEZİÇ, (Cumhurbaşkanı), s.90; Ancak Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanının geri gönderme gerekçesiyle ilgili olmayan yeni hükümlerin konması halinde, yeni yasa koymakla eşdeğerde bir metin oluşturulduğunu ve yasanın “yine kabul”ün den söz edilemeyeceğini belirtmiştir. Bkz., E:1979/22, K:1979/45, KG.18.12.1979, AMKD., S.17, s.376.

düzenlemeler getirebilir. Bu halde Cumhurbaşkanı kanunu tekrar Meclise on beş günlük süre içerisinde gerekçesini belirtilerek gönderebilir.

Cumhurbaşkanı kanunların yanı sıra, anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları da bir daha görülmek üzere Meclise geri gönderebilir. 1982 Anayasası, anayasa değişikliklerine ilişkin bir ayırım yapmaktadır. Geçiş dönemi (Geçici Madde 9) ve olağan dönem (m.175) anayasa değişiklikleri şeklinde ikili bir ayırım vardır.

1982 Anayasası geçiş dönemine yönelik anayasa değişikliklerini ayrı bir usule tabi tutmuştur. İlk genel seçimler sonucu toplanan TBMM'nin Başkanlık Divanı kurulduktan sonra 6 yıllık geçici dönem için yapılacak anayasa değişikliklerini, Cumhurbaşkanı tekrar görüşülmek üzere Meclise gönderdiği takdirde, Meclisin geri gönderilen metni aynen kabul edebilmesi için üye tam sayısının en az dörtte üçünün oyu gerekmektedir. Böylece bu dönemde aynen kabulün gerçekleştirilmesi için ağırlaştırıcı nisap aranmıştı.

Kanunların geri gönderilmesinde olduğu gibi aynen kabul deyimi Meclisin değiştirmeden kabul ettiği anayasa değişikliğine ilişkin eski metni ya da Cumhurbaşkanının geri gönderme gerekçesi doğrultusunda düzenlenen yeni metni kabul etmesi anlamına gelir⁸². Meclisin anayasa değişikliğine ilişkin kanunu aynen kabul etmesi halinde Cumhurbaşkanının tavrının ne olacağı geçici 9. maddede düzenlenmemiştir. Bu durumda Cumhurbaşkanı, Meclisin aynen kabul ettiği yasayı ya yayımlamalı ya da halk oyuna sunmalıdır⁸³.

1982 Anayasası ilk genel seçimler sonucu toplanan TBMM'nin Başkanlık Divanı kurulduktan sonraki 6 yıllık geçici dönemin bitiminde yapılacak anayasa değişikliklerinin 175. maddedeki usule göre yapılmasını öngörmektedir. Bu maddeye göre, Cumhurbaşkanı anayasa değişikliklerine ilişkin yasaları bir daha görüşülmek üzere Meclise geri gönderebilir. Meclis geri gönderilen yasayı üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ile aynen kabul ederse Cumhurbaşkanı bu yasayı yayımlar ya da halk oyuna sunabilir⁸⁴.

Anayasanın 175. maddesi anayasa değişikliği ile ilgili üç nisap esasını getirmiştir. İlk olarak, anayasa değişikliği Meclis üye tam sayısının en az üçte biri tarafından yazılı olarak önerilebilir. İkincisi Anayasa değişikliği önerisinin kabulü için Meclisin beşte üç çoğunluğunun gizli oyu gereklidir. Üçüncüsü, Cumhurbaşkanı bir daha görüşülmek üzere geri gönderilen anayasa değişiklikle-

⁸² ALİFENDİOĞLU, s.19.

⁸³ ALİFENDİOĞLU, s.19; Anayasa değişikliklerinin geri gönderilmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz., GÖZLER, Kemal, "Anayasa Değişikliği Kanunları Üzerinde Cumhurbaşkanının Yetkileri", <http://www20.uludag.edu.tr/~gozler/cbyetki.htm>, 12.09.2003.

⁸⁴ ALİFENDİOĞLU, s.20 TEZİÇ, (Cumhurbaşkanı), s.92.

rinin aynen kabulü için üye tam sayısının üçte iki çoğunluğunun oyu gerekmektedir⁸⁵.

Anayasa değişikliklerinin Cumhurbaşkanınca Meclise geri gönderilmesi teknik anlamda geciktirici vetodur. Çünkü anayasa değişikliklerinin Cumhurbaşkanınca geri gönderilmesinden sonra ikinci aşamada yapılacak oylamada Meclisin kendi metnini aynen kabul edebilmesi için daha fazla bir nisap aranmaktadır. Ayrıca Anayasa değişikliklerini içeren yasaların halk oyuna sunulması da bizi aynı sonuca götürecektir.

SONUÇ

Demokratik parlamenter sistemin kabul edildiği Anayasamızda, Cumhurbaşkanına geniş yetki ve görevler tanınmıştır. Yasama, yürütme ve yargıya ilişkin yetkiler açık bir şekilde Anayasada sayılmıştır. Bunlar arasında Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisi de düzenlenmiştir. Meclis tarafından kabul edilen kanunların Cumhurbaşkanınca geri gönderilmesi veto niteliğinde değildir. Çünkü Cumhurbaşkanının uygun bulmadığı kanunları kesin olarak durdurma yetkisi bulunmamaktadır. Meclis geri gönderilen kanunu aynen kabul edebileceği gibi, değiştirerek de kabul edebilir. Cumhurbaşkanı değiştirilerek kabul edilen kanunu 15 günlük süre içerisinde tekrar geri gönderebilir. Ancak, Cumhurbaşkanının gerekçesi doğrultusunda yapılan düzenlemenin iade edilmemesi gerekir.

Geri gönderme yetkisi bir geciktirici veto yetkisi olarak da görülmemelidir. Çünkü geri gönderilen kanunun tekrar kabulü için nitelikli bir çoğunluk koşulu aranmamaktadır. Ancak Anayasa değişikliğini içeren kanunlarda geri gönderme teknik anlamda geciktirici veto niteliğindedir. Çünkü anayasa değişikliklerinin ikinci aşamasında yapılacak oylamada daha fazla bir nisap aranmaktadır. Ayrıca anayasa değişikliği içeren bu yasaların Cumhurbaşkanınca halk oyuna sunulabilme imkanının varlığı da bizi bu sonuca götürmektedir.

Kanunların Meclise geri gönderilmesi işlemi, Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler arasında olmasını gerektirir. Anayasamız Cumhurbaşkanının karşı imza kuralına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği işlemleri belirlemiştir. Ancak geri gönderme işleminin mahiyeti, devletin başı sıfatıyla Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemler arasında olmasını gerektirir. Aksi takdirde karşı imza kuralı geri gönderme işlemi anlamsız kılabilir. Parlamenter sistemin kuralları dikkate alındığında, karşı imza kuralı esastır. Karşı imzada kural, yürütme yetkisi Cumhurbaşkanında değil yürütme organının sorumlu kanadı olan Bakanlar Kurulunda olmasıdır. Çünkü, yetki sorumluluğu gerektirir. Burada önemli olan husus, Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisini titizlikle, ciddi gerekçelerle, tarafsızlığını gölgelemeyecek şekilde, ülke menfaatleri doğrultusunda kullanmasıdır.

⁸⁵ TEZİÇ, (Cumhurbaşkanı), s.92.

CEZA MUHAKEMESİ İŞLEMLERİNDE HAZIR BULUNMA*

Murat AKSAN*

GİRİŞ

Maddi ceza hukukunun hayata geçirilmesi demek olan ceza muhakemesi hukukunun bütün kuralları, ceza muhakemesinin amacını elde etmeye çalışır. Suç işlendiği şüphesi ile işlemeye başlayan ceza muhakemesinin amacı ise, suç ve suçluların tespiti, maddi gerçeğin belirlenmesidir. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması, ceza muhakemesinin bünyesi gereği birbirinden farklı esaslar içinde oluşan; hazırlık soruşturması ve son soruşturması bölümlerinde gerçekleşir. Bu bölümlerde maddi gerçeğin belirlenebilmesi için, bazı işlemlerin yapılması gerekir. En önemli işlemler olarak, şüphelinin, sanığın ifadesini alma, tanık dinleme, keşif yapma ön plana çıkmaktadır. Bu gibi ceza muhakemesi işlemlerinin de yapılabilmesi için ilgili kişilerin yetkili makamlar önünde hazır bulunmaları gerekir.

Hazırlık soruşturması sırasında, sanık ve tanığın kollukta ve savcılıkta ifadesinin alınabilmesi için, bu makamlar tarafından çağrılıp hazır bulunması istenir. Son soruşturma safhasında ise, delillerle doğrudan doğruya temasa geçerek karar verecek olan mahkemede sanığın sorgusunun yapılabilmesi, tanığın dinlenmesi amacıyla söz konusu kişilerin davet edilip mahkeme huzurunda hazır bulunmaları gerekir. Böylece ilgili kişinin hareket özgürlüğü kısıtlanmış olur ve istenilen yerde ve zamanda hazır bulunmak durumunda kalır. Bu nedenle kişilerin hak ve özgürlüklerine müdahale niteliği taşıyan hazır bulunmanın, ceza muhakemesi

* Bu çalışma 2000 yılında Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalında aynı isimle hazırlanmış olan Yüksek Lisans Tez çalışmasının özeti şeklinde kaleme alınmıştır.

* Araştırma Görevlisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı

safhaları dikkate alınarak, hangi muhakeme makamları önünde ve hangi işlemler bakımından söz konusu olduğunun incelenmesi üzerinde yapılacak bir çalışmanın yararlı olacağı düşüncesindeyiz.

Çalışmanın temel amacını, ceza muhakemesi işlemlerinin yapılabilmesi için, yetkili makamlar önünde hazır bulunmanın ilgili kişilerin açısından bir hak mı yoksa ödev mi olduğunun tespiti oluşturmaktadır. Ancak çalışmamızda bunu sadece sanık ve tanık açısından ele alarak incelemeye çalıştık.

§ 1. HAZIR BULUNMANIN NİTELİĞİ

I. Şüpheli ve Sanık Açısından

Bazı muhakeme işlemlerinin yapılması sırasında, ilgili kişilerin hazır bulunmaları gerekir. Bu ise, o işlemin yapılabilmesi bakımından çağırılan kişinin bizzat hazır bulunmasının zorunlu olmasına bağlıdır. Bu nedenle yazılı cevapla yetinilebilen durumlarda hazır bulunmaya gerek olmayacaktır.

İfade alma sırasında kişilerin bazı temel haklarının sınırlandığı açıktır. Ayrıca verilen ifade, beyanda bulunan kimse için çok daha vahim sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle, ifade alma faaliyeti sırasında çok dikkatli olmak gerekir. Burada toplumun menfaati ile bireyin çıkarları çatışma halindedir. Bir yandan insan hakları, diğer yandan ise, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve suçlunun cezalandırılması bulunmaktadır¹. Bu bakımdan hazır bulunma iki yönlü bir kavramdır. Sanığın hazır bulunması onun için bir hak olarak düşünülebileceği gibi, bir ödev olarak da düşünülebilir. Sanığın bazı muhakeme işlemleri yapılırken hazır bulunması, çeşitli bakımlardan faydalı olduğundan, kanunlar da hem hak hem de ödev olarak düzenlenmiştir². Bu itibarla sanığın hazır bulunması sorunu, bazen sanığın hakları arasında, bazen de sanığın ödevleri kısmında ele alınmaktadır. Doktrinde bazı yazarlar bunu bir ödev olarak görmektedirler³. Sanığın kendi

1 **Sokullu-Akıncı**, Füsün, Polis Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi, Polis Alt Kültürü ve İnsan Hakları, İstanbul 1990, s. 156.

2 **Kunter**, Nurullah/**Yenisey**, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2000, No 247.

3 **Özgen**, Eralp, Ceza ve Ceza Muhakeme Hukuku Bilgisi, Eskişehir 1988, s. 157; **Tosun**, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Genel Kısım, C. 1, Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul 1984, s. 644; **Yurtcan**, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Bazı Bölümleri Yeniden Yazılmış 7. Baskı, İstanbul 1998, s. 166; **Öztürk**, Bahri/**Erdem**, M. Ruhan/**Özbek**, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Ankara 1999, No 184; **Toroslu**, Nevzat, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 1998, No 94; **Hafizoğulları**, Zeki, “İnsan Hakları, Polis Görev ve Yetkisi”, AÜHFİD, C. 44, 1995/1-4, s. 584; **Özgenç**, İzzet, “Suç Zanlısı Kişinin Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü ve Bunun Hukuki Sonuçları”, Hukuk Araştırmaları, C. 9, 1995/1-3, s. 135;

sorgusunda hazır bulunması, sahip olduğu savunma, meramını anlatabilme ve adil yargılanma hakkının gerçekleştirilebilmesi bakımından, onun için bir haktır. Fakat diğer taraftan, hazır bulunma, maddi gerçeğin daha iyi ortaya çıkarılmasını sağlama imkanını da veren bir yükümlülüktür⁴.

Sanığın kendi sorgusunda hazır bulunmaya zorlanamayacağı, sorguda hazır bulunmama hakkı da kabul edilmektedir. Sanığın sorguda bulunma gibi bir yükümü yoktur ve polis zorla hazır bulunmayı sağlayamaz. Sanık isterse gelir ve Anglo-Amerikan hukuk sistemini benimsemiş İngiltere örneğinin de olduğu gibi, istediği zaman sorguyu terk edebilir. Ancak, sanığın polisin davetine rağmen sorguda hazır bulunmaması durumunda polis savcıya müracaat ederek, savcının yapacağı sorguda sanığın hazır bulunmasını sağlayabilir. Bu durumda sanık gelmek zorundadır, aksi halde zorla getirilir (bkz., İtCMUK m. 362)⁵. Kıta Avrupası hukuk sistemini benimsemiş olan ülkelerde de, kural olarak, sanığın bizzat kendi sorgusunda hazır bulunmaya zorlama hakkı bulunmamaktadır⁶.

İfade alma sayılmayan iradi açıklamalarda, kişi kendiliğinden, rızasıyla, yetkili makamların önüne gelip açıklamalarda bulunduğu için, yine kişi istediği zamanda oradan ayrılma yetkisine sahip olmalıdır. Aynı şekilde ön bilgi edinme faaliyeti sırasında kolluğun olaya ilişkin olarak sorduğu sorular, teknik anlamda bir ifade almanın başlangıcını göstermeyeceğinden, bu aşamada bir ifade alma söz konusu değildir. Dolayısıyla ön dinleme ve ifade alma kavramları birbirinden farklıdır. Zira ön bilgi edinme faaliyeti çerçevesinde dinlenen kişiler şüpheli, sanık veya tanık olarak nitelendirmek mümkün değildir⁷. Bu nedenle, ön bilgi edinme faaliyeti çerçevesinde dinlenen kişiler üzerinde basitte olsa herhangi bir suç işleme şüphesi olmadığı için, kovuşturma makamlarının bu kişilere hak öğretme yükümlülüğünden bahsedilemeyecektir⁸. Ayrıca kovuşturma organlarının bu aşamada bilgi toplamaları, bilgi vermek isteyenlerin rızasıyla işbirliği yapmalarına bağlı olduğundan, bu kişilerin herhangi bir bilgi verme mecburiyet-

Yenisey, Feridun, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku, Duruşma ve Kanun Yolları, 2. Baskı, İstanbul 1990, s. 80.

⁴ Bkz. **Şahin**, Cumhuriyet, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994, s. 142; **Yurtcan**, Ceza, s. 166; **Kunter/Yenisey**, Muhakeme, No 247.

⁵ **Şahin**, Sanığın, s. 88; **Savaş**, Vural/**Mollamahmutoglu**, Sadık, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu, C. 1, (Madde 1-257), Ankara 1995, s. 702-703.

⁶ **Şahin**, Cumhuriyet, "Polis Tarafından Yapılan Sanık Sorgusunun Mukayeseli Hukukta Düzenlenişi", SÜHFD, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda Yapılan Son Değişiklikler Sempozyumu Özel Sayısı, C. 4, 1994/1-2, s. 79.

⁷ **Koca**, Mahmut, "Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği' Hakkında Genel Bir Değerlendirme", AÜEHFD, C. 3, Erzincan 1999/1, s. 62.

⁸ **Yenisey**, Feridun, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku Hazırlık Soruşturması ve Polis, 3. Baskı, İstanbul 1993, No 441; **Şahin**, Sanığın, s. 60.

leri de bulunmamaktadır⁹. Bunun sonucu olarak da ön bilgi edinme faaliyeti sırasında kişilerin hazır bulunma gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Çünkü, kendi rızalarıyla bilgi veren kişiler yine kendi istekleriyle bu bilgi vermelerini bitirebilir ve oradan ayrılabilirler ve kolluk bunu engelleyemez¹⁰.

Kanaatimizce çağrılan sanığın belli muhakeme işlemlerinde hazır bulunması, adil yargılanma hakkı, hakim önünde meramını anlatabilmesi ilkesi ve savunma hakkı gereğince bir hak olarak düşünülebilir. Ancak maddi gerçeğin ortaya çıkarılması da toplum menfaatinedir. Bu bakımdan toplum menfaatinin gerçekleşmesi için sanığın ifadesinin alınması üzerine hazır bulunması bir yükümlülük olmaktadır. Çünkü sanık çoğu defa olayı en iyi bilenlerden birisidir. Bu itibarla sanığın ifadesi olayın aydınlatılmasında son derece önemlidir. Ayrıca mevzuatımızda sanığı ifadesine gelmeye zorlayan hükümlerde bulunmaktadır. Mesela CMUK 132. maddesi, kişinin, ifade alınması veya sorgusu için celpname ile davet olunacağını gelmediği takdirde zorla getirilebileceğinin celpnameye yazılabileceğini belirterek kolluğun, ifade alınması için kişileri zorla getirilebileceğini hükme bağlar. Ayrıca JTGY' nin 36. maddesi de, jandarmanın, yapmakta olduğu soruşturmalarda ilgili olarak veya görevi yerine getirmek maksadıyla bilgi ve görgüsüne başvurulması gereken kişileri çağırabileceğini; yine aynı maddenin son fıkrasına göre ise, (a) bendi gereğince çağrılan kişiler, bu çağrıya uymadıkları takdirde zor kullanılarak götürüleceğini ve hakkında kanuni işlem yapılacağını belirtilmektedir. Sanıklar da jandarma tarafından tanıklar gibi çağrılabilir (JTGY m. 124/2). Bundan başka yetkili makamların çağrısına uymayıp gitmeyen kişilerin TCK 546. maddesindeki suç işlemiş olacakları da düşünülürse, sanığın hazır bulunmasının bir yükümlülük haline geldiği söylenebilir.

II. Tanık Yönünden

Suç işlediği şüphesiyle işlemeye başlayan ceza muhakemesinin amacı, suç ve suçluların tespiti, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olduğu için, yetkili makamlar tarafından bazı araştırma ve soruşturma işlemleri yapılır. Bu işlemlerin en önemlileri arasında tanık dinleme ve şüphelinin ve sanığın ifadelerini alma ön plana çıkmaktadır¹¹. Çünkü suç, geçmişte işlenmiş ve sona ermiştir. Bu nedenle geçmişte olmuş ve bitmiş bir olayın muhakeme sırasında temsil edilmesi gerekmektedir. Bu temsil sırasında muhakemeye katılan kişilerin geçmişte olmuş bir olayın daha sonradan yeniden yaşamaya, yeniden ortaya koymaya, yani ispata

⁹ **Yenisey**, Hazırlık, No 441; **Koca**, s. 63.

¹⁰ **Eryılmaz**, M. Bedri, "Kolluğun Yetkileri Açısından Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK) ile Yeni CMUK Tasarısının Karşılaştırması ve Yeni Tasarının Düşündürdükleri", ABD, Yıl: 57, 2000/1, s. 72, dn. 12.

¹¹ **Yurtcan**, Ceza, s. 383.

yarayan bir takım araçlara başvurmak zorunluluğu bulunmaktadır¹². Bu ispata yarayan araçların en önemlisi ise tanıktır. Çünkü tanık; işlenen suç sanıktan başka bilen, olayın tarafı olmayan, olayla ilgili beş duyusuyla elde ettiği gözlemlerini, bildiklerini hakim önünde açıklayan kişidir¹³.

Ceza muhakemesinde amaç; adaletin gerçekleştirilmesi ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu ise toplumun menfaatinedir. Bu nedenle, kural olarak, herkes tanıklık yapmak ve suç konusu olayla ilgili olarak bildiklerini hakim önünde söylemek zorundadır. Bu ceza muhakemesine hakim olan vasıtasızlık (doğrudan doğruyalık) ve sözlülük ilkelerinin bir sonucudur. Çünkü, mahkeme, yargılayacağı olay, olayın tanıkları, sanık ve diğer tüm deliller ile doğrudan doğruya temasa geçerek karar verir. Bu bakımdan tanıkların yaşadıkları olayları bizzat anlatması gerekir. Bunun içinde tanıkların hakim önünde hazır bulunması durumu söz konusu olur.

Hakim tarafından suç konusu olay hakkında bildiklerini anlatmak üzere, davetiye ile çağrılan tanık (CMUK 45), davetiyede belirtilen yer ve saatte hazır bulunmak zorundadır¹⁴. Esasında tanığın, belirli bir yerde ve belirli gün ve saatte hazır bulunması, tanığın haklarını kısıtlayıcı bir işlemdir. Fakat savunma, iddia hak ve görevlerinin yerine getirilebilmesi açısından bir zorunluluk olmaktadır¹⁵. Bu nedenle tanıklık kamu hukukundan kaynaklanan toplumsal ve kamusal bir görevdir¹⁶. Zira kişilerin tanıklık etmeleri toplumun menfaati gereğidir¹⁷.

Diğer taraftan mevzuatımızda, hazır bulunmayı zorunlu hale getiren hükümler bulunmaktadır. Anayasanın 38/5. maddesinde “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı bir beyanda bulunmaya veya bu yolla delil göstermeye zorlanamaz” hükmü yer almaktadır. Böylece Anayasa, bu hü-

¹² **Feyzioğlu**, Metin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara 1996, s. 7-8.

¹³ **Öztürk/Erdem/Özbek**, No 223; **Tosun**, Türk, C. 1, s. 742.

¹⁴ **Kantar**, Baha, Ceza Muhakemeleri Usulü, 4. Bası, Ankara 1957, s. 71; **Taner**, M. Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, 3. Bası, İstanbul 1955, s. 192; **Toroslu**, No 124; **Kunter/Yenisey**, Muhakeme, No 345; **Öztürk/Erdem/Özbek**, No 224; **Yurtcan**, Ceza, s. 276; **Cihan**, Erol/**Yenisey**, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 2. Bası, İstanbul 1997, No 236; **Önder**, Ayhan, “Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Şahitlikten Çekinme Hakkı”, İHFM, C. 29, 1964/3, s. 876; **Feyzioğlu**, s. 101; **Erdem**, Mustafa Ruhan, “Ceza Muhakemesinde Tehlikede Bulunan Tanıkların Korunması”, İzBD 1995/3, s. 51.

¹⁵ **Feyzioğlu**, s. 103.

¹⁶ **Toroslu**, No 124; **Taner**, s. 192; **Feyzioğlu**, s. 101; **Şahin**, Cumhur, Ceza Muhakemesinde Delillerin Doğrudan Doğruyalığı İlkesi, (Yayınlanmamış Doçentlik Çalışması), Konya 1999, s. 129.

¹⁷ **Taner**, s. 192.

kümle tanıklıktan çekinmeyi bir hak olarak görmek suretiyle, tanıklığın kural olarak yerine getirilmesi zorunlu bir ödev olduğunu öngörmektedir. Anayasanın 12/2. maddesinde yer alan “*Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder*” hükmü de tanıklığın bir ödev olduğunu destekler niteliktedir¹⁸. Ayrıca CMUK’un 46. maddesinde usulüne uygun olarak çağrılıp ta mazeret bildirmeksizin gelmeyen tanığın zorla getirileceği, sebep olunan masrafların kendisine yükletileceği ve hafif para cezasına mahkum edileceği hükmü yer almaktadır. Ayrıca, çağrılıp ta gelmeyen tanık, TCK’nın 546. maddesindeki suçu da işlemiş olmaktadır. O halde, suç konusu olay hakkındaki bildiklerini anlatmak üzere çağrılan tanığın, yetkili makamlar önünde hazır bulunması, bir ödev, yükümlülük olarak görülmektedir.

Ş 2. ŞÜPHELİ VE SANIĞIN HAZIR BULUNMASI

I. HAZIRLIK SORUŞTURMASINDA HAZIR BULUNMASI

1. Kollukta İfadesinin Alınması Amacıyla Hazır Bulunması

a) Kollukta Hazır Bulunma

Mevzuatımıza göre kolluk, yaptığı tahkikat sırasında ifadesine gerek duyduğu kişileri çağırır. Sanık sorgu için celpname ile çağrılır. Gelmezse celpnameye zorla getirilebileceği yazılabilir (CMUK m. 132). Sanığın bu davete uymamak gibi bir hakkı yoktur. Bu konudaki davete uymak, onun pasif süje olarak bir yükümlülüğüdür¹⁹. Diğer bir ifade ile, suç soruşturması dolayısıyla ifadesine başvurulacak olan sanığın gerektiğinde hazır bulunması bir zorunluluktur. Bu zorunluluk, bazı koruma tedbirlerini gündeme getirmektedir. Bu tedbirlerden birisi, kişinin ikametgah veya iş adresinde, yani bulunduğu yerde kalmasını sağlamaktır²⁰, diğeri ise zorla getirmedir²¹. Aslında sanığın kendi sorgusunda hazır bulunması savunma hakkı, meramını anlatabilmesi ilkesi gereğince, onun için bir hak olarak düşünülebilir. Bunun sonucu olarak da sanık kendi sorgusunda isterse bulunmayabilecektir. Fakat diğer taraftan sanığın sorgusunda hazır bulunması, mevzuatımız tarafından maddi gerçeğin ortaya çıkarılması sağlama bakımından bir yükümlülük haline getirmiştir (CMUK m. 132, PVSK m. 15, 17, PVST m. 16, TCK m. 526).

¹⁸ Feyzioğlu, s. 30.

¹⁹ Kunter/Yenisay, Muhakeme, No 246.

²⁰ Hafizoğulları, s. 584.

²¹ Öztürk/Erden/Özbek, No 307.

b) Zorla Getirilme

PVSK 15. maddesine göre, polis yaptığı tahkikat sırasında, ifadesine müracaat etmek gereğini duyduğu kişileri çağırır. Aynı şekilde, JTGYY'nin 36. maddesine göre de, jandarma, yapmakta olduğu soruşturmalarla ilgili olarak veya görevi yerine getirmek maksadıyla bilgi ve görgüsüne başvurulması gereken kişileri çağırır. Yine aynı maddenin son fıkrasına göre ise, (a) bendi gereğince çağrılan kişiler, bu çağrıya uymadıkları takdirde zor kullanılarak götürülür ve hakkında kanuni işlem yapılacağı belirtilmektedir. Sanıklar da jandarma tarafından tanıklar gibi çağrılabilir (JTGYY m. 124/2).

Diğer taraftan CMUK 132. maddesi “*Kişi, ifade alınması veya sorgu için celpname ile davet olunur. Gelmezse zorla getirilebileceği celpnameye yazılabilir*”²² diyerek kolluğun, ifade alınması için kişileri zorla getirilebileceğini hükme bağlar. Hatta CMUK 133. maddesine göre, hakkında tutuklama kararı verilmesi için yeterli nedenler bulunan sanık hakkında doğrudan doğruya zorla getirme, yani polis zoru ile getirilmesi mümkündür. Kolluk tarafından yürütülen hazırlık soruşturmasında, kolluk kişileri yazılı veya sözlü olarak çağırabilir²³. Fakat, çağrılan kimseler bu davete uymayıp, gelmedikleri zaman ne olacağı konusu doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlarımız, kolluğun çağrısına uymayan kimsele- rin zorla götürülemeyeceklerini belirtmektedirler²⁴. Zira, zorla getirme ancak hakimin ve savcının kararı ile uygulanabilen bir koruma tedbiridir. Bu nedenle kişi gelmediği takdirde zorla götürülemez²⁵. Fakat gitmemek kabahattir (TCK

22 Ancak, 3842 Sayılı Kanun'un 11. maddesi ile değiştirilen CMUK 132. maddesinin bu hükmü eleştirilmiştir. Doktrinde bazı yazarlar, eski metinde yer alan ‘sanık’ teriminin kaldırılıp yerine ‘kişi’ teriminin konulmasını olumlu bulmaktadır. Çünkü ifadesi alınacak kişi sanık olabileceği gibi tanık veya mağdurda olabilir. Bu bakımdan yapılan değişiklik yerindedir(Bkz. **İçel**, Kayıhan/**Yenisey**, Feridun, CMUK Eki 3842 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Zabıtayı İlgilendiren Maddeler, İstanbul 1993, s. 29). Bazı yazarlar ise, 132. madde de çok genel ve belirsiz bir kavram kullanılarak, ifade alınması ve sorgu için celpname ile davet olunacak ‘kişi’den söz edilmesinin isabetsiz olduğunu belirtmektedirler. Zira ‘kişi’den anlaşılması gereken ‘sanık’ olmalıdır. Çünkü, CMUK'nun 10. faslı sanığın sorgusuna ilişkin olduğundan, tanık, bilirkişi, mağdur gibi sùjeler maddedeki kişi kavramına dahil değildir(Bkz. **Şahin**, Sorgu, s. 83-84).

23 **Ateşoğlu**, Erdoğan/**Terzioğlu**, Alaeddin, Açıklamalı, Notlu, İctihatlı, Örneklı ve Mevzuat Eklı, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu; Yönetmeliği, C. 2, Ankara 1984, s. 254; **Derdiman**, R. Cengiz, Polis Yönetimi ve Hukuku(Görev ve Yetkileri), Tokat 1997, s. 111.

24 **Cihan/Yenisey**, No 290; **Kunter/Yenisey**, Muhakeme, No 422.

25 Fransa'da kolluğun çağrısına uymak zorunluluğunun bulunmadığı kabul edilmiştir(**Tosun**, Türk, C. 1, s. 882, dn. 1).

m. 526)²⁶. Diğer bazı yazarlarımıza göre ise, ifadesi alınması gereken kimselerin, çağrıya uymadıklarında zorla getirilmesi ve kendisine lüzumlu olan konuların sorulmasına dair bir engel bulunmamaktadır. Çünkü, PVST 16. maddesine göre, tahkikat için ifadesine lüzum olan kişilerin polis tarafından yapılan davete icabet etmeleri ve ifade vermeleri zorunludur. Bu davete icabet etmeyenler hakkında, PVSK 17. maddesi gereğince işlem yapılır. Yani, bu kimseler zorla karakola götürülüp haklarında tanzim edilecek evrakla birlikte adliyeye götürülebilirler²⁷. Hatta PVSK 17. maddesinde düzenlenmiş olan zorla getirme, polisin zor kullanma yetkisi olarak belirtilmektedir²⁸. Bu kimse tanık olabileceği gibi, müstakbel sanık ta olabilir. Böyle bir davete muhatap olan kimsenin, bu davetle şahıs hürriyeti sınırlanmaktadır²⁹.

Kanaatimizce, kolluğun zorla getirme yetkisi kabul edilmemelidir. Çünkü, yukarıda bahsettiğimiz gibi, zorla getirme, kişi hürriyeti ve güvenliği ile yakından alakalı olan bir koruma tedbiridir. Bu sebeple, kişilere teminat sağlaması bakımından, kural olarak hakim kararı ile verilmesi gereken zorla getirme tedbirine, savcıya bile gecikmesinde tehlike olan durumlarda verilmişken, kolluğa böyle bir yetkinin verilmemesi gerekir. Ancak, JTGYY'nin 36. maddesinde, jandarmaya zorla getirmeye benzeyen bir yetkinin verildiği görülmektedir. Aynı maddenin son fıkrası da, jandarma tarafından (a) bendi gereğince çağrılan kişilerin, bu çağrıya uymadıkları takdirde zor kullanılarak götürülebileceğini ve hakkında kanuni işlem yapılacağını belirtilmektedir. Böylelikle jandarmaya kabulü mümkün olmayacak bir yetki tanınmıştır. Kanunla tanınmamış böyle bir yetkinin yönetmelikle tanınmasının mümkün olmaması gerekir³⁰.

26 **Kunter**, Nurullah/**Yenisey**, Feridun, Yakalama ve İfade Alma, İstanbul 2000, s. 83.

27 **Derdiman**, Polis, s. 115.

28 **Hafizoğulları**, s. 574; **Ateşoğlu**, Erdoğan/**Terzioğlu**, Alaeddin, Açıklamalı, Notlu, İçtihatlı, Örnekli ve Mevzuat Ekli, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu; Yönetmeliği, C. 1, Ankara 1984, s. 511-512; Mesela, bilgisine başvurmak üzere çağrılıp da gelmek istemeyen veya direnen kişiye zor kullanılabilir. Bunun amacı da o kimseyi karakola götürmek ve devlet otoritesinin gölgelenmesini, gecikmeksizin ilgilinin yargı önüne çıkarılmasını sağlamak olarak ifade edilmiştir(**Ateşoğlu/Terzioğlu**, Jandarma, C. 1, s. 510).

29 **Gölcüklü**, Feyyaz, Ceza Davasında Şahıs Hürriyeti (Muvakkat Yakalama-Tevkif) (Türk Hukukunda), Ankara 1958, s. 3, dn. 3.

30 **Öztürk**, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991, s. 111; **Yenisey**, Feridun, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında Kişisel Haklar Semineri, Mart-Haziran 1995, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No: 12, s. 118.

c) Zorunlu İkamete Tabi Tutma

PVSK Ek 3. maddesine göre polis, belirli durumlarda bazı kişilerin ikamet ettikleri yerden veya iş adreslerinden ayrılmamalarını isteme yetkisine sahiptir. Bu istemin yazılı yapılması zorunludur. Bu haller şunlardır: a) Devletin bütünlüğü, genel güvenliği ve Anayasal düzeni ile kaçakçılık ve uyuşturucu madde suçlarında yapılan soruşturmalarda ifadesine başvurulacak kimseler için, b) Vatandaşlık durumu tespit edilecek kişiler ile, PVSK'nın 17. maddesindeki, kimlik tespiti yapılacak kişiler için, polis buldukları yerden ayrılmama yükümü getirebilir. Dolayısıyla bu kişiler ikametgah ve iş yerlerinden ayrılmayacak ve burada zorunlu olarak geçici de olsa ikamet etmek durumunda kalacaklardır. Bu kişiler bulunabilecekleri yeni adreslerini bildirmek şartıyla, o yerin en büyük mülki amirinin yazılı emriyle ayrılabilirler³¹.

PVSK Ek 3. maddesi ile, polise, kişilerin buldukları yerden ayrılmamalarını emretme yetkisi verilmesi, kişi hürriyetine büyük bir tehlike getirmiştir. Elbette, suç soruşturması nedeniyle ifadelerine başvurulacak kişilerin gerektiğinde hazır bulundurulması bir zorunluluktur. Bu zorunluluk da, koruma tedbirlerinden birisi olan, kişinin ikametgah veya iş adresinde, yani bulunduğu yerde kalmasını gerektirmiştir. Fakat, buna karar verecek olan, polis değil, hakim veya acele hallerde savcı olmalıdır³².

2. Savcılıkta İfadesinin Alınması Amacıyla Hazır Bulunması ve Zorla Getirilmesi

Sanık, savcı tarafından ifadesinin alınması için celpname ile çağrıldığında gelmek zorundadır³³. Çağrıya rağmen kendiliğinden gelmeyen sanık, kolluk tarafından zorla getirilecektir. Zorla getirilmesi için hakim kararı ile sanık hakkında ihzar müzekkeresi çıkartılır. Bu ihzar emrini alan kolluk, savcının dinlemek istediği sanığı, zor kullanarak, savcının emrettiği yerde ve zamanda hazır bulundurabilir. Fakat savcılığın celpname olmaksızın, sanığı ifade vermek üzere kolluk aracılığıyla getirilebilmesi de mümkündür. Gerçekten de, 3842 Sayılı Kanunla değişik CMUK 154/3. maddesinin "*Cumhuriyet Savcısının yazılı emri üzerine yakalanan kişiler, olayın sanık ve tanıkları, yapılan işleme ait evrak ile birlikte belirtilen gün saat ve yerde zabıta kuvvetlerince hazır bulundurulur*" hükmü karşısında, savcı, sanığı ihzar kararı olmaksızın da zorla getirtebilecektir.

31 **Yenisey**, Hazırlık, No 464.

32 **Hafizoğulları**, s. 584; Doktrinde bazı yazarlar ise, böyle bir yetkinin polise verilmesini gerekli bulmaktadırlar(Bkz. **Alikaşifoğlu**, Kemalettin/**Doğu**, Engin, Son Değişiklikleriyle İçtihatlı-Notlu, Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu İle Polis Mevzuatı, Gözden Geçirilmiş ve İlaveli 5. Bası, Ankara 1988, s. 994-995).

33 **Kunter/Yenisey**, Muhakeme, No 247.

Söz konusu değişiklikten önce, savcının bu yetkisi, sadece tutuklu ve acele işlerle sınırlı idi³⁴.

Kolluk, Devlet Güvenlik Mahkemesi Başkanın, C. Savcısının, hakim in veya naip hakim in emriyle, sanığı, getirmek zorundadır. Kolluk kanunla verilen bu yetkiyi, sanığı, karakola davet ederek ve oradan adliyeye sevk ederek yerine getirir³⁵.

3. Hakim in Sorgusu Sırasında Hazır Bulundurulması ve Zorla Getirilmesi

Sanığın sorgusu esasında iki fonksiyonlu bir kavramdır. Hem olayın aydınlatılmasına yarayan bir delil vasıtasıdır, hem de sanığın kendisini savunmasına imkan verme bakımından, yani hakkındaki suç şüphelerinin aksini ispatlaması ve lehine olan delilleri sunabilme imkanı vermesi bakımından bir savunma vasıtasıdır³⁶. Bu bakımdan sanığın sorguya çekilebilmesi, kendisinin hakim karşısına çıkması ile mümkündür. Esasında, sanığın sorgusunda hazır bulunmasındaki gaye de budur; yani, sanığın hakim önüne çıkması, sorguya çekilmesi, olayı anlatması ve kendisini savunma imkanının verilmesidir. Bu itibarla sanık, sorgu için çağrılabilir ve çağrıldığında da gelmek zorundadır³⁷.

Sanığın hakim tarafından sorguya çekilebilmesi, celpname ile davet edilmesi halinde mümkündür. Celpnameye gelmediği takdirde zorla getirileceği yazılır. Bu çağrı üzerine gelmeyen sanık kolluk aracılığıyla sorgusu için belirtilen gün ve saatte hazır bulundurulur.

II. SON SORUŞTURMADA HAZIR BULUNMASI ve ZORLA GETİRİLMESİ

1. Hazır Bulunması

Duruşma hazırlığı devresi, duruşma ve hüküm devresi olmak üzere üç devreden oluşan son soruşturmanın, duruşma hazırlığı devresinde işlemler evrak üzerinden yapıldığından, tarafların duruşma hazırlığı devresinde bir araya gelmeleri söz konusu değildir. Bu bakımdan duruşma hazırlığı devresinde kural olarak, sanığın hazır bulunma mecburiyeti yoktur³⁸. Buna karşılık sanık, duruşma dev-

34 **Demirbaş**, Timur, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir 1996, s. 87-88.

35 **Yenisey**, Arama, s. 119.

36 Sorgunun fonksiyonu ve amacı hakkında bkz. **Şahin**, Sanığın, s. 100 vd.

37 **Taner**, s. 122; **Çağlayan**, M. Muhtar, "Sanığın Sorguya Çekilmesi", AD, Ocak 1964/1, s. 9.

38 **Toroslu**, No 94.

resinde kural olarak hazır bulunmak zorundadır³⁹. Bununla birlikte sanığın duruşmada hazır bulunması sadece zorunluluk değil, aynı zamanda hakkıdır⁴⁰. Çünkü, sanığın duruşmada hazır bulunması yüze karşılık özelliğinin olduğu kadar, savunma hakkının da bir sonucudur. Bunun içindir ki, sanığın yokluğunda duruşma yapılmayacağı ilkesi kabul edilmiştir⁴¹. Diğer taraftan gerçeğin daha iyi ortaya çıkarılması, cezaların şahsileştirilmesi sebepleri de sanığın yokluğunda duruşma yapılmaması kaidesini açıklar⁴². Bu nedenle, duruşma sanığı gerektirir ve duruşmada hazır bulunmayan sanık hakkında kural olarak duruşma yapılamaz (CMUK 223)⁴³.

Ayrıca sanık duruşmada kesintisiz olarak hazır bulunmak zorundadır. Savuşmasının önüne geçmek için mahkeme başkanı gereken tedbirleri alır ve duruşmaya ara verildiği müddetçe sanığı nezaret altına dahi aldırabilir (CMUK 224/1).

Sanığın duruşmada hazır bulunma zorunluluğu⁴⁴ veya istisnalarına ilişkin kurallar ihlal edilirse, mutlak bir temyiz sebebi meydana gelir. Sanık olmadan

³⁹ **Kantar**, s. 224; **Taner**, s. 294; **Tosun**, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Muhakemenin Yürüyüşü, C. 2, 2. Bası, İstanbul 1976, s. 139; **Kunter/Yenisey**, Muhakeme, No 247; **Önder**, Ayhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Muğla 1997, s. 144; **Toroslu**, No 94; **Yenisey**, Duruşma, s. 80; **Yurtcan**, Ceza, s. 166; **Öztürk/Erdem/Özbek**, No 366.

⁴⁰ **Erem**, Faruk, Ceza Usulü Hukuku, Genişletilmiş Beşinci Bası, Ankara 1978, s. 298; **Yüce**, Turhan Tufan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları, Erzurum 1968, s. 43; **Kunter/Yenisey**, Muhakeme, No 247.

⁴¹ **Kunter/Yenisey**, Muhakeme, No 470.

⁴² **Kunter/Yenisey**, Muhakeme, No 247; **Tosun**, Türk, C. 1, s. 644; Yargıtay'da "CMUK 135 ve 236 ncı maddeleri gereğince duruşma "sanığın sorguya çekilmesi ile başlayacaktır". Sanığın duruşmada hazır bulunması, "yargılamanın yüze karşı olması", kuralının yanında, "savunma hakkının kısıtlanmaması ve cezanın kişiselleştirilmesi" ilkelerinin doğal bir sonucudur. Bu kuralın istisnası olan 223. maddenin 4. fıkrası, dosya kapsamına göre ilk bakışta eylemin suç oluşturmayacağını anlaşılması halinde uygulanır. Sanığın sorgusu yapılmadan, mevcut kanıtlar tartışılarak, delil takdiri suretiyle beraat kararı verilmesi olanaksızdır" demektir, (YCGK, 21.9.1992, 5-225/236, **Savaş/Mollamahmutolu**, s. 765).

⁴³ Alman Kanunu sanığın duruşmada bulunmasını güvence altına almak üzere hakkında kamu davası açılan her kişinin tutuklanacağını hüküm altına almıştır(Bkz. CMUK 1999 Tasarısı m. 191 gerekçesi, **Dönmezer**, Sulhi/**Yenisey**, Feridun, Karşılaştırmalı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve 1999 Tasarısı, Gerekçeler, İstanbul 1999, s. 332).

⁴⁴ Yargıtay hazır bulunma mecburiyeti ile ilgili olarak bir kararında; "Duruşmaya gelmeyecek hazır bulunmayan ve CMUK md. 135 ve 236 ncı maddeleri uyarınca sorguları yapılmamış sanıklar hakkında beraat kararı verilmesi yasaya aykırıdır", demektir(Y, 8. CD, E. 1978/7136, K. 1978/8838, **Alikaşifoğlu/Doğu**, Türk, s. 606).

duruşma yapılırsa kanuna aykırıdır ve “kanunen vücudu lazım diğer şahsın gıyabında duruşma yapılması”⁴⁵ mutlak bozma sebebidir (CMUK 308)⁴⁶.

Şahsi davada da sanığın hazır bulunmaması durumunda, aynı kamu davasında olduğu gibi, duruşma yapılmaması kuralı uygulanmaktadır. Bu nedenle hakim sanığın duruşmada bizzat hazır bulunmasını emredebilir. Yine sanık hazır bulunmaksızın duruşma yapılabilen hallerle ilişkin kurallar şahsi davada da uygulama alanı bulur⁴⁷.

Burada, sanığın duruşmadaki hazır bulunması konusunda, uluslararası sözleşmelere de bakmak gerekir. Sanığın duruşmada hazır bulunması, uluslararası sözleşmelerde bir hak olarak düzenlemiştir. Sanığın duruşmalarda hazır bulunma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde açık olarak belirtilmemiş olduğu halde⁴⁸, bu konuda Divan, 3. fıkra “her ne kadar sarahaten öngörmemekte ise de, sanığın duruşmaya katılması olanağı bütünüyle 6. maddenin konu ve amaçlarından kaynaklanmaktadır” diyor⁴⁹. Zira, sanığın aleyhindeki iddiaları dinlemek ve savunma yapmak için; yani kendi kendini savunabilmesi için mahkeme önünde bizzat hazır bulunması, bu imkana sahip bulunması gerektiği şüphesizdir⁵⁰. Bununla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Almanya’nın orta ağırlıktaki ve ağır suçlarda kabul ettiği mecburiyetin aksine, sanığın duruşmada hazır bulunmasını mecbur kılmamıştır. Bu nedenle, sanık duruşmaya katılmak istemez, bu hakkını kullanmaktan vazgeçerse, yapılan işlem Avrupa İnsan Hak-

⁴⁵ Bu tabir ile, en başta hakim veya hakimler olduğu halde, zabıt katibi, sanık eğer varsa müdafî kastedilmiştir(**Çağlayan**, M. Muhtar, En Son Değişiklikleriyle Birlikte Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, (Madde 289-426), C. 3, Ankara 1981, s. 109; CMUK 1999 Tasarısı m. 294 gerekçesi bent 5, **Dönmezer/Yenisey**, s. 448).

⁴⁶ **Tosun**, Türk, C. 2, s. 139; Alman Ceza Usul Kanunu da, sanığın yokluğunda yapılan işlemler açısından, sanığın yokluğunu mutlak bozma sebebi olarak kabul etmiştir(StPO 338 No. 5). Bunun sebebi, Alman Hukukunun sanığın duruşmada hazır bulunmasını sadece onun haklarının korunması açısından değil, aynı zamanda maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunlu görmesidir(Bkz. **Schroeder**, Friedrich-Christian, (Tercüme: Feridun **Yenisey**), “Ceza Muhakemesinde ‘Fair Trial’ İlkesi”, Yayımlandığı yer: **Schroeder**, Friedrich-Christian/**Peukert**, Wolfgang M.C.L./**Yenisey**, Feridun, Ceza Muhakemesinde ‘Fair Trial’ İlkesi, İstanbul 1999, s. 74 vd. s. 112).

⁴⁷ Bkz. **Yurtcan**, Erdener, Şahsi Dava, İstanbul 1977, s. 230 vd; **Kantar**, s. 441.

⁴⁸ **Gölcüklü**, Feyyaz/**Gözübüyük**, A. Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması Ankara 1994, s. 237; **Weissbrodt**, David, (Çevirenler: Fadıl Ahmet **Tamer**/Erol **Kaplan**), Uluslararası Af Örgütü Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2000, s. 219.

⁴⁹ Divan Kararı, İtalya, 12.10.1992, a 245-c § 26 ve 28-29; Colozza/İtalya, 12.2.1985, s. 14, § 27; Brozicek/İtalya, 19.12.1989, A 167, s. 19 § 45, (**Gölcüklü/Gözübüyük**, s. 237-238’den naklen)

⁵⁰ **Gölcüklü/Gözübüyük**, s. 237.

ları Sözleşmesinin 6/1. maddesine aykırı değildir⁵¹. Sanık duruşmalarda hazır bulunma hakkından vazgeçebilir, ancak bu vazgeçme açık ve tercihen yazılı olmalıdır⁵².

Sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı, sanığı duruşmanın yapılacağı yer ve zaman hakkında yeterli bir önceden isteme ve sanığı usulsüz bir biçimde duruşma dışında bırakmama görevini de yüklemektedir⁵³. İnsan Hakları Komitesi, Zaire makamlarının bir davada, yurt dışında yaşayan bir sanığa duruşmadan sadece üç gün önce davetiye çıkarmalarının ve adresini bilmelerine rağmen davetiyeyi gönderme girişiminde bulunmamaalarının hazır bulunma hakkını ihlal ettiği sonucuna varmışlardır⁵⁴.

Sanığın duruşmada hazır bulunması kural olmasına rağmen, bu kuralın tam ve kati olarak uygulanması bazen yargılamayı felce uğratabilir. Bu nedenle sanığın bu yükümüne bazı istisnalar tanınmış ve sanığın hazır bulunmadığı durumlarda da yargılama yapılmasına imkan tanınmıştır⁵⁵ ⁵⁶. Sanık hazır olmadan da istisnai olarak yargılama yapılabilen durumlar şunlardır: Gaip olan sanık hakkında duruşmanın yapılması, sanığın yokluğunda duruşmanın yapılması ve sanığın kaçak olması halinde duruşmanın yapılmasıdır.

51 **Yenisey**, Fair Trial, s. 108.

52 Bkz. Colazza ve Rubinat Davası, 12.2.1985, 89 Seri A 14, § 28; Poitrimol v. Fransa, (39/1992/384/462) 23.12.1993, s. 13, (**Tamer/Kaplan**, s. 220'den naklen); Aynı yönde bkz. Div. K. Colozza/İtalya, 12.2.1986, A 89, s. 14 § 28; Peifer et Plank/Avusturya 25.2.1992, A 227, s. 16, § 37, (**Gölcüklü/Gözübüyük**, s. 238).

53 Mbenge v. Zaire, (16/1977), 25.3.1983, 2 Sel. Dec. 76, s. 78, (**Tamer/Kaplan**, s. 220'den naklen).

54 Mbenge v. Zaire, (16/1977), 25.3.1983, 2 Sel. Dec. 76, s. 78, (**Tamer/Kaplan**, s. 220'den naklen).

55 **Yurtcan**, Ceza, s. 418.

56 Yargıtay "Mahkemeye gelmemiş olan sanık hakkında duruşma yapılamaz. Sanık gelmese bile duruşma yapılacak haller istisnai olarak CMUK. nun 225 nci maddesinde gösterilmiştir. Bozma ile önceki hüküm tamamen ortadan kalktığına göre sanığın celbi ile sorgusunun yapılması ve ondan sonra yeniden hüküm kurulması gerekir", demektedir(YCGK, 10.7.1978, E. 1978/9-219, K. 1978/274, **Alikaşifoğlu**, Kemalettin/**Doğu**, Engin, Son Değişiklikleriyle İçtihatlı-Notlu, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Gözden Geçirilmiş İhaveli 2. Bası, Ankara 1984, s. 208); Diğer bir kararında da Yargıtay "CMUK'nun temel ilkesi mahkemeye gelmeyen sanık hakkında duruşma yapılamayacağıdır. Anılan yasanın 223. maddesinde bu ilke, çok açık bir biçimde ifade edilmiştir. Sanık gelmese bile duruşma yapılabilecek haller aynı yasanın 225. maddesinde sınırlı olarak gösterilmiştir. Öte yandan, duruşma CMUK'nun 236. maddesi hükmüne göre sanığın sorguya çekilmesi ile başlayacağından sorgusu yapılmaksızın duruşma açılmış sayılamaz", demektedir(YCGK, 29.1.1979, E. 1978/7470, K. 1979/34, **Alikaşifoğlu/Doğu**, Türk, s. 608).

2. Zorla Getirilmesi

CMUK 209. maddesine göre duruşmada hazır bulunmak üzere çağrılan sanık, mazereti bulunmaksızın duruşmaya gelmezse; zorla getirme kararı verilebilir veya tutuklanarak getirilebilir (CMUK 223)⁵⁷. Fakat sanık, gelmemenin mazeretini ispat edilebilirse, yine duruşma yapılmayacak, fakat zorla getirme ve tutuklama söz konusu olmayacaktır⁵⁸. Sanık duruşmadan vareste tutulmuş olsa bile (CMUK 226), hakim sanığın bizzat hazır bulunmasına ve ihzar ve tutuklama müzakeresiyle zorla getirilmesine her vakit karar verebilir (CMUK 229). Disiplin yargılamasında da gelme zorunluluğu bulunmaktadır⁵⁹.

III. KANUN YOLUNDA HAZIR BULUNMASI

1. İtiraz İnceleminde Hazır Bulunma

İtiraz, CMUK 299. maddesinde gösterilen merciler tarafından incelenir. Bu incelemede başvuruda hatalı olduğu belirtilen hususlar ele alınır. İnceleme mercii, itiraz dilekçesini alınca yazı ile cevap verebilmesi için itirazı hasma bildirir. Bu merci, hukuki sorunla birlikte maddi sorunu da ele alabildiğinden, gerekli soruşturmanın yapılmasını emredebileceği gibi bunu kendisi de yapabilir (CMUK 301). Bu soruşturma dolayısıyla tanık dinlenmesine gerek görürse, bunu kendisi dinleyebileceği gibi naip vasıtasıyla ya da istinabe yoluyla da dinleyebilir⁶⁰.

İtirazı inceleme mercii, aksine hüküm bulunmayan hallerde, duruşma yapmaksızın, yani belgeler üzerinden karar verir. Ancak mahkeme gerek görürse savcuyu dinleyebilir (CMUK 302). Teminatla salıvermede teminatın irat kaydı kararına karşı acele itiraz yoluna gidildiğinde duruşma yapılması (CMUK 122/2) bu kuralın istisnasını oluşturur.

Duruşmasız yargılamadan amaç, her iki tarafın itiraz davasının konusu ile itiraz sonunda verilecek olan karar hakkındaki görüşlerini sözlü bildirmemeleridir.

57 Ceza usul hukukunda, kovuşturma mecburiyeti ilkesi hakim olduğundan, bir suç işlendiğinde savcı suçlu aleyhine kamu davasını açmaya mecburdur. Ancak medeni usul hukukunda, hakkı ihlal edilen kimse dava açmaya zorlanamaz (Taner, s. 7). Bu nedenle medeni usul hukuku sistemine göre, tarafların duruşmaya zorla getirilmeleri söz konusu değildir, davaları takip etmek kişilerin iradesine bırakılmıştır (Ulukapı, Ömer, Medeni Usul Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi, Konya 1997, s. 5, 85).

58 Kunter/Yenisey, Muhakeme, No 247.

59 Yenisey, Duruşma, s. 80.

60 Kantar, s. 353.

Soruşturma işlemi olarak tanıkların dinlemede tarafların hazır bulunması, duruşma yapılması demek değildir⁶¹.

Kanun yolu davalarının duruşmalarında sanık için hazır bulunma mecburiyeti yoktur⁶². Yani sanık hazır bulunmaksızın da duruşma yapılabilecektir. Aynı şekilde, son soruşturmanın duruşma safhasında olduğu gibi, kanun yolundaki duruşmalarda da müdafinin hazır bulunma zorunluluğu bulunmamaktadır.

İtiraz üzerine merci tarafından verilen kararlar kesindir (CMUK 303). Bu kararlara karşı ancak yazılı emir yoluna başvurulur (CMUK 343).

2. Temyiz Yargılamasında Hazır Bulunma

Yargıtay, ağır cezalı işlerde sanık isterse veya Yargıtay kendiliğinden gerek görürse duruşma yapar. Duruşma yapılacak olursa, duruşmanın günü sanığa ve isterse müdafiiine haber verilir. Sanık ve müdafii bakımından hazır bulunmak bir yetki olup, bir ödev değildir⁶³. Sanık bizzat hazır bulunabilir veya isterse kendisini bir müdafii ile de temsil ettirebilir. Fakat sanık tutuklu ise, hazır bulunma yetkisine de sahip değildir (CMUK 318). Sanık ve müdafii gelmemişse, duruşma isteğinden vazgeçtikleri açıkça anlaşılmadıkça, yargılama yine duruşmalı olarak yapılmalıdır. Zira duruşma sanık bakımından bir teminattır⁶⁴. Sanık haklı bir sebebe dayanarak duruşmanın ertelenmesini isteyebilir⁶⁵.

Esasında yüksek dereceli mahkemeler önünde hazır bulunma hakkı, bu duruşmaların niteliğine bağlıdır. Bu hak özellikle, yüksek derece mahkemesinin

61 **Kunter/Yenisey**, Muhakeme, No 521.

62 **Kunter/Yenisey**, Muhakeme, No 247.

63 Avrupa İnsan Hakları Divanı, İHAS 6. maddesinin kural olarak yargılamanın her derecesinde uygulanacağını, bu nedenle sanığın mahkeme önünde şahsen hazır bulunması hususuna, kural olarak istinaf ve temyiz yargılamalarında da uyulacağını belirtmektedir. Bununla birlikte, istinaf ve temyiz derecelerinde hazır bulunmanın ilk derece mahkemelerindeki kadar önemli olmayacağını da ifade etmektedir (Div. K. Kamasinski./Avusturya, 19.12.1989, A 162, s. 44, § 106; Fejde/İsveç, 20.10.1991, A 212-c, s. 68, § 3, **Gölcük-lü/Gözübüyük**, s. 238).

64 **Kunter/Yenisey**, Muhakeme, No 539; Yargıtay da duruşma gününü bildikleri halde gelmeyen sanığın ve müdafiiin yokluğunda incelemenin duruşmalı yapılmasına karar vermiştir (Y, 6. CD, 28.6.1962, 2373/3307, **Yüce**, Turhan Tufan, Türk-Alman Ceza Muhakemeleri Hukukunda Kanun Yolları (İtiraz-İstinaf-Temyiz), Ankara 1967, s. 148); Aksi görüş için bkz. **Erem**, s. 593.

65 **Erem**, s. 593; Yargıtay da bir kararında, aynı gün Adapazarı mahkemesinde duruşması olduğunu ve bu nedenle müdafiiin gelemeceği bildiren bir müdafiiin, mazeretini haklı görerek duruşmanın başka bir güne ertelenmesine ve müdafiiin yeniden davetiye çıkarılmasına karar vermiştir (Y, 6. CD, 23.1.1963, 5823/488, **Yüce**, Türk-Alman, s. 149); Aksi görüş için bkz. **Yüce**, Türk-Alman, s. 148-149.

hukuki noktaları olduğu kadar maddi noktaları da inceleyip incelemediğine ve sanığın yararının temsil edilme ve korunma tarzına bağlıdır⁶⁶. Yüksek derece mahkemesi hem usule hem de esasa ilişkin karar verme yetkisine sahipse, adil bir yargılama genellikle sanığında hazır bulunmasını gerektirir⁶⁷.

Hukukumuzda temyiz incelemesi sadece hukuki noktalar açısından yapıldığı için, sanığın veya müdafinin duruşmada hazır bulunma mecburiyetleri yoktur. Yani sanık ve müdafî olmaksızın da duruşma yapılabilir⁶⁸.

3. Bozma Kararından Sonraki Yargılamada Hazır Bulunma

Bozma kararı üzerine dosya kendisine gelen mahkeme, ilk iş olarak, bozma-ya uyup uymayacağı konusunda karar vermek üzere ilgililere bozmaya karşı ne diyeceklerini soracaktır. Bu nedenle bir duruşma yapılacak ve ilgililer çağrılacaktır (CMUK 326/2). Uyuma veya uymama konusunda karar vermek üzere yapılan bu duruşma uyup uymama konusunda karar verilince sona erecektir. Ancak uyma kararı verildikten sonradır ki, normal nitelikte olan yeni bir duruşma başlayacaktır. Bu duruşma aslında, bozmadan önce yapılan ilk son soruşturma duruşmasının devamı niteliğindedir. Kural olarak orada uygulanan kurallar burada da uygulanacaktır⁶⁹.

Ancak 1985 değişikliği, ilgililerin hazır bulunması konusunu ortada tek duruşma varmışçasına düzenlemişse de, ortada, uymadan önceki duruşma ve uymadan sonraki duruşma olarak iki ayrı duruşma bulunmaktadır. Bu nedenle, uymadan önceki duruşmaya sanık, müdafî, katılan ve avukatı davetiye ile çağrılacaktır. Bunlar, tebliğe rağmen gelmemeleri yüzünden veya davetiyenin tebliğ edilememesi sebebi ile hazır bulunmasalar dahi duruşma yapılabilecek ve uyma veya uymama kararı verilebilecektir⁷⁰.

⁶⁶ **Tamer/Kaplan**, s. 222-223.

⁶⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Norveç Yüksek Mahkemesinde görülen bir davada, Yüksek Mahkemenin, hem usul hem de esasa ilişkin incelemede bulunmuş ve hiçbir haklı gerekçe göstermeksizin sanığı mahkemeye çağırılmadan mahkumiyet kararı vermiş olmasını, sanığın haklarının ihlali olduğunu belirtmiş ve Yüksek Mahkemenin sanığı çağırıp doğrudan ifadesini almış olması gerektiğini vurgulamıştır (Botten v. Norveç, (50/1994/497/579), 19.2.1996, s. 22; ayrıca bkz. Kremzow v. Avusturya, (29/1992/374/448), 21.9.1993, s. 16, **Tamer/Kaplan**, s. 223'den naklen).

⁶⁸ İnsan Hakları Komitesi, sanığın yüksek mahkeme önündeki duruşmada hazır bulunmadığı, fakat avukatı tarafından temsil edildiği Jamaika'daki bir davada bu hakkın ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Jamaika'daki yüksek mahkeme önünde sadece hukuki noktalar incelenmektedir (Henry v. Jamaika, (2301987), 1.12.1991, İHK Raporu, (A/47/40), 1992, s. 225, **Tamer/Kaplan**, s. 223'den naklen).

⁶⁹ **Kunter/Yenisey**, Muhakeme, No 549.

⁷⁰ **Kunter/Yenisey**, Muhakeme, No 548.

Bozmaya uymadan sonra yapılan duruşmada ilgililerin hazır bulunmaları konusunda ayrı bir düzenleme için, kaide olarak bir neden yoktur. Bozmadan önce duruşma kimlerin yokluğunda yapılıyorsa, yani gaip olmaları veya hazır bulunmamaları duruşmanın yapılmasına engel olmuyorsa burada da engel olmamalıdır.

4. Muhakemenin Yenilenmesinde Hazır Bulunma

Muhakemenin yenilenmesi muhakemesi, davanın kabule şayan olup olmadığının araştırılması safhası, delillerin toplanması safhası ve son soruşturma safhası olmak üzere üç safhadan oluşmaktadır. Muhakemenin yenilenmesi davanın kabule şayan olup olmadığının araştırıldığı safhada duruşma yapılmayacağı için (CMUK 335/2), tarafların hazır bulunmasını gerektirecek bir durum bulunmamaktadır.

Delil toplama safhasında ise, ilgililerin hazır bulunması konusunda 1985 değişikliği ile, hazırlık soruşturmasındaki hükümler uygulanacağı belirtilmiştir (CMUK 337/3). Bu nedenle hazırlık soruşturması safhasında hazır bulunma kısmında bahsettiklerimiz burada da geçerli olacaktır. Dinlenecek tanıklara ve bilirkişilere yemin verilip verilmeyeceğini mahkeme takdir edecektir (CMUK 337/2).

Muhakemenin yenilenmesi kural olarak, duruşma yapılması suretiyle olur. Bu itibarla, ikinci safhanın sonunda muhakemenin yenilenmesine karar verirken yeniden duruşma yapılmasına da karar verilir (CMUK 338). Fakat bu duruşma genel hükümlere göre yapılır. Diğer bir ifade ile, birinci derece yargılamadaki duruşma kuralları burada da kıyasen uygulanmalıdır. Bunun sonucu olarak taraflar hazır bulunmalı ve duruşma işlemleri sıra içinde yapılmalıdır⁷¹.

IV. KEŞİFTE VE DİĞER İŞLEMLERDE HAZIR BULUNMA

1. Keşif Sırasında Hazır Bulunma

Hakimin delillerin içeriğini öğrenebilmek, delilleri değerlendirebilmek ve karar konusunda hükme varabilmek için, beş duyusu ile yaptığı inceleme keşiftir.

Keşif bir kararla yapılır. Karar verme yetkisi kural olarak yargılama makamlarına aittir. Bu kararı hazırlık soruşturmasında sulh hakimi, son soruşturmada mahkeme verir. Keşif, kararı veren hakim veya hakimler tarafından yapılır. Ancak gerektiğinde naip hakim veya istinabe olunan hakim tarafından da yapılabilir. Gecikmesinde sakınca olan durumlarda savcının da keşif yapabilmesine izin verilmiştir. Gerçekten CMUK 78. maddesinde “*keşif, hakim veya naibi veyahut*

⁷¹ Yurtcan, Ceza, s. 586.

istinabe olunan hakim ile tehirinde mazarrat umulan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılır” demek suretiyle bu husus belirtilmiştir.

Niteliği bakımından muhakemenin her aşamasında keşif yapılabilir. Hazırlık soruşturması safhasında olabileceği gibi son soruşturma safhasında da olabilmektedir⁷². Son soruşturmada ispat konusunda kanaat sahibi olabilmek için hakim tarafından yapılan keşif⁷³; duruşma salonunda olabileceği gibi, duruşma salonunun dışında da olabilir⁷⁴. Mesela suç sırasında çekilmiş bir filmin mahkemede veya sinemada gösterilmesi de keşif olarak kabul edilmiştir⁷⁵. Duruşma dışında yapılan keşiflerde ayrı bir tutanak tutulurken, duruşma sırasındaki keşiflerde ayrı bir tutanağa gerek yoktur⁷⁶. Yargılama konusu olayla ilgili olarak daha önce bir hakim tarafından bir keşif yapılmış, buda tutanağa geçirilmişse, son soruşturmada, hakimin bir daha keşif yaptırmasına gerek yoktur. Bu tutanağın duruşmada okunmasıyla yetinilebilir (CMUK 242/1). Son soruşturmayı yapan mahkeme, daha önce yapılmış olan keşifleri yeterli bulmadığında, yeniden keşif yapılabilir⁷⁷.

Sanık da, son soruşturmada, suçsuzluğunu ispatlamak için keşif isteminde bulunabilir. Sanık CMUK 135/5. maddesine göre hakimden, CMUK 78. maddesine göre, keşif yapılmasını isteyebilir. Hakim sanığın bu talebini, maddi olaya ve savunmasına temel oluşturuyorsa yapmak zorundadır⁷⁸.

Keşif işleminin aleni olup olmadığı konusunda kanunumuzda bir hüküm yoktur. Soruşturmanın gizli olduğu muhakeme devrelerinde bile keşfin aleni yapıldığı görülmektedir. Duruşmanın gizli yapılmasına karar verildiği durumlarda da keşif aleni yapılmaktadır⁷⁹.

Gerek hazırlık soruşturmasındaki, gerekse son soruşturmadaki keşif sırasında; savcı, sanık, müdafî ve mağdur hazır bulunabilir (CMUK 162). İşin gecik-

⁷² **Yurtcan**, Ceza, s. 299; **Tosun**, Türk, C. 1, s. 781; **Öztürk/Erdem/Özbek**, No 246.

⁷³ **Yurtcan**, Ceza, s. 299.

⁷⁴ **Tosun**, Türk, C. 1, s. 782; **Kantar**, s. 96; **Kunter/Yenisey**, Muhakeme, No 340.

⁷⁵ **Kunter/Yenisey**, Muhakeme, No 340, dn. 274.

⁷⁶ **Tosun**, Türk, C. 1, s. 782.

⁷⁷ **Yurtcan**, Ceza, s. 300; **Toroslu**, No 141.

⁷⁸ Yargıtay, “Kestikleri ağaçların damgalı olduğunu bildirerek mesaha ve damga memurunun dinlenmesini, keşif yapılmasını isteyen sanıkların bu istemlerinin reddedilmesi CMUK. nun 308/8 inci maddesine aykırıdır”, demek suretiyle bu talebin reddedilmesini savunma hakkının kısıtlanması olarak kabul etmiştir (Y, 3. CD, 2.6.1976, E. 1976/848, K. 1976/4170, **Alikaşifoğlu/Doğu**, Ceza, s. 294).

⁷⁹ **Erem**, s. 448-449; **Tosun**, Türk, C. 1, s. 782.

mesine sebebiyet vermeyecekse, keşif günü, hazır bulunmaya hakkı olanlara haber verilir. Bunların çağrılmaları yeterli olup gelmeleri kendi isteklerine bırakılmıştır. Hazır bulunmadıkları takdirde de keşif yapılabilir. Çünkü CMUK 162/4. maddesinde “*bu işlerde hazır bulunmaya hakkı olanlar işin geri bırakılması gününden evvel haberdar edilir*” demek suretiyle keşifte hazır bulunmayı ilgililer bakımından bir hak olarak görmektedir⁸⁰. Bu bakımdan sanığın gerek kendi talebi gerekse hakim tarafından keşif kararı verilmesi üzerine keşfe katılma hakkı vardır⁸¹. Keşifte hazır bulunmak hakkı, hazır bulunan tanık ve bilirkişilere soru sorma hakkını da içine alır⁸². Sanık, mümkün olan her durumda gerçeğin ortaya çıkarılması için, keşif gibi yapılacak olan araştırmalarda hazır bulunmasını isteyebilir⁸³. Sanık tutuklu ise, ancak bulunduğu yerdeki mahkeme binası içindeki keşiflerde hazır bulunmayı isteyebilir (CMUK 162/5, 217). Zira tutuklu sanığın, gecikmesinde sakınca olan hallerde, bütün keşiflere bizzat getirilmesi çok zor olabilir⁸⁴. Ancak, mahkeme gerek görürse, bina dışındaki keşifte de hazır edilebilir⁸⁵. Sanık kendi mazereti dolayısıyla keşfin ertelenmesini istemez (CMUK 162/son).

Sanığın keşifte hazır bulunmasının istisnası da vardır. Eğer sanığın huzuru tanıklardan birinin gerçeğe uygun tanıklık etmesine engel olabilecekse, o işte sanığın bulunmamasına karar verilir (CMUK 162/3).

Sanığın keşifte hazır bulunması, Almanya Ceza Muhakemesi Kanununun 338/5 maddesinde düzenlenmiş olan, ‘sanık hazır bulunmaksızın işlem yapılabil-

80 Yargıtay, sanık tarafından sonradan kabul edilse de keşif gününün CMUK 162/4 . maddesi uyarınca sanığa haber verilmemesini savunma hakkının kısıtlanması olarak kabul etmiştir(Y 8. CD, 27.3.1986, E. 1648, K. 2126, **Erdurak**, Yılmaz Güngör, En Son Değişiklikleriyle Notlu-İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Gözden Geçirilmiş ve İlaveli, 2. Bası, Ankara 1988, s. 258); Yine Yargıtay, mahkemece keşif kararı verilmeden, keşfin yapılacağı gün ve saat taraflara bildirilmeden keşfin yapılmasını savunma hakkının kısıtlanması olarak kabul etmiştir, (Y, 8. CD, 20.2.1986, E. 114, K. 1117, **Erdurak**, s. 191; Aynı yönde bkz. Y 8. CD, 7.5.1986, E. 2795, K. 2984; **Savaş/Mollamahmutoğlu**, s. 585).

81 **Erem**, s. 448; **Kibar**, Recep, Türk Hukukunda Sanık Hakları, Ankara 1997, s. 60.

82 **Kantar**, s. 97; **Kunter/Yenisey**, Muhakeme, No 340.

83 **Belgesay**, Mustafa Reşit, Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller, İstanbul 1940, s. 33.

84 **Belgesay**, s. 106.

85 **Tosun**, Türk, C. 1, s. 783; **Bardak**, Cengiz, Ceza Muhakemesinde Hazırlık Soruşturması, Ankara 1996, s. 297.

len' durumlar arasında yer almamaktadır. Bu nedenle, keşif işleminin sanık hazır olmaksızın yapılması hukuka aykırı kabul edilmektedir⁸⁶.

2. Diğer İşlemlerde Hazır Bulunma

Sanığın ifade alma ve keşif dışında hazır bulunma bulunması gereken diğer bir durum yüzleştirmedir. Yüzleştirme; ifadeleri arasında çelişki bulunan kimse-lerin karşı karşıya getirilmesi suretiyle, onların beyanlarından yeni ip uçları elde etmek ve hangisine değer verileceğini belirlemek amacıyla yapılan bir işlem-⁸⁷. Yüzleştirmenin, tanıklar veya tanıkla sanık arasında yapılabilmesi kabul edilirken, şikayetçinin yüzleştirilmesi kabul edilmemiştir⁸⁸. Yüzleştirilen kimse-lerin psikolojik etki altında kalmaları mümkün olduğundan, bu işlemin inceliği açıktır. Bu yüzden, yüzleştirme kural olarak son soruşturmada mahkeme tarafın-⁸⁹ dan yapılmalıdır. Çünkü hazırlık soruşturmasında amaç, delillerin toplanması-⁹⁰ dır. Son soruşturmada ise amaç, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olduğu için, son soruşturmada hakimin duruşmada yapacağı ve psikolojik sonuçlar çıkaraca-⁹¹ ğı bu işlemin önceden yapılması durumunda, ileride hakimin bu imkandan yok-⁹¹ sun kalmasına neden olacaktır. Çünkü yüzleştirmenin psikolojik değeri ancak ilk defa yapıldığı anda görülür. Bu itibarla yüzleştirme işlemi kural olarak sübut konusunda karar verecek olan hakim huzurunda yapılması yerindedir. Ancak gecikmede tehlike varsa veya kimliğinin tespiti için gerekiyorsa, hazırlık soruş-⁹¹ turmasında da tanıklar birbirleriyle ve sanık yüzleştirilebileceklerdir (CMUK 54). İfade verenlerin yüzleştirilmesi hakkında bir kural olmadığından, araştırma için gecikmeden yapılması zaruri olan hallerin dışında, kolluğun yüzleştirme yapması kabul edilmemelidir⁹¹.

Fakat yüzleştirmenin yapılması için, sanığın hazır bulunması konusunda bazı yazarlar, sanığın iradesine rağmen yüzleştirilmesinin caiz olduğunu, bu sebeple sanığın bir tanıkla zorla yüzleştirilmesinin CMUK 135a'yı ihlal etmeyeceğini

⁸⁶ Bkz. **Yenisey**, Fair Trial, s. 110.

⁸⁷ **Demirbaş**, Sanığın, s. 148.

⁸⁸ Cihan/Yenisey, No 288.

⁸⁹ Kunter/Yenisey, No 422.

⁹⁰ **Çağlayan**, M. Muhtar, En Son Değişiklikleriyle Birlikte Gereççeli, Açıklamalı ve İc-⁹¹ hatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, (Madde 1- 146), C. 1, Ankara 1981, s. 346; **Şa-⁹¹ fak**, Ali/**Bıçak**, Vahit, Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis, Gözden Geçirilmiş ve Geniş-⁹¹ letilmiş 3. Baskı, Ankara 1999, s. 211.

⁹¹ **Demirbaş**, Sanığın, s. 148; **Cihan/Yenisey**, No 288; CMUK 1999 Tasarısı da, yüzleş-⁹¹ tirmeyi kural olarak son soruşturma safhasında kabul etmektedir. Fakat gecikmesinde sa-⁹¹ kınca bulunan veya kimliğin belirlenmesine ait durumlarda tanıkların birbirleriyle ve şüpheli ile yüzleştirilebileceğini kabul etmektedir(Bkz. **Dönmezer/Yenisey**, s. 104).

belirtirler⁹². Buna göre, sanığın, hazırlık soruşturma sırasında yapılan yüzleştirme işleminde hazır bulunma zorunluluğu bulunmaktadır. Diğer bazı yazarlar ise, şüphelinin yüzleştirmeyi serbest iradesi ile önceden kabul etmiş olması gerektiğini, zira hiç kimsenin kendi aleyhine delil vermek zorunda olmadığını belirtirler⁹³. Buna göre de, o zaman, şüphelinin, hazırlık soruşturma sırasında yapılan yüzleştirme işleminde hazır bulunma zorunluluğu bulunmamaktadır.

Kanaatimizce, maddi gerçeğin bulunabilmesi için, ifadeleri birbirini tutmayan kimselerin yüzleştirmeleri gerekir. Çünkü bu toplumun menfaatinedir ve toplum menfaati sanığın menfaatine tercih edilmelidir. Bu nedenle sanığın, yüzleştirme işlemi sırasında hazır bulunma zorunluluğu olmalıdır. Bu bakımdan, sanığın hazır bulunması, onun için bir yükümlülük olmaktadır.

Diğer hazır bulunmayı gerektiren işlem olan tanıma ve tanıma (teşhis) ise; sanığın birey olarak belli olabilmesi⁹⁴ için bir suçu işlediğinden şüphe edilen kişinin veya fotoğraflarının suç mağduruna veya tanığa gösterilmesi ve bu şekilde suçlunun teşhis ettirilmesidir⁹⁵. Kişilere ve eşyaya ilişkin olabilen bu teşhis işleminin araştırma bakımından çok önemli olmasına karşın, tehlikeli olduğu da açıktır. Çünkü, teşhis eden kimsenin kolaylıkla etki altında kalarak hataya düşebilmesi mümkündür. Bunun içindir ki, bazı kanunlar teşhis işleminin yüzleştirme işleminde olduğu gibi hakim tarafından yapılmasını kabul etmişlerdir⁹⁶. Kolluğun teşhis işlemini kendiliğinden yapması ise ancak, hazırlık soruşturmasındaki görevlerini düzenleyen 156. maddesi uyarınca, gecikmesinde tehlike olan hallerde mümkün olmalıdır⁹⁷.

Sanığın, mağdur veya tanık tarafından teşhis edilebilmesi için başvuru teşhis işlemi, isnatla ilgili olarak⁹⁸ maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için ceza muhakemesinde büyük önem taşır. Bu nedenle, sanığın mağdur veya tanık tarafından teşhis edilebilmesi için, rasgele seçilmiş birkaç kişi ile birlikte durması kendisi aleyhine delil verme niteliği taşımayacağından⁹⁹ sanığın teşhis için

92 **Demirbaş**, Sanığın, s. 149.

93 **Kunter/Yenisey**, Muhakeme, No 422.

94 Bu kavram hakkında bkz. **Kunter/Yenisey**, Muhakeme, No 244; **Çağlayan**, M. Muhtar, "Hazırlık Soruşturması Yapılırken Dikkate Alınacak Önemli Noktalar Üzerinde Bir İzahl Denemesi II", YD, C. 10, Ocak-Nisan 1984/1-4, s. 35.

95 **Toroslu**, No 174; **Kunter/Yenisey**, Muhakeme, No 422.

96 **Kunter/Yenisey**, Muhakeme, No 422.

97 **Cihan/Yenisey**, No 287; **Demirbaş**, Sanığın, s. 146.

98 **Demirbaş**, Sanığın, s. 147.

99 **Yenisey**, Arama, s. 161.

hazır bulundurulabilmesi gerekir. Teşhis işleminin belirli bir yerde yapılması zorunlu değildir. Mesela, cinayet mahallinde bulunan anahtarın sahibi olduğu için yakalanan kişi, öldürülen kişinin karısı olan ve fail tarafından bıçaklanmış olan mağdura, yattığı hastanede gösterilmiştir¹⁰⁰.

Bunlardan başka, bilirkişinin gerek görmesi ve bunun da kabul edilmesi halinde sanığı sorguya çekmek yetkisi (CMUK 73) bulunduğundan, sanığın, bilirkişinin sorgusunda hazır bulunması gerekir.

Diğer taraftan, şüphelinin hazırlık soruşturmasında, tanık ifadesi alınırken hazır bulunması kabul edilmemiştir ve hatta hazır bulunmayı talep etme hakkı dahi yoktur¹⁰¹. Bazı hukuk sistemlerinde de, hazırlık soruşturmasında tanık ifadesi alınırken, şüphelinin hazır bulunması kabul edilmemiştir. Alman Hukukunda 1974 yılında yapılan değişikliğe göre, hazır bulunma hakkı tanınmış olmakla birlikte, şüphelinin hazır bulunması soruşturmanın amacını tehlikeye düşürecekse (StPO 168 c), hazır bulunmamasına karar verilebilir¹⁰².

§ 3. TANIĞIN HAZIR BULUNMASI

I. HAZIRLIK SORUŞTURMASINDA HAZIR BULUNMA

1. Kollukta İfade Vermek Amacıyla Hazır Bulundurulması ve Zorla Getirme

Mevzuatımıza göre kolluk, yaptığı tahkikat sırasında ifadesine gerek duyduğu kişileri çağırır. Bu çağırmanın sözlü yada yazılı olması hususunda kanunda bir ayırım yapılmamıştır. Her iki şekilde de çağrı yapılabilir. Uygulamada genellikle çağrının sözlü yapıldığı görülmektedir¹⁰³.

PVSK 15 ve kaynak teşkil ettiği JTGYY 36. maddelerinde, sanık ve tanık ayrımı yapılmadığından tanık da bu hükümlere girer¹⁰⁴. Bu bakımdan tanık, kolluk tarafından çağrılabilir ve gerekli olan şeyler sorabilir. Kolluk tarafından çağrılan tanık, çağrıldığı zaman ifade vermek üzere gitmek zorundadır. Tanığın kendiliğinden gitmemesi halinde; görüşlerine katıldığımız bazı yazarlara göre, kolluk bizzat harekete geçerek tanığı zorla getiremez¹⁰⁵. Zira, zorla getirme ancak hakim kararı veya savcının emri ile uygulanabilen bir koruma tedbiridir.

¹⁰⁰ Bkz. **Kunter/Yenisey**, No 422.

¹⁰¹ **Yenisey**, Fair Trial, s. 74 vd.

¹⁰² **Yenisey**, Fair Trial, s. 76.

¹⁰³ **Ateşoğlu/Terzioğlu**, Jandarma, C. 2, s. 245.

¹⁰⁴ **Şafak**, Ali/**Bıçak**, Vahit/**Şafak**, Ahmet Şükrü, Güvenlik Kuvvetleri ve Polis Mevzuatı, Polisin El Kitabı, İlaveli 5. Baskı, Ankara 1999, s. 18.

¹⁰⁵ **Kunter/Yenisey**, Yakalama, s. 83; **Şafak/Bıçak/Şafak**, s. 18; **Feyzioğlu**, s. 305.

Fakat gelmemek suçtur (TCK 526). Ancak tanığın mutlaka celbi gerekecekse savcılık aracılığıyla sulh hakiminden ihzar müzekkeresi çıkartılır. Bundan başka suçüstü suçlarında, polis olayın failini, tanığı ve mağdurunu hep birlikte savcının emrettiği yerde hazır bulundurabilir ki, bu da bir ihzar işlemidir¹⁰⁶. Diğer yazarlar göre ise, kolluk tarafından çağrılan tanığın, kendiliğinden gelmemesi halinde, zorla getirilmesi ve kendisine gerekli şeylerin sorulmasına dair bir engel bulunmamaktadır¹⁰⁷. Çünkü, PVST 16. maddesine göre, tahkikat için ifadesine lüzum olan kişilerin polis tarafından yapılan davete icabet etmeleri ve ifade vermeleri zorunludur. Bu davete icabet etmeyenler hakkında, PYSK 17. maddesi gereğince işlem yapılır. Yani, bu kimseler zorla karakola götürülüp haklarında tanzim edilecek evrakla birlikte adliyeye götürülebilirler¹⁰⁸. Bu tanıklar hakkında, TCK'nun "*Yetkili makamlar tarafından adli işlemler dolayısıyla... kanun ve nizamla aykırı olmayarak verilen bir buyruğu dinlemeyen*" kimselerin cezalandırılmasını öngören 526. madde uygulanacaktır.

2. Savcılıkta İfade Vermek Amacıyla Hazır Bulundurulması ve Zorla Getirilmesi

Tanık, savcı tarafından ifadesinin alınması için davetiye ile çağrıldığında gelmek zorundadır. Gelmemesi suçtur (TCK 526). Davetiye ile çağrılmalarına rağmen gelmeyen tanıklar hakkında, sulh hakimi kararı ile tanıklar ihzar edileceklerdir. Bu ihzar emrini alan kolluk, savcının dinlemek istediği tanığı, zor kullanarak, savcının emrettiği yerde ve zamanda hazır bulundurabilir. Fakat savcılığın davetiye olmaksızın, tanığı ifade vermek üzere kolluk aracılığıyla getirilebilmesi de mümkündür. Gerçekten de, 3842 Sayılı Kanunla değişik CMUK 154/3. maddesinin "*Cumhuriyet Savcısının yazılı emri üzerine yakalanan kişiler, olayın sanık ve tanıkları, yapılan işleme ait evrak ile birlikte belirtilen gün saat ve yerde zabıta kuvvetlerince hazır bulundurulur*" hükmü karşısında, savcı, tanığı ihzar kararı olmaksızın da zorla getirtebilecektir. Söz konusu değişiklikten önce, savcının bu yetkisi, sadece tutuklu ve acele işlerle sınırlı idi¹⁰⁹. Meşhut suçlarda 3005 Sayılı Kanununun 7. maddesi de savcıya zorla getirme kararı vermek yetkisi tanımaktadır. Devlet güvenliğini ilgilendiren suçlarda da savcıya tanıkları zorla getirme yetkisi verilmiştir (DGMK 14). Savcının

¹⁰⁶ Şafak/Bıçak/Şafak, s. 18.

¹⁰⁷ Yargıtay da "Zor kullanma yetkisinin tutuklama ve hazır bulundurma(ihzar) gibi hususlara hasrına yasa bakımından olanak yoktur; tanık sıfatıyla karakola getirilen kimse hakkında da zabıta mensuplarının zor kullanma yetkileri vardır", demektedir(Y, 4. CD, 30.9.1964, E. 10390, K. 10217, Ateşoğlu/Terzioğlu, Jandarma, C. 1, s. 497).

¹⁰⁸ Derdiman, Polis, s. 115; Feyzioğlu, s. 103-104.

¹⁰⁹ Feyzioğlu, s. 307-308.

zorla getirme emrini alan kolluk, tanığı, karakola davet ederek oradan da adliye-ye sevk ederek yerine getirir.

3. Hakime İfade Vermek Amacıyla Hazır Bulunma

a) Tanığın Hazır Bulunması

Daha önce de ifade edildiği gibi hakim tarafından uyuşmazlık konusu olay hakkında bildiklerini anlatmak üzere davetiye ile çağrılan tanık, davetiyede belirtilen yer ve saatte hazır bulunmak zorundadır. Zira tanık, mahkemeye ışık tutmakla, toplumsal bir görev yapmaktadır¹¹⁰.

Usulüne uygun olarak çağrılan tanığın hazır bulunma zorunluluğu, Türkiye’de yaşayan herkes için geçerlidir. Bu zorunluluk davetin yapıldığı sırada Türkiye’de yaşayan yabancılar için de geçerlidir¹¹¹. Hatta tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kimseler dahi, bu zorunluluğu yerine getirmekle yükümlüdürler. Tanıklar, kendilerinde çekinme sebeplerinin bulunduğunu söyleyerek, hazır bulunma zorunluluğundan kurtulamazlar¹¹². Zira, söz konusu tanıklar, ancak davete icabet edip yetkili makamın önüne çıktıktan sonra, kendinde bulunan çekinme hak ve zorunluluklarını beyan edecek ve bu şekilde çekinme sebepleri yetkili makam tarafından tespit edebilecektir¹¹³.

Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu üyeleri ve milletvekilleri de hazır bulunmak yükümlülüğü altındadır¹¹⁴. Ancak CMUK 1999 Tasarısı 46/4. maddesinde

¹¹⁰ Bu ışıktan faydalanmak isteniyorsa, tanıklığı angarya haline getirmemek gerekir. Tanıklığı angarya haline getiren sebeplerden bazıları, lüzumlu lüzumsuz çağrılması ve zorla getirilmesine karar verilmesi(**Kunter/Yenisey**, Muhakeme, No 345, dn. 316), belirtilen saatte dinlenmemesi, yol masrafları ile tazminatın verilmemesidir(**Cihan**, Erol, “Hakim Unsuru Açısından Ceza Davalarının Uzamasının Sebepleri”, İHFM 1979-1981/1-4, C. 45-47, Atatürk’e Armağan, İstanbul 1982, s. 886); Tanıklığın angarya haline getirilmesinin için; a) tanıklar davet edildiği saatte dinlenmelidir, b) tanıklara bekleme yerleri gösterilmelidir, c) tanıklara yol masrafları ile yeterli tazminatı mutlaka ödenmelidir, d) tanıklık görevine mazereti olmaksızın gelmeyenler için CMUK’nun hükümleri uygulanmalıdır, e) tanıklığın kanuni ve toplumsal bir olduğu topluma ve halka telkin edilmeli, suçlarla, suçlularla mücadelede adliye yardımı bilincinin uyandırılması zorunludur(**Cihan**, Hakim, s. 887).

¹¹¹ **Yurtcan**, Ceza, s. 276; **Feyzioğlu**, s. 101.

¹¹² **Önder**, Ceza Muhakemeleri, s. 876-877; **Toroslu**, No 124.

¹¹³ Buna karşın, HUMK’nun 250. maddesi gereğince, hukuk mahkemelerinde, tanıklıktan çekinme hak ve zorunluluğunda olan kişiler(HUMK m. 245, m. 246, m. 249), dinlenecekleri günden en az bir gün önce, çekinme sebeplerini sözlü ve yazılı olarak mahkemenin yazı işlerine sunar ve doğruluğunu ispata yarayan delil araçlarını da eklerse, artık hazır bulunmak zorunda değildir.

¹¹⁴ StPO, Devlet Başkanını, Federal Meclis, Eyalet Meclisi ve İkinci Meclis üyelerini, Federal ve Eyalet Hükümet üyelerini, tanıklık yapmakta zorunlu tutmasına rağmen, 49. ve 50.

“Cumhurbaşkanı tanık sıfatıyla duruşmaya çağrılmaz. Cumhurbaşkanının tanık sıfatıyla beyanı konutunda alınır. Cumhurbaşkanı bu beyanını yazılı olarak gönderebileceği gibi, beyanı hakim tarafından tutanağa geçirilmek suretiyle de alınabilir”¹¹⁵ demek suretiyle yetkili makam önünde hazır bulunma zorunluluğuna istisna getirmektedir¹¹⁶. Tasarı m. 46/son fıkrası ise, “Başbakan ve Bakanlar ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri tanık sıfatıyla Ankara Mahkemelerinde de dinlenebilirler” hükmü yer almaktadır. Buna göre asıl olan, bu kişilerin, yetkili mahkeme önünde dinlenmeleridir; ancak, Ankara Mahkemelerinde de dinlenebilecekleri belirtilmektedir¹¹⁷.

Tanığın hazır bulunma zorunluluğu, beyanın alınması işleminin sonuna kadar devam eder¹¹⁸. Tanık soruşturmaya beyanda bulunacak bir halde gelmelidir. Mesela, sarhoş gelen tanık, bedenen hazır bulunsa bile, beyanından yararlanılma imkanı bulunmadığı için mahkemeye gelmiş sayılamaz¹¹⁹. Yine tanık hazır bulunmakla birlikte, dinlenilmesi mümkün olmayacak kadar geç gelmişse, gelmemiş kabul edilir¹²⁰.

Tarafların talebi olmaksızın kendiliğinden gelerek beyanda bulunmakta ısrar eden tanığın dinlenmesini, ne hukuk ne de Ceza Muhakemeler Usulü Kanunu kabul etmemiştir. Zira, bir tanığın kendiliğinden gelerek tanıklık teklifi doğrultusunda şüpheliyi gerektirir¹²¹.

Hazır bulunma zorunluluğu, tanığın belirli bir yerde ve belirli bir gün ve saatte hazır bulunmasını gerektirdiği için, tanığın haklarını kısıtlayıcı bir işlemdir. Fakat savunma, iddia hak ve görevlerinin yerine getirilebilmesi açısından bir zorunluluk olmaktadır¹²².

paragraflarında, söz konusu kişilerin dinlenecekleri yerlerle ilgili özel düzenlemeler getirmiştir. Mesela, Devlet Başkanının ikametgahında dinleneceğini ve dinleme sırasında tutulan tutanağın duruşmada okunacağını hükme bağlamıştır(Bkz. **Feyzioğlu**, s. 101, dn. 221).

¹¹⁵ Tasarı m. 46 gerekçesi için bkz. **Dönmezer/Yenisey**, s. 90.

¹¹⁶ Fakat doktrinde bazı yazarlar, devlette büyük makamlarda yer alsalar da, bazı kişilerin, buldukları mahalde dinlenmesini öngören bir kuralın Anayasadaki eşitlik kuralına aykırı olacağı görüşündedir(**Erem**, s. 427).

¹¹⁷ Bkz. **Dönmezer/Yenisey**, s. 90-91.

¹¹⁸ **Önder**, Ceza Muhakemeleri, s. 878.

¹¹⁹ **Feyzioğlu**, s. 103.

¹²⁰ **Önder**, Ceza Muhakemeleri, s. 878.

¹²¹ **Belgesay**, s. 125.

¹²² **Feyzioğlu**, s. 103.

Tanıklık, aynı zamanda tanığın hürriyetini kısıtlayıcı bir işlem olduğu için, davet olunan her tanığın, tarifeye göre kaybettiği vakit ile uygun bir tazminat alma hakkı bulunmaktadır. Bu tazminat devlet hazinesinden ödenir. Tanık hazır olmak için seyahat etmişse, yol masrafiyle tanıklığa davet olunduğu yerdeki ikamet masrafını alır (CMUK 64). Uygulamada maalesef, tazminata ya hükmedilmemekte ya da ödenek yokluğundan hükmedilse bile ödenememektedir. Bundan başka, adliyeye gelen tanıklar saatlerce bekletilmekte ve tanıklar açısından büyük zaman kaybına ve strese neden olmaktadır. Bu durum tanıklığın bir angarya haline gelmesinin önemli sebeplerinden birisidir¹²³.

b) Tanığın Davete Uymaması

CMUK 46. maddesine göre, usulüne uygun olarak çağrılıp da mazeret bildirmeksizin gelmeyen tanık; zorla getirilir, sebep olunan masraflar kendisine yükletilir ve hafif para cezasına mahkum edilir. Esasında zorla getirmenin, hafif para cezasının ve masrafları ödemeye mahkum etmenin ortak özelliği, tanığın yetkili makam önüne gelmesini sağlayan kuralların müeyyideleri olmalarıdır¹²⁴.

Gelmemenin kanuni sonuçları yazılı olmayan bir davet üzerine gelmeyen tanık hakkında, CMUK 46. maddesindeki müeyyidelerin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, CMUK 45. maddesi davetiyenin üzerine gelmemenin kanuni sonuçlarının yazılı olması aradığı için, bu hususun yazılmaması halinde, tanığa bu müeyyideler uygulanamayacağını belirtir. Diğer bir görüş ise, kanun bilmemek mazeret sayılmaz kuralı gereğince, davete uymamanın müeyyidelerinin davetiyede gösterilmemesi, bu müeyyidelerin uygulanmasına engel teşkil etmez¹²⁵.

Gelmeyen tanık mazeret bildirir ve kabul edilirse, bu müeyyideler uygulanmaz ve yeniden davetiye ile çağrılır. Mazeret bildirmediği için zorla getirilen tanık, sonradan mazeret bildirir ve bunun doğruluğunu ispat ederse, hükmedilen para cezası ve masraflar kaldırılır (CMUK 46).

II. SON SORUŞTURMADA HAZIR BULUNMA

1. Duruşma Hazırlığı Devresinde Hazır Bulunma

Son soruşturma safhasında, esas itibariyle; tanıkların hazır bulunmalarını gerektiren devre duruşma devresidir. Bununla birlikte, her ne kadar duruşma hazırlığı devresinde yapılacak olan işlemler evrak üzerinden yapılsa ve tarafların duruşma hazırlığı devresinde bir araya gelmeleri söz konusu olmasa da, istisnai

¹²³ Bkz. **Öztürk/Erdem/Özbek**, s. 448-449; **Feyzioğlu**, s. 261 vd.

¹²⁴ **Feyzioğlu**, s. 293.

¹²⁵ Bkz. **Önder**, Ceza Muhakemeleri, s. 877.

bazı hallerde tanıkların dinlenmesini ve dolayısıyla hazır bulunmasını gerektiren durumlar da bulunmaktadır.

Hastalık ya da sakatlık veya aşılması mümkün olmayan bir nedenle, bir tanığın ya da bilirkişinin duruşmada hazır bulunamayacağı anlaşıldığı durumlarda, bunların dinlenilmesine duruşma hazırlığı devresinde başvurulmasına kanun izin vermektedir. Ancak bir delilin kaybindan korkulduğu için, buna başvurulması uygun görülür¹²⁶. Duruşma hazırlığı devresinde tanıkların dinlenmesinde istinabe yolu uygulanabileceği gibi, naip hakim yoluna da başvurulabilecektir. Böyle bir engel yüzünden hakim huzuruna gelmesi mümkün olmayan tanık, naip hakim aracılığıyla onu bulunduğu yerde dinleyecektir. Dinlemenin yeminle yapılması gereken durumlarda, yemin ettirildikten sonra dinleme yapılacaktır (CMUK 216).

Kanun bu yola tanık veya bilirkişilerin meskenlerinin uzak olması sebebiyle de başvurulabileceğini, bu kişilerin çağrılmalarının zor olduğu durumlarda, yine istinabe veya niyabet yolu ile bu kişilerin duruşma hazırlığında dinlenebileceklerini belirtmektedir (CMUK 216/son).

2. Duruşmada Hazır Bulunma

a) Tanığın Hazır Bulunması

Duruşmada geçerli olan temel ilkelerden biri vasıtasızlık ilkesidir. CMUK 254/1. maddesine göre mahkeme, irad ve ikame edilen delilleri, duruşmadan ve tahkikatten edineceği kanaate göre takdir eder. Bu nedenle esas hakkından karar verecek olan mahkemenin; yargılayacağı olay, olayın tanıkları, sanık ve diğer tüm delillerle doğrudan temasa geçmesi ve ilk elden edinilmiş bilgileri kullanılması prensip olarak kabul edilmiştir.

Bu ilke gereğince tanıkların duruşmada bizzat dinlenmeleri gerekir. Tanığın olay hakkındaki şahsi bilgisini doğrudan doğruya anlatması, bu bilgilerin bizzat onun tarafından mahkemeye sunulması gerekir (CMUK 243). Bu bakımdan hakim tarafından uyuşmazlık konusu olay hakkında bildiklerini anlatmak üzere davetiye ile çağrılan tanık, davetiyede belirtilen yer ve saatte hazır bulunmak zorundadır. Tanığın duruşmaya gelmek zorunluluğu CMUK'un 45. ve devamındaki maddelerinde düzenlenmiştir¹²⁷. CMUK 45. maddesinde tanıkların çağrılması usulü, 46. maddesinde de bu çağrıya uymamanın müeyyideleri düzenlenmiştir.

CMUK 45. maddesine göre usulüne uygun olarak çağrılan tanık hazır bulunmak zorundadır ve Türkiye'de yaşayan herkes için bu zorunluluk vardır.

¹²⁶ Yurtcan, Ceza, s. 408.

¹²⁷ HUMK'nun 253. maddesinde benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Ayrıca bu zorunluluk, davetin yapıldığı sırada Türkiye’de yaşayan yabancılar için de geçerlidir¹²⁸. Hatta tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişiler dahi, bu zorunluluğu yerine getirmekle yükümlüdürler¹²⁹. Tanıklar, kendilerinde çekinme sebeplerinin bulunduğunu söyleyerek, hazır bulunma zorunluluğundan kurtulamazlar¹³⁰. Zira, söz konusu tanıklar, ancak davete icabet edip yetkili makamın önüne çıktuktan sonra, kendinde bulunan çekinme hak ve zorunluluklarını beyan edecek ve bu şekilde çekinme sebepleri yetkili makam tarafından tespit edebilecektir¹³¹.

Usul kanunumuzda tanıkların nerede dinleneceğine dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte tanığın ifadesinin alınacağı yer önemli değildir. Bu, mahkeme binası olabileceği gibi, bunun dışında bulunan bir yerde olabilir¹³². Fakat tanıkların daveti esas olduğuna göre huzurda dinlenmeleri gereklidir¹³³. Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu üyeleri ve milletvekilleri de hazır bulunmak yükümlülüğü altındadır¹³⁴. Ancak CMUK 1999 Tasarısı 46/4. maddesinde “*Cumhurbaşkanı tanık sıfatıyla duruşmaya çağrılmaz. Cumhurbaşkanının tanık sıfatıyla beyanı konutunda alınır. Cumhurbaşkanı bu beyanını yazılı olarak gönderebileceği gibi, beyanı hakim tarafından tutanağa geçirilmek suretiyle de alınabilir*” demek suretiyle yetkili makam önünde hazır bulunma zorunluluğuna istisna getirmektedir¹³⁵. Tasarı m. 46/son fıkrası ise, “*Başbakan ve Bakanlar ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri tanık sıfatıyla Ankara Mahkemelerinde de dinlenebilirler*” hükmü yer almaktadır. Buna göre asıl olan, bu kişilerin,

¹²⁸ Yurtcan, Ceza, s. 276; Feyzioğlu, s. 101.

¹²⁹ Erdem, s. 51.

¹³⁰ Önder, Ceza Muhakemeleri, s. 876-877; Toroslu, No 124.

¹³¹ Buna karşın, HUMK’nun 250. maddesi gereğince, hukuk mahkemelerinde, tanıklıktan çekinme hak ve zorunluluğunda olan kişiler (HUMK m. 245, m. 246, m. 249), dinlenecekleri günden en az bir gün önce, çekinme sebeplerini sözlü ve yazılı olarak mahkemenin yazı işlerine sunar ve doğruluğunu ispata yarayan delil araçlarını da eklerse, artık hazır bulunmak zorunda değildir.

¹³² Önder, Ceza Muhakemeleri, s. 877.

¹³³ Erem, s. 427.

¹³⁴ StPO, Devlet Başkanını, Federal Meclis, Eyalet Meclisi ve İkinci Meclis üyelerini, Federal ve Eyalet Hükümet üyelerini, tanıklık yapmakta zorunlu tutmasına rağmen, 49. ve 50. paragraflarında, söz konusu kişilerin dinlenecekleri yerlerle ilgili özel düzenlemeler getirmiştir. Mesela, Devlet Başkanının ikametgahında dinleneceğini ve dinleme sırasında tutulan tutanağın duruşmada okunacağını hükme bağlamıştır (Bkz. Feyzioğlu, s. 101, dn. 221).

¹³⁵ Fakat doktrinde bazı yazarlar, devlette büyük makamlarda yer alsalar da, bazı kişilerin, buldukları mahalde dinlenmesini öngören bir kuralın Anayasadaki eşitlik kuralına aykırı olacağı görüşündedir (Erem, s. 427).

yetkili mahkeme önünde dinlenmeleridir; ancak, Ankara Mahkemelerinde de dinlenebilecekleri belirtilmektedir¹³⁶.

Duruşmada hazır bulunmak mecburiyetinde olan tanığın, duruşma sırasında hazır bulunma yetkisi sınırlıdır. Tanıkların sadece yoklama sırasında toplu halde bulunmaları kabul edilmiştir. Bir tanık dinlenirken olayın diğer tanıkları salonun dışına çıkarılırlar (CMUK 54). Sanık sorguya çekilirken de aynı şekilde davranılır (CMUK 236)¹³⁷. Tanığın hazır bulunma zorunluluğu, beyanının alınması işleminin sonuna kadar devam eder¹³⁸. Tanığın mahkeme tarafından ifadesinin alınması sona erdikten sonra, salondan çıkabilmesi için başkanın izin vermesi gerekir¹³⁹.

Tanık soruşturmaya beyanda bulunacak bir halde gelmelidir. Mesela, sarhoş gelen tanık, bedenen hazır bulunsa bile, beyanından yararlanılma imkanı bulunmadığı için mahkemeye gelmiş sayılmaz¹⁴⁰. Yine tanık hazır bulunmakla birlikte, dinlenilmesi mümkün olmayacak kadar geç gelmişse, gelmemiş kabul edilir¹⁴¹.

Kendiliğinden gelen tanığın dinlenip dinlenemeyeceği konusun da ise; ne hukuk ne de Ceza Muhakemeler Usulü Kanununda, tarafların talebi olmaksızın kendiliğinden gelerek beyanda bulunmakta ısrar eden tanığın dinlenmesini kabul etmemiştir. Bir tanığın kendiliğinden gelerek tanıklık teklifi doğruluğundan şüpheyi gerektirir¹⁴².

Hazır bulunma zorunluluğu, tanığın belirli bir yerde ve belirli bir gün ve saatte hazır bulunmasını gerektirdiği için, tanığın haklarını kısıtlayıcı bir işlemdir. Fakat savunma, iddia hak ve görevlerinin yerine getirilebilmesi açısından bir zorunluluk olmaktadır¹⁴³.

Tanıklık, aynı zamanda tanığın hürriyetini kısıtlayıcı bir işlem olduğu için, davet olunan her tanığın, tarifeye göre kaybettiği vakit ile uygun bir tazminat alma hakkı bulunmaktadır. Bu tazminat devlet hazinesinden ödenir. Tanık hazır olmak için seyahat etmişse, yol masrafiyle tanıklığa davet olunduğu yerdeki

¹³⁶ Bkz. **Dönmezer/Yenisey**, s. 90-91.

¹³⁷ **Yenisey**, Duruşma, s. 95.

¹³⁸ **Önder**, Ceza Muhakemeleri s. 878.

¹³⁹ **Yenisey**, Duruşma, s. 95.

¹⁴⁰ **Feyzioğlu**, s. 103.

¹⁴¹ **Önder**, Ceza Muhakemeleri, s. 878.

¹⁴² **Belgesay**, s. 125.

¹⁴³ **Feyzioğlu**, s. 103.

ikamet masrafını alır (CMUK 64). Uygulamada maalesef, tazminata ya hükmedilmemekte ya da ödenek yokluğundan hükmedilse bile ödenememektedir. Bundan başka, adliyeye gelen tanıklar saatlerce bekletilmekte ve tanıklar açısından büyük zaman kaybına ve strese neden olmaktadır. Bu durum tanıklığın bir angarya haline gelmesinin önemli sebeplerinden birisidir¹⁴⁴.

Tanığın duruşmada hazır bulunması kural olmakla beraber; istisnai olarak, mağdur tanığın korunması, tehlike olması nedeniyle korunması gereken tanıklık bakımından ve erken dinleme durumlarında duruşmada hazır bulunmaması da kabul edilmiştir.

b) Tanığın Davete Uymaması

Herhangi bir mazereti olmaksızın davete uymayıp duruşmaya gelmeyen tanıklar, davanın geç sonuçlanmasına neden olurlar. Davaların ise, erken sonuçlanması toplumun menfaatindedir. Bunun için usul kanununa davete uymayı zorlayıcı hükümler konulmuştur¹⁴⁵. CMUK 46. maddesine göre, usulüne uygun olarak çağrılıp da mazeret bildirmeksizin gelmeyen tanık; zorla getirilir, sebep olunan masraflar kendisine yükletilir ve hafif para cezasına mahkum edilir. Esasında zorla getirmenin, hafif para cezasının ve masrafları ödemeye mahkum etmenin ortak özelliği, tanığın yetkili makam önüne gelmesini sağlayan kuralların müeyyideleri olmalarıdır¹⁴⁶.

Gelmemenin kanuni sonuçları yazılı olmayan bir davet üzerine gelmeyen tanık hakkında, CMUK 46. maddesindeki müeyyidelerin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, CMUK 45. maddesi davetiyenin üzerine gelmemenin kanuni sonuçlarının yazılı olmasını aradığı için, bu hususun yazılmaması halinde, tanığa bu müeyyidelerin uygulanamayacağını belirtir. Diğer bir görüş ise, kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralı gereğince, davete uymamanın müeyyidelerinin davetiyede gösterilmemesi, bu müeyyidelerin uygulanmasına engel teşkil etmez¹⁴⁷.

Gelmeyen tanık mazeret bildirir ve kabul edilirse, bu müeyyideler uygulanmaz ve yeniden davetiye ile çağrılır. Mazeret bildirmediği için zorla getirilen tanık, sonradan mazeret bildirir ve bunun doğruluğunu ispat ederse, hükmedilen para cezası ve masraflar kaldırılır (CMUK 46).

¹⁴⁴ Bkz. **Öztürk/Erdem/Özbek**, No 224; **Feyzioğlu**, s. 261 vd.

¹⁴⁵ **Canpolat**, Şerafettin, Usul Hukukunda Tanık ve Psikolojisi, Adana 1974, s. 32.

¹⁴⁶ **Feyzioğlu**, s. 293.

¹⁴⁷ Bkz. **Önder**, Ceza Muhakemeleri, s. 877.

III. KEŞİFTE VE DİĞER İŞLEMLERDE HAZIR BULUNMA

1. Keşif Sırasında Hazır Bulunma

Muhakemenin amacına ulaşmak için hakim, yaptığı keşif sırasında, tanığın da bilgisine başvurulmak üzere hazır bulunması isteyebilecektir. Çünkü, olay yerinde yapılan bir keşif sırasında tanık hem bildiklerini daha iyi hatırlayabilecek hem de hakim onun söylediklerinin doğru olup olmadığını denetleyebilecektir. Mesela olay sırasında gördüğü kişinin sanık olduğunu ileri süren tanık, aynı yerden ve mesafeden çeşitli kişilerin kim olduğunun tespit edilmesi istenebilir¹⁴⁸.

Tanıklık, kamu hukukundan kaynaklanan toplumsal bir görevdir ve kişilerin tanıklık etmeleri toplumun menfaati gereğidir. Bu bakımdan usulüne uygun davet edilen her tanık keşfe katılmak zorundadır. Bununla birlikte, tanığın keşfe katılması nedeniyle uğradığı maddi kayıp da devlet tarafından karşılanmalıdır¹⁴⁹.

2. Diğer İşlemlerde Hazır Bulunma

Sanığın fert olarak bilinmesi demek olan, belli olması için, başvuru teşhis yönteminde, şüpheli kimsenin veya fotoğraflarının suç mağduruna veya tanığa gösterilir ve bunlardan hangisi olduğu sorulur¹⁵⁰. Bunun için mağdurun veya tanığın hazır bulunması gerekir. Teşhis işleminin belirli bir yerde yapılması zorunlu değildir. Mesela, cinayet mahallinde bulunan anahtarın sahibi olduğu için yakalanan kişi, öldürülen kişinin karısı olan ve fail tarafından bıçaklanmış olan mağdura, yattığı hastanede gösterilmiştir¹⁵¹.

Kural olarak son soruşturma safhasında söz konusu olan yüzleştirme; tanıkların veya sanıkların birbirlerini tutmayan ifadeleri söz konusu olduğunda, karşı karşıya getirilmelerine denir. Yüzleştirme sırasında tanıkların her biri kendi sözlerinin doğru olduğunda direnebileceği gibi, yanlışlıkları hususları birbirlerine hatırlatarak belli konularda veya tümünde anlaşabilirler. Bu arada yüzleştirilen tanıkların birbirlerinin etkisi altında kalacakları unutulmamalıdır. Bununla

¹⁴⁸ Yargıtay, ceza muhakemesinin amacının maddi gerçeği ortaya çıkarılması olduğunu ve gerçeğe ulaşmada tanıkların beyanlarının önemli rol oynadığını ifade etmiştir. Bu bakımdan tanıkların beyanlarının değerlendirilmesi açısından keşfin önemli bir araç olduğunu vurgulamıştır. Çünkü gördüm diyenin gerçekten görüp görmediği yapılacak olan keşifle denetlenecektir(Bkz. YCGK, 16.11.1981, E. 307, K. 379, **Savaş/Mollamahmutoglu**, s. 584).

¹⁴⁹ Bkz. **Feyzioğlu**, s. 258 vd.

¹⁵⁰ **Demirbaş**, Sanığın, s. 146.

¹⁵¹ Bkz. **Kunter/Yenisey**, Muhakeme, No 422.

beraber ifadesinden dönmeyen tanık, bunun nedenlerini inandırıcı bir biçimde anlatabilirse birleştikleri konuların değerlendirilmesinde yüzleştirme yararlı sonuçlar verebilir¹⁵². Onun için yüzleştirme işleminin yapılması kural olarak hakimlere verilmiştir. Yüzleştirmenin nerede, ne zaman ve ne şekilde olacağı konularını hakim takdir eder. Mesela olay yerinde yapılacak bir keşifte yüzleştirme yapabilir¹⁵³. Ayrıca bilirkişi raporunu hazırlamak için gerekli görürse, tanık dinleyebilir (CMUK 73). Bu durumda tanığın bilirkişi önünde hazır bulunması gerekir.

SONUÇ

Ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için, şüpheli, sanık ve tanığın belli bazı muhakeme işlemlerinde hazır bulunmaları gerekir.

Şüpheli ve sanığın bazı muhakeme işlemlerinde hazır bulunması, bir açıdan bakıldığı zaman hak kısıtlayıcı, başka bir açıdan bakıldığı zamanda hak doğurucudur. Çünkü, savunma ve sorgu hakkının kullanılabilmesi, sanığın ancak sorguda hazır bulunması ile sağlanabilir. Sorgulama ve ifade almanın sanığın bazı temel haklarını sınırladığı açıktır. Bu nedenle ifade alma ve sorgulama faaliyeti sırasında çok dikkatli olmak gerekir. Burada toplum menfaati ile bireyin menfaati çatışma halindedir. Bir yandan insan hakları, diğer yandan ise, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve suçlunun cezalandırılması bulunmaktadır. Bu bakımdan sanığın sorgulanması sırasında hazır bulunması iki yönlü bir kavramdır ve kanunlarda da hem hak hem de ödev olarak düzenlenmiştir. Doktrinde sanığın hazır bulunmasını ödev olarak kabul edenler olduğu gibi, hak olarak görenlerde vardır. Eğer sanığın kendi sorgu sırasında hazır bulunmasını bir hak olarak kabul edersek; sanığın kendi sorgusunda hazır bulunma yükümü yoktur ve hazır bulunmaya da zorlanamayacaktır. Sanık isterse gelir ve istediği zamanda terk edebilir.

Kanaatimizce çağrılan sanığın belli muhakeme işlemlerinde hazır bulunması, adil yargılanma hakkı, hakim önünde meramını anlatabilmesi ilkesi ve savunma hakkı gereğince bir hak olarak düşünülebilir. Ancak maddi gerçeğin ortaya çıkarılması da toplum menfaatinedir. Bu bakımdan toplum menfaatinin gerçekleşmesi için sanığın ifadesinin alınması üzerine hazır bulunması bir yükümlülük olmaktadır. Ayrıca mevzuatımızda sanığı ifadesine gelmeye zorlayan hükümlerde bulunmaktadır. Mesela CMUK 132. maddesi, kişinin, ifade alınması veya

¹⁵² Yargıtay da “Önce dinlenenlerin sadece söyledikleri okunmak suretiyle tanıkların yüzleştirilmesi icra edilmiş sayılmaz. Yüzleştirme yapılırsa tanıkların birbirlerinden utanma ve sair sebeplerle gerçeği gizlemekten vazgeçmeleri mümkündür”, demek suretiyle yüzleştirmenin tanıklar üzerinde oluşturacağı psikolojik etki ile önemli olduğunu belirtmiştir (YCGK, 9.4.1962, 23/82, **Canpolat**, s. 70).

¹⁵³ **Canpolat**, s. 68.

sorgusu için celpname ile davet olunacağını gelmediği takdirde zorla getirilebileceğinin celpnameye yazılabileceğini belirterek kolluğun, ifade alınması için kişileri zorla getirilebileceğini hükme bağlar. Ayrıca JTGY' nin 36. maddesi de, jandarmanın, yapmakta olduğu soruşturmalarda ilgili olarak veya görevi yerine getirmek maksadıyla bilgi ve görgüsüne başvurulması gereken kişileri çağırabileceğini; yine aynı maddenin son fıkrasına göre ise, (a) bendi gereğince çağrılan kişiler, bu çağrıya uymadıkları takdirde zor kullanılarak götürüleceğini ve hakkında kanuni işlem yapılacağını belirtilmektedir (JTGY m. 124/2). Bundan başka yetkili makamların çağrısına uymayıp gitmeyen kişilerin TCK 546. maddesindeki suç işlemiş olacakları da düşünülürse, sanığın hazır bulunmasının bir yükümlülük haline geldiği söylenebilir.

İfade alma sayılmayan iradi açıklamalarda, kişi kendiliğinden, rızasıyla, yetkili makamların önüne gelip açıklamalarda bulunduğu için, yine kişi istediği zamanda oradan ayrılma yetkisine sahip olmalıdır. Aynı şekilde ön bilgi edinme faaliyeti sırasında kolluğun olaya ilişkin olarak sorduğu sorular, teknik anlamda bir ifade almanın başlangıcını göstermeyeceğinden, bu aşamada bir ifade alma söz konusu değildir. Bunun sonucu olarak da ön bilgi edinme faaliyeti sırasında kişilerin hazır bulunma gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Çünkü, kendi rızalarıyla bilgi veren kişiler yine kendi istekleriyle bu bilgi vermelerini bitirebilir ve oradan ayrılabilirler ve kolluk bunu engellemez.

Gerek hazırlık soruşturmasındaki, gerekse son soruşturmadaki keşif sırasında; sanığın hazır bulunması CMUK 162/4. Maddesi hükmü gereğince sanık bakımından bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sanığın yüzleştirme ve teşhis işlemleri sırasında hazır bulunması ise, maddi gerçeğin, dolayısıyla toplumun menfaati olduğu için bir yükümlülük olmalıdır.

Tanık yönünden ise, gerek hazırlık soruşturması ve gerekse, son soruşturma safhasında dinlenmek üzere hazır bulunması mecburidir. Esasında tanığın, belirli bir yerde ve belirli gün ve saatte hazır bulunması, tanığın haklarını kısıtlayıcı bir işlemdir. Fakat savunma, iddia hak ve görevlerinin yerine getirilebilmesi açısından bir zorunluluk olmaktadır. Bu nedenle tanıklık kamu hukukundan kaynaklanan toplumsal ve kamusal bir görevdir.

Diğer taraftan mevzuatımızda, hazır bulunmayı zorunlu hale getiren hükümler bulunmaktadır. Anayasanın 38/5, 12/2, CMUK'un 46. maddesi bunlardandır. Ayrıca, dinlenmek üzere çağrılan tanık hazır bulunmazsa, TCK'nın 546. maddesindeki suç da işlemiş olmaktadır. O halde, suç konusu olay hakkındaki bildiklerini anlatmak üzere çağrılan tanığın, yetkili makamlar önünde hazır bulunması, bir ödev, yükümlülük olarak görülmektedir.

Aynı şekilde tanığın keşif, yüzleştirme ve teşhis işlemlerinde hazır bulunması da maddi gerçeğin belirlenmesine yardımcı olduğu için bir yükümlülük olmaktadır.

1917 TARİHLİ HUKUK-I AİLE KARARNAMESİ VE OSMANLI AİLE HUKUKUNA GETİRDİĞİ YENİLİKLER

Yılmaz YURTSEVEN*

I. GİRİŞ

Bütün hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslam-Osmanlı hukukunda da aile hukukunun önemli bir yeri ve hukuk dünyasında oynadığı önemli bir rolü vardır. Bu bakımdan sistematik İslam hukuku eserlerinde ve fetva mecmualarında aile hukuku bölümleri ciddi bir birikim oluşturur. Bir başka söyleyişle aile hukuku, İslam-Osmanlı hukukunun doktrin ve uygulamada üzerinde en çok çalışılmış ve işlenmiş bölümüdür.

Türk hukuk tarihi içerisinde Osmanlı aile hukuku, temel anlamda İslam aile hukukunun altı yüzyıllık uygulamasıdır. Bu süreç içerisinde Osmanlı uygulamasının İslam aile hukukuna yaptığı katkılar inkar edilemez büyüklüktedir. Bu uzun sayılabilecek süreç içerisinde Osmanlı aile hukukunun gelişimini incelemek çok geniş araştırmalar ve çalışmalarla mümkün olabilir. Dolayısıyla bu kısa çalışmada son dönem Osmanlı aile hukukundaki gelişmeler ve bu gelişmelerin en önemli ürünü olan 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi incelenmeye çalışılacaktır.

Genel hukuk tarihi açısından XIX. Yüzyıl, dünyada kanunlaştırma hareketlerinin en yoğun yaşandığı dönem olmuştur. Bu bağlamda Osmanlı İmparatorluğu'nun son yıllarında gerçekleştirilen Hukuk-ı Aile Kararnamesi, millî hukuk tarihimiz açısından çok önemli bir kanunlaştırma hareketidir. Kanunun önemi

* Araştırma Görevlisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türk Hukuk Tarihi Anabilim Dalı.

sadece Osmanlı hukukunda değil, tüm İslam hukuk tarihinde bu alanın ilk kez kanunlaştırılmış olmasında yatmaktadır.

Bu çalışmada öncelikle HAK öncesi Osmanlı aile hukukuna kısaca değindikten sonra, başlangıçtan 1917'ye kadar Osmanlı İmparatorluğu'nda yapılan kanunlaştırmalar ve özellikle Mecelle üzerinde durulacaktır. Daha sonra, HAK'nin kanunlaşma süreci, hazırlanış sebepleri ve o dönemde Osmanlı düşünce hayatında rol oynayan fikir akımlarının Kararnamenin hazırlanmasında oynadıkları roller incelenecektir. Bu incelemelerin ardından kararname sistematik ve teknik açıdan değerlendirilmeye çalışılacak ve kararnamenin özellikleri üzerinde durulacaktır. Ayrıca Kararnamenin eksiklikleri ve yürürlükten kaldırılması inceleme konumuz olacaktır. Bu genel bilgilerden sonra Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin Osmanlı aile hukukunda evlenme ve boşanmaya getirdiği yenilikler ve bu yeniliklerin önemi hakkında bilgiler verilmeye çalışılacaktır.

II. 1917 ÖNCESİ OSMANLI AİLE HUKUKU VE 1917 TARİHLİ HUKUK-I AİLE KARARNAMESİ

Türk Hukuk Tarihi ile ilgili çalışmalarda genellikle Osmanlı Hukuku iki döneme ayrılarak incelenmektedir. Devletin kuruluşundan başlayarak Tanzimat Fermanı'nın ilan edildiği tarih olan 1839'a kadar olan dönem "Klasik Dönem", bu tarihten Cumhuriyet'in ilanına kadar geçen süre ise "Tanzimat Sonrası" veya "Son Dönem" olarak adlandırılmaktadır. Tanzimat dönemi, hemen her alanda olduğu gibi hukuk alanında da köklü değerikliklere ve yeniliklere sahne olduğu için böyle bir ayırım yapılmıştır.

Çalışmamızın bu bölümünde başlangıçtan 1917'ye kadar Osmanlı Aile Hukuku'nun genel bir incelemesini yapmaya çalışacağız. Klasik Dönem uygulamasına kısaca değindikten sonra Tanzimat sonrası Osmanlı hukukundaki gelişmeler, kanunlaştırma hareketleri ve ardından Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne giden süreç, bu kararnamenin hazırlanmasına etki eden sebepler ve Kararnamenin genel özellikleri üzerinde durmaya çalışacağız.

A. 1917'YE KADAR OSMANLI AİLE HUKUKUNA GENEL BİR BAKIş

Tanzimat'a kadar Osmanlı aile hukukunda ve hatta genel olarak özel hukuk alanında çok köklü değerikliklerin olduğunu söylemek mümkün değerildir. Çünkü modern anlamda özel hukuk olarak adlandırdığımız aile, miras, şahsın hukuku gibi alanlar, Osmanlı hukukunun şer'i ve Örfi hukuk olarak adlandırılan düalist yapısı¹ gereği, daha çok şer'i hukuk çerçevesinde şer'i hükümlere tabi olmuş-

¹ Osmanlı hukukunun yapısı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AYDIN Mehmet Akif, "Osmanlı Hukukunun Genel Yapısı ve İşleyişi" Türkler, c. X, Ankara 2002, s. 15 vd.; ÖZBİLGEN Erol, Osmanlı Hukukunun Yapısı, İstanbul 1985; şEN Murat, "Osmanlı

tur. Şer'î hukuk, doğrudan doğruya Kur'an, Sünnet, icma ve kıyasa dayanan ve fıkıh kitaplarında tedvin edilmiş (toplanmış) bulunan normlar bütünüdür. Bir başka ifadeyle Şer'î hukuk kavramı, geçerliliği için hiçbir kişi veya kurulun onayına gerek olmayan ve fıkıh kitaplarında toplanmış bulunan hukukî hükümleri ifade etmektedir². Dolayısıyla özellikle temel kaynaklar olan Kur'an ve Sünnet kaynaklı hükümler üzerinde herhangi bir değişiklik söz konusu olmamış, bu hükümler aynen uygulanmıştır

Osmanlı aile hukuku, XVI. Yüzyılın ortalarına kadar özellikle evlilik akdi açısından mezhepler arası görüşler arasında esnek sayılabilecek bir karakter sergilemiştir. Bu dönemde örneğin evlenme akdi konusunda Ebu Hanife, Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'in görüşleri uygulama alanı bulduğu gibi, hem evlilik kurumu hem de aile hukukunun diğer alanlarında Hanefî mezhebinin dışındaki mezheplerin görüşlerine de yer verilmiştir. Fakat 1544 yılından itibaren sistemde bir katılma gözlenmiştir. Katılmanın nedeni, XVI. Yüzyılın ortalarından itibaren resmî mezhep anlayışının bizzat devlet otoritesince yoğun bir şekilde benimsenmiş olmasıdır. Dolayısıyla Hanefî mezhebi XX. Yüzyılın başlarına kadar Osmanlı Devleti'nin resmî mezhebi olma özelliğini korumuş ve uygulamada büyük oranda bu mezhebin görüşlerine bağlı kalmıştır³. Şüphesiz resmî mezhep anlayışının yerleşmesinde dönemin sosyal, siyasî ve iktisadî şartlarının etkileri olmuştur. Resmî mezhep meselesini ayrı bir çalışma gerektirecek bir konu olarak gördüğümüz için burada ayrıntıya girmeyi uygun görmüyoruz.

İleride üzerinde duracağımız gibi Tanzimat sonrası, Osmanlı hukukunda kanunlaştırmalar açısından önemli bir dönemdir. Şüphesiz bu dönemde yapılan en önemli kanunlaştırma hareketi modern anlamda bir özel hukuk kodifikasyonu olarak kabul edebileceğimiz Mecelle-i Ahkam-ı Adliye'dir⁴. Medeni hukukun önemli dallarını kanunlaştırmasına rağmen Mecelle, aile ve miras hukukuna ilişkin hükümler ihtiva etmemektedir. Bu yönüyle Mecelle'yi tam bir medeni kanun olarak görmek mümkün değildir⁵. Tanzimat sonrası aile hukukunda meydana gelen değişiklikleri kanunlaştırmalar bahsinde ayrıntılı olarak ele alacağız.

Hukukunun Yapısı", Osmanlı, c. VI, Ankara 1999, s. 327 vd. YURTSEVEN Yılmaz, Klasik Dönem Osmanlı Ceza Hukukunda Ta'zir Suç ve Cezaları (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya 2001, s. 57-60.

2 ÖZBİLGİN, s. 43; ŞEN, s. 328.

3 "Osmanlı padişahlarının mahkemelerde uygulanacak mezhep konusunda almış oldukları tavır, uygulanacak hukuk kuralını da doğrudan etkilemiştir. Bu durum hukukun her alanında devletin nazım bir rolünün olduğunu göstermektedir", AYDIN Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 1999, s. 271; AKYILMAZ Gül, İslam ve Osmanlı Hukukunda Kadının Statüsü, Konya 2000, s. 25.

4 AYDIN Mehmet Akif, İslam-Osmanlı Aile Hukuku, İstanbul 1985, s. 131.

5 ORTAYLI İlber, İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı, İstanbul 1995, s. 12.

B. 1917 YILINA KADAR OSMANLI DEVLETİNDE KANUNLAŞTIRMA HAREKETLERİ

1. Klasik Dönem

Osmanlı Devleti'nin klasik dönemini ifade eden, devletin kuruluşundan 1839 Tanzimat Fermanı'na kadar gelen süreç içerisinde Osmanlı sultanları Şer'î hukukun çizmiş olduğu sınırlar dahilinde bazı Örfî hukuk düzenlemelerinde bulunmuşlardır. Padişahların emir ve fermanlarıyla va'z ettikleri kanun ve nizamları bir araya toplamak yoluyla düzenlenen mecmualara "kanunname" adı verilmiştir. Ayrıca bu mecmualarda toplanan kanunlardan, belli bir zümre veya alana ait olanlar da aynı adla anılmaktadır. Birer Örfî hukuk düzenlemeleri olan kanunnamelerde daha çok idare, maliye ve ceza hukuku gibi kamu hukuku alanlarında düzenlemeler mevcuttur. Çünkü özel hukuka ilişkin kurallar Şer'î hukukun aslı kaynaklarında genellikle ayrıntılı olarak düzenlenmiştir⁶.

Osmanlı kanunnameleri bugünkü modern anlamda kanunlaştırma hareketleri olarak görülemez. Çünkü söz konusu düzenlemeler herhangi belirli bir hukuk alanını tümüyle düzenleyen bir kanunlaştırma eseri niteliğinde değildir. Ayrıca bu kanunnameler kazuistik bir yorumla oluşturulmuş bireysel kurallardır ve daha çok birtakım yerel ve süregelen örf ve adet kurallarının derlenmesinden oluşmuşlardır⁷. Ancak va'zedildikleri dönem dikkate alındığında Osmanlı hukukunun ve özellikle Örfî hukukun ne derece gelişmiş olduğu konusunda oldukça olumlu izlenimler sergilemektedirler. Padişahlar tarafından va'zedilen bu düzenlemelerin en Önemlileri Fatih'in Teşkilat Kanunnamesi ve Kanuni Sultan Süleyman Kanunnamesi'dir⁸.

2. Tanzimattan 1917'ye Kadar Kanunlaştırmalar

Pek çok alanda oldukça köklü değişikliklere sahne olan Tanzimat Dönemi, Osmanlı Devleti için asıl önemli değişim ve gelişmelerin hukuk alanında yaşandığı bir dönem olmuştur. Batı'nın baskıları ve dönemin sosyal ve siyasi şartlarının bir ürünü olarak ortaya çıkan Tanzimat Fermanı⁹, ölü bir belge olarak kal-

⁶ BARKAN Ömer Lütfi, "Kanun-name", MEBİA, c. VI, İstanbul 1977, s. 185 vd; VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, "İslam Ülkelerinde Kanunlaştırma Hareketleri ve Bunun Batı Hukuk Sistemleri ile İlişkileri", AÜHFD, Fikret Arık'a Armağan, Ankara 1973 s. 568. Osmanlı Kanunnameleri hakkında geniş bilgi için bkz. AKGÜNDÜZ Ahmet, "Osmanlı Kanunnameleri (Doğuşu, Çeşitleri ve Tarihi Seyri)", Türkler, c. X, Ankara 2002, s. 21 vd.

⁷ BİLGE Necip, Hukuk Başlangıcı, Ankara 1990, s. 103; VELİDEDEOĞLU, s. 569.

⁸ VELİDEDEOĞLU, s. 568.

⁹ HAZIR Hayati, "Tanzimat Fermanı'nın Anayasa Hukuku Açısından Tahlili", SÜHFD Prof. Dr. Jale G. AKİPEK'e Armağan, Konya 1991 s. 191 vd.

mamış, İmparatorluk içinde geniş siyasî hareketlere yol açmış ve geleneksel sosyal yapıyı derinden sarsmıştır¹⁰. Bu yönleriyle Tanzimat Fermanı gerek kanunlaştırma hareketleri açısından, gerek siyasî ve sosyal açıdan inkar edilemez bir hukuk metnidir¹¹.

Tanzimat Dönemi Osmanlı Devleti'nin modern kanunlaştırma hareketlerine giriştiği dönemdir. Kanunlaştırmalar, milli kanunlar hazırlamak yoluyla olduğu gibi tamamen Batı'dan iktibas yoluyla da gerçekleşmiştir¹². Bu dönemde, XX. Yüzyılın başlarına kadar, ceza hukuku, ticaret hukuku, kısmen medeni hukuk, usul hukuku ve anayasa hukuku alanlarında kanunlaştırmalar yapılmıştır¹³. Bu kanunların başlıcaları 1840, 1851 ve 1858 (önemli ölçüde 1810 Fransız Ceza Kanunu'ndan iktibas) Ceza Kanunları, 1858 Arazi Kanunnamesi, 1850 Ticaret Kanunu (1807 Fransız Ticaret Kanunu esas alınmış ve ayrıca Hollanda ve Prusya kanunlarından da yararlanılmıştır), ceza ve hukuk yargılama usulü hakkında yapılan kanun ve nizamnameler, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye ve çalışma konumuz olan 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'dir. Konumuz, Hukuk-ı Aile Kararnamesi ve dolayısıyla aile hukuku olduğu için Mecelle dışındaki kanunlaştırmalar üzerinde durmayacağız. Ancak bazı eksiklikleriyle birlikte bir medeni hukuk kodifikasyonu olarak tanımlayabileceğimiz Mecelle hakkında burada bazı açıklamalar yapmanın konumuz açısından fayda sağlayacağını düşünüyoruz. Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ni (HAK) ise ayrı bir başlık altında incelemeye çalışacağız.

Tanzimat sonrası hukuk alanında gerçekleştirilen yenilikler ve kanunlaştırma çalışmaları, eksikliği büyük ölçüde hissedilen bir medeni kanun hazırlanması konusunu gündeme getirmiştir. Bu dönemde Batı'dan alınan kanunların genellikle Fransız kökenli olmasının da etkisiyle, dönemin en ünlü medeni kanunu olan Fransız Medeni Kanunu'nun iktibas edilmesi fikrini savunan Ali Paşa'nın¹⁴

¹⁰ İNALCIK Halil, "Tanzimat'ın Uygulanması ve Sosyal Tepkiler", Belleten, sy. 112, Ankara 1964, s. 624.

¹¹ HAZIR, s. 191.

¹² İktibas yoluyla kanunlaştırmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BOZKURT Gülnihal, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Ankara 1996.

¹³ BERKES Niyazi, Türkiye'de Çağdaşlaşma, s. 215 vd.; MARDİN Şerif, Türk Modernleşmesi, İstanbul 1997, s. 123 vd.; GÜNGÖR Erol, İslam'ın Bugünkü Meseleleri, İstanbul 1990, s. 98 vd.; ORTAYLI, s. 159 vd.; AYDIN, Aile, s. 127 vd.; BİLGE, s. 103 vd.

¹⁴ Ali Paşa, 1867'de Sultan Abdülaziz'e sunduğu raporda bu görüşlerini şöyle dile getiriyordu: "Devlet ve hükümetlerin ilk işi, herkesin haklarını sağlamak ve vazifelerini hakkıyla yerine getirmesine nezaret ve dikkat etmektir. İçinde bulunduğumuz yüzyılda ise servet ve kuvvet Avrupa'nın elindedir. Bunların her gün dünyanın her tarafında yayarak telkin ettikleri yeni fikirlerin özeti, her ferdin hürriyetle ve her şeyde eşit olması ve azasından bulunduğu heyet ve cemiyetin işlerinde reyi bulunması ve o cemiyetin şekil ve hali bile fertlerin reyi ile kurulması ve gerek din ve gerekse asalet bakımından asla fark

önderliğindeki bazı Osmanlı aydınları ile millî bir kanunun hazırlanması görüşünü savunan, büyük bir Osmanlı hukukçusu olan Ahmet Cevdet Paşa¹⁵ ve taraftarları arasında ciddi mücadeleler ve tartışmalar olmuştur¹⁶. Ancak sonuçta, Ahmet Cevdet Paşa ve grubunun görüşleri kabul görmüş ve Ahmet Cevdet Paşa'nın başkanlığında Mecelle Komisyonu oluşturularak 1868'de çalışmalarına başlamıştır¹⁷.

Osmanlı medenî kanunu diyebileceğimiz Mecelle-i Ahkam-ı Adliye veya kısaca ifadesiyle Mecelle, sadece Türk hukuk tarihinde değil, İslam hukuk tarihinde de ilk kanun olma özelliğini taşımaktadır. Daha önce bu alanda görülen kanunlaştırma hareketlerinin hiçbirinde, İslam hukukunun belli bir bölümünü bütün olarak düzenleyen bir kanun metni ortaya konamamıştır¹⁸.

1851 maddeden oluşan Mecelle, 1869-1876 yılları arasında hazırlanmış ve yürürlüğe girmiştir. İslam hukukunun ve çok küçük istisnalar dışında Hanefî mezhebinin görüşlerinin dışına çıkılmadan ve kazuistik (meseleci) bir anlayış-

ve imtiyaz olmayıp, liyakat ve istihkaka göre herkesin her mertebeye ve her hizmete nail olabilmesi esaslarından ibarettir. Bu kaideler bugün Avrupa'nın bütün devletlerinde yürütülmektedir. Devletler nazarında hizmetlerde ferdi kullanma hususunda Katolik, Protestan ve Yahudi ve dinsiz lakırdıları bütün bütün unutulmuş kalmıştır. ...”Bir de başlıca şikayet bizim mahkemeler olduğundan, o konuda dahi bir yol aranmalı ve Mısır'da olduğu gibi, bizde dahi Code Civile tercüme ettirilip, karma mahkemelerde davalar bu kanunnameye göre görülmelidir. Bunun içeriği şer'i şerife asla dokunmayarak, sair nizamiye mahkemeleri gibi tanzimi kabil olur zannolunur. Tüm tebaanın din ve mezhepten başka maddelerde birleştirilerek, aralarındaki haset ve rekabetin tamamen kaldırılması, meydana gelen tehlikeleri kaldırmak için tek ilahtır.” BOZKURT, s. 159-160.

15 Ahmet Cevdet Paşa bu konudaki görüşlerini şöyle dile getirmektedir: “...Bundan dolayı bazı zevat Fransa kanunları Türkçe'ye tercüme olunup da mahakim-i nizamiyyede onlar ile hükmolunmak fikrine sahib oldular. Halbuki bir milletin kavanîn-i esasiyyesini böyle kalb-ü tahvil etmek ol milleti imha hükmünde olacağından, bu yola gitmek caiz olamayıp ulema güruhu ise o makule alafranga efkâra sapanları tekfir ederlerdi. Frenkler dahi “Kanununuz ne ise ortaya koyunuz. Biz de görelim ve teba'amıza bildirelim” derler idi...” BOZKURT, s. 160.

16 ÜÇÖK Coşkun/MUMCU Ahmet/BOZKURT Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 1996, s. 290; ORTAYLI İlber, Osmanlı Toplumunda Aile, İstanbul 2001, s. 143; LEWIS Bernard, Modern Türkiye'nin Doğuşu, Ankara 1984, s. 122-123; AYDIN Mehmet Akif, İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları, İstanbul 1996, s. 68-69; EDİS Seyfullah, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1979, s. 48; ÖZSUNAY Ergun, Medenî Hukuka Giriş, İstanbul 1986, s. 144; ORTAYLI, İmparatorluğun, s. 160; BOZKURT, s. 159-160.

17 AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 432.

18 AYDIN, İslam ve Osmanlı Hukuku, s. 59 vd; MARDİN Mecelle'nin kanunlaşmasını Osmanlı'da adli evrimin bir ürünü olarak görmektedir. MARDİN, s. 123.

la¹⁹ hazırlanan kanunda borçlar hukuku, ticaret hukuku, şirketler hukuku gibi medeni hukuk alanlarının yanında, usul hukuku gibi bir medeni hukuk kodunda olmaması gereken alanlar da düzenlenmiştir²⁰. Türk-İslam hukuk tarihinin bu ilk ve önemli özel hukuk kodunda sadece Hanefî mezhebinin görüşlerine bağlı kalınması ve diğer mezheplerin içtihatlarına neredeyse hiç yer verilmemesi Mecelle açısından bir eksiklik olarak görülmüştür. Çünkü Osmanlı Devleti yalnızca sünnî hanefilerin yaşadığı bir ülke değildi. Ülke toprakları üzerinde diğer üç sünnî mezhebin mensupları yaşadığı gibi ehl-i sünnetten kabul edilmeyen Şia gibi mezheplerin mensupları da yaşamaktaydı²¹.

Mecelle konusunda çalışmamız açısından en önemli soru, bir medeni hukuk kodu olarak kabul edilen Mecelle’de medeni hukukun ana dalları olan aile ve miras hukuku gibi alanların neden düzenlenmemiş olduğu meselesidir. Bunun birkaç nedeni vardır:

Öncelikle, bilindiği gibi Osmanlı devleti çok uluslu bir devlettir. Osmanlı millet sistemi çerçevesinde gayrimüslim cemaatlere tanınan yargı muhtariyeti sebebiyle gayrimüslimler, aile hukuku alanında kendi dinlerinin öngördüğü hükümlere tabi olmuşlardır. Dolayısıyla çeşitli din ve mezheplerden insanların aynı topraklar üzerinde yaşaması ve çeşitli dini hukukların aile hukukunda etkili olması, herkese uygulanacak bir aile hukuku kanununun hazırlanmasını güçleştirmişti²².

İkinci olarak, aile hukukunun tedvini sırasında, toplumdan ve hukukçulardan kaynaklanacak muhtemel itirazlarla karşı karşıya kalmamak için bu hukuk alanı düzenleme dışında bırakılmıştır²³. Ayrıca Mecelle’nin hazırlandığı dönemde Osmanlı adli sistemi şer’iyye ve nizamiye mahkemeleri olmak üzere düalist bir yapı sergilemekteydi. Dolayısıyla Mecelle, İslam hukukunu bilen şer’iyye ha-

19 Karşı görüşte; “Mecelle’nin sistemi, tıpkı fıkıh kitaplarının sistemidir ve bazı iddiaların tersine kazuistik=meseleci değildir. Belki o devrin tedvin (kodifikasyon) geleneğine uyarak, bazı konularda ayrıntılara girildiğinden mücerred-kazuistik diyebileceğimiz karma bir metod esas alınmıştır.” CİN Halil/AKGÜNDÜZ Ahmet, Türk Hukuk Tarihi c. II, Konya 1989, s. 161.

20 AKİPEK Jale/AKINTÜRK Turgut, Türk Medenî Hukuku, İstanbul 1998; ÜÇOK/MUMCU/BOZKURT, s. 290; AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 432; VELİDEDEOĞLU, s. 576.

21 ÜÇOK/MUMCU/BOZKURT, s. 291.

22 AYDIN, Aile, s. 133.

23 ...Nihayet, aile hukukuna ve şahsın hukukuna ilişkin konuların bu eserde düzenlenmeyişi, Cevdet Paşa ve arkadaşlarının henüz bu konuya el atmaya cesaret edemediklerini gösterir ve o günün şartları karşısında çaresizliklerini kabul ettiklerinin açık belirtisidir. Paşa “Mecelle Cemiyeti” çalışırken medreselilerin yerli yersiz hücumlarıyla da uğraşmak zorunda kalmıştır.” ORTAYLI, Aile, s. 143-144.

kimleri için değil, bu konuda yetersiz oldukları düşünölen nizamiye mahkemesi hakimleri için hazırlanmıştır. Aile ve miras hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar şer’iyye mahkemelerinin görev alanına girdiğinden, nizamiye mahkemeleri için hazırlanan bu kanunda, söz konusu hükümlere yer verilmesine gerek duyulmamıştır. Ayrıca Mecelle’de yer alan borçlar, eşya, ticaret ve usul hukuklarına ilişkin düzenlemeler, yeni mahkemeler tarafından müslim, gayrimüslim tüm Osmanlı tebaasına uygulanacaktı. Oysa aile ve miras hukuku gibi alanlarda müslüman ve gayrimüslimlere yönelik olarak farklı hükümler uygulanmaktadır. Bu konularda hukuk birliğinin sağlanması güçlüğü ile karşı karşıya kalınacağından bu alanlarda düzenlemeye gidilmediğini söyleyebilmek mümkündür. Kaldı ki 1917 tarihli HAK’nin kabulünden sonra bu güçlükler daha iyi anlaşılmiştir²⁴.

Üçüncü sebep ise aile hukuku alanında bir kanunlaştırmaya gidilmesine o dönemde acil bir ihtiyacın duyulmayışıdır. Mecelle’nin hazırlanmasına etki eden sebepler ve etkenlerin ve bu kanuna o dönemde duyulan ihtiyacın aile hukuku alanında da aynı şekilde var olduğunu söylemek güçtür. Çünkü, öncelikle Osmanlı ailesi devrin iktisadî ve sosyal yenilikleri karşısında henüz köklü bir değişime uğramamıştır. Ayrıca Tanzimat’la ivme kazanan Batılılaşma hareketinin etkileri daha çok iktisadî alanda kendini göstermektedir. Dolayısıyla aile hukukunun fıkıh hükümlerine sadık kalacak bir tedvine bile henüz tahammülü yoktur. Osmanlı hukukunun en çok işlenmiş sahası olan aile hukuku, bu alandaki uyuşmazlıkları çözmek ve ilişkileri düzenlemek açısından fazla güçlük çekmemektedir²⁵. Ayrıca o dönem için feminist hareketler oldukça cılızdır ve bu alanda bir kanunlaştırma hareketinin yapılmasına etki edecek bir baskı grubu henüz oluşturulabilmiş değıldir²⁶.

C. BİR KANUNLAŞTIRMA HAREKETİ OLARAK 1917 TARİHLİ HAK

1. Genel Olarak

Buraya kadar olan açıklamalarımızda Osmanlı İmparatorluğu’nda genel olarak kanunlaştırma hareketlerinden bahsettik. Bir kanunlaştırma hareketi olarak Hukuk-ı Aile Kararnamesi’ni ayrı bir başlık altında inceleyecek olmamızın nedenleri vardır. Bunlardan birincisi, çalışmamızın adını ve konusunu Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nin oluşturuyor olmasıdır. Dolayısıyla kanunlaştırma konusunu ayrı ve daha geniş bir şekilde ele almamızın incelememiz açısından faydalı olacağını düşünöyoruz.

24 CİN/AKGÜNDÜZ, c. II, s. 160-161.

25 CİN Halil, İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Konya 1988, s. 286-287; ORTAYLI Aile, s. 142; AYDIN, Aile, s. 134-135.

26 AYDIN, Aile, s. 135.

İkinci olarak, HAK'nin yasalaşmasıyla İslam ve Osmanlı aile hukukunda ilk defa modern anlamda bir kanunlaştırma hareketine girişilmiştir. İslam ve dolayısıyla Osmanlı aile hukuku neredeyse tamamen İslam hukukunun aslî kaynakları olan Kur'an, Sünnet ve icma ile düzenlenmiştir. Bir anlamda, 1917 yılına kadar adeta "dokunulmaz" sayılan aile hukuku alanında modern bir kanunlaştırmaya gidilmesi, Osmanlı ve dolayısıyla Türk hukukunun modernleşme süreci açısından çok önemli bir gelişmedir²⁷. Arazi Kanunu ve Mecelle-i Ahkam-ı Adliye ile başlayan söz konusu modernleşme sürecinin, bir bakıma Türk Hukuk Tarihi'nde Cumhuriyet dönemi hukuk devriminin ilk tohumlarının atıldığı dönem olduğunu söylemek, kanaatimizce çok da yanlış olmasa gerektir.

2. HAK'nin Kanunlaşma Süreci

Osmanlı Aile hukukunun Mecelle ile birlikte kanunlaştırılması, medeni kanunun bütünlüğünün çok daha erken sağlanması açısından şüphesiz çok iyi bir gelişme olurdu. Ancak dönemin siyasî, sosyal ve iktisadî şartları, aile hukuku alanındaki modern düzenlemelerin gecikmesi sonucunu doğurmuştur. Yarım asırlık bir gecikmeyle de olsa HAK'nin kanunlaşmasıyla, Osmanlı medeni hukuk düzenlemelerinin tamamlanması yolundaki amaç ve arzular gerçekleşmiştir²⁸.

Aile hukuku alanında bir anlamda radikal bir gelişme olan HAK'nin kanunlaşması, aynen Mecelle'nin hazırlanmasında olduğu gibi bir takım tartışmaların ardından gerçekleşmiştir. Dönemin bazı aydınları, çeşitli gazete ve dergilerde yayınladıkları makalelerde, aile hukukunun kanunlaştırılmasını ve kadının hukukî statüsünün düzeltilmesinin zorunlu olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu aydınlardan biri olan Ziya Gökalp, 1917'de İttihat ve Terakki Fırkası'nın kongresine sunduğu tebliğde, aile hukuku alanında köklü bir reform yapılması gerektiğini ileri sürmüştür²⁹. Gökalp'in bu fikirleri ve daha pek çok aydının aile hukuku ve kadının statüsü hakkındaki önerileri, dönemin devlet idarecilerini Mecelle'de aile hukukuna ilişkin eksiklikleri tamamlamaya itmiştir. Ayrıca, bu konuda dikkate alınması gereken bir diğer nokta da Tanzimat'tan itibaren süren Batılılaşma hareketlerinin etkisiyle ve I. Dünya Savaşı'nın erkeklerin yerini almak üzere kadınları iş hayatına itmesiyle, toplumun geleneksel değer yargılarında meydana gelen değişimin aile hukukunun tedvini konusunda itici bir güç olmasıdır³⁰.

27 VELİDEDEOĞLU, s. 578-579.

28 AYDIN, Aile, s. 152.

29 HEYD Uriel, Türk Ulusçuluğunun Temelleri, çev. Kadir Günday, Ankara 1979, s. 42; BOZKURT, s. 167.

30 BOZKURT, s. 167.

İşte bu gelişmelerin ışığında HAK'nin kanunlaşma süreci başlamıştır. Yukarıda Mecelle bahsinde işaret ettiğimiz, İzhar-ı Kavanin Komisyonları üç komisyondan oluşmaktaydı. Bunlar, Mecelle, aile hukuku ve ticaret hukuku alanlarında yapılacak düzenlemeleri hazırlamak için oluşturulmuştu. Bunlardan aile hukuku ilgili çalışmalar yapmak için kurulan Ahval-i Şahsiye Komisyonu, çalışmaları sonucunda Osmanlı aile hukukunun ilk modern kanunu olma özelliğini taşıyan Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ni hazırlamayı başarmış ve kararname, 8 Muharrem 1336/25 Ekim 1917 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Zaten İzhar-ı Kavanin Komisyonları'nın çalışmaları sonucunda hazırlanıp yürürlüğe giren tek kanun da Hukuk-ı Aile Kararnamesi olmuştur³¹.

3. İslam-Osmanlı Hukuk Tarihinde HAK'nin Yeri ve Önemi

Osmanlı ve dolayısıyla Türk hukuk tarihinde Tanzimat'tan sonra aile hukuku alanında en önemli gelişme, Osmanlı Devleti'nin yıkılış aşamasına geldiği yıllarda bir aile kanununun hazırlanmasıdır³². 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi sadece Osmanlı hukuk tarihinde değil, İslam hukuk tarihinde de bu alandaki ilk kanunlaştırma hareketi olduğu gibi aynı zamanda ilk resmî düzenleme olma özelliğine de sahiptir³³. Bu yönüyle HAK, İslam hukuk tarihi açısından da en önemli kodifikasyon çalışmasıdır³⁴.

HAK, aile hukuku alanında hukuk birliği sağlayamamış olmasına rağmen, ilk kez farklı dinlere mensup Osmanlı vatandaşlarının evlenme ve boşanmalarına ilişkin kuralları bazı değişikliklerle bir araya getirmiştir³⁵. Kararnamenin bir başka önemli yönü de genel çerçevesi bakımından İslam hukukuna uygun olarak düzenlenmesiyle birlikte, bazı konularda büyük yenilikler getirmiş olmasıdır. Nişanlanmanın hukukî bir kurum olarak kabul edilmesi, evlenme yaşı açısından kadın ve erkek için belli bir yaşı doldurulmuş olması şartının getirilmesi, akıl hastalarının evlenme ehliyetini ortadan kaldırması, nikahın ilanı, çok eşliliğe sınırlama getirmesi gibi hükümler, bu yeniliklere örnek olarak gösterilebilir³⁶.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi, ilginç bir kader tecellisi olarak, Osmanlı hukuk tarihinde oynadığı rolden çok daha büyüğünü İslam hukuk tarihinde sergilemiştir. Osmanlı Devletinde sadece birbuçuk yıl gibi kısa bir süre yürürlükte kalma-

31 VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, Türk Medenî Hukuku, c. I, İstanbul 1956, s. 69; BOZKURT, s. 172; EDİS, s. 51.

32 AYDIN, İslam ve Osmanlı Hukuku, s. 177.

33 Daha önce Mısır'da Kadri Paşa tarafından bu konuda özel bir çalışma yapılmıştır. BOZKURT, s. 173, dt. 463.

34 AYDIN, İslam ve Osmanlı Hukuku, s. 177.

35 BOZKURT, s. 173; ÖZSUNAY, s. 146.

36 BOZKURT, s. 173.

sına karşın Suriye, Mısır, Lübnan gibi bazı İslam ülkeleriyle birlikte İsrail'de de 1950'li yıllara kadar uygulanan bir düzenleme olma özelliğini sürdürmüştür. Ayrıca Sudan ve Mısır'da yapılan bazı kısmî düzenlemeler dışında 1950'lere kadar bu alanda ikinci bir düzenleme yapılmamıştır. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, İslam hukuk tarihinde aile hukuku alanında yapılan ilk kanun olan HAK, diğer ülkelere örnek olması ve yol gösterici bir fonksiyon taşıması açısından da önemli bir görev üstlenmiştir. Böylece HAK, İslam hukuk tarihinde kanunu hazırlayanların bile tahmin edemeyecekleri ölçüde bir ömre ve etkiye sahip olmuştur³⁷.

4. Kararnameyi Doğuran Etkenler

Osmanlı Devleti'nin siyasî, hukukî ve sosyal alanlarda en kötü dönemlerini geçirdiği bir sırada böyle bir kanunun hazırlanması oldukça önemli bir gelişmedir. Özellikle I. Dünya Savaşı'nın tüm sıcaklığı ve zorluklarıyla yaşandığı bu dönemde devleti bir aile kanunu hazırlamaya iten etkenler nelerdir? Bu konunun ayrıntılı incelenmesinin çalışmamız açısından yararlı olacağı düşüncesindeyiz.

Kararnameyi doğuran etkenleri dört ana grupta incelemenin uygun olacağı kanaatindeyiz. Bunlar; hukukî etkenler, siyasî, iktisadî ve sosyal etkenler, kadının sosyal statüsünde ortaya çıkan değişiklikler ve kadın hareketleri ve fikir akımları olarak sayılabilir.

a. Hukukî Etkenler

Aile hukuku Osmanlı toplumunda en son değişebilecek, en mukaddes, daha doğrusu müdahalelere en kapalı alan olmuştur. Bu nedenle değişim teşebbüslerini Osmanlı hep ertelemiş, ancak asla düşünmekten de vazgeçmemiştir³⁸. İşte bu erteleme bir anlamda Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne kadar sürmüştür.

Tanzimat'la birlikte Osmanlı hukuk sisteminde bir kanunlaştırma hareketinin başladığını daha önce de ifade etmiştik. Söz konusu kanunlaştırma dalgasıyla hukukun pek çok dalı kanunlaştırılmış, bu alanların esasları uygulamada ve hukuk öğretiminde büyük kolaylık sağlayacak şekilde bağımsız kanunlar halinde düzenlenmiştir. Kanunlaştırma hareketlerinin sonuncusunu da aile hukuku oluşturmuştur. Bu hassas alanın kanunlaştırılmasının gecikmesi ileride üzerinde duracağımız pek çok nedenle ilgilidir. Ancak kısaca ifade etmek gerekir ki, aile hukuku alanında Şer'îye mahkemesi hakimleri hukukî problemleri hala eskiden olduğu gibi fıkıh kitaplarına ve fetva mecmularına bakarak çözümlenmeye çalışmaktaydılar. Bununla birlikte son dönemde hakimlerin hukuk nosyonu açısından yetersizlikleri ve diğer taraftan Şer'îye mahkemelerinin dava yükünün her ge-

³⁷ AYDIN, Aile, s. 152-153.

³⁸ ORTAYLI, Aile, s. 142.

çen gün artması aile hukukunun da bir kanun halinde düzenlenmesi zarureti ortaya çıkarmıştır³⁹.

Aile hukukunun düzenlenmesi konusunda ortaya çıkan zaruretlerin sonucu olarak bazı düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin, 1841 yılında çıkarılan bir fermandan velisi tarafından evlenmesine izin verilmeyen baliğa (akıl-baliğ olmuş) kızların ve dul kadınların kadı izniyle evlenmesi sağlanmıştır. Fermanın yer alan bir diğer önemli düzenleme de ülkenin bazı yörelerinde âdet olarak yerleşmiş başlık vb. gibi para veya mal alma usullerinin terk edilmesine dair hükümdür⁴⁰. 1841 yılında “Sicill-i Nüfus Nizamnamesi”, 1916’da, kocanın kaybolması ve hastalanması durumunda kadına boşanma hakkını veren iki irade-i seniyye çıkmıştır. Ancak bu söz konusu düzenlemeler sorunlara sadece kısmî çözümler getirebilen eksik düzenlemelerdi⁴¹. Dolayısıyla eksikliklerin giderilmesi ve ihtiyaçları karşılayacak çözümlerin üretilmesi ancak bağımsız ve kapsamlı bir aile kanunu ile sağlanabilirdi. İşte Kararnamenin hazırlanmasında rol oynayan en önemli etken, duyulan bu hukukî ihtiyaç olmuştur.

Bir aile kanununun hazırlanmasında etkili olan diğer bir önemli nokta da İmparatorluk içinde hukuk birliğini sağlama arzusudur. Osmanlı Devleti’nde oldukça uzun bir geçmişi olan kapitülasyonlarla İmparatorluk içinde daha çok ticarî amaçlarla bulunan yabancılara, hukukî ve yargısal imtiyazlar tanınmıştı. Yabancılar, özellikle medenî hukuk alanında kendi konsolosluk mahkemelerinde ve kendi hukuklarına göre yargılanmaktaydılar. Çeşitli dönemlerde diğer yollarla kapitülasyonları kaldırmak isteyen Osmanlı Devleti, nihayet 1914’te tek taraflı olarak kapitülasyonları kaldırdığını ilan etmişti. Bu yolla, o zamana kadar devam etmiş olan hukuk ve yargı alanındaki üçlü yapı ikiye inmiş ve konsolosluk mahkemeleri kaldırılmıştır: Devletin normal hukukî ve yargısal yetkisinin yanında, gayrimüslim cemaat mahkemelerinin aile hukuku alanında sahip oldukları hukukî ve yargısal yetki⁴². İşte bu yapının da diğerilmesi ve tamamen hukuk ve yargı birliğinin sağlanması arzusu da kararnamenin hazırlanmasında önemli bir etken olarak görülebilir. Kaldı ki zaten kararnamenin Esbab-ı Mucibe Layihası’nda, “Müslüman ve gayrimüslim tebaanın ayrı kanun hükümlerine tabi olmalarının sakıncaları anlatılarak, her iki gruba da hitap edecek bir kanun hazırlanmasının uygun görüldüğü” belirtilmiş ve “Müslümanlar için medeniyetin icatlarına dayanan kanunu fıkıh esaslarına dayandırmanın kolay olduğu, gayrimüslimler hakkında da onların din ve mezheplerinin kanunlarından gerekli hükümlerin alınarak, ortak kuralların herkese uygulanmak üzere kanunun tedvin

³⁹ AYDIN, Aile, s. 154.

⁴⁰ CİN, s. 287.

⁴¹ AYDIN, Aile, s. 155.

⁴² AYDIN, Aile, s. 156.

edileceği” ifade edilmiştir. “Müslümanlar için konacak genel hükümlerin, mezheplerine aykırı ise gayrimüslimlere uygulanmayacağı, onlar için bu konuda ayrı ayrı belirtilerek ve düzeltilerek istisnai hükümler konulacağı” açıklaması yapılmıştır⁴³.

Sonuç olarak kararname, hukuk birliğini sağlama açısından çok başarılı olmamışsa da⁴⁴ birliği sağlama amacı kararnamenin hazırlanmasında önemli bir etken olarak karşımıza çıkmaktadır.

b. Siyasî, Sosyal ve İktisadî Etkenler

Bilindiği gibi ardarda yaşanan Balkan ve I. Dünya Savaşları Osmanlı Devleti'nin iktisadî ve siyasî yapısında önemli değişiklikler ortaya çıkarmıştır. Bu değişiklikler Osmanlı aile hukuku alanında da etkisini göstermiş ve bir bakıma Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin hazırlanmasında önemli rol oynamıştır.

Çok sık aralıklarla büyük savaşların yaşanması toplumda bir takım sosyal problemleri de beraberinde getirmiştir. Pek çok erkek savaşlardan dönmemiş, birçoğundan da ölü veya diri olup olmadığı hususunda haber alınmamıştır. Kocalarından bu şekilde hiçbir haber alamayan ya da kocalarını savaşta kaybetmiş olan kadınlar çok zor şartlarla karşı karşıya kalmışlardır. Her ne kadar 1916'da yayınlanan bir irade-i seniyye ile bu durumda olan ve nafakasını teminden uzak bulunan kadınların durumları kısmen düzeltilmeye çalışılmışsa da sorun sadece nafaka temininden ibaret kalmamıştır. Özellikle kocalarından haber alamayan kadınların durumlarının askıda olması pek çok sosyal ve hukukî problemi de beraberinde getirmiştir. İşte bu problemlere çözüm bulabilme amacı gibi sosyal nedenler de kararnamenin hazırlanmasında etkili olmuştur⁴⁵.

Bu büyük savaşlardan önce özellikle şehirlerde kadının iktisadî hayatta etkin bir rol aldığı söylemek güçtür. Ancak iktisadi ve sosyal alanı neredeyse tamamen elinde tutan erkek nüfus önemli ölçüde savaşlara katılmak durumunda kalınca, Osmanlı kadını ister istemez iktisadî ve sosyal hayatta erkeklerden boşalan alanlara girmek durumunda kalmıştır. Bu şekilde kadının iktisadî hayat içerisinde daha etkili bir rol üstlenmesi, kadınları yakından ilgilendiren aile hukukunun derli toplu bir biçimde ortaya konması gerekliliğini daha kuvvetle hissettirmiştir⁴⁶.

⁴³ ANSAY Şakir Sabri, Eski Aile Hukukumuz Bir Nazar, Ankara 1952, s. 18; BOZKURT, s. 172.

⁴⁴ BOZKURT, s. 173.

⁴⁵ AYDIN, s. 159.

⁴⁶ ONAY Perihan, Türkiye'nin Sosyal Kalkınmasında Kadının Rolü (yayın yeri ve tarihi yok), s. 73; CİN, s. 291; BERKES, s. 437; LEWIS, s. 237; AYDIN, s. 157.

Mecelle'nin aile hukukunu tedvin etmemiş olması, sosyal ve iktisadî şartların değişmesi ve gelişmesi, Avrupa ile ilişkilerin çok boyutlu olarak artması ve toplumun bazı kesimlerinde gerçekleşen zihniyet değişiklikleri aile hukukunun kanunlaştırılmasına duyulan ihtiyacı körükleyen etkenler olmuştur. Özellikle I. Dünya Savaşı bu yolda harcanan çabalara hız vermiştir⁴⁷.

Tanzimat'la birlikte Batılılaşma hareketlerinin de etkisiyle Türk toplumunun sosyal yapısı değişmeye başlamıştır. Klasik Osmanlı toplumunun yerini artık giderek daha çok Batı'ya benzeyen bir toplum almaktadır. Özellikle İstanbul, Selanik ve İzmir gibi sosyal ve iktisadî hayatın daha canlı olduğu şehirlerde Batı tarzı toplum hayatı belirmeye başlamış, bunun bir sonucu olarak da Osmanlı ailesi klasik, konak tipi geniş aileden yavaş yavaş daha dar bir yapıya bürünmeye başlamıştır. Tüm bu gelişmeler kadının sosyal hayatta ön plana çıkmasına yardımcı olmuş ve Kararnamenin hazırlanmasında belirgin bir etki ortaya koymuştur⁴⁸.

c. Kadının Sosyal Statüsünde Ortaya Çıkan Değişiklikler ve Kadın Hareketleri

Tanzimat Dönemi'nin en belirgin özelliklerinden olan kodifikasyon faaliyetleri kadının hukukî statüsünde de değişikliklere yol açmıştır. Bu değişiklikler olumlu ve kanun önünde kadın-erkek eşitliğini sağlamaya yönelik düzenlemelerdir⁴⁹. Yukarıda da kısaca değindiğimiz bu gelişmelerin ortaya çıkışında Osmanlı kadınının hak arama mücadelesinin de göz ardı edilemeyecek etkileri vardır.

XIX. Yüzyılın ortalarından itibaren kadınların yavaş yavaş ilkokuldan üniversiteye kadar eğitim kurumlarının hemen hepsine kabul edilmeye başlanması, buralardan yetişen genç kızların giderek artması ve sosyal hayatta kendilerine yer edinme çabaları özellikle 1900'lerden itibaren kadınlık anlayışının değişmesine ve bir feminizm hareketinin doğmasına yol açmıştır⁵⁰.

Tanzimat sürecinde kadının statüsünde değişiklik yaratabilecek en önemli gelişmeler, eğitim ve hukuk alanında yapılan reformlar, birçok kadın derneğinin kurulması ve sadece kadınlara yönelik gazete ve dergilerin yayınlanmaya başlaması şeklinde ortaya çıkmıştır. Bu gelişmeler sonucunda kadın toplumda kendini daha fazla belli etmeye ve kamusal alanda yer almaya başlamıştır. İlk kez kadınlar açıkça erkeklerle eşit haklar talep etmişler, konularını sorgulamaya başlamışlar ve kadına biçilen tek görevin eş ve annelik olmaması gerektiği yö-

47 CİN, s. 291.

48 ORTAYLI, Aile, s. 149; AYDIN, Aile, s. 158.

49 AKYILMAZ, s. 85.

50 AYDIN, Aile, s. 160.

nünde yazılar kaleme almışlardır⁵¹. Sonuç olarak Balkan ve I. Dünya Savaşı'nın ortaya çıkardığı iktisadî ve sosyal şartlar ve Tanzimat'tan sonra eğitim imkanlarının artmasıyla oluşan kültürel gelişmeler sonucunda doğan kadınlık hareketi (feminizm), XX. Yüzyılın başlarında kadın hakları konusunda önemli bir faaliyet göstermiş ve kadının hukukî, iktisadî ve sosyal durumunu düzeltme yolunda büyük çabalar harcanmıştır⁵².

Bu dönemde kadın haklarını ve Osmanlı kadınının statüsünü savunma yönünde pek çok dernekler kurulmuş, çok sayıda dergi ve gazeteler yayınlanmıştır. Kadınlar, ilk kez yardım derneklerinde bir araya gelerek örgütlenmeye başlamışlardır. Bu derneklerin başlıcaları; 1898'de Selanik'te kurulan "Şefkat-i Nisvân", yine Selanik'te 1908'de kurulan "Osmanlı Kadınları Şefkat Cemiyet-i Hayriyesi", "Muhtaç Asker Ailelerine Muavenet Cemiyeti" (1914), "Müdafa-i Milliye Osmanlı Hanımlar Cemiyeti", "Osmanlı Cemiyet-i Hayriye-i Nisvaniye" (1909) gibi derneklerdir. Yardım dernekleri fakirlere ve savaş mağdurlarına yardım gibi amaçlar taşımışlardır⁵³.

Hayır amacı güden derneklerin yanı sıra feminist amaçlarla kurulan dernekler de bu dönemde kurulmuştur. Bu dernekler kadınları eğitmeyi, onların yaşam biçimlerini, giyim kuşamlarını değiştirmeyi, onlara iş imkanı sağlamayı, sanat öğretmeyi amaçlamışlardır. Bunlardan başlıcaları, 1908 yılında Halide Edip'in önderliğinde kurulan "Teali Nisvan Cemiyeti, 1916 yılında kurulan "Osmanlı Kadınlarını Çalıştırma Cemiyet-i İslamiyesi" ve 1913'de kurulan "Osmanlı Müdafaa-i Hukuk-ı Nisvan Cemiyeti"dir⁵⁴. İşte tüm bu gelişmeler Osmanlı'nın son döneminde bir aile kanununun hazırlanmasında önemli kilometre taşları olmuştur.

d. Kararnamenin Hazırlanmasında Rol Oynayan Fikir Akımları

1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin içeriğindeki hükümlerde son dönem Osmanlı fikir akımlarının etkilerinin de olduğunu söylemek mümkündür. Özellikle Tanzimat sonrası Osmanlı aydınlarının devletin içinde bulunduğu olumsuz şartlar karşısında çıkış yolları arama düşünceleri bazı düşünce çevrelerinin oluşmasına yol açmıştır. Türk fikir hayatında Batıcılar, Türkçüler ve İslamcılar olmak üzere üç ana grupta toplanan aydınların ileri sürdükleri fikirlerin HAK'ın hazırlanmasında ne kadar etkili olduklarını incelemek çalışmamız açısından yararlı olacaktır.

51 AKYILMAZ, s. 81.

52 AYDIN, s. 160.

53 AKYILMAZ, s. 87.

54 AKYILMAZ, s. 87.

Bu konuda öncelikle ifade etmemiz gereken nokta, her üç fikir akımının da Osmanlı aile hukukunun kanunlaştırılmasından yana olduklarıdır. Dönemin şartları onları aynı noktada birleştirmiştir. Ancak her üç akım da kanunun içeriğiyle ilgili olarak derin görüş ayrılıkları içerisinde olmuşlardır⁵⁵.

aa. Batıcılar

Mardin, “Türk Modernleşmesi” adlı eserinde Batıcılığı şu şekilde tanımlamıştır: “Osmanlı İmparatorluğu’nda başlayıp Cumhuriyet Türkiye’sinde yeni boyutlar kazanan, Batı Avrupa’nın toplumsal ve fikrîsel bileşimine erişilmesi gereken bir hedef olarak gören yaklaşım. Bu görüş bazen ılımlı bir biçimde ortaya çıkmış, bazen çok köktenci-geleneksel kültür öğelerimizi eleştiren ve karşısına çıkan- boyutlar kazanmıştır. Ancak sözcüğün kendisi daha çok Batı’yı her hususta örnek almak isteyenlerin yaklaşımını adlandırmak için kullanılmıştır”⁵⁶. Mardin’in de ifade ettiği gibi Batıcı Osmanlı aydınlarının düşünceleri, Osmanlı-Türk kültürel değerlerine zaman zaman ılımlı bir tavır sergilerken bazen de geri kalmanın nedenlerinden biri olarak klasik yapıyı görmüşlerdir.

Batıcılar içerisinde hukuk alanında en çok fikir ileri sürüp yazılar yazan, ılımlı bir Batıcı olan Celal Nuri’dir. Batı’dan kanun iktibası konusunda çelişkili düşüncelere sahip olmakla birlikte tam anlamıyla teslimiyetçi bir Batıcılık anlayışına da karşıdır⁵⁷.

Genel olarak hukuk alanında fikirler ileri süren Celal Nuri aile hukuku ile de yakından ilgilenmiştir. Nuri’ye göre aile hukuku alanında ve özellikle nikah konusunda çok köklü yenilikler yapılmalıdır. Bu yenilikler: Nikahın, tarafların bizzat katılımı ile ve resmî memur önünde kıyılması, evlenmek için asgari yaş sınırı belirlenmesi, çok evlenmelerin (taaddüd-ü zevcât) ortadan kaldırılması veya en azından bir geçiş devresi için sınırlandırılmasıdır⁵⁸.

Yine Celal Nuri’ye göre mevcut boşanma usulleri mutlaka gözden geçirilip yeniden düzenlenmelidir. Yazar’a göre erkeklerin boşanma nedenleri sınırlanmalı, keyfi boşamalar ortadan kaldırılmalıdır. Boşanma (talak) kesinlikle hakim kararıyla gerçekleşmeli ve boşanma gerekçeleri hakimin kabulüne bağlı olmalıdır. Ayrıca Celal Nuri, kadının kusurunun olmadığı durumlarda ödenecek mehrin yanında tazminat talebinde bulunma hakkının olmasını da savunmaktadır. Boşanma sonucunda çocukların durumu da iyi değerlendirilmeli, taraflar

⁵⁵ AYDIN, Aile, s.167.

⁵⁶ MARDİN, s. 9.

⁵⁷ AYDIN, Aile, s. 166-167.

⁵⁸ Celal Nuri, Kadınlarımız, İstanbul 1331, s. 190-191, 193-194, 143-145’ten naklen, AYDIN, Aile, s. 167-168.

boşanma konusunda anlaşmış olsalar dahi, çocukların durumu dikkate alınarak boşanmaya izin verilmemelidir⁵⁹.

Boşanma konusunda Hanefî mezhebinin içtihatlarının yetersiz kaldığını düşünen Celal Nuri, kadınlara kazaî (yargısal) boşanma hakkının tanınmasını ve diğer mezheplerin konu hakkındaki görüşlerinden faydalanılması gerektiği düşüncesini ileri sürmüştür⁶⁰.

Görüldüğü gibi Batıcı aydın Celal Nuri'nin aile hukuku alanındaki görüşleri gerek dönemin Batı ülkelerindeki düzenlemeler gerek Cumhuriyet dönemi TMK'nun aile hukuku hükümleriyle paralellik arz etmektedir. Dolayısıyla Celal Nuri'nin düşüncelerinde Batı'nın etkisi açıkça görülmektedir. Ayrıca Celal Nuri, o dönemde yürürlükte bulunan hukuka oranla oldukça köklü değişiklikler önermektedir. İleride görüleceği üzere HAK, Celal Nuri'nin ileri sürdüğü bazı görüşleri hükme bağlamıştır.

bb. Türkçüler

Özellikle II. Meşrutiyet'ten sonra hukukun modernleşmesi konusunda Türkçüler de önemli fikirler ileri sürmüşler, pek çok yazılar yayınlamışlardır. Türkçülük hareketinin içinde hukukla ve özellikle aile hukuku ile ilgili olarak görüşler ileri sürüp yazılar yazan aydınların başında Ziya Gökalp gelir. Gökalp'in fikirleri diğer Türkçüleri de etkilemiş, onlara yol göstermiştir⁶¹.

Gökalp, temel olarak hukukta laikleşme taraftarı bir tutum izlemiştir. Ancak İmparatorluk döneminde bu düşüncelerini çok açık ifade edememiş olsa da Cumhuriyet'in ilanından sonra bu düşüncelerini "Hukukî Türkçülük" adlı makalesinde şöyle dile getirir: "Bu çağın milletleri arasına geçebilmek için en esaslı şart, millî hukukun bütün dallarını teokrasi ve klerikalizm kalıntılarından kurtarmaktır⁶².

Hukukun bir ayağının kültüre, bir ayağının pozitif bilimlere ve çağdaş uygarlığa dayandığına inanan Gökalp'e göre aile ve kadın hakkındaki düşünce ve değer yargılarımızı değiştirmemiz, Avrupaî bir zihniyeti kabul etmemiz zorunlu idi. Bununla birlikte ailede millî kültürün ortaya koyduğu bir tarafın da varlığı unutulmamalı dolayısıyla hukuk alanında tam teslimiyetçi bir Batıcılık sergilenmemeliydi. Ona göre Tanzimatçılar Batılılaşmayı millî kültürümüzün derin-

⁵⁹ Celal Nuri, s. 136-137, 154-156'dan naklen, AYDIN, s. 168.

⁶⁰ Celal Nuri, s. 154'ten naklen, AYDIN, s. 168.

⁶¹ AYDIN, Aile, s. 169.

⁶² GÖKALP Ziya, Türkçülüğün Esasları, İstanbul 1976, s. 174.

liklerine kadar götürdükleri için hatalıydılar⁶³. Batı hukukunda bulunan bu esaslar eski Türk hukukunda da varolduğu için bu alanda Batılılaşmaya gerek de yoktu⁶⁴.

Görülüyor ki Gökalp, usulen Batıcı, yani modern bir hukuk sistemi oluşturulmasını, ancak bu hukuk sisteminin tamamen millî bir karakter taşıması gerektiğini vurgulamıştır.

Bunun nasıl olacağı konusunda da görüşler ileri süren Gökalp'e göre, fıkhnın iki kaynağı vardır, naklî şeriat ve içtimaî şeriat. Naklî şeriat değişmez, ancak içtimaî şeriat toplumsal hayat gibi sürekli bir gelişim içerisindedir. Dolayısıyla zamanın değişmesiyle hükümlerin değişmesinin caiz oluşu da bu yüzdendir. Bu düşünceden hareketle Gökalp, İslam hukukunun da nass ve örf olmak üzere iki aslı kaynağı bulunduğunu, nassın hüküm getirmedeği yerde örf ile amel nass ile amel gibi olduğunu ileri sürer. Nassın bulunduğu yerde örfe gidilmez, fakat bazı fıkıhçılara göre nass örften mütevellit (kaynaklanıyor) ise nassın bulunduğu yerde de itibar örfedir Bu durumda nassın dışında en önemli kaynak örfür. Örf değişir ise hükümler de tabiatıyla değişecektir. O halde Gökalp'e göre İslam hukuku içinde kalınarak dahi örf değiştikçe istisnasız bütün hukukî esasların değişmesi mümkündür⁶⁵.

Aydın, fikirleri ile ilgili olarak Gökalp'in İslam hukukunun kavram ve kurumlarına bağlı kalıp kalmadığına dikkat etmediğini ileri sürmektedir. Yazara göre Gökalp, aslında İslam hukukunda da bir delil olarak kabul edilen örfün sınırlarını bütün diğer delilleri silecek ölçüde genişletmiş ve örfün ne olduğu konusunda açık bir tanımlama getirmemiştir. Yazdığı yazılarla İslamcılarla Türkçüler arasında büyük bir tartışma yaratacak olan Gökalp, bu dönemde İslam hukuku çerçevesinde kalır görünerek aklında olan her fikri bu çerçeveye sokmaya çalışmıştır. Ayrıca bunu yaparken İslam hukukunun kavram ve kurumlarını çarpıtmış, bunu hissetmiş olmakla birlikte dikkate de almamıştır. Cumhuriyetin kuruluş yıllarında ise hukukun laikleşmesi konusundaki fikirlerini doğrudan ortaya koymuştur⁶⁶.

cc. İslamcılar

Aile hukukunun kanunlaştırılması sırasında İslamcılar aksiyoner bir görüş ortaya sunmamışlar, tamamen Batıcıların ve Türkçülerin görüşlerine olan tepkilerini dile getirmişlerdir.

⁶³ GÖKALP Ziya, "Aile Ahlakı", Yeni Mecmua, sy. 20, s. 382'den naklen, AYDIN, Aile, s. 170.

⁶⁴ FINDIKOĞLU Ziyaeddin Fahri, Hukuk Sosyolojisi, İstanbul 1958, s. 247-248.

⁶⁵ AYDIN, Aile, s. 170.

⁶⁶ AYDIN, Aile, s. 171-172.

İslamcılarının önemli aydınlarından İzmirli İsmail Hakkı, özellikle Gökalp'in ve Mansurizade'nin görüşlerine karşı çıkmış, örfün sınırlarını genişletme ve taaddüd'ü zevcadı yasaklama gibi fikirleri şiddetle eleştirmiştir⁶⁷.

Tüm bu açıklamalarla birlikte, dönemin şartları içerisinde aile hukukunun kanunlaştırılmasının gittikçe artan bir ihtiyaç olduğunu bilen ve birbirlerine zıt düşünceler ileri süren bu üç grubun birleştikleri bir nokta olmuştur: Toplumun tüm hukukî bünyesine hükmeden, ve ihtiyaçlara cevap verebilecek hukukî düzenlemelerin yapılmasının gerekliliği inancı⁶⁸.

D. SİSTEMATİK VE TEKNİK AÇIDAN HAK

1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi, İslam-Osmanlı hukuk tarihinde yapılmış olan ilk modern aile hukuku kanunudur. Kararname, İslam aile hukukunun evlenme ve boşanmaya ilişkin hükümlerini düzenlemiştir.

Münakahat (evlenme) ve Müfarakat (boşanma) olmak üzere iki kitaptan oluşan kararnamenin Münakahat kitabında 6 bab, 15 fasıl, 101 madde bulunmaktadır. Boşanmayı düzenleyen Müfarakat adlı kitap ise 3 bab, 5 fasıl ve 56 maddeden oluşmaktadır⁶⁹.

HAK, dört sünnî mezhebin esaslarından yararlanılarak hazırlanmış olup, gayrimüslim tebaanın evlenme ve boşanma işlemlerini de kendi dinlerinin kurallarına göre düzenlemiştir. Dinî liderlerin nikah akdine ve feshine bağlı olarak karşılıklı nafaka, drahoma ve cihaza ilişkin uyuşmazlıklardaki yargı yetkilerini kaldırmıştır. Bunlarla birlikte HAK, İslam aile hukukunun ve gayrimüslim tebaanın şahsî hükümlerine ilişkin kurallarının ilk resmî kanunlaştırması olmaktan öteye de gidememiştir⁷⁰.

İlke olarak hukuk birliğini sağlama amacı güden Kararname ile bu amaç gerçekleştirilememiştir. Ancak ilk kez farklı dinlere mensup Osmanlı vatandaşlarının aile hukukuna ilişkin kuralları bazı değişikliklerle bir araya getirilmiştir⁷¹. Kararnamenin bir başka önemli yönü, genel çerçevesi bakımından İslam hukukuna uygun olarak düzenlenmesine rağmen, bazı konularda büyük yenilikler getirmiş olmasıdır. Nişanlanmanın hukukî bir kurum olarak kabul edilmesi, kadın ve erkek için evlenme yaşını belirlemesi, akıl hastalarına evlenme ehliyeti tanınaması, evlenmenin ilanını zorunlu hale getirmesi, evlilik akdine kadının

⁶⁷ AYDIN, Aile, s. 175.

⁶⁸ FINDIKOĞLU, s. 248.

⁶⁹ BOZKURT, s. 172; CİN, s. 293; AYDIN, Aile, s. 181-182.

⁷⁰ CİN, s. 292.

⁷¹ BOZKURT, s. 173; CİN, s. 293.

“evlilik sırasında kocasının başka bir kadınla evlenmemesi, eğer evlenirse kendisinin veya ikinci kadının boş olması şartı”nı koyabilmesi, böylece poligaminin bir ölçüde sınırlandırılması bu konudaki önemli düzenlemelerdir⁷².

E. KARARNAMENİN EKSİKLİKLERİ

İslam-Osmanlı aile hukukunun ilk kanunu olan 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi, hazırlandığı dönem itibariyle büyük yenilikler getirmekle birlikte bir takım eksiklikleri de bünyesinde taşımaktadır. Elbette ki kanunun taşıdığı eksiklikler, hazırlandığı dönemin şartlarıyla yakından ilgilidir. Her şeyden önce I. Dünya Savaşı'nın tüm hızı ve sığağıyla yaşandığı bir dönemde kanunun biraz aceleci bir tavırla hazırlandığı söylenebilir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi savaş, kanunun hazırlanmasında ve çıkarılmasında rol oynamıştır. Ancak ülkenin o dönemde içinde bulunduğu sosyal, iktisadî ve siyasî şartlar dikkate alındığında, acele ile hazırlanmış bir kanunda bazı eksikliklerin ortaya çıkması da doğaldır.

Esasında kararnameyi hazırlayanlar da kanundaki eksikliklerin farkındadırlar. Ancak ileride bu eksiklikleri giderebilme ümidi taşımışlardır⁷³. Zaten kararnamenin yürürlüğe konuluş şekli de bu aceleciliği ortaya koymaktadır. Kanunu hazırlayanlar bunu normal usullerle meclisten geçirecekleri yerde, biraz da mecliste takılacağı endişesiyle, Kanun-ı Esasî'nin 36. maddesinin⁷⁴ kendilerine verdiği yetkiyle muvakkat bir kanun olarak çıkarmışlardır. Şu da bir gerçek ki hükümet bu konuda bu kadar aceleci davranmamış olsaydı 1917'yi takip eden yıllardaki siyasî olaylar, Kararnamenin çıkarılmasını yüksek ihtimalle imkansız kılabilirdi. Dolayısıyla HAK'nin kanunlaşmasını biraz da bu aceleci tutum sağlamıştır⁷⁵.

HAK'nin birtakım eksiklikler ve boşluklarla dolu olmasının ikinci sebebi, bu kararnameyi hazırlayan komisyonun Mecelle komisyonu gibi güçlü isimlerden oluşmayışıdır. Örneğin Ahmet Cevdet Paşa gibi büyük bir hukukçu ve bu çalışmayı olabildiğince sağlıklı yürütebilecek birisinin bu komisyonda bulunmayışı, kanunun eksik ve boşluklarla dolu olması sonucunu doğurmuştur. Ancak bu

⁷² BOZKURT, s. 173.

⁷³ FINDIKOĞLU, s. 263.

⁷⁴ “Meclisi Umumî mün'akit olmadığı zamanlarda Devlet bir muhataradan veya emniyeti umumiyeyi halelden vikaye için bir zaruret mübreme zuhur ettiği ve bu bapta vaz'ına lüzum görünecek kanunun müzakeresi için Meclisin celp ve cem'ine vakit müsait olmadığı halde Kanunu Esasî ahkamına mugayir olmamak üzere Heyeti Vükela tarafından verilen kararlar Heyeti Mebusanın içtimaile verilecek karara kadar bir iradei seniye, muvakkat kanun hüküm ve kuvvetindedir.” ATAR Yavuz, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Önceki Anayasalar, Konya 2002, s. 200.

⁷⁵ AYDIN, Aile, s. 218.

dönemde kurulan komisyonlar içerisinde bir kanunu tamamlayabilen tek komisyon da yine Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ni hazırlayan komisyon olmuştur. Şu da bir gerçek ki komisyon çok daha olumlu şartlar içerisinde çalışabilseydi belki de daha mükemmel bir kanun ortaya konulabilirdi⁷⁶.

Bir medeni kanunda bulunması gereken hükümler açısından Kararname, tam anlamıyla bir medeni hukuk kodu olmadığı gibi aile hukukunun bazı çok önemli meselelerini bile içermemektedir⁷⁷. Konuyla ilgili olarak komisyon üyelerinden biri HAK'nin yürürlüğe girişinin beşinci ayında gazetelerden birine verdiği beyanatta şunları söylemiştir: "Hukuk-ı Aile Kanununu henüz bitirmedik. Evvelce münakahat (evlenme) ve müfarakat (boşanma) mebahisini (konularını) tanzim etmiştik. Komisyonumuz bu mebahisi arz ve amik tetkik eyledikten sonra mevadd-ı kanuniyesini tanzim eylemişti. ...Şimdi nesep, nafaka, müfarakat vukuundan sonra hadane, yani çocuk büyütme, vasiyet, miras mesail-i mühimmesini tetkik ediyoruz. Teehhül (evlenme) etmiş olan bir adamın teehtülünden itibaren vefatına kadar kendisiyle akrabası arasındaki muamelet-i umumiyeye biz "hukuk-ı aile" deriz ki fevkalade ehemmiyeti haizdir"⁷⁸.

Kararname aile hukukunda yer alması gereken bazı hükümleri içermemesinin yanında bizzat maddelerde de boşluklar taşımaktadır. Genel hükümler de içermeyen kararname, boşlukların ne şekilde doldurulacağı konusunda bir yol göstermemektedir. Her ne kadar söz konusu boşluklar yargısal ve bilimsel içtihatlarla doldurulmaya çalışılmış olsa da meselenin açık bir dille kanunda hükme bağlanması kanun tekniği açısından çok yararlı olurdu. Bunlara ek olarak HAK'nin batıl ve fasid nikahlar hakkında sağlıklı bir ayırma gittiğini söylemek de zordur. Ayrıca dilsizin nikahı, şahitlerin cinsiyeti, mükatebe ve mürasele yoluyla nikah, fuzulinin nikahı, muhalaa, evlenme yasağı olarak liân, hata ve gerçekleşen boşanmanın sonuçları konularda yeterli ve açık hükümler getirilmemiştir⁷⁹.

Modern kanunlaştırma hareketlerinin temel ilkelerinden biri de hukuk birliğini sağlama amacıdır. Müslüman, gayrimüslim tüm Osmanlı vatandaşlarına yönelik olarak devletin evlenme müessesesine müdahalesini düzenleyen HAK, kanunlarda bulunması gereken hukuk birliği ilkesinden uzaktır. Devlet, müslüman, hıristiyan ve museviler için ayrı ayrı kurallar getirmiş ve dinî cemaatlerin teamüllerini kanunlaştırmıştır⁸⁰.

⁷⁶ AYDIN, Aile, s. 218-219.

⁷⁷ FINDIKOĞLU, s. 262.

⁷⁸ İkdâm Gazetesi, 14 Mayıs 1918, s. 2'den naklen, FINDIKOĞLU, s. 263.

⁷⁹ AYDIN, Aile, s. 220; CİN, s. 303.

⁸⁰ CİN, s. 304; BOZKURT, s. 173.

Sonuç olarak HAK, dağınık bir Şekilde fıkıh kitaplarında yer alan İslam aile hukuku kurallarının bir araya toplanmasıyla meydana getirilmiş bir kanundur. Bu çıkarımdan hareketle, çıkarıldığı dđnemin Şartları da dđŐünüldüđünde, kararnamenin köklü değişiklikler ve yenilikler getirmesini beklemek fazla iyimserlik olur. Aslında durağan bir Şekilde fıkıh kitaplarında yer alan İslam aile hukukunun geliştirilip yenileŐmesi için yepyeni bir anlayışa ve ortama ihtiyaç vardır. Fakat tüm eksikliklerine rağmen HAK, evlenme ve boşanma konusunda gelecekte gerçekteŐirilecek kanunlaştırma hareketlerine bir başlangıç olmuştur. Ayrıca ahval-i Şahsiye konusunda baŐvurulabilecek kuralları toplu bir hale getirmek yoluyla uygulayıcılara esaslı bir kolaylık sađlamıŐtır⁸¹.

F. HAK'IN YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILMASI

Bir aile hukuku kanununda bulunmaması gereken eksiklikleri bünyesinde taŐımakla birlikte, İslam-Osmanlı aile hukuku alanında bir boşluğu dolduran ve pek çok yenilikleri içeren ilk modern aile kanunumuz HAK, 20 Ramazan 1337/19 Haziran 1919 tarihli “Hukuk-ı Aile Kararnamesinin Lağvı Hakkında Kararname” ile yürürlükten kaldırılmıŐtır⁸². Üzülerek belirtmek gerekir ki aile hukuku alanında yepyeni bir anlayışın ilk ürünü olan bu kararname sadece iki yıl gibi kısa bir süre uygulanma imkanı bulabilmiŐtir.

HAK'ın yürürlükten kaldırılmasında rol oynayan başlıca etkenler, tutucu İslamcıların muhalefeti ve gayrimüslim Osmanlı vatandaşlarının işgal kuvvetleri üzerindeki etkileridir⁸³. Bu iki grubun kararname karşısındaki muhalefeti ve Osmanlı Devleti'nin içerisinde bulunduğu Şartlar, tutucu İslamcıların hükümet üzerinde, gayrimüslimlerin de işgal kuvvetleri üzerindeki etkisini önemli ölçüde artırmıştır. Bu yüzden kararnamenin bu kadar erken yürürlükten kaldırılmasının bu iki grubun etki ve gayretleri sonucu gerçekteŐtiđi konusunda genel bir kanaat vardır⁸⁴.

İslamcılar, kararnamenin Osmanlı aile hukukunun klasik yapısında derin değişiklikler yapan bazı hükümlerine Şiddetle karşı çıkmıŐlardır. Özellikle taaddüt-ü zevcad'ı kısıtlayan hüküm bu grubun en fazla tepki gösterdiği konu olmuştur. Hatta o dönemde bir müderris çok evliliğin kısıtlanmasına karşı olarak Şunları söylemiştir: “Nikah-ı sâni (ikinci evlilik) için zevce-i ũlânın (ilk hanım) muvafakatine bakılmıyacağı kitap ve sünnet ile malum olduğu halde yine Şart imiŐ gibi nazar-ı itibara alıp da andan sonra biddelale rızasını iddia... etmek gibi ah-

81 CİN, s. 304.

82 CİN, s. 305; AYDIN, Aile, s. 221. Bozkurt, HAK'ın işgal kuvvetlerinin isteği üzerine yürürlükten kaldırıldığını ifade etmektedir. BOZKURT, s. 174.

83 CİN, s. 305; AYDIN, Aile, s. 221; BOZKURT, s. 174.

84 FİNDİKOğLU, s. 251; CİN, s. 293, 305; AYDIN, Aile, s. 221.

valin yakışır ciheti olmayıp usul-ü İslam ile kabil-i tevfiğ olmadığı müstağni-i azade-i beyandır”⁸⁵. Aynı müderris Kararnamenin evlenme yaşı ve izin konularında getirdiği hükümlere de şu ifadelerle karşı çıkmaktadır. “Şu surette bakes (kimsesiz) olup en ziyade izdivaçla setrü selamete muhtaç olan genç kızlar bu nimetten mahrum kalacaklardır. Ahlakları bozulacak, fakr-ü zaruret taammüm edecek, memleketimizde fuhşiyatın ve bilvasıta emraz-ı zühreviyenin (zührevi hastalıklar) tekessürü (artış) münteç olacak. Bunun maslahat (kamu yararı) neresinde?”⁸⁶. Görüldüğü gibi bu eleştiriler oldukça popülist ve bilimsel bir temele dayanmayan eleştiriler olmuştur.

Kararnamenin özellikle alışlagelmişin dışında olarak diğer mezheplerin görüşlerine de yer vermesi bazı İslamcı muhaliflerin şiddetle karşı çıktıkları konulardan biridir⁸⁷. Mütareke ile birlikte bu muhalefetin dozu daha da artmıştır⁸⁸.

HAK’ın yürürlüğe girmesinden rahatsız olan gayrimüslim tebaa da kanunun ortadan kaldırılması için çeşitli faaliyetlere girmiştir. Kararnamenin gayrimüslimler hakkında hükümler içermesi ve özellikle 156. maddesiyle⁸⁹ ruhani liderlerin aile hukuku alanındaki yargı yetkilerinin kaldırılması, bu grupların şiddetli bir biçimde kararnamenin karşısında olmaları sonucunu doğurmuştur. Gayrimüslimler işgal kuvvetleri üzerinde etki kurmaya çalışarak kararnamenin yürürlükten kaldırılması için ellerinden geleni yapmışlardır. Özellikle I. Dünya Savaşı’nın Osmanlı Devleti’nin yenilgisiyle sonuçlanması ve devletin işgali gayrimüslimlerin girişimlerinin etkilerini artırmalarına yol açmıştır⁹⁰. Sonuç olarak tüm bu sebepler, İslam-Osmanlı Aile hukukunun bu ilk modern kanunlaştırmasının yürürlükten kaldırılmasını sağlamış ve HAK, alanında bir ilk olmasıyla hukuk tarihimizdeki yerini almıştır.

III. HUKUK-I AİLE KARARNAMESİ’NİN GETİRDİĞİ YENİLİKLER

Bu ana başlık altında 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile Osmanlı aile hukukunda gerçekleştirilen yenilikleri incelemeye çalışacağız. Başlıca inceleme konularımız, aile hukukunun temelini oluşturan evlenme ve boşanma kurumları

⁸⁵ SADREDDİN, “Hukuk-ı Aile ve Usul-i Muhakemat-ı Şer’iyye Kararnamesi Hakkında”, Sebil-ür Reşad (tarih yok), c. X, s. 320’den naklen CİN, s. 305.

⁸⁶ SADREDDİN, s. 339’dan naklen, CİN, s. 305.

⁸⁷ AYDIN, Aile, s. 220.

⁸⁸ TUNAYA Tanık Zafer, İslamcılık Cereyanı, İstanbul 1962, s. 103.

⁸⁹ “Ruesâ i ruhaniyenin akd ve fesh i nikah ile müstetbeatundan olan nafaka-i zevcât, dirahuma ve cihaz hakkındaki hakk i kazaları mülğadır”. ANSAY, s. 17.

⁹⁰ AYDIN, Aile, s. 222-224.

olacaktır. HAK’nde yasal hükme bağlanmasıyla önemli bir yenilik olarak karşımıza çıkan “nişanlanma” konusu, bu bölümde inceleyeceğimiz konuların başında gelmektedir.

A. NİŞANLANMA

1. Genel Olarak

Evlenmeyi diğer akitlerden ayıran özelliklerden bir tanesi bu akitten önce bir hazırlık döneminin geçirilmesidir. Bütün toplumlarda taraflar nikahın kıyılmasından önce birbirleriyle bir evlenme arzusu ortaya koymakta, ardından kısa veya uzun süreli bir hazırlık dönemi geçirmekte ve sonuçta da evlenip bir araya gelmektedirler⁹¹.

Modern aile hukuku literatüründe evliliğin ilk adımı olarak kabul edilen nişanlanma, hemen hemen tüm modern hukuk sistemlerinde aile hukukunun önemli müesseselerinden biri olarak görülmektedir. Nitekim 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu’nun (TMK)118-123. maddeleri nişanlanmayı düzenlemiştir. Nişanlanma 1926 tarihli TMK’unda da 82-82. maddeler arasında hükme bağlanmıştır.

İslam hukuk literatüründe “hıtbe” olarak adlandırılan nişanlanma, Türk örf adetlerinde de bulunan söz vermek, söz kesmek, bir kadının nikahına talip olmak, nişanlanmak gibi anlamlara gelmektedir⁹². Bir fıkıh terimi olarak hıtbe ise, erkeğin kadına evlenme teklif etmesi, ona ilgi duyması, belirli bir mehir üzerinde anlaşmaları ve karşılıklı rızanın ortaya çıkmasıdır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, bu işlemlerin henüz nikah akdi yapılmadan önce oluşudur⁹³.

Evlilik akdinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için mutlaka önce bir nişan törenine ya da başka bir işleme gerek yoktur. Fakat toplumsal gelenek ve âdetler, evlenmeden önce bir evlenme teklifinin olması gerektiği yönündedir. İslam hukuku, bugünkü anlamda bir nişanlılık ilişkisini düzenlememiş ancak erkek tarafından yapılan evlenme teklifine bazı hüküm ve sonuçlar bağlamıştır. Ev-

91 AYDIN Mehmet Akif, “Aile Hayatı”, İlmihal, c. II, İstanbul 2000, s. 201 vd.

92 KARAMAN Hayrettin, Mukayeseli İslam Hukuku, c. I, İstanbul 1991, s. 238; BİLMEN Ömer Nasuhî, Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, c. II, İstanbul (tarihsiz), s. 7.

93 KARAMAN, s. 239. “Nişanlanmakla veya vaad ile nikah mün’akid olmaz”, HAK, m. 1, AKGÜNDÜZ, Ahmet, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır 1985, s. 331.

lenme teklifi, erkeğin bir kadına, onunla evlenmek istediğini açık veya kapalı bir şekilde hissettirmesi veya anlatmasıdır⁹⁴.

Günümüz modern aile hukukunda da nişanlanmanın tanımı İslam hukukçularının tanımından çok farklı değildir. Modern aile hukukumuzda göre nişanlanma, ileride birbiriyle evlenmek isteyen ayrı cinsten iki kişinin, bu konudaki niyetlerini aralarında dile getirmeleri, birbirlerine karşı açıklamalarıdır. Diğer bir ifadeyle, bir erkek ile bir kadın, karşılıklı olarak evlenme vaadinde bulunmakla nişanlanmış olurlar. Nişanlanmakla da aralarında hemen bir hukukî ilişki doğar. Nişanlanma sonucunda bu kişilerin girmiş oldukları hukukî ilişkiye “nişanlılık” denir⁹⁵.

2. Nişanlanmanın Hüküm Ve Sonuçları

a. Evlenme Teklifi ve Nişan Engelleri

Taraflardan birinin evlenme teklifinin diğeri tarafından kabulüyle ortaya çıkan durumu günümüz modern hukukunda olduğu gibi “nişanlılık” olarak nitelenmek mümkündür. Nişanlanma ise tarafların birbirlerine karşılıklı olarak evlenme vaadinde bulunmalarıdır. Kendisine evlenme teklifinde bulunulan taraf bu teklifi kabul etmişse taraflar arasındaki nişanlılık ilişkisi kurulmuş olur. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi İslam hukukunda nişanlanma bir sözleşme olarak kabul edilmemiş ve ona hukukî sonuçlar bağlanmamıştır⁹⁶. İslam hukuk tarihinde nişanlanma ilk kez HAK ile hükme bağlanmıştır⁹⁷.

İslam hukukunda evlenme teklifi olarak görülen nişanlanmanın gerçekleşebilmesi için bazı engellerin bulunmaması gerekir. Bu durumda şu kişilere evlenme teklifinde bulunulamaz⁹⁸:

- a. Soydan veya süt hısımlığından doğan nikah engeli bulunan kişiler.
- b. Evli kadınlar.

⁹⁴ CİN, s. 46.

⁹⁵ AKINTÜRK Turgut, Aile Hukuku, İstanbul 2002, s. 15-16

⁹⁶ CİN, s. 48.

⁹⁷ HAK, m. 1-3, ANSAY, s. 3. CİN, s. 293-294. AYDIN bu görüşe katılmamaktadır: “Kararnamenin nişanlılık kelimesini ilk defa kullandığı doğrudur, fakat bu ad altında tanzim ettiği hükümler İslam hukukunda zaten var olan “hitbe” müessesesinin hükümleridir. Hitbe ile nişanlılığın aynı şey olup olmadığı tartışılabilir. Netice ne olursa olsun kararname nişanlılık adı altında söz kesme de diyebileceğimiz hitbeyi tanzim etmiştir. Esasen ikinci madde açıkça söz kesmeden bahsetmektedir. O halde Kararname İslam hukukunda olmayan bir müesseseyi ilk defa kabul etmiş ve düzenlemiş değildir. Haddi zatında var olan bir müesseseyi tanzim etmiştir”. AYDIN, Aile, s. 183.

⁹⁸ KARAMAN, s. 239.

c. Ricî veya bain talakla boşanıp iddet bekleyen kadınlar. Bunlara açıkça ya da zımnî olarak hiçbir şekilde evlenme teklifinde bulunulamaz. Ancak ölüm iddeti bekleyen kadına sadece ima yoluyla teklifte bulunmak mümkündür.

d. Başkası tarafından kendisine evlenme teklifinde bulunulmuş kadınlar. Bu konuda dört değişik durum söz konusudur. Kadın, kendisine yapılan teklife olumlu cevap vermişse bu kadına ikinci bir kişi teklifte bulunamaz. Kadın, teklifi reddetmişse ikinci bir kişi ona teklifte bulunabilir. Kadın, teklife olumlu ya da olumsuz bir cevap vermemiş, tereddütlü bir durum söz konusu ise, bu halde ikinci teklifin geçerliliği tartışmalıdır. Ayrıca ilk teklif sahibi ikinci kişiye teklifte bulunabilmesi için izin vermişse bu durumda ikinci teklif geçerli olacaktır.

b. Nişanın Bozulması ve Sonuçları

Nişanlanma ile evlenme vaadi gerçekleşmiş olup, evlenme yükümlülüğü doğmayacağından mazeretli veya mazeretsiz olarak nişandan dönülebilir. Aynı şekilde ölüm de nişanı bozan nedenlerden birisidir⁹⁹.

Nişanın bozulması iki bakımdan önem taşımaktadır:

1. Haklı sebep olmaksızın nişanı bozan tarafın kusursuz tarafa bir tazminat ödeyip ödemeyeceği meselesi:

Hukuk sistemlerinin çoğu, nişanı haklı bir sebebe dayanmadan bozan tarafın kusursuz nişanlıya veya onun yakınlarına bir tazminat ödemesini kabul etmişlerdir. Sözgelimi TMK'nun 120. maddesi maddî¹⁰⁰, 121. maddesi manevî tazminatı¹⁰¹ hükme bağlamıştır. İslam hukuku, haklı sebep olmaksızın da nişanın bozulabileceğini kabul etmiş ve kusursuz tarafa nişanı bozanın tazminat ödemesine cevaz vermemiştir. Bu bir bakıma normaldir. Çünkü İslam hukukunda borçların birinci ve en temel kaynağı akitlerdir. İslam hukukunda nişanlanma bir akit olarak kabul edilmediğinden nişanın bozulmasından dolayı da bir tazminat istenmesi hukuken kabul görmemiştir¹⁰².

⁹⁹ KARAMAN, s. 240.

¹⁰⁰ TMK m. 120:” Nişanlılardan biri haklı bir sebep olmaksızın nişanı bozduğu veya nişan taraflardan birine yükletilebilen bir sebeple bozulduğu takdirde; kusuru olan taraf, diğerine dürüstlük kuralları çerçevesinde ve evlenme amacıyla yaptığı harcamalar ve katlandığı maddî fedakarlıklar karşılığında uygun bir tazminat vermekle yükümlüdür. Aynı kural nişan giderleri hakkında da uygulanır”

¹⁰¹ TMK m. 121:” Nişanın bozulması yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevî tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir”

¹⁰² CİN, s. 50.

HAK, İslam hukukunun klasik öngörüsünü aynen devam ettirmiş, nişanın bozulması sonucunda kusursuz tarafın tazminat talebinde bulunup bulunamayacağı konusunda bir hüküm getirmemiştir¹⁰³.

2. Nişanın bozulması halinde hediyelerin iadesi meselesi:

Erkeğin verdiği hediyelerin kadın tarafından kabulü ya da evlenme için tespit edilmiş mehrin bir kısmının veya tamamının ödenmesi nişanın bozulmasına engel değildir. Ancak bu durumda hediye ya da mehir olarak verilen nesnelerin iade edilip edilmeyeceği problemi karşımıza çıkmaktadır. Eğer erkek nişanlısına verdiği şeylerin mehrin bir kısmını ya da tamamını oluşturduğunu iddia eder ve bu iddiasını da ispatlarsa bunların iadesi gerekir. Çünkü mehir hukuken nikah ile kazanılır. Diğer taraftan kadın mehrin tamamına ancak hakiki ya da hükmî cinsel birleşmeden sonra hak kazanacaktır. Bu durumda ileride ödenecek mehrin bir kısmı veya ona mahsuben verilmiş şeylerin iadesi gerekir. Mehir belirli şeylerden oluşmakta ve nişanın bozulmasından önce bu şeyler yok olmuşsa, nişanlı kadın veya temsilcisi söz konusu malların değerini ödemek zorundadır¹⁰⁴.

Nişanlı kadına verilen şeylerin hediye olduğu ispat edilirse bu durumda “sağ-lar arası bağışlama” hükümleri işleyecektir. Ancak sağlararası bağışlama mezhepler arasında farklı şekilde yorumlanmıştır. Hanefi mezhebine göre bağışlanan şey yok olmadığı ya da şekil değiştirmedeği veya caymaya engel başka bir durum ortaya çıkmadığı sürece ilke olarak bağışlamadan dönülebilir. Dolayısıyla erkek nişanı bozan kendisi olduğu halde çoğu zaman verdiği şeyleri geri alabilecektir¹⁰⁵.

Malikilere göre hediyeleri veren nişanı bozmada kusurlu taraf ise geri alamaz. Nişanı bozan hediyeyi alan taraf ise mutlaka iade edecektir¹⁰⁶.

Şafiiler ise farklı bir tutum izlemişlerdir. Bu mezhebe göre nişanı hangi taraf bozarsa bozsun, eğer hediyeler duruyorsa aynen, yok olmuşsa bedeli ile iade edilir¹⁰⁷.

HAK, nişanın bozulması durumunda mehir ve hediyelerin tabi olacağı hükümleri 2. maddede hükme bağlamıştır: “Söz kesildikten sonra tarafeynden biri nikahdan imtina veya vefat etse hâtıbın mehre mahsuben vermiş olduğu şeyler mevcut ise aynen ve telef olmuş ise bedelen istirdad olunur. Ama hediye olarak

¹⁰³ AYDIN, Aile, s. 183.

¹⁰⁴ CİN, s. 50.

¹⁰⁵ CİN, s. 51; KARAMAN, s. 241; BİLMEN, s. 12.

¹⁰⁶ KARAMAN, s. 241; CİN, s. 51.

¹⁰⁷ KARAMAN, s. 241.

tarafeynin yekdiğere verdiği şeyler hakkında hibe (bağışlama) ahkamı cereyan eder”¹⁰⁸. Madde metninden de anlaşılacağı üzere HAK, hediyelerin iadesi konusunda Şâfiî mezhebinin içtihadını hükme bağlamıştır. Ancak hediyelerin hiçbir şekilde iade edilmemesi durumunda herhangi bir hüküm getirmemiştir.

B. EVLENME

Bu başlık altında HAK'nin evlenme kurumuna getirdiği yenilikleri incelemeye çalışacağız. Çalışmamızın birinci bölümünde de işaret ettiğimiz gibi HAK, Osmanlı aile hukukuna İslam-Osmanlı hukukunda bulunmayan hükümler getirmiş değildir. HAK ile birlikte özellikle XVI. Yüzyılın ortalarından itibaren resmî mezhep halini alan Hanefî mezhebinin içtihatlarının dışına çıkılmış, diğer mezheplerin içtihatlarına da yer verilmiştir. Biz bu başlık altında, HAK'nde evlenme ile ilgili olarak hükme bağlanan yeni düzenlemeleri incelemeyi uygun gördük

1. Evlenme Ehliyeti

Aile hukukunda ehliyet kişilerin kendi irade beyanlarıyla geçerli bir evlilik akdi kurabilme veya var olan bir evliliği sona erdirebilme yeteneğini ifade etmektedir. Bunun için kişilerin hür olma şartı dışında temyiz gücüne sahip ve ergenlik çağına gelmiş bulunmaları, bir başka deyişle akıl-baliğ olmaları gerekmektedir. Bu niteliklerden birinde var olan eksiklik evlenme ve boşanma ehliyetini ya tamamen ortadan kaldırmakta veya sınırlı hale getirerek yapılan hukuki işlemin geçerli hale gelebilmesi için velinin de devreye girmesini gerektirmektedir¹⁰⁹.

a. Akıl-Baliğ Olan Erkek ve Kızların Evlenmesi

Klasik İslam hukuku doktrininde evlenmek için herhangi bir yaş sınırı öngörülmemiş, çok küçük yaştaki çocuklar bile velileri tarafından evlendirilebilmiştir¹¹⁰. HAK, evlenme ehliyeti ile ilgili olarak, Hanefî mezhebinin dışındaki mezheplerden de yararlanarak çarpıcı düzenlemeler getirmiştir. Evlenme yaşının yeniden düzenlenmesi ve akıl hastalarının durumu bu bakımdan çok ilgi çekicidir.

Kararname akıl baliğ olan erkeklerde 18, kızlarda 17 yaşını bitirenler ve bitirmeyenler olmak üzere ikiye ayırmaktadır.

¹⁰⁸ AKGÜNDÜZ, s. 331.

¹⁰⁹ AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 304; CİN/AKGÜNDÜZ, c. 2, s. 65.

¹¹⁰ AKYILMAZ, s. 85.

Kararnamenin 4. maddesine göre evlenme ehliyetine sahip olabilmek için kızların 17, erkeklerin 18 yaşını bitirmiş olmaları şarttır¹¹¹. Kararname bu hükümlüyle gerek Mecelle öncesi Osmanlı uygulamasındaki gerek Mecelle'deki akitlere ehliyet ile evlenme ehliyetini birbirinden ayırmıştır. Hanefî mezhebinde Ebu Yusuf ve İmam Muhammed, buluş yaşının üst sınırını erkek ve kızlarda 15, Ebu Hanife ise kızlarda 17, erkeklerde 18 olarak kabul etmektedir. Mecelle Ebu Yusuf ile İmam Muhammed'in görüşünü kabul etmiş, 986. maddede rüşş yaşını hükme bağlamıştır. Buna karşılık HAK ile Ebu Hanife'nin görüşüne itibar edilerek rüşş yaşı kızlarda 17, erkeklerde 18 olarak kabul edilmiştir (HAK, m. 4.)¹¹².

Hanefî mezhebinde Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre tam ehliyetli (müme-yiz, akıl-baliğ ve reşit) nikah aktedebilir. Ancak İmam Muhammed ve diğer mezhep imamları kızların, tam ehliyetli olsalar bile ancak velilerinin izniyle evlenebileceklerini kabul etmişlerdir. Bu konuda 1544'e kadar Osmanlı uygulamasında Ebu Hanife ve İmam Muhammed'in içtihadı kabul edilmiş, bu tarihten 1917'ye kadar geçen dönemde Osmanlı uygulaması İmam Muhammed ve diğer mezheplerin içtihatları doğrultusunda olmuştur¹¹³.

HAK, nikah ehliyetine sahip erkekle kız arasında da bir ayrıma gitmiş, rüşş yaşını dolduran erkek dilediği gibi evlenebilecekken, kızlar için hakimnin durumu kızın velisine bildirme şartı getirmiştir¹¹⁴. Ancak buradaki veliye bildirim, HAK öncesi Osmanlı uygulamasında olduğu gibi velinin iznini alma şeklinde düzenlenmemiştir. Bu düzenlemede veliye sadece kızın evlenmesine itirazının olup olmadığının sorulması söz konusu olup, bu itirazın da sadece kefaet (denklik) konusunda olacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla izin konusunda getirilen bu sınırlama Osmanlı uygulamasında HAK ile getirilen önemli bir yenilik olmuştur. Velinin denklik konusundaki itirazına rağmen kız velisinin rızası dışında evlenirse veli, nikahtan sonra bile erkeğin kızına denk olmadığını ileri sürerek nikahtın feshini talep edebilir (HAK, m. 47.)¹¹⁵. Kararnamenin velinin düşüncesine gidilmesini düzenlemesi, sosyal bir gerekçeye dayanmaktadır. HAK, evlilik gerçekleştikten sonra erkeğin denk olmadığı gerekçesiyle evlilik birliğinin ortadan kaldırılmasını sakıncalı gördüğü için Maliki mezhebinin içtihadına dayana-

¹¹¹ HAK, m. 4: "Ehliyet-i nikah-ı haiz olmak için hatbın onsekiz, mahtubenin onyediyi yaşını itmam etmiş olmaları şarttır", ANSAY, s. 3.

¹¹² AYDIN, Aile, s. 184; CİN, s. 294.

¹¹³ AKYILMAZ, s. 27.

¹¹⁴ HAK, m. 8, "Onyediyi yaşını itmam etmiş olan kebire, bir şahıs ile tezevvüç etmek üzere müracaat ettikte hakim keyfiyeti velisine tebliğ eder ve veli, itiraz etmediği veya itirazı varit görülmediği halde izdivacına müsaade eyler", ANSAY, s. 3.

¹¹⁵ AYDIN, Aile, s. 185.

rak, nikahtan önce velinin bir itirazı olup olmadığını sorma yoluna gitmiştir. Kefaet dışında velinin izninin alınması gibi bir şart söz konusu değildir¹¹⁶.

Kararnameye göre rüşet yaşına ulaşmamış erkek ve kızlar buluşa erdikleri iddiasıyla evlenme başvurusunda bulunurlarsa, hakim de uygun şartları haiz olduklarına kanaat getirirse evlenmelerine izin verebilir. Ancak bu durumda kızlar için velilerinin iznini almaları şart koşulmuştur (HAK, m. 5-6). Dolayısıyla, 17 yaşından önce buluş iddiasında bulunan kız için yine İmam Muhammed'in görüşü kabul edilerek, kızın rızası yanında velisinin izni de istenmektedir¹¹⁷.

Kararname, İslam hukukundaki hakim görüşe bir yenilik olarak evlenmeye de bir alt sınır getirmiştir. Buna göre 12 yaşını bitirmemiş erkek ile 9 yaşını bitirmemiş kız hiçbir şekilde evlendirilemezler¹¹⁸. Oysa hakim görüşe göre velilerin küçükleri evlendirme yetkisi sınırsızdır¹¹⁹. İslam hukuku nikahta taraflar için bir yaş sınırlaması getirmediğinden, hangi yaşta olurlarsa olsun çocuklar velileri tarafından evlendirilebilirler. Çünkü evlenme için mümeyyiz olma şartı yoktur. Bu esaslar çerçevesinde, HAK öncesi Osmanlı uygulamasına baktığımızda çok küçük yaşta evlendirilen kız çocuklarına rastlanmaktadır¹²⁰.

b. Akıl Hastalarının Evlenmesi

Hanefî mezhebine göre akıl hastalarının velileri tarafından evlendirilmeleri mümkündür¹²¹. HAK ise akıl hastalarının bir zorunluluk olmadığı müddetçe evlenmelerine izin vermemektedir. Kaldı ki, zaruret bulunduğu takdirde bile nikahın hakimnin izniyle ve velileri tarafından gerçekleştirilebileceği hükme bağlanmıştır¹²². Bu konuda HAK, Şafii mezhebinin görüşlerinden yararlanmıştır. Evliliği zorunlu kılacak nedenlerin neler olduğu konusunda açıklık olmadığı için bunun takdiri hakime bırakılmıştır. Doktrinde daha çok evlilik yoluyla iyi-

¹¹⁶ AYDIN, Aile, s. 185.

¹¹⁷ CİN, s. 294-295; AYDIN, Aile, s. 185.

¹¹⁸ HAK, m. 7: "Oniki yaşını itmam etmemiş olan sagir ile dokuz yaşını itmam etmemiş olan sagîre hiçbir kimse tarafından tazvic edilemez", ANSAY, s. 3.

¹¹⁹ CİN, s. 295; AKYILMAZ, s. 85; AYDIN, Aile, s. 186.

¹²⁰ AKYILMAZ, s. 29-30.

¹²¹ CİN Halil/AKGÜNDÜZ Ahmet, Türk Hukuk Tarihi c. II, Konya 1995, s. 66; KARAMAN, s. 244; AYDIN, Aile, s. 186.

¹²² HAK, m. 9. "Mecnun ile mecnunenin bir zarurete mebni olmadıkça nikahları caiz değildir. Zaruret bulunduğu takdirde hakimnin izniyle nikahları velileri tarafından akdolunur", ANSAY, s. 3.

leşmenin olabileceği ümidi üzerinde durulmuştur. Uygulamada akıl hastası kadının hamile kalması da evliliği gerektirici bir zorunluluk olarak görülmüştür¹²³.

2. Nikahı Yasak Olanlar (Evlenme Engelleri)

Kararnamenin ikinci bâbının birinci faslında birbirleriyle evlenmeleri yasak olsan kimseler sayılmıştır (HAK m. 13-19). Genel olarak nikahı yasak olan kimseler hakkında mezhepler görüş birliği içerisindedir. 13-19 maddeler arasında nikahı sonsuza kadar yasak olanlar teker teker sayılmış, sadece zina konusunda Şafii içtihadına uyulmuştur. Şöyle ki, Hanefilere göre kişi zina ettiği kimsenin usul ve furuu ile evlenemez. Şafiiler “hürmet-i musahara”¹²⁴ olarak adlandırılan bu durumun bir nimet olduğunu ve buna da haram yolla ulaşamayacağını kabul etmektedirler. Zaten zinanın ispat güçlüğü de bu duruma engel teşkil etmektedir¹²⁵.

Kararname klasik İslam-Osmanlı aile hukukundaki evlenme yasaklarını aynen muhafaza etmekle birlikte bazı durumları içermemiştir. Nikahı geçici olarak haram olanlardan üç zümre, büyük bir ihtimalle işlerliği kalmadığı düşüncesiyle HAK’ne alınmamıştır. Buna göre; HAK’nin hazırlandığı dönemde kölelik-cariyelik hemen hemen kalktığı için, kişinin mülkünde olan cariyeyle nikahlanması hakkındaki geçici evlenme yasakları bu fasılda belirtilmemiştir. Yine liândan doğan evlenme yasağı da bu fasılda hükme bağlanmamıştır. Ayrıca din farkı konusunda da evlenme yasağı içeren bir hüküm getirilmemiştir. Bunun nedeni de o dönemde Osmanlı Devleti’nde artık ehl-i kitab (yahudi, hıristiyan) dışında diğer dinlere mensup olanların bulunmayışıdır. Müslüman bir kadının gayrimüslim ile evlenmesinin geçersiz olacağı 58. maddede¹²⁶ hükme bağlanmıştır¹²⁷.

Kararnamenin 13. maddesinde başkası ile nikahlı olan veya başkasının iddetini bekleyen kadın ile nikahlanma yasaklanmıştır¹²⁸. Buna ilave olarak HAK ile aynı tarihte kabul edilip yayınlanan Ceza Kanununun 200. maddesinin 19 Rebiulevvel 1332 tarihli zeyyl-i sanisini muaddil kararname ile de başkasının nikahında bulunan bir kadınla bilerek evlenen, böyle bir nikahta vekillik veya

¹²³ AYDIN, Aile, s. 186.

¹²⁴ Musahara, bir aileden kız almak yoluyla ortaya çıkan sıhrî hısımlık ilişkisidir. Hürmet-i musahara ise bu hısımlık ilişkisinden doğan evlenme engelini ifade etmektedir. BİLMEN, s. 9.

¹²⁵ AYDIN, Aile, s. 187; CİN/AKGÜNDÜZ, s. 72.

¹²⁶ HAK, m. 58: “Gayrimüslimin bir müslimeyi tezevvücü batıldır”, ANSAY, s. 7.

¹²⁷ AYDIN, Aile, s. 187.

¹²⁸ HAK, m. 13: “Başkasının menkuha veya mu’teddesi ile izdivac memnudur”, ANSAY, s. 4.

şahitlik yapanlar veya böyle bir nikahı bilerek akdedenler hakkından altı ayadan üç yıla kadar hapis cezası getirilmiştir¹²⁹.

3. Nikah Akdi

Bir aile kanunu olarak HAK, nikah akdi konusunda oldukça ayrıntılı düzenlemeler getirmiş, o döneme kadar İslam-Osmanlı aile hukukunda uygulanan veya uygulanmayan hükümleri bir araya toplamıştır. Zaten devletin evlilik akdine müdahalesi de HAK ile gerçekleşmiş, evlilikler düzenli bir şekilde kayıt altına alınmaya çalışılmıştır. Bu başlık altında nikah akdi üzerinde devletin rolü, taraflar, şahitler ve nikah akdi anında kullanılan ifadeler ve kararname ile hükme bağlanan nikahta ileri sürülen şartlar gibi konuları incelemeye çalışacağız.

a. Nikah Akdi ve Devletin Müdahalesi

Osmanlı Devletinin başlangıçtan beri evlenme işlemlerine kayıtsız kalmadığı, nikahların genellikle hakim kontrolünde kısıldığı bilinmektedir. İslam hukukunda evlenme akdinin geçerliliği için mutlak resmi bir memur veya bir din adamı huzurunda yapılması şart değildir. Buna karşılık hem evlenmenin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini kontrol ve hem de nikah akdinin diğer akitler karşısındaki önemini ortaya koymak için Osmanlı uygulamasında nikahın bizzat kadılar veya kadıların kontrolünde bir din adamı (örneğin imam) tarafından kısılanması esası benimsenmiştir. Bu tip akitler şer'îye sicillerine de işlenmiştir. Ancak pek çok alanda olduğu gibi bu alanda da yozlaşmaların ve zayıflamaların olması, Tanzimat'ın ardından tekrar düzenleme yoluna gidilmesi sonucunu doğurmuştur. Bu dönemde çıkarılan Sicil-i Nüfus Nizamnameleri ve Sicil-i Nüfus Kanunuyla aile hukuku alanında devletin kontrolü artırılmıştır. Özellikle HAK'nin kanunlaşması, bu konuda önemli bir adım teşkil etmiştir¹³⁰.

Kararnamede devletin evlenmeye müdahalesi açık olarak 37. maddede ifade edilmiştir: “Esnayı akitte hâtıb ve mâhtubeden birinin ikametgahı bulunan kaza hakimi veya bunun izinname i mahsus ile mezun kıldığı nâib hazır bulunup akitnameyi tanzim ve tescil eder”. Madde metninden de anlaşıldığı gibi nikah akdinin hakim ya da onun yetkili kıldığı bir naib huzurunda olması hükme bağlanmıştır. Bu hükümle Kararname, evlilikleri resmî ve sağlıklı bir şekilde gerçekleştirme amacı gütmüştür¹³¹. Madde hükmüne göre hakim veya nâibin iki görevi vardır. Birincisi, tarafların irade açıklamaları sırasında hazır bulunmak, ikincisi ise hüccet-i nikah tabir edilen senedi düzenlemek ve tescil etmektir. Görüldüğü gibi HAK, bugünkü hukukta olduğu gibi evlenme akdinin belirli bir

¹²⁹ AYDIN, Aile, s. 187-188.

¹³⁰ AYDIN, Aile, s. 188; CİN/AKGÜNDÜZ, c. 2, s. 78-79.

¹³¹ CİN, s. 296; AYDIN, Aile, s. 188.

resmî memur önünde yapılması¹³² ve tescil edilmesi zorunluluğunu getirmiştir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki arada bir fark vardır: Kararnamenin 37. maddesine aykırı olarak gerçekleşen evlilikler yine geçerli akitlerdir. Bu usule uyulmadan kıyılan nikahlar için bazı müeyyideler getirilmiştir. Ceza kanununda yapılan bir değişiklikle¹³³ bu tip evlenmelerde koca, varsa tarafların vekilleri bir aydan altı aya kadar, şahitler bir haftadan altı aya kadar, yetkisiz şekilde nikahı kıyan imamlar da bir aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacaklardır¹³⁴. Dolayısıyla burada hakimnin müdahalesi sadece idarî bir kontrol mekanizması olup aynı zamanda bir ispat aracı amacı taşımaktadır¹³⁵.

Kararnamenin evliliğe getirdiği bir diğer önemli şart, nikahın ilan edilmesi zorunluluğu olmuştur. Aslında bu durum İslam hukukunda sünnet olarak kabul edilmektedir. Ancak kararname öncesinde uygulamada bu konuda herhangi bir yasal bir zorunluluk yoktur. HAK bu durumu 33-37. maddelerinde yasal bir zorunluluğa dönüştürerek iki önemli esası hükme bağlamıştır. Birincisi, evlenme akdinden önce durumun ilan edilmesi mecburiyetidir. İkincisi ise evlenme akdi sırasında taraflardan birinin ikametgahı hakiminin veya yetkili kıldığı naibin hazır bulunması ve evlenme akitnamesinin düzenlenerek tescilinin yapılmasıdır¹³⁶. HAK'nin 33. maddesinde düzenlenen ilan¹³⁷, nikah akdinden önce tarafların evlenmelerine engel herhangi bir sebebin olup olmadığını öğrenmek için mahkemece yapılan resmî bir duyurudur¹³⁸.

b. Taraflar, Şahitler ve Akitte Kullanılan Sözler

Kararnamenin 35. maddesine göre nikah, nikah meclisinde tarafların veya vekillerinin icab ve kabulleriyle akdedilmiş olur¹³⁹. HAK bu hükmüyle açıkça belirtmemiş olmakla birlikte, İslam hukukunda kabul edilmiş olan birkaç evlenme şeklini yürürlükten kaldırmıştır. Bunlardan birincisi mektup göndermek yoluyla evlenmedir. Kararnamede veya ilgili nizamnamede buna ilişkin bir hü-

¹³² TMK. M. 141'de evlenmenin evlenme memuru huzurunda gerçekleşeceği hükme bağlanmıştır.

¹³³ Kanun-ı Cezanın 200. maddesinin 19 Rebiulahir 1332 tarihli zeyli sanisini muaddil kararname, md. 1, Cİ, 34/1021-1022, naklen, AYDIN, Aile, s. 190, dipnot, 140.

¹³⁴ AYDIN, Aile, s. 190.

¹³⁵ CİN, s. 296-297.

¹³⁶ CİN/AKGÜNDÜZ, c. II, s. 79-80.

¹³⁷ HAK, m. 33. "Akdi nikahın icrasından evvel keyfiyet ilan olunur", ANSAY, s. 6.

¹³⁸ CİN, s. 299.

¹³⁹ HAK, m. 35. "Nikah, meclisi nikahta tarafeynin veya vekillerinin icab ve kabulüyle akdolunur", ANSAY, s. 6.

küm söz konusu değildir. Diğeri ise fuzulinin nikahıdır. İslam hukuku, vekalet veya velayet yetkisi olmaksızın başkası hesabına evlenme akdi yapmayı da düzenlemiştir. Bu tür akitlere “fuzulî akit” ve bu şekilde evlenme akdi yapanlara da “fuzulî” yani yetkisiz temsilci adı verilir. Şafiilerin kabul etmediği bu nikah türü esasında Hanefiler tarafından, icazete bağlı olarak kabul edilmektedir. Şöyle ki, adına nikah kıyılan kimse, kendisi adına nikah kıyan kimseye daha sonra icazet vermiş ise nikah gerçekleşmiş kabul edilmektedir. HAK, her iki nikah şeklini de hiçbir hüküm taşımamak yoluyla yürürlükten fiilen kaldırmıştır¹⁴⁰.

Kararnamenin 36. maddesi nikah akdinde icap ve kabul beyanlarının şeklini düzenlemiştir¹⁴¹. Akitte icap ve kabulün ne şekilde olacağı konusunda Kararname, Hanefî mezhebinin görüşünden ayrılarak İmam Şafii ve Ahmet bin Hanbel’in görüşünü kabul etmiştir. Buna göre icap ve kabul beyanları şüpheye yer bırakmayacak şekilde açık olarak ileri sürülecektir. Bilindiği gibi Hanefî mezhebi içtihadına göre nikahta icap ve kabul beyanları kinayeli sözlerle de olabilmektedir¹⁴².

İslam hukukunda evlenmenin sıhhat şartlarından biri olarak kabul edilen şahitlik meselesi kararnamede açık olarak düzenlenmemiştir. Kararnamenin 34. maddesi¹⁴³ nikah anında “mükellef” iki şahidin hazır bulunması gerektiğini hükme bağlamıştır. Burada tartışmalı olan konu, mükellef ifadesiyle anlatılmak istenen şahitlerin erkek mi olacağı, yoksa cinsiyet ayırdetmeksizin iki şahidin yeterli olup olmayacağıdır.

Kur’an’da Bakara suresinin 282. ayeti şahitlikle ilgilidir. “... Erkeklerinizden iki kişiyi de tanık tutun. Eğer iki erkek yoksa rızanızla kabul edeceğiniz tanıklardan bir erkek ve iki kadın gerekir. Bu kadınlardan biri şaşırırsa/unutursa ötekisi onu hatırlatsın diyedir.” Kur’an’ın en uzun ayeti olan 282. ayet, borçlanma akdini düzenlemektedir. Esasen bu ayetteki ifadeye dayanarak, şahitlik konusunda iki kadının bir erkeğe denk olduğunu ileri sürmek, ayetin düzenlediği borç akdi konusunda bile mümkün değildir¹⁴⁴. Ayete göre “belirlenmiş bir süre için borçlanma” ve “onu kaydetme” iki şahit gerektirir. Bu şahitlerin ikisi de erkek olabileceği gibi biri yanılırsa/şaşırırsa diğerinin ona hatırlatması için iki kadın olacaktır. Ancak ayetin lafzında kadınların ikisi de şahit olarak nitelenmemekte-

¹⁴⁰ AYDIN, Aile, s. 190-191; CİN/AKGÜNDÜZ, c. II, s. 69.

¹⁴¹ HAK, m. 36. “Nikahta icap ve kabul, tenkih ve tezcic gibi sarih lafızlarla olur”. ANSAY, s. 6.

¹⁴² KARAMAN, s. 263-264; AYDIN, Aile, s. 191.

¹⁴³ HAK, m. 34. “Akdi nikah esnasında mükellef iki şahidin huzuru nikahın sıhhatinde şarttır. Hâtab ile mâhtubenin usul ve furuu da şahid ittihaz edilebilir.”, ANSAY, s. 6.

¹⁴⁴ ÖZTÜRK Yaşar Nuri, Kur’an’daki İslam, İstanbul 1992, s. 452; AKYILMAZ, s. 55.

dir¹⁴⁵. Kadınlardan birinin görevi, diğeri eğer unuttur veya şaşırırsa onu hatırlatmaktır. Sonuçta şahit olarak konuşacak kadın bir tanedir. İki kadından biri şahitlik ettiği borçlanma akdiyle ilgili olarak yanılmaz veya unutmaz ise şahitliğini tam olarak yaptığı için erkek şahitle kadının şahitlikleri yeterli ve eşit değerde olacaktır¹⁴⁶.

İslam hukukunun erken dönemlerinde iş ve ticaret hayatına henüz girmemiş olan kadın, borçlanma akdi gibi bir konuda hakim önünde gerekli ve çoğu teknik içerikli bilgileri değerlendirip hukuk açısından hükme esas olacak şekilde ortaya koymakta zorluk çekebilecek ve bazı kişilerin hakları zarar görecektir¹⁴⁷. Bu sebepten dolayı ortaya çıkan bir düzenlemenin genelleştirilmesiyle, tüm hukukî meselelerdeki şahitliklerde iki kadının bir erkeğe denk olduğu yargısına ulaşmak mümkün değildir. Bu yargının kabul edilmesi durumunda iki erkek yerine dört kadının şahitlik etmesi de mümkün olacaktır. Ancak Kur'an böyle bir seçeneğe işaret etmemektedir. Dolayısıyla iki kadının şahitlikte bir erkeğe eşit tutulması mali yönü olan akitlerle ilgili olup, hüküm kadınlık üzerine değil unutkanlık/yanılma üzerine kurulmuştur¹⁴⁸. Görüldüğü üzere Kur'an'da mali konular dışında kadının şahitliği hakkında bir kısıtlama gözlenmemektedir. Ancak HAK'nin şahitlik konusundaki düzenlemesi açık bir ifade taşımamaktadır. Bu durumda söz konusu hüküm, nikah akdinde kadının da şahitlik yapabileceği şeklinde bir yoruma açıktır.

c. Nikahta İleri Sürülen Şartlar

HAK'nin Osmanlı aile hukukuna getirdiği önemli yeniliklerden birisi de nikah anında şart koşmanın geçerli sayılması yoluyla çok evliliğin (taaddüd-ü zevcat – poligami) sınırlandırılmasıdır. Kararnameye göre üzerine evlenmemek veya evlendiği takdirde kendisi veya ikinci karısı boş olmak şartıyla evlenmek sahih ve şart geçerlidir¹⁴⁹. Çalışmamızın başlangıcında ifade ettiğimiz gibi, Kararname hazırlanması sırasında o dönemin fikir akımları olan Türkçülük, İslamcılık ve Batıcılık taraftarları arasında ciddi tartışmalar olmuştur. Bu tartışmaların önemli konularından birisi de çok evliliğin sınırlandırılması meselesidir. Türkçüler

¹⁴⁵ VEDUD MUHSİN Amine, Kur'an ve Kadın (Çev. Nazife ŞİŞMAN), İstanbul 1997, s. 146'dan naklen, AKYILMAZ, s. 55.

¹⁴⁶ KIRBAŞOĞLU Hayri, "Kadın Konusunda Kur'an'a Yöneltilen Başlıca Eleştiriler", İslamda Kadın Hakları, c. I, Ankara 1993, s. 162; ÖZTÜRK, s. 452-453; AKYILMAZ, s. 55.

¹⁴⁷ HATEMİ Hüseyin, İlahi Hikmette Kadın, İstanbul 1999, s. 61; ÖZTÜRK, s. 452-453; AKYILMAZ, s. 56.

¹⁴⁸ ÖZTÜRK, s. 453; AKYILMAZ, s. 56.

¹⁴⁹ HAK, m. 38. "Üzerine evlenmemek ve evlendiği surette kendisi veya ikinci kadın boş olmak suretiyle bir kadını tezevviç sahih ve şart muteberdir.", ANSAY, s. 6.

tek evliliği savunurken, İslamcılar, maddedeki hükümle ilgili olarak çok şiddetli eleştiriler getirmişler ve ikinci evliliği birinci hanımın rızasına bağlamanın Kitap, Sünnet ve İcmaa aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Ancak bu maddeyle İslamcılarla Türkçüler arasında telifçi bir yol kabul edilmiş, Türkçülerin isteklerine İslam hukuku çerçevesi içerisinde kalınarak belirli bir ölçüde cevap verilmiştir¹⁵⁰.

Kararname, taaddüd-ü zevcata makul bir sınırlama getirebilmek amacıyla Hanbelî mezhebinin kabul ettiği bir imkandan yararlanarak, kadının evlenirken kocasının evlilik boyunca monogam kalması şartını ileri sürebileceğini kabul etmiştir. Böyle bir şart Hanefî mezhebine göre fasit sayıldığı halde, Hanbelî mezhebine göre geçerli ve yerine getirilmesi gereklidir¹⁵¹.

Kararnamenin çok evliliğe bu yolla bir sınırlama getirmesi, Türk aile hukuk açısından önemli bir gelişmedir. O dönem Türk toplumunun sosyal ve iktisadî şartları da dikkate alındığında bu adımın önemi daha da ortaya çıkar. Esasında Kararnameye kadar poligaminin serbest olmasına rağmen Osmanlı toplumunda poligaminin çok düşük yüzdelerde seyrettiğini yapılan araştırmalar göstermektedir¹⁵². Bu araştırmalara göre birden fazla evlenme daha çok gelir düzeyi yüksek yönetici sınıf arasında yaygın olup, dar gelirliler arasında son derece düşüktür¹⁵³.

4. Kefaet (Denklik) Meselesi

Kararnamenin klasik Osmanlı aile hukukuna getirdiği değişikliklerden biri de kefaet konusu olmuştur. Kelime anlamı denklik olan kefaet, evlenecek çiftler arasında dini, iktisadi ve sosyal seviye açısından bir denkliğin var olmasıdır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, HAK'nin yürürlüğe girmesine kadar, bazı istisnalar dışında, resmî mezhep olarak kabul edilen Hanefî mezhebinin içtihatlarına göre şekillenen Osmanlı aile hukuku, kararnamenin yürürlüğe girmesiyle bu karakterinden biraz sıyrılmış ve diğer mezheplerin görüşlerine de yer verilmiştir. Bu durumun en iyi örneklerinden biri de nikahta kefaet (denklik) durumudur.

Kararname kefaet için bir fasıl ayırmıştır. 45-51. maddelerde düzenlenen kefaet hükümlerinde göze çarpan en önemli nokta, o döneme kadar Hanefî görü-

¹⁵⁰ AKYILMAZ Gül, "Osmanlı Aile Hukukunda Kadın", Türkler, c. X, s. 371; ÖZTÜRK Said, "Osmanlı'da Çok Evlilik", Türkler, c. X, Ankara 2002, s. 379; AYDIN, Aile, s. 192-193.

¹⁵¹ AYDIN, Aile, s. 192; KARAMAN, s. 270-272; CİN, s. 300-302.

¹⁵² Bu araştırmalar ve oranlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKYILMAZ, Kadının Statüsü, s. 33-35.

¹⁵³ AKYILMAZ, Kadının Statüsü, s. 34.

şü doğrultusunda altı yerde aranan denkliğin¹⁵⁴ iki konuya indirilmiş olmasıdır¹⁵⁵. Madde hükmünden de anlaşılacağı gibi HAK, sadece meslek ve servette (mal ve sanatta) denkliği evliliğin lüzum şartı olarak almıştır¹⁵⁶. Kocanın mehr-i muacceli verecek ve karısının nafakasını temin edecek bir mali güce sahip olması, servette denklik için yeterlidir. Meslekte (sanatta) denk olması ise şeref ve itibarca karısının velilerinin meşgul oldukları mesleğe denk olabilecek bir meslekle uğraşmasını ifade eder¹⁵⁷.

Kefaetle ilgili olarak kararnamede önemli bir hüküm getirilmiştir. 47. maddede göre¹⁵⁸ HAK'nin kabul ettiği meslek ve servette denklige uyulmadan yapılan evliliklerde velinin rızası alınmamışsa, onun nikahı fesih hakkı vardır. Ancak kararname bu hususta değişik bir yol izleyerek 17 yaşını doldurmuş kızların nikahında velisinin bir itirazı olup olmadığını sorarak nikahtan sonra fesih imkanını en aza indirmiştir. Bu durumda kararnamenin de açık olarak belirttiği gibi ancak bir kızın velisinden saklayarak dengi olmayan bir erkekle evlenmesi durumunda, velinin nikahı feshetme yetkisi bulunmamaktadır¹⁵⁹.

Kararname mehrin denk olması konusunda herhangi bir hüküm getirmemiştir. Mehirden denk olmaktan kasıt, evlenecek olan kızın dini, iktisadi ve sosyal bakımdan aynı seviyede sayılabilecek kızlara verilen mehirle denk olması durumudur. Ebu Hanife mehrin denk olmasını kefaetten kabul etmektedir. Kararname ise bu konuda Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'in görüşüne uymuştur¹⁶⁰.

¹⁵⁴ Hanefî fihhına göre kefaet aranan noktalar şunlardır: 1. Nesepte denklik. 2. Müslüman olma. 3. Meslekte denklik. 4. Servette denklik. 5. Dindarlık ve iyi ahlak sahibi olmakta denklik. 6. Hürriyette denklik. CİN/AKGÜNDÜZ, c. II, s. 77; AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 283; CİN, s. 161-164.

¹⁵⁵ HAK, m. 45. "Mal ve hırfet gibi hususatta erkeğin kadına küfü' (denk) olması nikahın lüzumunda şarttır. Malda kefaet zevcin mehr-i muacceli i'taya ve zevcenin nafakasını tedarike muktedir olmasıdır. Hırfette (meslekte) kefaet zevcin süluk ettiği ticaret veya hizmetin şerefce zevce velilerinin ticaret ve hizmetleriyle mütekarib olmasıdır.", ANSAY, s. 7.

¹⁵⁶ CİN/AKGÜNDÜZ, c. II, s. 77.

¹⁵⁷ AYDIN, Aile, s. 193.

¹⁵⁸ HAK, m. 47. "Bir kebire, velisini ketm ile rızasını istihsal etmeksizin nefsinin ahirete tevzic ettiği surette nazar olunur. Eğer küfü'üne tevzic etmiş ise akid lazım olur; velev ki mehr i mislinden noksan ile olsun. Amma küfü' olmayan kimseye tevzic etmiş ise velî hakime müracaatla nikahı feshettirebilir.", ANSAY, s. 7.

¹⁵⁹ AYDIN, Aile, s. 194; CİN/AKGÜNDÜZ, c. II, s. 77.

¹⁶⁰ AYDIN, Aile, s. 194.

5. Evliliğin Hükümleri

HAK, evliliğin hükümlerini mehir, nafaka¹⁶¹ ve mesken¹⁶² gibi maddî borçlar ile birden fazla karısı olan kocanın eşlerine adil ve eşit davranması¹⁶³, karı-kocanın karşılıklı olarak birbirleriyle iyi geçinmeleri¹⁶⁴ gibi manevî yükümlülükler şeklinde düzenlemiştir. Ayrıca Kararnameye göre koca, başka karısından olan gayri mümeyyiz çocuğunun dışında akrabalarını, eşinin rızası olmaksızın aynı evde barındıramaz. Aynı şekilde kadın da kocasının rızası dışında önceki evliliğinden olan çocukları ve akrabalarını aynı evde oturtamaz¹⁶⁵. Osmanlı Devleti'nin ilk yıllarından itibaren aynı hükümler geçerli olduğu halde bu hükümlerin her zaman uygulanma imkanı bulunduğunu söylemek güçtür. Pederşahi aile sisteminin yaygın olduğu Osmanlı toplumunda kadınlar isteseler de istemeseler de çoğu kez kocanın ailesiyle birlikte oturmak zorunda kalmışlardır¹⁶⁶.

Mehir ve nafaka konularını önemlerinden dolayı ayrı başlıklar altında incelemeyi uygun buluyoruz.

a. Mehir

Mehir konusuna 12 madde ayıran kararname genel olarak Hanefî mezhebine bağlı kalmakla birlikte, ayrıldığı noktalar da vardır. HAK, mehrin alt sınırı konusunda herhangi bir miktar belirtmeyerek, alt sınırı 10 dirhem olarak kabul eden Hanefî görüşünden ayrılmıştır. Bu durum Esbab-ı Mucibe Layihası'nda

¹⁶¹ HAK, m. 69, "Nikahın sahihen in'ikadiyla beraber zevc üzerine zevcenin mehir ve nafakası lazım gelir ve aralarında hakkı tevarüs sabit olur.", ANSAY, s. 8.

¹⁶² HAK, m. 70, "Zevc kendi istediği mahalde zevcesi için bilcümle levazımıyla bir mesken'i şer'i tedarikine mecburdur.", ANSAY, s. 8.

¹⁶³ HAK, m. 74, "Müteaddid zevcesi olan kimse onlar beyninde icrai adalet ve musavata mecburdur.", ANSAY, s. 9.

¹⁶⁴ HAK, m. 73, "Zevc zevcesiyle hüsni muâşerete, zevce dahi umur'i muba hada zevcine itaata mecburdur.", ANSAY, s. 8.

¹⁶⁵ HAK, m. 72, "Zevc, hanesinde gayri mümeyyiz veled i sağirinden başka ehil ve ekaribini zevcesinin rızası olmaksızın iskan edemez. Zevce dahi zevci razi olmadıkça kendi evlat ve ekaribini birlikte iskan eyleyemez.", ANSAY, s. 8.

¹⁶⁶ Nitekim Üsküdar şeriye mahkemesi 16 Haziran 1917 tarihli bir kararında kocanın kızkardeşinin küçük ve ana babasının olmadığı gerekçesiyle kadının ayrı oturma konusundaki müracaatını reddetmiştir. Bu karar kararnameden öncedir. Fakat kararname öncesinde de kararnamedeki görüş geçerlidir. AYDIN, Aile, s. 195. Ancak 72. maddeye uygun kararlar da vardır. Nitekim Edirne mahkemesinin 16 Ramazan 1337 tarihli bir kararında davacı kadın, kayın validesi ve görünçesiyle birlikte oturduğunu ve bundan mutazarrır olduğunu beyan ederek ayrı bir mesken talebinde bulunmuştur. Mahkemece yapılan tahkikatta kadının talebinde haklı olduğu anlaşılarak kadının lehine hükmedilmekte ve ayrı bir mesken temin edinceye kadar koca üzerine karısı için nafaka takdir edilmektedir. EŞS 612/94b-95a. AYDIN, Aile, s. 197-198, dipnot 168.

dile getirilmiştir. Layiha'da, 10 dirhemin çok önemsiz bir miktar olduğu, ülkenin hiçbir yerinde artık bu miktar üzerine nikah kıyılmadığı, bu yüzden de Hanbelî mezhebine uyularak mehr-i müsemmada bir alt sınır tespitinin terk edildiği belirtilmektedir¹⁶⁷. Aynı şekilde Kararname mehr-i müsemmaya bir üst sınır da getirmemiştir. Oysa Tanzimat'tan sonra ülkenin iktisadî şartlarıyla ilgili olarak Osmanlı toplumu dört tabakaya ayrılmış, her bir tabaka için mehirde bir üst sınır belirlenmişti. Ancak o zaman bile uygulama imkanı bulmuş olduğu çok şüpheli olan bu karar, Kararnamenin hazırlandığı sırada hiç dikkate alınmamış ve bir üst sınır getirilmemiştir¹⁶⁸.

Kararnamenin 87. maddesine göre¹⁶⁹ mehr-i müsemmanın miktarında uyuşmazlık çıktığında, koca mehir olabilecek bir mal iddia ederse onun sözüne itibar edileceği hükme bağlanmıştır. HAK, bu konuda, Osmanlı uygulamasında o döneme kadar kabul edilen Ebu Hanife'nin görüşünü terk etmiştir. Ebu Hanife'ye göre söz konusu uyuşmazlık durumunda mehr-i misile itibar edilmelidir. Ancak mehr-i misili objektif ve adil olarak tespit edebilmek her zaman kolay değildir. Bu durumu dikkate alan komisyon üyeleri, mehr-i misil tespitinde ortaya çıkacak uyuşmazlıkları önlemek için Ebû Yusuf'un görüşüne uyularak kocanın sözüne itibar edilmesini hükme esas almışlardır¹⁷⁰.

b. Nafaka

Kararnamenin nafaka ile ilgili faslında sadece evlilik nafakasıyla ilgili hükümler yer almış, aile hukuku içerisindeki diğer nafaka türlerine girilmemiştir

HAK'nin nafaka ile ilgili hükümleri Hanefî içtihadına göre düzenlenmiştir. Söz konusu hükümlerde, evinin ihtiyaçlarını karşılamayan¹⁷¹ ya da çeşitli ne-

¹⁶⁷ AYDIN, Aile, s. 196-197; CİN/AKGÜNDÜZ, c. II, s. 85. "... Ancak on dirhem gümüş zamanımızdaki kıymeti itibariyle bir şey-i hasis olup memleketin hiçbir tarafında bu miktarda mehir tayini tarafeynin fikrinden mürur etmiyeceği gibi dirhemin sadr-ı İslamdaki kuvveyi iştiraiyyesi nazarı itibara alınırsa hem kaideye muhalif hem çoklarının te'diyye edemeyeceği bir hadde vasıl olur. Ulemâ-i Hanbeliyye ... mehrin ekal mertebesi için bir had mutasavver olmayıp tarafeynin rızasıyla taayün edeceğinden işbu layihada mehrin ekal mertebesine taarruz edilmeyerek tarafeynin bitterazi ta'yin edecekleri miktar malın lazım geleceği kabul ve 80. madde bu esas üzerine tanzim edildi." EML, ANSAY, s. 28.

¹⁶⁸ AYDIN, Aile, s. 196.

¹⁶⁹ HAK, m. 87, "Mehri müsemmanın miktarında ihtilaf olunup da zevc mehir olması mütearef olan şey iddia ettiği halde söz onundur.", ANSAY, s. 10.

¹⁷⁰ AYDIN, Aile, s. 196-197; CİN/AKGÜNDÜZ, c. II, s. 85.

¹⁷¹ HAK, m. 96, "Zevc zevcesini infaktan aciz kalıp da zevce nafaka talep ederse hakim zevc zimmetinde deyn olmak üzere yevmi talepten itibaren nafaka takdir eder. Ve zevc namına istidane etmesi için zevceye izin verir.", ANSAY, s. 11.

denlerle karşılayamayan¹⁷² kocalara karşı kadınların mahkemeye başvurabilecekleri ve kendileri için kocaları üzerine nafaka takdir ettirebilecekleri hükme bağlanmıştır¹⁷³.

C. BOŞANMA (TALAK)

1. Genel Olarak

Bu başlık altında Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin boşanma konusunda Osmanlı aile hukukuna getirdiği yenilikleri inceleyeceğiz.

Kararname boşanma konusunda klasik Osmanlı aile hukukunda reform sayılabilecek hükümler getirmiştir. XVI. Yüzyılın ortalarından beri resmî mezhep durumunda olan Hanefî mezhebinin içtihatları yanında, diğer mezheplerin boşanma ile ilgili hükümlerine de başvurulmuştur. Özellikle kadının sosyal hayatta yeni yeni yer almaya başlamasının, kararnamede kadının lehine düzenlemelere gidilmesinde etkili olduğu söylenebilir.

HAK'nin ikinci kitabı “Müfarakat” başlığı altında boşanma hükümlerini içerir. Bu kitapta talak ehliyeti, talakın yeri ve talak lafızlarına yer verilmiştir. Kararnameye göre talak ehliyetine sahip olan kimse kocadır¹⁷⁴. Koca herhangi bir mahkeme hükmüne gerek olmaksızın karısını boşayabilir. İslam hukukunun esaslarına da uygun olan bu hükme göre, kocanın karısını boşamasına devletin bir müdahalesi söz konusu değildir. Kadının eşini boşaması söz konusu ise bu durumda devlet boşanmaya müdahale etmekte ve ancak hakimin kararından sonra boşanma gerçekleşmektedir¹⁷⁵.

¹⁷² HAK, m. 97, “Zevc zevcesini bila nafaka terk ile ihtifa yahut müddet-i seferi baid veya daha karib bir mahalle giderek tagayyup eder ve mefkut olursa hakim zevcenin zevciyyet hakkında ikame edeceği beyyine üzerine zevcin nafaka terk etmediğine ve elan nâşize ve iddeti geçmiş mutallaka olmadığına zevceyi tahlif ettikten sonra yevmi talepten itibaren nafaka takdir eder. Ve ledelhâce zevc namına istidane etmesi için zevceye izin verir.”, ANSAY, s. 11

¹⁷³ Bu konuda oldukça fazla mahkeme kayıtlarına rastlanmaktadır. Burada iki örneği vermekte yarar görüyoruz: Edirne Şeriyye Mahkemesinin 3 Ramazan 1337 tarihli bir kararında davacı kadın, dört yıldan beri kayıp olan kocasından nafaka talebinde bulunmakta ve mahkeme isteğe uygun olarak gaib koca üzerine nafaka takdir ettirmektedir. EŞS, 612/92a.'dan naklen, AYDIN, Aile, s. 197, dipnot 168. Benzer şekilde yine Edirne Mahkemesinin 3 Zilkade 1336 tarihli bir kararında da davacı kadın hapiste bulunan kocasından nafaka talebinde bulunmakta, mahkeme isteğe uygun olarak kadın için nafaka takdir etmektedir. EŞS, 612/25a.'dan naklen, AYDIN, Aile, s. 197, dipnot 168.

¹⁷⁴ HAK, m. 102, “Talakın ehli, mükellef olan zevcdir”, ANSAY, s. 11.

¹⁷⁵ CİN Halil, Eski Hukukumuzda Boşanma, Konya, 1988, s. 126; AYDIN, Aile, s. 198; AKYILMAZ, Kadının Statüsü, s. 42.

Kocanın karısını dilediği zaman boşayabilme hakkını kabul etmesine rağmen Kararname, nikah ve boşanma işlemlerinin belirli bir düzen içerisinde yürütülebilmesi için, 110. maddede¹⁷⁶ karısını boşayan kocaya durumu hakime bildirme zorunluluğunu yüklemiştir. Bu uygulama boşanmanın hakim tarafından tutulan sicile işlenmesi amacını taşımaktadır¹⁷⁷. Ceza kanununda yapılan bir değişiklikle, bu yükümlülüğe uymayan koca için bir haftadan bir aya kadar hapis cezası öngörülmüştür¹⁷⁸.

HAK’nde mektup ve elçi aracılığıyla yapılan boşama ile fuzulinin boşamasına hiç yer verilmemiştir. Ancak bu şekilde karısını boşayan ve durumu mahkemeye bildiren kimselerin boşamalarını yine de geçerli saymak gerekecektir¹⁷⁹.

HAK’nin boşanma konusunda getirdiği büyük yeniliklerden birisi sarhoşun karısını boşaması konusudur. Kararnameye kadar Osmanlı aile hukukunda Ebu Hanife’nin görüşüne uygun olarak, bilerek ve isteyerek sarhoş olan kimsenin yapmış olduğu boşama geçerli kabul edilmiştir. Ancak cebir veya tehditle veya başka bir zorunluluk sonucunda, örneğin doktor tavsiyesi ile ilaç ya da alkol almış kocanın boşanma iradesi hüküm ve sonuç doğurmamaktadır¹⁸⁰. HAK ise sarhoşun karısını boşaması konusunda bir ayrıma gitmeksizin, bu tip boşamaları geçersiz saymıştır¹⁸¹. Burada sarhoşun boşaması geçersiz sayılırken, sarhoşun boşamasından sadece kendisinin değil, ailesinin de zarar gördüğü ve dolayısıyla cezalandırıldıkları göz önüne alınmıştır¹⁸².

İkrah altında gerçekleşen boşanmaların geçersiz olacağı¹⁸³ da kararnamenin boşanma konusunda getirdiği yeniliklerden bir tanesidir. Kararname bu hükümüyle o döneme kadar süregelen Hanefi görüşüne bağlılıktan ayrılmakta ve diğer üç mezhebe uymaktadır. Esbab-ı Mucibe Layihasında bu görüşün zamanın şartlarına daha uygun olduğu ifade edilmiştir¹⁸⁴. Sarhoşun boşaması ve ikrah

¹⁷⁶ HAK, m 110, “Zevcesini tatlik eden zevc, keyfiyeti hakime beyan etmeye mecburdur”, ANSAY, s. 12.

¹⁷⁷ CİN, Boşanma, s. 127; AYDIN, Aile, s. 198.

¹⁷⁸ Kanun-ı Cezanın 200. maddesinin 19 Rebiulahir 1332 tarihli zeyl-i sanisini muaddil kararname, m. 1., naklen, AYDIN, Aile, s. 171.

¹⁷⁹ AYDIN, Aile, s. 198.

¹⁸⁰ CİN, Boşanma, s. 41; KARAMAN, s. 299.

¹⁸¹ HAK, m. 104, “Sarhoşun talakı muteber değildir”, ANSAY, s. 11.

¹⁸² AYDIN, Aile, s. 199.

¹⁸³ HAK, m. 106, “İkrah ile vukubulan talak muteber değildir”, ANSAY, s. 11.

¹⁸⁴ AYDIN, Aile, s. 199; CİN, Boşanma, s. 126.

altında boşanma hakkında hükümler getiren kararname, hatayla ve şaka beyanıyla yapılan boşamalar konusunda herhangi bir hüküm getirmemiştir.

Kararnameye göre koca boşanma iradesini sarih sözlerle açıklayabileceği gibi kinayeli sözlerle de açıklayabilir¹⁸⁵. Fakat boşanma iradesi olarak kullanılan üstü kapalı (kinayeli) ifadelerden asıl irade tam olarak anlaşılamiyorsa, kocanın gerçekten boşanma niyetinin olup olmadığını araştırmak gerekir. Bu konuda HAK, İmam Şafii'nin görüşüne uymuştur. Bu durumda Hanefî mezhebine uygun olarak durumun delaletine itibar edilmez¹⁸⁶. Görülüyor ki boşanmanın tek taraflı bir hukukî işlem olduğu esası, ilke olarak korunmakta ve üstü kapalı sözlerle boşanma iradesi açıklandığı durumlarda gerçekten boşanma amacının olup olmadığı araştırılmaktadır. Kocanın talaka niyetli olup olmadığı konusunda karı koca uyuşmazlığa düşmüşlerse kocanın yeminli beyanına itibar edilecektir (bkz. HAK, m. 109)¹⁸⁷. Koca boşanmaya niyet etmemişse durum ona delalet ediyor diye talaka hükmetmek komisyon tarafından kamu yararına uygun görülmemiştir¹⁸⁸.

Yine kararnameye göre koca boşanma iradesini taliki bir şarta ya da vadeye bağlayabilmektedir¹⁸⁹. Boşanmayı ifade eden irade beyanı, kayıtsız ve şartsız olabileceği gibi, taliki (geciktirici) bir şarta veya vadeye de bağlanabilir. Bu konuda evlenme boşanmadan ayrılmaktadır. Taliki bir şarta bağlanan boşanma, bu şart gerçekleştiği anda hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bununla birlikte, şart gerçekleşinceye kadar evlilik tüm hükümleriyle devam eder. Yine vadeye bağlanmış talak da vade geldiğinde sonuçlarını doğurur¹⁹⁰.

2. Ric'i Ve Bain Talak

Kararname ric'i (dönülebilir) talak ve bain (ayırıcı) talak konusunda Hanefî mezhebinin görüşlerini esas almıştır. Bu yüzden bu boşanma türleri hakkında fazla ayrıntıya girilmeyecektir.

¹⁸⁵ HAK, m. 109, "Talak, elfaz ı sariha ile vaki olur. Mütearif olan elfaz ı kineviyye dahi sarih hükmündedir. Amma mütearif olmıyan elfaz ı kineviyye ile talakın vukuu ancak zevcin niyyetine mütevakkıftır. Zevcin talaka niyyet edip etmediği hakkında tarafeyn ihtilaf etseler zevc, yemini ile tasdik olunur", ANSAY, s. 12.

¹⁸⁶ AYDIN, Aile, s. 199.

¹⁸⁷ CİN, Boşanma, s. 126-127.

¹⁸⁸ AYDIN, Aile, s. 199.

¹⁸⁹ HAK, m. 106, "Talakın şarta taliki sahihtir"; m. 107, "Talakın zaman ı müstakbele izafe-si sahihtir", ANSAY, s. 11.

¹⁹⁰ CİN, Boşanma, s. 53-54; CİN/AKGÜNDÜZ, c. II, s. 91-92.

Ric'î talak, boşanmanın dönülebilir olduğunu gösterir sarih bir ifadeyle, geçerli bir şekilde evlenmiş ve zifafı geçirmiş olan kadın hakkında geçerli olur¹⁹¹. Dönülebilir boşanma, evlilik bağına hemen ortadan kaldırmaz. İddet içinde koca, boşanma iradesinden fiilen veya sözlü olarak dönerek karısı ile yeniden birleşebilir. İddet içinde boşanma iradesini geri alan koca, mevcut nikahı devam ettirmiş sayılır. Bu konuda kadının rızasına ve yeni bir mehir ödemeye gerek yoktur¹⁹² (HAK, m. 112-113)¹⁹³. Ayrıca talak iradesinden dönme şarta ve vadeye bağlanamaz¹⁹⁴. Dönülebilir boşanma ancak üç kez tekrarlanabilir. Üçüncü boşanmadan sonra artık kesin ayrılık hükmü gerçekleşir. Bu durumda kocanın eski eşiyle tekrar evlenebilmesi için hülle usulüne başvurması gerekir¹⁹⁵.

Bain (ayırıcı) talak ise kararnamenin 116. maddesinde hükme bağlanmıştır¹⁹⁶. Eğer koca, karısını zifaftan önce boşarsa veya zifaftan sonra boşanmanın ayırıcı olduğunu gösteren sözlerle boşanma iradesini açıklarsa ya da boşanma için eşinden bir karşılık alırsa baîn talak söz konusu olur¹⁹⁷.

Baîn talakta ric'î talakın aksine, evlilik bağı derhal ortadan kalkar. Üç talaktan sonra kesin ayrılığın ortadan kalkabilmesi için kadının hülle kastı olmaksızın bir başka erkekle evlenmesi ve bu evliliğinde ölümle ya da talakla son bulması gerekir. Hanefiler dışındaki üç mezhebin görüşü bu yöndedir. Ebû Yusuf ve İmam-ı Muhammed'in görüşleri de buna yakındır. İmam-ı Azam'ın mezhepte hakim olan görüşüne göre ise böyle bir ikinci nikah mekruhtur. Fakat bu şart yok farzedilerek bu nikah geçerli kabul edilir. Talak ve ölümle son bulması du-

¹⁹¹ HAK, m. 111, "Bir kimse nikahı sahih ile menkuhasını takarrübden sonra lafz ı sarih ile tatlik etse talak ı ric'î vaki olur", ANSAY, s. 12.

¹⁹² CİN, Boşanma, s. 127; KARAMAN, s. 303; BİLMEN, c. II, s. 175.

¹⁹³ HAK, m. 112, "Talak-ı ric'î filhal zevciyyeti izale etmez. İddet içinde zevcin zevcesine kavlen veya fiilen hakk î rücuu vardır. Bu hak, iskat ile sakıt olmaz"; m. 113, "Zevc, iddet içinde rücu ederse henüz mevcut olan nikahı idame etmiş olur. Bu hususta kadının rızasını istihsale muhtaç olmaz ve mehr i cedid lazım gelmez", ANSAY, s. 12.

¹⁹⁴ HAK, m. 114, "Şarta talik ve zaman i müstakbele izafe olunan rücu' sahih değildir", ANSAY, s. 12.

¹⁹⁵ CİN, Boşanma, s. 127.

¹⁹⁶ HAK, m. 116, "Bir kimse nikah ı sahih ile menkuhasını takarrübden evvel tatlik ederse talak i baîn vaki olur. Ve keza beynunet ifade eden elfaz ile veya bir ivaza mukarin olarak tatlik ederse talak ı baîn vaki olur", ANSAY, s. 12.

¹⁹⁷ CİN, Boşanma, s. 127-128; KARAMAN, s. 303-304; BİLMEN, c. II, s. 175; AYDIN, Aile, s. 40.

rumunda da kadın birinci kocasına helal olur. Kararname bu görüşü terk etmiştir¹⁹⁸. İkinci evliliğin maksad-ı tahlil ile olmayarak gerçekleşmesi gerekir¹⁹⁹.

HAK, muhalaaya hiç yer vermemiştir. Ancak 116. maddeden muhalaanın geçerli olduğu anlaşılmaktadır (bkz. m. 116). Fakat bu konuda açık bir hüküm getirilmemiştir. Büyük ihtimalle bu konudaki boşluğun doldurulması doktrine bırakılmış olmalıdır²⁰⁰.

3. Tefrik

Kararnamenin en önemli bölümlerinden birisi de kadına bazı durumlarda kazaî boşanma hakkını tanıyan hıyar-ı tefrik bölümüdür. Tefrik konusunda mezheplerin görüşleri farklıdır. Bu konuya en katı yaklaşan Hanefî mezhebi olmuştur. Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre sadece kocanın iktidarsız olması kadına tefrik hakkı verir. İmam Muhammed göre ise iktidarsızlık dışında akıl hastalığı, cüzzam, baras (alaca hastalığı) da tefrik nedenidir²⁰¹. Kararnameye kadar, Osmanlı Devleti'nde resmî mezhep olarak kabul edilen Hanefî mezhebinin ve dolayısıyla Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'un görüşüne uyularak, kadına sadece kocasında bulunan ve evliliğin devamına engel bir kusur nedeniyle kazaî boşanma (tefrik) hakkı tanınmıştır²⁰². Ancak HAK, bu klasik görüşe ilave olarak hem Hanefî mezhebinin diğer görüşlerinden hem de diğer mezheplerden yararlanarak kadına başka durumlarda da tefrik yoluyla boşanma hakkı tanımıştır. Böylece 1916'da kadına bazı durumlarda tefrik hakkı tanıyan iki irade-i seniyye ile başlayan gelişme HAK ile tamamlanmış olmaktadır²⁰³.

Kararname tefriki dört ana başlık altında düzenlemiştir. Bunlar, Evliliğe engel bir kusur (ayıp) nedeniyle tefrik, hastalık nedeniyle (akıl hastalığı, cüzzam, baras ve zührevî hastalıklar) tefrik, gaiplik nedeniyle tefrik ve geçimsizlik nedeniyle tefriktir²⁰⁴.

¹⁹⁸ HAK, m. 118, "Beynünnet i kat'iyeye zevcenin iddeti mürur eyledikten sonra maksad i tahlil ile olmayarak zevc i ahere varup ba'dettekarrub ondan ifirakı ve iddetinin müruru zail olur", ANSAY, s. 12.

¹⁹⁹ AYDIN, Aile, s. 200.

²⁰⁰ AYDIN, Aile, s. 200.

²⁰¹ CİN, Boşanma, s. 88 vd.; AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 301; AKYILMAZ, Kadının Statüsü, s. 47.

²⁰² AKYILMAZ, Kadının Statüsü, s. 47-48; AYDIN, Aile, s. 200.

²⁰³ AYDIN, Aile, s. 200.

²⁰⁴ AKYILMAZ, Osmanlı Aile, s. 371; AYDIN, İslam ve Osmanlı, s. 185.

a. Evliliğe Engel Fizyolojik Bir Kusur Nedeniyle Tefrik

HAK'ne göre kocasında cinsel iktidarsızlık vb. gibi evliliğin devamına engel bir ayıp bulunan kadın mahkemeye başvurarak tefrikini isteyebilir. 119. maddede²⁰⁵ düzenlenen bu hükme göre kadının böyle bir gerekçe ile tefrikini isteyebilmesi için kendisinde de benzer bir kusurun bulunmaması gerekir. Ayrıca nikahtan önce kocasının iktidarsızlığından başka, cinsel birleşmeye engel bir kusurunu bilen ve nikahtan sonra bu duruma razı olan kadın tefrik talebinde bulunamaz²⁰⁶. Bu tip bir tefrik talebi sonucunda hakim, eğer kusurun düzelme ihtimali söz konusu ise tefriki bir yıl süre ile erteleme yetkisine sahiptir. Bu süre içerisinde kusurda düzelme olmaz, koca boşanmaya yanaşmaz ve kadın da talebinde ısrar ederse hakim tefrike hükmeder²⁰⁷.

b. Hastalık Nedeniyle Tefrik

Kararname akıl hastalığı, cüzzam, baras ve zührevî hastalıkları tefrik nedeni olarak kabul etmiştir.

İlke olarak akıl hastalığını evlenme engeli sayan HAK'ne göre akıl hastaları ancak zaruret halinde ve hakim izniyle evlenebilmektedirler. Evlilikten sonra kocada akıl hastalığı belirir ve kadın bu gerekçe ile tefrik talebinde bulunursa, hakim tefriki bir yıl süre ile erteler. Bu süre içerisinde hasta iyileşmez ve kadın

²⁰⁵ HAK, m. 119, "Mani i takarrub uyubdan salim olan kadın, zevcinin böyle bir illet ile malul olduğuna muttali oldukça hakime bilmüraca tefrikini talep edebilir. Amma kendinde böyle bir ayıp bulunan kadının talebi mesmu olmaz. Şu kadar ki takarrub edilmiş olan zevcenin zevcede hadis olan bu kabil ayıp sebebiyle hak ı hiyari yoktur", ANSAY, s. 12.

²⁰⁶ HAK, m. 120, "Kablen nikah zevcinin innetten maada manii takarrub aybına muttali' veya ba'd en nikah her hangi bir ayıba razı olan zevcenin hakk ı hiyari sakıt olur. Fakat kablen nikah innete ittıla hakk ı hiyari iskat etmez.", ANSAY, s. 12-13; CİN, Boşanma, s. 128; AYDIN, Aile, s. 200-201.

²⁰⁷ HAK, m. 121, "Zevce mevadd ı sabıkada muharrer olduğu üzere hakime müracaat ettikde nazar olunur. Eğer illet kabil i zeval değilse hakim derhal beyinlerini tefrika hüküm eder ve eğer kabil i zeval ise hakim zevci zaman i mürafaadan ve şayet mariz ise vakti ifakatinden itibaren bir sene müddetle te'cil eyler. Esnay i te'cilde zevc veya zevce az çok bir müddet takarrube mani olacak derecede hasta olur veya zevce gaybubet ederse bu suretle geçen müddet hesaba idhal edilmez. Lakin zevcin gaybubeti ve zevcenin eyyem ı hayz ı hesaba idhal edilir. Bu müddet zarfında illet zail olmadığı ve zevc talaka razı olmayıp zevce dahi talebinde musır olduğu halde hakim tefrike hükmeder. Mürafaanın gerek bidayet ve gerek nihayetinde zevc, takarrubunu iddia eylediği takdirde zevce seyyib ise söz ma al yemin zevcindir. Bakir ise söz bila yemin zevcenindir." ANSAY, s. 13; AYDIN, Aile, s. 201.

da tefrik konusunda ısrar ederse hakim tefriğe karar verir²⁰⁸. Bu konuda da HAK İmam Muhammed'in görüşüne uymuştur²⁰⁹.

HAK, yukarıda saydığımız diğer hastalıklar nedeniyle tefriki 122. maddede hükme bağlamıştır²¹⁰. Söz konusu hükme göre kadın, kocasının cüzzam, baras veya zührevî bir hastalığı olduğunu evlendikten sonra öğrenir ya da kocası bu tip hastalıklardan birine evlendikten sonra yakalanırsa mahkemeye tefrik talebinde bulunabilir. Talep sonucunda, eğer hastalığın iyileşme ihtimali varsa hakim tefriki yine bir yıl süre ile erteler. Bu süre içerisinde koca iyileşmediği gibi boşanmaya da yanaşmaz ve kadın da isteğinde ısrar ederse hakim tefrik kararı verir. Bu, İmam Muhammed'in görüşüdür. 1916 tarihli irade-i seniyye de bu görüşü kabul etmiştir²¹¹.

Kararnamenin 124. maddesine göre kadının dava hakkına sahip olduğu bu durumlarda hemen mahkemeye başvurma zorunluluğu yoktur. Davayı bir süre geri bırakabileceği gibi açılmış davayı da bir süre takip etmeyebilir²¹². İktidarsızlık ve yukarıda saydığımız diğer hastalıklar nedeniyle boşanmadan sonra, eski karı koca yeniden evlenirlerse artık kadın aynı nedenlere dayanarak boşanma talebinde bulunamaz²¹³.

Kararname, aynı tip hastalıklara kadının yakalanması durumunda kocanın tefrik hakkının bulunup bulunmadığından söz etmemektedir. Hanefî mezhebine göre zaten boşanma yetkisine sahip olan koca için tefrik hakkı tanımaya gerek de

208 HAK, m. 123, "Akd i nikahtan sonra zevce tecennum edip de zevce hakime bilmüracaa tefrikini talep etse hakim tefriki bir sene müddetle te'cil eder. Bu müddet zarfında cinnet zail olmadığı ve zevce musır bulunduğu halde tefrika hükmeylet.", ANSAY, s. 13.

209 AYDIN, Aile, s. 201; CİN, Boşanma, s. 129; KARAMAN, c. I, s. 315.

210 HAK, m. 122, "Cüzam, beres ve illet i zühreviyye gibi bila zarar birlikte ikamet mümkün olmayan illetlerden birinin zevcede vücuduna ba'd en nikah muttali' olur veya muahharan böyle bir illet tahaddüs ederse zevce hakime bilmüracaa tefrikini talep edebilir. İlet i vakıanın zevali ümid olunursa hakim tefriki bir sene te'cil eder. Bu müddet zarfında zail olmadığı ve zevce talaka razı olmayıp zevce dahi talebinde musır olduğu takdirde hakim tefriğe hüküm eyler. Amma kör veya topal olmak gibi uyubdan birinin zevcede bulunması tefriki mucib olmaz.", ANSAY, s. 13.

211 CİN, Boşanma, s. 129; AYDIN, Aile, s. 201; AKYILMAZ, Kadının Statüsü, s. 47-48.

212 HAK, m. 124, "Muhayyer olduğu yerlerde zevcenin hiyarı fevrî değildir. Davayı bir müddet tehir veya ikame i davadan sonra bir müddet terkedebilir.", ANSAY, s. 13; CİN, Boşanma, s. 129.

213 HAK, m. 125, "Mevadd ı sabıkaya tevfikten sonra tarafeyn tecdid i akd ederlerse ikinci tezevvüc de zevcenin hakk ı hiyarı yoktur.", ANSAY, s. 13; CİN, Boşanma, s. 129-130.

yoktur. Ancak diğer üç mezhep bu konularda erkeğe de tefrik hakkı tanımaktadır²¹⁴.

c. Gaiplik Nedeniyle Tefrik

Gaiplik nedeniyle tefrik konusunda iki durumu birbirinden ayırmak gerekir. Bunlar, kocanın nafaka bırakmaksızın kaybolması ve nafaka bırakarak kaybolmasıdır.

Kararname, kocanın nafaka bırakmadan kaybolması durumunda kadının tefrik hakkını 126. maddede düzenlemiştir²¹⁵. Söz konusu hükme göre, koca ailesinden uzaklaşıp kaybolur ya da bir yerde gizlenir ve evin geçimini sağlamak kadın için güçleşirse kadının mahkemeden tefrik isteme hakkı vardır. Başvuru üzerine hakim, gerekli araştırmayı yaptıktan sonra tefrike karar verir. Bu hüküm, kararnamenin getirdiği önemli yeniliklerden birisidir. Çünkü Hanefî mezhebi böyle bir durumda kadına tefrik hakkı tanımamaktadır. Aynen 1916 tarihli irade-i seniyyede olduğu gibi HAK de bu konuda diğer üç mezhebin görüşlerine uyumuş, dönemin iktisadî ve toplumsal şartlarına daha uygun çözümü benimsemiştir. Bu görüşün kabul edilmesinde yaşanan bazı sosyal problemler de etkili olmuştur. Örneğin, bazı yabancı devlet uyruklu müslüman erkekler, Osmanlı uyruklu müslüman kadınlarla evlenmişler ve eşlerini çok zor durumda bırakarak ülkelerine döndükleri ve bir daha geri gelmedikleri görülmüştür. Söz konusu durumlarda mağdur olan kadınların başvuruları üzerine tefrike karar vermenin artık kaçınılmaz olduğu, 1916 tarihli irade-i seniyyede ifade edilmiştir²¹⁶.

Kocanın nafaka bırakarak gaip olması konusunda HAK'ne kadar Osmanlı uygulaması Hanefî görüşü doğrultusunda gerçekleşmiştir. Hanefilere göre gaipliğin kazaî boşanma nedeni sayılabilmesi için gaibin yaşatlarının hayatı kadar bir süre beklenmesini veya ömrünün 90 yıla tamamlanmasını şart koşmaktadırlar. Esas itibariyle bu durum kadına tefrik hakkı tanınmaması anlamına gelmektedir²¹⁷. İşte bu durumu kadın için bir yıkım olarak gören komisyon üyeleri Hanefî görüşünden ayrılarak bu konuda Malikî görüşünü esas almışlardır²¹⁸. Ancak HAK, kadın için iki ayrı durumda iki ayrı bekleme süresi kabul etmiştir.

²¹⁴ AYDIN, Aile, s. 201.

²¹⁵ HAK, m. 126, " Bir kadının zevci ihtifa veyahut müddet i sefer veya daha karip bir mahalle giderek tegayyüb edüp veya mefkud olup nafaka tahsili müteazzır olur ve zevce tefriki talep ederse hakim tahkikatı lazime icrasından sonra beyinlerini tefrika hükmeder.", ANSAY, s. 13.

²¹⁶ CİN, Boşanma, s. 130-131.

²¹⁷ CİN/AKGÜNDÜZ, c. II, s. 99.

²¹⁸ AYDIN, Aile, s. 202;

İlk olarak, gaip olan kocanın nerede olduğu bilinmiyor, hayat ve sağlığı hakkında bir haber de alınmıyorsa, haber alınmasından ümit kesildiğinden itibaren hakim tefrik zamanını dört yıl erteler. 127. maddeye göre²¹⁹ eğer bu süre içerisinde de gaip kocadan haber alınamaz ve kadın da tefrik isteğinde ısrar ederse hakim tefrike hükmeder²²⁰.

İkinci olarak Koca bir savaşta gaip olmuşsa, hakim tefriki, iki tarafın askerlerinin ve esirlerinin yerlerine dönüşünden itibaren bir yıl süre ile erteler. Bu bir yıl içerisinde koca dönmemiş ise hakim tefrik kararı verir. Her iki durumda da kadın, hüküm tarihinden itibaren ölüm iddeti bekler (bkz. m. 127)²²¹.

Bu hükümlerin kararnamede Maliki mezhebinin görüşlerine uyularak yer almasında ardarda yaşanan Balkan ve I. Dünya savaşlarının ve bunların neden olduğu toplumsal ve iktisadî çalkantıların da büyük rolü vardır²²².

Hak, gaiplik konusunda sadece kendisinden haber alınamayan kocaları dikkate almış, nerede oldukları bilinen fakat evlerine dönmeyen kocalar için herhangi bir hüküm getirmemiştir. Ayrıca Malikilere göre hapis vb. gibi durumlar da tefrik nedeni olarak görülürken HAK, süresi ne olursa olsun bu durumda tefriki kabul etmemiştir²²³.

HAK'ne göre²²⁴ gaiplik nedeniyle tefrikine hükmolunan kadın başka bir erkekle evlenirse, daha sonra ilk kocasının dönmesi ikinci evliliğin feshini gerektirmez. Ancak kocanın ölümüne hükmedilmesi durumunda, ikinci bir erkekle evlenmiş olan kadının bu evliliği, eğer ilk kocası geri dönerse feshedilir (m. 129.)²²⁵. Tefrik, bir mahkeme kararı olduğu için bu durumdan dönme kabul

²¹⁹ HAK, m. 127, "Nafaka cinsinden mal terkettiği halde tegayyüb eden bir kimsenin zevcesi hakime bilmüraca tefrikini talep etse hakim o kimse hakkında icrayı tahkikat eder. Nerede olduğuna ve hayat ve mematına dair haber alınmasından yeis hasıl olursa yeis tarihinden itibaren dört sene te'cil eyler. İşbu müddet zarfında haber alınmadığı ve zevce talebinde musır bulunduğu halde tarafeyni tefrik eder. Eğer zevc muharebede gaybubet etmiş ise hakim tarafeyn i muharibeynin ve useranın yerlerine avdetinden itibaren bir sene müruru eyledikten sonra tefrika hükmeder. Her iki halde zevce hüküm tarihinden itibaren iddet i vefat bekler.", ANSAY, s. 14.

²²⁰ AYDIN, Aile, s. 202; CİN, Boşanma, s. 131; CİN/AKGÜNDÜZ, c. II, s. 99-100.

²²¹ CİN, Boşanma, s. 131; AYDIN, Aile, s. 202.

²²² AYDIN, Aile, s. 203.

²²³ AYDIN, Aile, s. 203.

²²⁴ HAK, m. 128, "Mevadd ı sabıka mucibince tefrikine hüküm olunan kadın âher bir şahıs ile tezevvüc ettikten sonra zevci evvelin zuhuru nikah ı ehîrin infisahını mucip olmaz.", ANSAY, s. 14.

²²⁵ HAK, m. 129, "Vefatına hüküm olunan kimsenin zevcesi âher bir şahısla tezevvüc ettikten sonra zevc i evvelin hayatı tahakkuk etse nikah ı sâni münfesih olur.", ANSAY, s. 14.

edilmemiştir. Fakat ölümüne hüküm verme durumunda bir tefrik kararı söz konusu olmadığından ikinci nikahın feshi yoluna gidilmiştir. Bu konuda, Hanefîler içerisinde de ikinci nikahın feshedilmeyeceği görüşünde olanlar bulunmakla birlikte komisyon, Ebussuud'un görüşünü kabul ederek 129. maddeyi ona göre düzenlemiştir²²⁶. HAK'nin bu konuda böyle bir düzenlemeye gitmiş olması, dönemin şartları da dikkate alındığında bir eksiklik olarak görülebilir. Kaldı ki Hanefî mezhebinde bile bu durumda ikinci nikahın feshedilmemesi yönünde görüşlerin bulunduğu belirtilmektedir.

d. Geçimsizlik Nedeniyle Tefrik

Geçimsizlik nedeniyle kadına tefrik hakkının tanınması kararnamenin getirdiği önemli yeniliklerden birisidir.

Geçimsizliğin kadından kaynaklandığı durumlarda kocanın zaten karısını boşama yetkisi vardır. Ancak geçimsizlik kocadan kaynaklanır ve koca talak veya muhalaa yoluyla karısını boşamaya yanaşmazsa, Hanefî ve dolayısıyla klasik Osmanlı hukukuna göre kadının yapabileceği hiçbir şey yoktur²²⁷.

Bu konuda Maliki içtihadını esas olan kararnameye göre, eşler arasında anlaşmazlık ve geçimsizlik ortaya çıkar da eşlerden birisi mahkemeye başvurursa hakim eşlerin ailelerinden birer hakem belirler. Bu hakemlerden oluşan "aile meclisi"nin görevi tarafların arasını düzeltmeye çalışmaktır. Bu mümkün olmaz ve kusurun kocada olduğuna kanaat getirilirse aile meclisi tefrik kararı verir. Kusurun kadında olduğu anlaşılırsa aile meclisi mehrin tamamı veya bir kısmı üzerinde muhalaa hükmeder. Eğer hakemler anlaşamazlarsa, mahkeme üçüncü bir hakem veya yeni bir hakem heyeti atar. Bu hakemlerin vereceği hükümler kesin olup bunlara itiraz mümkün değildir²²⁸.

²²⁶ AYDIN, Aile, s. 203.

²²⁷ AYDIN, Aile, s. 203; AKYILMAZ, Kadının Statüsü, s. 49.

²²⁸ HAK, m. 130, "Zevceyn beyninde niza' ve şikak zuhur edipte tarafeynden biri hakime müracaat ederse hakim tarafeyn ailelerinden birer hakem ta'yin eder. Bir veya iki taraf ailesinden hakem ta'yin olunacak kimse bulunmaz veya bulunup ta hakem olacak evsafı haiz olmazsa hariçten münasiplerini ta'yin eder. Bu suretle teşekkül eden aile meclisi tarafeynin ifadaat ve müdafaatını tetkik ile beyinlerini ıslaha çalışır. Kabil olmadığı surette kusur zevcede ise beyinlerini tefrik eder. Ve zevcede ise mehrin tamamı veya bir kısmı üzerine muhalaa eyler. Hakemler ittifak edemezlerse hakim evsafı i lazimeyi haiz diğer bir hey'et i hakemiyye veya tarafeyne karabeti olmayan üçüncü bir hakem ta'yin eyler. Hakemlerin verecekleri hüküm kat'i ve nâkabil i itirazdır.", ANSAY, s. 14; AYDIN, Aile, s. 204; CİN, Boşanma, s. 131-132; KARAMAN, c. I, s. 319; CİN/AKGÜNDÜZ, c. II, s. 100.

Kararnamenin 131. maddesine göre tefrik yoluyla gerekleŖen boŖanmalar birer bain talak hükmündedir ve durum tescil olunur²²⁹.

4. İddet

Talak ve vefat iddetini düzenleyen kararname sadece 140. maddede²³⁰ Malikî mezhebinden yararlanmıŖ, bunun dıŖında Hanefî mezhebinin esaslarından ayrılmamıŖtır. Kadın talaktan sonra eğer hamile değilse,  hayız dönemi iddet bekler. Bir hastalık nedeniyle hiç hayız görmeyen kadın, Hanefî mezhebine göre hayızdan (regl) kesilme yaŖı olan (sinn-i iyâs) 55 yaŖına kadar bekler. Bunun arkasından tekrar  ay iddet bekler. Doğal olarak bu durum kadın için büyük problemler yarattığı gibi erkek için de büyük bir külfet oluŖturmaktadır. Çünkü, hastalık nedeniyle hayız görmeyen kadın, neredeyse bir ömür boyu ne evli ne de dul bir durumda beklemekte, erkek ise yine bu kadar süre karısına iddet nafakası ödemektedir. Özellikle kötü niyetli kadınlar için bu durum istismara çok açıktır. HAK, hakkaniyete aykırı görünen bu durum karŖısında Malikî grŖn esas almıŖ, Hanefî grŖn terk etmiŖtir. 140. madde hükmüne göre, iddet içerisinde kadın hiç hayız görmezse veya bir ya da iki kez gördükten sonra üçüncüsünü görmezse ya da reglden kesilmiŖ ise bu tarihten itibaren  ay, eğer kesilmemiŖse iddetin lüzumu tarihinden itibaren dokuz ay iddet bekler²³¹. Görüldüğü gibi kararname bu hükümle daha adil bir çözüm getirmiŖtir.

IV. SONUÇ

1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ni ve Osmanlı aile hukukuna getirdiği yenilikleri incelemeye alıŖtıđımız bu alıŖmada görüleceği üzere, Kararname son dönem Osmanlı aile hukukuna ve Türk aile hukukunun geliŖimine önemli katkılar sađlamıŖtır.

alıŖmanın baŖında kararnamenin hazırlanıŖı ve özellikleri üzerinde durduk. HAK ile, İslam hukuk tarihinde aile hukuku ilk kez kanunlaŖtırılmıŖtır. Ancak bu çok kolay olmamıŖtır. Gerek İslam hukukunun ve buna bağlı olarak Osmanlı hukukunun klasik yapısı, gerek içinde bulunulan dönem itibariyle Osmanlı toplumundaki siyasi, sosyal ve ekonomik Ŗartlar göz önünde tutulduğunda böyle bir kararnamenin çıkarılması bir bakıma ciddi bir hukuk reformu olarak kabul edilebilir. Çünkü HAK, Osmanlı hukuk tarihi içerisinde gerekleŖtirilmiŖ ilk aile kanunu olmasının yanı sıra İslam hukuk tarihi açısından da bu özelliği bünye-

²²⁹ HAK, m. 131, "Mevadd ı salife mucibince tefrika dair sadır olan hüküm talak ı baini tazammum eder ve keyfiyet alelusul tescil edilir.", ANSAY, s. 14.

²³⁰ HAK, m. 140, "Mu'tedde zikrolunan müddet zarfında hiçbir hayız görmediği ve yahut bir veya iki hayız gördükten sonra mnkati' olduğu takdirde eğer sinn i iyâs a vasıl olmuŖsa vusul tarihinden itibaren  ay, olmamıŖ ise iddetin lüzumu zamanından itibaren dokuz ay iddet bekler.", ANSAY, s. 15.

²³¹ AYDIN, Aile, s. 205; CİN, BoŖanma, s. 114.

sinde taşımaktadır. Ayrıca, XVI. Yüzyıldan beri Hanefî mezhebinin resmî mezhep olma özelliği HAK'nin kanunlaşmasıyla büyük ölçüde zedelenmiştir. Dolayısıyla HAK'nin kanunlaşma sürecinde ortaya çıkan ciddi görüş ayrılıkları ve tartışmalar bu şartların doğurduğu sonuçlardır.

Çalışmamız boyunca yansıtmaya çalıştığımız gibi HAK ile yapılmak istenen, dağınık aile hukuku hükümlerini bir araya toplamaktır. Bununla birlikte sadece müslüman Osmanlı vatandaşlarının değil, gayrimüslim vatandaşların aile hukukuna ilişkin hükümleri de kararnameye alınmıştır. Daha önce de belirttiğimiz gibi burada amaç hukuk birliğini sağlamak olmuş ancak bu tam olarak sağlanamamıştır. Kararname hazırlandığı sıralarda özellikle kapitülasyonlar ve konsolosluk mahkemeleri vasıtasıyla yabancıların ve dolayısıyla gayrimüslim Osmanlı vatandaşlarının bir takım imtiyazlara sahip olmaları, kararnameyi hazırlayanlar için hukuk birliği amacını ateşleyen etkenler olmuştur.

Çalışmamız sırasında vardığımız sonuçlardan birisi de sistematik ve teknik olarak kararnamenin modern bir kanun anlayışıyla kaleme alındığıdır. İslam hukukunun bu en geniş ve dağınık alanını tedvin amacı güden kararnamenin, dönemin şartları dikkate alındığında, modern bir kanun metni olduğunu söylemek çok iddialı bir görüş sayılmasa gerektir. Ancak bir aile kanununda bulunması gereken bir takım hükümleri ihtiva etmeyişi kararname için bir eksiklik olmuştur. Bu eksikliklerin neler olduğunu ifade etmeye çalıştık.

Kararname evlenme ve boşanma konularında, İslam hukukunun dışına çıkmamakla birlikte içinde bulunulan dönemin ve XVI. Yüzyılın ortalarından beri süre gelen Osmanlı hukuk geleneğinin dışına çıkmıştır. Kararname ile “resmî mezhep anlayışı” önemli ölçüde esnekleştirilmeye çalışılmış, XVI. Yüzyılın ortalarında beri resmî mezhep olan Hanefî mezhebinin dışındaki diğer hukukî mezheplerin görüşlerine de başvurulmuştur. Şüphesiz ki bu durum, hukukun gelişimi açısından önemli bir yenilik olmuş, mezhep taassubunun kırılabilceğinin bir göstergesi olmuştur. Kaldı ki Kararnamede görüşlerine yer verilen diğer mezhepler de Hanefî mezhebi gibi “sünnî” hukuk mezhepleridir.

HAK, evlenme ve boşanma konusunda klasik yapıyı bir bakıma değiştirmiştir. Özellikle çok evliliği sınırlayıcı hükümler getirmesi, kefaet konusundaki düzenlemeler bu konuda çarpıcı örneklerdir. Yine boşanma konusunda tefrik sebeplerinin artırılması, kadınlar lehine olumlu gelişmeler olup, dönemin şartlarına daha uygun çözümler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Evlenme ve boşanma konusunda dikkatimizi çeken bir diğer nokta da bu işlemlerde devletin rolünün ve müdahalesinin artmasıdır. Bu durumu aile hukukunun modernleşme süreci açısından önemli bir gelişme olarak görüyoruz.

Sonuç olarak, Osmanlı Devleti'nin son günlerini yaşadığı bir dönemde, eksikleri bir tarafa olmakla birlikte, Hukuk-ı Aile Kararnamesi gibi bir düzenlemenin yapılmış olması, gerek Türk Hukuk Tarihi'ndeki kodifikasyon süreci

açısından gerek Türk Hukukunun modernleşmesi açısından çok önemli bir gelişmedir. Ayrıca Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin Cumhuriyet döneminde yapılan hukuk reformuna ve kanunlaştırma sürecine göz ardı edilemeyecek bir katkısının olduğu da söylenebilir.

VERGİ HUKUKU İLE İLGİLİ ANAYASAL İLKELER

Ümit Süleyman ÜSTÜN*

I. GİRİŞ

Vergi, kamu giderlerini karşılamak üzere herkesin malî gücüne göre devlete vermekle yükümlü olduğu ekonomik değerlerdir. Vergilendirme yetkisi, devletin varlık şartıdır. Devletin egemenliğini sürdürebilmesi için vergilerin büyük önemi vardır. Kamu harcamalarının ve dolayısıyla kamu hizmetlerinin gerçekleştirilmesinde de vergilerin payı büyüktür. Bunun dışında vergiler, kişi özgürlükleriyle de yakından ilgilidir.

Vergi hukuku, devletle kişiler arasındaki vergi ilişkilerinden doğan hak ve ödevleri düzenleyen bir hukuk dalıdır. Verginin hem devlet hem de kişiler bakımından oldukça önemli olması sonucu, devletin vergileme yetkisini hukuk kuralları çerçevesinde kullanmasının önemi daha iyi anlaşılmaktadır.

Anayasada vergilendirme ile ilgili önemli hükümler yer almaktadır. Anayasa incelendiğinde, dolaylı da olsa bir çok hükmünün vergi hukukunu ilgilendirdiği görülmektedir. Ancak anayasamızın vergi hukukunu doğrudan ilgilendiren en önemli hükmü 73. maddesidir.

Bu çalışmada anayasamızda düzenlenen vergi hukukunu ilgilendiren ilkeler incelenecektir. Çalışmanın ilk bölümünde hukuk devleti ve sosyal devlet ilkeleri ele alınacak, sonraki bölümde ise Anayasanın 73. maddesinde düzenlenen ilkeler ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

II. GENEL OLARAK

Anayasanın kavram olarak, iki anlamı vardır. Geniş anlamda anayasa, bir devletin ana kuruluşunu ve bu kuruluşun işleyişini düzenleyen kurallar bütünü-

* Araştırma Görevlisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ekonomi-Maliye Bölümü

dür. Dar anlamda anayasa ise, söz konusu kuralları resmî bir metin halinde birleştirmiş olan yazılı bir belgedir¹.

Anayasa, vergi hukukunun temel kaynaklarından ve kurallar hiyerarşisinde en başta gelmektedir. Bir başka deyişle, vergi konusundaki hükümler kaynağını anayasadan almaktadırlar ve vergi hukukunun diğer kaynakları anayasaya aykırı olamazlar.

Anayasanın 11. maddesinde “Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz”, hükmü düzenlenmiştir.

Vergiler ve vergilendirme yetkisi de temelini anayasadan almaktadır ve bunların düzenlenmesinde anayasadaki ilkelere uyulması gerekmektedir². Çağdaş anayasaların hemen hepsinde vergilerle ilgili hükümler yer almaktadır. Vergilendirme, siyasî iktidarın ekonomik ve sosyal politikalarının yürütülmesini sağlayan önemli bir araç olmasının yanı sıra, kişilerin hak ve özgürlük alanlarına ve malvarlıklarına yönelik bir müdahale niteliği de taşımaktadır. Dolayısıyla, halktan alınacak vergi ve benzeri yükümlerin, yine halkın ön rızasına dayanması gerekmektedir. Halk veya milletin ön rızası ise, kendisinin seçtiği yasama organının tarafından kullanılır³.

1982 Anayasasında vergi hukukunu ilgilendiren önemli hükümler vardır. Ancak, anayasanın vergi hukukunu doğrudan ilgilendiren hükmü, 73. maddesidir. Söz konusu madde, anayasanın “Temel Haklar ve Ödevler” başlıklı ikinci kısmının, “Siyasî Haklar ve Ödevler”i düzenleyen dördüncü bölümünde, “Vergi Ödevi” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu düzenleme, sistematik bakımdan 1961 Anayasası ile aynıdır.

1982 Anayasasının hazırlanması aşamasında Anayasa Komisyonu vergi ödevi ile ilgili hükümlere, “Yürütme” bölümünde “Vergi ve Benzeri Mali Yükümlülükler” başlığı altında yer vermişti⁴. Danışma Meclisindeki görüşmeler sonu-

1 TUNÇ Hasan, Anayasa Hukukuna Giriş, Ankara 1999, s. 3.

2 ÇAĞAN Nami, Vergilendirme Yetkisi, İstanbul 1982, s. 95; BAYRAKLI Hasan Hüseyin – SEZER Yasin, “Devletin Vergilendirme Yetkisi Karşısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Güvence Altına Alınması, AKÜİBFD, C. 11, S. 1, Temmuz 2000, s. 160.

3 ERGİNAY Akif, “Yeni Anayasamızın Mali Hükümleri”, Prof. Dr. Fadıl H. SUR’un Anısına Armağan, Ankara 1983, s. 57; ÇAĞAN Nami, “Anayasa Tasarısında Vergi ve Benzeri Yükümlülükler”, Vergi Dünyası, S. 13, Eylül 1982, s. 30.

4 ÇAĞAN’a göre madde başlığının değiştirilmesi, günümüzde verginin bir vatandaşlık ödevi olarak değil, kişilerin devletle olan ekonomik ilişkileri şeklinde kabul edilmesi anlayışına uygundur. Ancak vergi ve benzeri malî yükümlülüklerin yürütme bölümünde değil, yasama bölümünde düzenlenmesi daha uygun olacaktı. Ayrıntılı bilgi için bkz.: ÇAĞAN, Anayasa Tasarısı, s. 31 vd.,

cunda da bu hüküm aynı bölümde fakat, “Malî ve İktisadî Hükümler” başlığı altında düzenlenmişti. Daha sonra Millî Güvenlik Konseyi söz konusu maddeyi 1961 Anayasasındaki sistematik içinde yeniden düzenlemiştir⁵. Her ne kadar vergi, devletle kişiler arasında bir alacak - borç ilişkisi olsa da aynı zamanda, bir hak ve ödev olması sebebiyle, anayasadaki mevcut düzenlemenin doğru olduğu sonucuna ulaşılabilir. Ancak “vergi ödevi” başlığı, konuyu sadece vergi yükümlüleri bakımından kapsamaktadır. Maddede vergilerin kanuniliği ilkesi ve Bakanlar Kuruluna yetki verilmesine ilişkin hükümler de bulunduğundan madde başlığının “vergilendirme” şeklinde değiştirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁶. Bunun pratik bir faydasının olmamasına karşın, değiştirilmesi halinde başlık, maddenin içeriğine daha uygun olacaktır.

III. ANAYASANIN VERGİ HUKUKUNU ETKİLEYEN TEMEL İLKELERİ

Anayasanın vergi hukukunu doğrudan ilgilendiren 73. maddesindeki ilkeler dışında, vergi hukukunu ilgilendiren temel ilkeleri de söz konusudur. Bu ilkeler esas olarak, iki başlık altında incelenebilir.

A. HUKUK DEVLETİ İLKESİ

Vergi hukuku, devletin kişi hak ve özgürlük alanlarına müdahalesini düzenleyen hukuk dallarından olduğu için, hukuk devleti kavramı ile de yakın bir ilişki içindedir. Hukuk devletinde, devlet vergilendirme yetkisini hukuk kuralları çerçevesinde kullanır.

Anayasanın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti, “... sosyal bir hukuk devletidir”. Hukuk devleti, hukukun egemen olduğu ve vatandaşların hukukî güvenliğe sahip olduğu devlet olarak tanımlanabilir.

Hukuk devleti kavramı, devlet egemenliğinin kişi hak ve özgürlükleri yararına sınırlandırılmaya başlanması ile birlikte ortaya çıkmış ve demokrasi ile birlikte gelişmiştir. Hukuk devleti, temel anayasal bir ilke olarak, bütün devlet organlarının işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olmasını ve kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasını amaçlamaktadır⁷. Anayasa Mahkemesinin bir kararında hukuk devleti, “her eylem ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan,

⁵ GÜNEŞ Gülsen, Verginin Yasallığı İlkesi, İstanbul 1998, s. 92, 94-95; ÇAĞAN, s. 272.

⁶ ÇAĞAN Nami, “Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme”, AÜHFD, C. XXXVII, yıl: 1980, S. 1-4, s. 148.

⁷ ÇAĞAN, s. 144.

Anayasa ve hukukun üstünlüğü kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlet” olarak tanımlanmıştır⁸.

Kanunî idare ilkesi, kanunların genelliği, kanun önünde eşitlik, kazanılmış haklara saygı ilkeleri, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, hukuk devletinin belli başlı nitelikleri arasında sayılabilir⁹.

B. SOSYAL DEVLET İLKESİ

Anayasanın 2. maddesi Türkiye Cumhuriyeti'nin sadece hukuk devleti değil aynı zamanda sosyal devlet olduğunu da belirtmiştir. Hukuk devletinin ileri aşaması, bu ilke ile sağlanır. Sosyal devletin temel amaç ve görevleri sosyal adaletin, sosyal refahın ve sosyal güvenliğin sağlanmasıdır. Bu amaçlar çerçevesinde devlet, bir yandan ekonomik bakımdan zayıfları koruyacak, vatandaşları sosyal güvenliğe kavuşturacak, diğer yandan da ekonomik kalkınmayı sağlayacaktır¹⁰. Bir başka ifadeyle sosyal hukuk devleti ilkesi, devlete hem toplumsal hayatı düzenleme hem de onun gelişmesi için olumlu edimlerde bulunma görevini yüklemiştir¹¹.

Hukuk devleti, kanun önünde eşitliği benimsediği halde, sosyal devlet bunu aşarak sosyal adalete uygun fırsat eşitliğini ve kişilerin millî gelirden adil bir pay almalarını hedefler, sosyal sınıflar arası dengeyi sağlamaya çalışır¹². Devletin sosyal devlet olma derecesini, anayasadaki ekonomik ve sosyal hakların gerçekleştirilme derecesi belirler¹³.

Anayasa Mahkemesi bir kararında sosyal hukuk devletini, “insan hak ve özgürlüklerine saygı gösteren, ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve teminat altına alan, kişi ve toplum arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalış-

8 AyM., 27.3.1986 gün ve E. 1985/31, K. 1986/11, AMKD., S. 22, s. 120.

9 ÖNCEL Muallâ – KUMRULU Ahmet – ÇAĞAN Nami, Vergi Hukuku, Ankara 1999, s. 39.

10 ÖNCEL – KUMRULU – ÇAĞAN, s. 52; GÜNEŞ, s. 108.

11 KANETİ Selim, “Türk Kamu Maliyesinin Anayasal Temelleri (I)”, İMD, İstanbul 1989, C. XXXVI, S. 8, s. 319.

12 ÇAĞAN, s. 190.

13 BELLEK İhsan Bahri, “Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasal Vergilendirme İlkeleri Açısından Türk Vergi Sisteminin Değerlendirilmesi”, Vergi Sorunları, yıl: 16, S. 105, Haziran 1997, s. 71.

masını sağlayan, çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadi ve mali tedbirler olarak çalışanları koruyan, işsizliği önleyici ve milli gelirin adalete uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı tedbirleri alan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendine yükümlü sayan” devlet olarak tanımlamıştır¹⁴.

Sosyal devlet vergilendirme aracını, bir yandan sosyal adaletin, gelirin ve servetin yeniden dağılımının gerçekleştirilmesinde, diğer yandan da planlı kalkınma için gerekli özendirici tedbirleri alırken kullanmaktadır. Devletin sosyal devlet ilkesinin kapsadığı ödevlerini yerine getirmesi, özel kesimde oluşturulan kaynakların bir bölümünün devlete aktarılmasını ve bunların devlet düzeyinde kamusal harcamalara dönüştürülmesini gerektirmektedir¹⁵.

Görüldüğü üzere hukuk devleti ve sosyal devlet, vergi hukukunu derinden etkileyen anayasal ilkelere dayanır. Bu ilkeler, gerek vergi adaletinin sağlanmasında, gerekse de Anayasanın 73. maddesindeki diğer ilkelerin gerçekleştirilmesinde, yol gösterici ve etkileyici ilkelere dayanır.

IV. ANAYASANIN 73. MADDESİNE HÂKİM OLAN İLKELER

Anayasanın “Vergi Ödevi” başlığı altında düzenlenen 73. maddesi şu şekildedir:

“Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.

Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır.

Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.

Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapma yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir”.

Anayasanın 73. maddesi, vergi ödevine hâkim olan temel anayasal ilkeleri kapsamaktadır. Bu ilkeler sırasıyla verginin genelliği, verginin kamu giderlerini karşılamaya yönelik olması, malî güçle orantılı olması, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı ile verginin kanunîliği ilkeleridir. Bu ilkeler birbirinden kesin çizgilerle ayrılmamaktadırlar. Yani, birbirinden farklıymış gibi görünen bu ilkeler aslında, birbirleriyle bağlantılı ve çoğu zaman iç içedirler.

¹⁴ AyM., 18.2.1985 gün ve E. 1984/9, K. 1985/4, RG., 26.6.1985, S. 18793.

¹⁵ ÖNCEL – KUMRULU – ÇAĞAN, s. 52; KANETİ, Türk Kamu Maliyesi, s. 320.

Anayasanın 73. maddesinde bir takım temel vergilendirme ilkeleri düzenlenmiştir. Bu ilkeler bir bakıma, hukuk devleti ve sosyal devlet ilkelerinin somutlaştırılmış ifadeleridir. Dolayısıyla bu madde incelenirken, bu ilkelerin gözden uzak tutulmamaları gerekir¹⁶.

A. VERGİNİN GENELLİĞİ İLKESİ

Anayasanın 73/1. maddesine göre, “Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür”. Bu fıkradaki “herkes” ibaresiyle, genellik ilkesi belirtilmiş olmaktadır. Ancak eşitlik ilkesiyle genellik ilkesi, birbirinden ayrılamayan kavramlar olduğu için, bunların birlikte incelenmeleri isabetli olacaktır.

Vergi en genel tanımıyla, kamu giderlerinin karşılanabilmesi amacıyla özel kişilere kanunlarla yüklenen yükümlülüktür¹⁷. Daha geniş bir ifadeyle vergi, kamusal ihtiyaçların karşılanması için özel kesimden kamu kesimine, cebren ve karşılıksız olarak yapılan parasal aktarımlardır¹⁸.

“Herkes” ibaresinin, malî güç kavramıyla birlikte değerlendirilmesi gerekir. Herkes kelimesiyle ülkede yaşayan vatandaş ve yabancıların tümü değil, vergi ödemeye malî gücü bulunan bütün kişiler anlaşılmalıdır¹⁹. Diğer bir deyişle genellik ilkesi, istisnasız herkesin vergi vermesi demek değildir. Malî gücü yeterli olmayanlar vergi dışı bırakılabileceklerdir. Yani Anayasanın 73. maddesinin birinci fıkrası, bir bütün olarak ele alınıp incelenmelidir.

Genellik ilkesi kısaca, bir toplumda yaşayan ve malî gücü olan herkesin vergi yükümlüsü olmasını gerektirir. Bir başka ifadeyle, vergi yükünün belli kişilere veya toplum kesimlerine yüklenmeyerek, vatandaşların ve ülkede yaşayan yabancıların tümüne dağıtılmasıdır²⁰. Vergi, hem gerçek hem de tüzel kişilere yani, herkese yönelik olarak uygulanan bir nitelik taşır. Ülke sınırları içerisindeki kamu hizmetlerinin, hiçbir ayırım gözetilmeksizin herkese yönelik olarak sunulması dolayısıyla, söz konusu hizmetler için katlanılan yük ve sıkıntılara

¹⁶ **SOYDAN** Billur Yaltı, “Vergi Adaleti Kavramında Soyuttan Somuta: Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarını Eşitlik, Özgürlük ve Sosyal Devlet Kavramları İle Okumak”, Vergi Sorunları, yıl: 17, S. 119, Ağustos 1998, s. 100.

¹⁷ **ALİEFENDİOĞLU** Yılmaz, “Kavram Olarak Vergi”, DD., yıl: 4, S. 12-13, s. 72.

¹⁸ **TURHAN** Salih, Vergi Teorisi ve Politikası, İstanbul 1998, s. 20-23.

¹⁹ **ALİEFENDİOĞLU** Yılmaz, “Türk Anayasası Açısından Vergilemenin Sınırları”, DD., Atatürk’ün Doğumunun 100. Yılı Özel Sayısı, s. 71.

²⁰ **ÇAĞAN**, s. 147, **KANETİ** Selim, Vergi Hukuku, İstanbul 1989, s. 31; **KUMRULU** Ahmet, “Vergi Hukukunun Bir Kısım Anayasal Temelleri”, AÜHFD, C. XXXVI, yıl: 1979, S. 1-4, s. 156.

ayrım yapılmaksızın herkesin katılması, verginin genelliği ilkesinin bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır²¹.

Genellik ilkesi, sosyal sınıf farkı gözetilmeksizin herkesin elde ettiği gelir, servet ya da harcamalar üzerinden vergi ödemesini amaçlar²². Vatandaşlar arasında dil, din, ırk, cinsiyet gibi ayrımlara gidilmesi, sosyal sınıf farkı gözetilmesi, hem vergide genellik hem de vergilendirmede eşitlik ilkesine ters düşer. Zaten hukuk devleti açısından vergide genellik ilkesiyle kanun önünde eşitlik ilkesi örtüşmektedir^{23 24}.

Bu ilkeye göre sadece belirli kişileri kapsayacak şekilde vergi konulamaz. Vergi yükü, belirli toplum kesimleri üzerinde özellikle yoğunlaştırılmaz. Ayrıca vergi oranlarının, yükümlülerin bir bölümünün fiili olarak vergi dışı kalmalarına yol açacak şekilde belirlenmemesi gerekir²⁵.

Muafiyet ve istisnaların bu ilkeye aykırı olduğu ileri sürülebilir. Ancak bu muafiyet ve istisnalar, sosyal devlet ve malî güç ilkelerine aykırı düşmedikçe, genel ilkeyi bozmuş sayılmazlar²⁶. Genellik ilkesi, herhangi bir muafiyet ya da istisnanın olmaması anlamını taşımaz. Zaten muafiyet ve istisnalar, sosyal, ekonomik ve teknik sebeplerle kabul edilmektedirler. Sonuç olarak istisna, muafiyet ve indirimlerin objektif gerekçelere ve anayasal ilkelere dayanması gerekmektedir²⁷. Dolayısıyla muafiyet ve istisnalar her ne kadar genellik ilkesine aykırıymış gibi görünseler de, gerçekten teknik sebepler ve objektif gerekçelerle kabul edilip diğer anayasal ilkelere aykırı olmamaları halinde, genellik ilkesine aykırılıkları söz konusu olmayacaktır.

21 **AKDOĞAN** Abdurrahman, Kamu Maliyesi, Ankara 1997, s. 118.

22 AyM., 6.7.1995 gün ve E. 1995/4, K. 1995/28, RG., 2.2.1996, S. 22542.

23 **KUMRULU**, Anayasal Temel, s. 155-156; **ÖNCEL – KUMRULU – ÇAĞAN**, s. 40.

24 Anayasa madde 10: “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır”.

25 **KANETİ**, s. 31; **BELLEK**, s. 72.

26 **ALİEFENDİOĞLU**, Türk Anayasası, s. 71.

27 **KANETİ**, s. 31; **BAYRAKLI** Hasan Hüseyin – **ODABAŞ** Hakkı, “Vergilendirme Yetkisi ve 1982 Anayasası”, AKÜİİBFD, C. 11, S. 1, Temmuz 2000, s. 149; **GÜNDÜZ N.** Kemal, “Verginin Anayasal Çerçevesi”, Vergi Sorunları, yıl: 14, S. 78, Mart 1995, s. 106; **ATAR** Yavuz, Vergi Hukuku, Konya 2000, s. 24.

Vergilerin genel olmasının yanı sıra, eşit durumda olanlara eşit; eşit durumda olmayanlara da eşitsizlikleri oranında farklı davranılması vergi adaletinin bir gereğidir. Yatay eşitlik, vergilendirme bakımından benzer durumda bulunan kişilerden aynı miktarda vergi alınmasıdır. Burada vergiden önce eşit refah düzeyine sahip olan kişilerin, vergiden sonra da birbirleriyle aynı refah düzeyini sürdürecekleri kabul edilmektedir. Ancak kişilerin zevk, tercih ve şartlarındaki farklılıklar, parasal gelir açmazı, kişilerin refah sıralamasındaki değişme ve üniter vergi kuralından sapmalar, yatay eşitlik ilkesinin gerçekleşmesinin çok zor hatta, imkânsız olduğunu belirten madde başlıklarıdır²⁸. Dikey eşitlik ise, vergilendirme bakımından değişik şartlara sahip kişilerin, farklı vergilendirilmelerini gerektirmektedir.

B. VERGİNİN KAMU GİDERLERİNİ KARŞILAMAYA YÖNELİK OLMASI

Anayasanın 73/1. maddesinde vergilerin, “kamu giderlerini karşılamak üzere” alınacağı belirtilmiştir. Bu husus 1961 Anayasasında da aynı şekilde ifade edilmiş, 1924 Anayasasında ise, “Vergi, Devletin umumi masraflarına halkın iştiraki demektir” şeklinde düzenlenmişti.

Anayasanın 73/1. maddesinde verginin kamu giderlerini karşılamak üzere alınacağı belirtildiği için, kamu gideri sayılmayan giderler için vergi alınamayacaktır. Kamu gideri kavramı, anayasada tanımlanmamıştır.

Kamu gideri en genel tanımıyla, kamu hizmetleri için yapılan ödemelerdir. Toplumun ortak nitelikteki ihtiyaçlarının karşılanması açısından devletin yapmak durumunda bulunduğu hizmetlere, kamu hizmeti denir. Başka bir açıdan ise kamu hizmeti, bir devletin siyasî organlarının, belirli bir işin kamu hizmeti olmasını tespit ettikleri hizmettir. Buna göre, çeşitli gider kanunlarında belirtilen ve özellikle bütçe kanununda karşılığında ödenek konulan hizmetler, kamu hizmeti sayılır²⁹. Kısaca, bütçede bir iş ya da hizmet karşılığında ödenek ayrılması bunun kamu hizmeti, dolayısıyla da yapılacak harcamanın kamu gideri olarak sayılmasını gerektirecektir.

Vergi yükümlüsünün kamu giderlerine katılması anonim bir nitelik arz eder. Kamu giderlerine katılma, belirli hizmetlerden yararlanma karşılığı olmayıp,

²⁸ ÖZBAKAN A. Nil, “Vergide Yatay Eşitlik İlkesinin Eleştirisi”, Vergi Dünyası, S. 202, Haziran 1998, s. 100 vd.; ÇAĞAN, Demokratik, s. 139.

²⁹ ERGİNAY, s. 60-61; AKDOĞAN, s. 31, 49.

malî güce göre kamu giderlerinin tümü bakımındandır³⁰. Yükümlü, hiç yararlanmadığı kamu hizmetlerine dahi malî gücüne göre katkıda bulunmaktadır.

Maliye teorisinde verginin fiskal fonksiyonu olarak da ifade edilen verginin en önemli amacı, kamu harcamalarına finansman kaynağı sağlamak, yani kamu giderlerini karşılamaktır. Ancak verginin bu fiskal fonksiyonu yanında ektrafiskal fonksiyonları olarak adlandırılan ekonomik, sosyal, teknik ve politik fonksiyonları da vardır³¹. Anayasanın 73/1. maddesindeki “kamu giderlerini karşılamak üzere” deyimini, vergilerin salt malî amaç ve fonksiyonunu belirttiği için eksiktir. Dolayısıyla “kamu giderleri” deyimini, devletin ekonomik ve sosyal amaçlarla yaptığı giderleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlamak gerekir. Ancak doktrinde, “kamu giderlerini karşılamak üzere” deyiminin madde metninden çıkarılması gerektiği de haklı olarak ileri sürülmektedir³². Çünkü bu deyim, verginin salt malî fonksiyonunu ele alıp, ektrafiskal fonksiyonlarını göz ardı etmek suretiyle bir eksiklik meydana getirmektedir. Dolayısıyla bu deyim geniş yorumlanması ve yapılacak değişikliklerle madde metninden çıkarılması, bu konudaki eksikliği ve tereddütleri ortadan kaldıracaktır.

C. VERGİNİN MALÎ GÜÇLE ORANTILI OLMASI İLKESİ

Anayasanın 73/1. maddesinde herkesin “malî gücüne göre” vergi ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiş ancak, malî gücün tanımı yapılmamıştır.

1961 Anayasasının Temsilciler Meclisinde görüşülmesi sırasında malî güç deyimini yerine ödeme gücü deyimini kullanılması önerilmiştir. Ödeme gücünün kabul edilmesi halinde vergi esas olarak gelir ve iratlardan alınacak ve servet vergi konusu olarak düşünülemeyecekti. Sonuçta malî güç deyimini daha geniş olduğu göz önüne alınarak kabul edilmiştir³³. Böylelikle kişilerin gelirlerinde somutlaşan gerçek ödeme gücünün yanı sıra servetlerinde bulunan gizli ödeme

30 **ALİFENDİOĞLU** Yılmaz, “Vergileme Yetkisi ve 1980 Sonrası Türk Vergi Politikası”, DD., yıl: 13, S. 50-51, s. 62.

31 **KIRBAŞ** Sadık, “Çeşitli Yönleriyle Vergileme ve Türk Vergi Sistemi”, Sayıştay Dergisi, Ankara 1991, S. 3, s. 3, 4; Ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: **TURHAN**, s. 32-40.

32 **ÇAĞAN** Nami, “1982 T.C. Anayasasında Vergilendirme”, Prof. Dr. Fadıl H. SUR’un Anısına Armağan, Ankara 1983, s. 72; **ÇAĞAN**, s. 268, 273. Bir başka görüşe göre, vergilerin asıl amacı olan malî amacının yanı sıra, malî olmayan ekonomik ve sosyal amaçları da vardır. Ancak madde metninde sadece vergilerin asıl amacı olan kamu giderlerinin karşılanması belirtilmiştir. Bu konuda bkz.: **AKBULUT** Ali Rıza, “Verginin Mali Amacı ve Türkiye’deki Sonuçları”, Vergi Dünyası, S. 231, Kasım 2000, s. 121-122.

33 “Kişilerin malî güçleri, parasal ve servetsel durumlarını içerir. Malî güç, kişilerin yalnız gelire bağlı ödeme güçlerini değil, aynı zamanda servet unsurlarını da kapsar. Elinde yeterli nakit para bulunmasa da, taşınır veya taşınmaz serveti olan kişinin malî gücü var demektir”, bkz.: **ALİFENDİOĞLU**, Türk Anayasası, s. 74.

gücü de malî güç ölçütü olarak kabul edilebilecektir. 1982 Anayasasının Danışma Meclisinde görüşülmesi sırasında ise, iktisadî güç deyiminin kullanılması önerilmiş fakat sonunda “malî güç” deyimini kabul edilmiştir³⁴.

Kişilerin gelir ve servet düzeyleri birbirinden farklıdır. Vergilendirme sırasında bu farklılığın dikkate alınması ve herkesin malî gücüne göre vergilendirilmesi gerekir. Malî güce göre vergilendirme, kişilerin ekonomik ve kişisel durumları göz önüne alınarak vergilendirilmeleridir. Bu ilkeye göre, malî güç arttıkça vergi yükünün de artması gerekmektedir.

Malî güce göre vergilendirme olarak da adlandırılan bu ilke, sosyal devletin vergi adaletine ilişkin ilkesidir. Hukuk devleti kavramı vergi adaletinin yatay eşitlik yönüyle ilgilenmektedir. Oysa sosyal devlet gelir, servet, harcama, aile yükü ve benzeri yönlerden farklı durumda olanların ne ölçüde farklı vergilendirilecekleri yani dikey eşitlik sorunu ile ilgilenmektedir. Sosyal devlet açısından tek başına yatay eşitlik yeterli değildir³⁵. Verginin malî güce göre alınması, aynı zamanda eşitlik ilkesinin vergilendirmede uygulama aracıdır. Vergide eşitlik ilkesi, yükümlülerin vergi ödeme güçleri dikkate alınmak suretiyle vergilendirmenin yapılmasını öngörür. Vergide eşitlik ilkesi, malî gücü aynı olanların aynı, farklı olanların ise ayrı oranda vergilendirilmesidir³⁶.

Malî güce göre vergilendirme ilkesi, dar anlamda vergi için geçerlidir. Çünkü vergiler dışındaki malî yükümlülüklerde kısmen de olsa yararlanma ilkesi geçerlidir. Dolayısıyla malî güç kavramı harç, resim ve benzeri malî yükümlülükler bakımından göz önüne alınamayacaktır³⁷.

Anayasada malî gücün tanımı yapılmamış ve hangi göstergelere göre belirleneceği düzenlenmemiştir. Kamu maliyesinde kişilerin malî güçlerinin ana göstergelerinin gelir, servet ve harcama olduğu kabul edilmektedir. Malî güce göre vergilendirmeyi sağlamak için çeşitli yollardan ve tedbirlerden yararlanılabilir³⁸. En az geçim indirimi, artan oranlı vergi tarifeleri, emek gelirlerinin sermaye

34 Ayrıntılı bilgi için bkz.: **KANETİ**, s. 32; **ÇAĞAN**, s. 199. 1982 Anayasa Tasarısının ilk halinde malî güce göre vergilendirme ilkesi yer almıyordu. Bunun yerine asgarî ücretin vergi dışı bırakılması öngörülmüyordu. Asgarî ücretin vergi dışı bırakılması sosyal devletin temel görevlerindedir. Ancak bu kavramın tanımı ve anlamı vergilendirme ile bağdaşmamaktadır. Ayrıca tasarıda bu hükmün yürürlüğe giriş zamanının takdir yetkisinin hükümete bırakılması anayasa tekniği ile uyuşmamaktaydı. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: **ÇAĞAN**, 1982 T.C. Anayasası, s. 79.

35 **ÇAĞAN**, Demokratik, s. 144; Ayrıca bkz.: **ÇAĞAN**, s. 148.

36 AyM., 6.7.1995 gün ve E. 1994/80, K. 1995/27, RG., 2.2.1996, S. 22542.

37 **ÖNCEL – KUMRULU – ÇAĞAN**, s. 53; **ERGİNAY**, s. 61.

38 Ayrıntılı bilgi için bkz.: **AKDOĞAN**, s. 183.

gelirlerine göre daha hafif vergilendirilmesi, vergi muafiyet ve istisnaları, lüks tüketimin ağır vergilendirilmesi bu tedbirlere örnek olarak gösterilebilir.

Muafiyet ve istisnaların, verginin malî güçle orantılı olması ilkesine aykırı olduğu ileri sürülebilir. Ancak muafiyet ve istisnalar haklı olur, dar tutulur, yararlanma şartları genel nitelikte bulunursa, malî güç ilkesine aykırı olmayacağı sonucuna ulaşılabilir³⁹.

D. VERGİ YÜKÜNÜN ADALETLİ VE DENGELİ DAĞILIMI

Anayasanın 73/2. maddesine göre, “Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır”. Bu veya buna benzer bir hüküm daha önceki anayasalarda yer almamıştır, ilk defa 1982 Anayasasında düzenlenmiştir.

Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı ilkesi de, sosyal devlet ilkesinin doğal bir sonucudur. Bu ilke ile, devletin vergilendirme alanında sosyal ödevlerini göz önünde tutması gereğine işaret edilmektedir.

Sosyal devlette vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı ilkesinin yanı sıra, vergiler aracılığıyla millî gelir ve servetin adaletli bir şekilde dağılımının sağlanması da gözetilmelidir⁴⁰. Zaten vergi adaleti de bunu gerektirmektedir. Vergi yükü bir yandan adaletli ve dengeli olarak dağıtılırken, diğer yandan da vergilendirme yoluyla servetin ve gelirin adil dağılımı gerçekleştirilecektir.

Vergi yükünün toplum kesimlerine adaletli ve dengeli bir şekilde dağıtılması durumunda, belli kesimler üzerindeki vergi yükü artacak ve sonuçta ortaya bir vergi sömürsü çıkacaktır. Bunun sonucunda sosyal adaletsizlikler yanında, ekonomide de bozulmalar meydana gelebilecektir⁴¹.

Verginin malî güçle orantılı olması ilkesinin bu ilkeyi de kapsadığı gerekçeyle, bu maddenin anayasada yer almasının gereksiz olduğu doktrinde ileri sürülmüştür⁴². Çünkü malî güç ilkesine uyulması ile vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı da sağlanmış olacaktır.

Ayrıca “maliye politikasının sosyal amacı” ibaresinin de isabetsiz olduğu ileri sürülmektedir. Maliye politikasının sosyal amacının tanımı da kolay değildir. Her şey genellikle kişisel ya da toplumsal değerlendirmeye dayanır. Ayrıca sos-

³⁹ ÇAĞAN, s. 202; ALİEFENDİOĞLU, Türk Anayasası, s. 76.

⁴⁰ BAYRAKLI – ODABAŞ, s. 153; ÇAĞAN, s. 191.

⁴¹ YERELİ Ahmet Burçin – MERİÇ Metin, “Vergilendirme Yetkisi ve Kamu Kaynaklarının Etkin Kullanımı”, Maliye Yazıları, S. 35, Nisan-Haziran 1992, s. 65-66.

⁴² BATIREL Ömer Faruk, “Türk Vergilemesinin Çağdaşlığına Uymayanlar”, Vergi Dün-yası, S. 230, Ekim 2000, s. 5.

yal amaç, malî gücün bir alternatifi olarak da yorumlanabilir⁴³. Gerçekten de bir önceki fıkrada düzenlenen “vergilerin malî güçle orantılı olması” ilkesinin varlığı ve maliye politikasının sosyal amacı ibaresinin muğlak olup maddeye tam uygun düşmemesi sonucu bu fıkranın gereksiz olduğu sonucuna ulaşılabilir. Bu fıkra, malî güç ilkesinin gereksiz bir tekrarı niteliğindedir.

E. VERGİNİN KANUNİLİĞİ İLKESİ

Anayasanın 73/3. maddesinde düzenlenen “vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır” hükmüyle vergilerin kanuniliği ilkesi belirtilmiş olmaktadır.

1. Genel Olarak

Vergilerin kanuniliği ilkesi, kanun koyma gücüne sahip olan organın vergilendirme yetkisini kullanması anlamına gelmektedir. Günümüz çağdaş demokratik ülkelerde vergilendirme yetkisine yasama organı sahiptir⁴⁴. Bir başka deyişle vergiler ancak yasama organından çıkan bir kanun ile konulabilecektir. Bu ilke, vergi yükümlülerinin yasama organında temsil edildikleri varsayımına dayanmaktadır ki buna temsilsiz vergi olmaz ilkesi de denilmektedir⁴⁵. Anayasanın 73/3. maddesine göre vergileme yetkisinin, milletin temsilcisi durumunda bulunan yasama organının eliyle kullanılması, aynı zamanda halkın kendi iradesiyle kendisini vergilendirmesi anlamına gelmektedir.

Anayasa koyucu her çeşit malî yükümün kanun ile konulmasını düzenlemek suretiyle, keyfi ve takdirî uygulamayı önleyecek ilkelerin kanunda yer almasını amaçlamıştır⁴⁶. Vergilerin kanuniliği ilkesinin kabul edilmesinin başlıca sebebi, verginin kişilerin temel hak ve özgürlükleri ile yakından ilgili olmasıdır⁴⁷. Ayrıca vergilerin kanuniliği ilkesi, yasama organının yürütme organına karşı üstünlüğünü sağlayan etkin bir araçtır.

⁴³ ERGİNAY’a göre ayrıca, maliye politikası, ihracata vergi iadesi örneğinde olduğu gibi, ekonomi politikasının gerekleri bakımından, sosyal amaç ve dengeli vergi yükü dağılımına ters düşebilir. Bkz.: ERGİNAY, s. 61; “Maliye politikasının teorik olarak sosyal amacı yoktur. Maliye politikası, istikrar ve büyümeye yönelik ayarlamaları ifade eder”, bkz.: BATIREL, s. 5.

⁴⁴ SAYGILIOĞLU Nevzat, Vergi Hukukunda Yorum, Ankara 1987, s. 67.

⁴⁵ AKTAN Coşkun Can, “Vergileme Yetkisinin Sınırlandırılması ve Anayasal Vergi Düzeni”, Vergi Sorunları, yıl: 17, S. 118, Temmuz 1998, s. 13; GÜNEŞ, s. 15.

⁴⁶ KANETİ, s. 36; Ayrıca bkz.: AyM., 31.3.1987 gün ve E. 1986/20, K. 1987/9, AMKD., S. 23, s. 190.

⁴⁷ ÇAĞAN, s. 100; GÜNEŞ, s. 29.

Anayasanın 73/3. maddesi, 1961 Anayasasından farklı olarak vergilerin yalnız kanunla konulmasını değil, aynı zamanda kanunla değiştirilmesini ve kaldırılmasını da açık bir şekilde düzenlemiştir. Bu düzenlemeyle muhtemel durak-sama ve tartışmalar ortadan kaldırılmış olmaktadır⁴⁸. Zaten vergilerin kanunla konulmasının doğal sonucu olarak vergilerin yine kanunla değiştirilmesi veya kaldırılması gerekecektir.

İlgili fıkrada sadece vergilerden değil aynı zamanda resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerden de bahsedilmiştir. Bunlar geniş anlamda vergi kavramı kapsamında içinde kabul edilirler. Bu kavramlar şu şekilde tanımlanabilir:

Resim, kamusal güce dayanarak belirli bir hizmetin veya işin görülmesi ya da belli belgelerin kullanılabilmesi için yetkili makamlarca verilen izin karşılığı, yapılan ödemelerdir⁴⁹. Karşılığının bulunması sebebiyle vergilerden farklı ve harçlara benzer bir niteliğe sahiptir.

Harç, kamusal güce dayanarak kamu idaresinin belli fiillerinden ya da belli kamu hizmetlerinden yararlanma karşılığı olarak alınan iktisadî değerlerdir⁵⁰.

Benzeri malî yükümlülük deyimi, kamu ihtiyaçlarının finansmanından çok, belli özel ihtiyaçların finansmanı için alınan paraları ifade etmektedir. Benzeri malî yükümlülük vergi, resim ya da harç olmayan diğer tüm malî yükümlülükleri kapsayan geniş bir kavram değil aksine, belli bazı unsurları bulunan bir kavramdır. Her şeyden önce bunlar, grup bağlantılı yükümlülüklerdir ve söz konusu grup belirlenebilir nitelikte olmalıdır. Bunlar, belli bir amacı gerçekleştirmek için alınırlar. Benzeri malî yükümlülükler malî amaçlı olabilecekleri gibi, aslı olarak sosyal amaçlı da olabilirler. Benzeri malî yükümlülük yoluyla elde edilen gelirin kullanımının, bu yükümlülükle yükümlendirilen grubun yararına olması asıldır, ancak şart değildir⁵¹.

Benzeri malî yükümlülük kavramı, parafiskal gelirlere benzemekle beraber, ondan daha geniş bir kavramdır.

Benzeri malî yükümlülükler kural olarak genel bütçeye girmedikleri için, anayasal bir ilke olan bütçe planının tamlığı ilkesini zedelemektedirler⁵².

48 GÜNEŞ, s. 97; ÇAĞAN, 1982 T.C. Anayasası, s. 73; Karşı görüş için bkz.: BATIREL, s. 5.

49 ULUATAM Özhan– METHİBAY Yaşar, Vergi Hukuku, Ankara 1999, s. 8; AKDOĞAN, s. 91.

50 ULUATAM – METHİBAY, s. 8.

51 Ayrıntılı bilgi için bkz.: BAŞARAN Funda, “Anayasa Temelinde “Benzeri Mali Yükümlülük” Kavramı”, Vergi Sorunları, yıl: 17, S. 118, Temmuz 1998, s. 131.

52 BAŞARAN, s. 133.

Resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin, vergilerde olduğu gibi karşılıksız olma özelliklerinin bulunmaması sebebiyle, bunlar Anayasanın 73. maddesinin ilk iki fıkrasında belirtilmemişlerdir. Dolayısıyla genellik, malî güce göre vergileme, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı gibi ilkeler hep dar anlamda vergiler için söz konusu olacaktır.

2. Verginin Kanuniliği İlkesinin Sonuçları

Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin kanunla konulmasını, değiştirilmesini ve kaldırılmasını ifade eden verginin kanuniliği ilkesinin çeşitli sonuçları vardır.

Bu ilkeye göre yorumun, kanun sınırları içinde yapılması gerekir. Kanun sınırlarını aşan yorum söz konusu değildir. Bir başka ifade ile, kanunda belirlenmiş olmadıkça kıyas, boşluk doldurma ve hukuk yaratma halleri işletilemez. Kıyas, bir olay hakkında kanunda yer alan kuralın, nitelikleri ve şartları ona benzeyen fakat kanunda düzenlenmemiş diğer bir olaya uygulanmasıdır⁵³. Yürütme organının kanunî dayanak olmaksızın bir idarî işlemle veya yargı organının kıyas yoluyla vergi koyma, kaldırma ve değiştirme yetkileri yoktur. Aksi halde kıyas yolu ile yeni vergi konuları ve matrahların ortaya çıkma tehlikesi söz konusu olur⁵⁴.

Verginin kanuniliğinin bir diğer sonucu da, verginin belirgin olması ilkesidir. Bu ilkeye, vergi kanununun vergiye ilişkin tüm özellikleri kapsaması ilkesi de denilebilir. Vergilerin miktarlarının, tarh ve tahsil zamanlarının, şekillerinin gerek idare gerekse vergi yükümlüleri açısından belli ve kesin olması gerekir. Bu ilke, vergi kanunlarının dilinin ve dayandığı kavramların yalın, sade, açık, net; cümlelerinin düzgün, sisteminin kolay anlaşılır ve akılcı olması gerektirir. Vergilere ilişkin işlem ve kuralların açık ve anlaşılabilir olması, vergilendirmede keyfiliğin önlenmesini amaçlamaktadır⁵⁵. Böylelikle keyfiliğin önlenmesinin yanı sıra, vergi kanunları herkes tarafından da kolaylıkla anlaşılacak ve vergi uyuşmazlıkları da asgari düzeye inecektir.

Verginin ana öğeleri olan vergi konusu, vergi yükümlüsü, vergiyi doğuran olay, oran, muafiyet, istisna ve indirimlere ilişkin bütün hususların kanunda düzenlenmesi gerekir. Ayrıca, verginin kanuniliği ilkesi yalnız vergi alacağının öğelerinin kanunla konulmasını değil, vergiden doğan ödev ve usûl ilişkilerinin

53 ÖNCEL – KUMRULU – ÇAĞAN, s. 29; SAYGILIOĞLU, s. 69, 101; UFUK M. Tahir, “Vergi Hukukunda Yorum ve Kıyas”, Yaklaşım, yıl: 9, S. 101, Mayıs 2001, s. 106.

54 ÇAĞAN, s. 7, 102; GÜNEŞ, 142-143.

55 GÜNEŞ, s. 17-19; ÇAĞAN, s. 172-173; ÖNCEL – KUMRULU – ÇAĞAN, s. 46; ATAR, s. 22.

de kanun ile düzenlenmesini gerektirir⁵⁶. Böylelikle, aynı şekilde keyfiliğin önlenmesi de sağlanmış olmaktadır⁵⁷.

Verginin kanunîliği ilkesinin bir sonucu olarak, vergi hukukunda irade özgürlüğü ve sözleşmeler söz konusu değildir⁵⁸. Ayrıca, Vergi Usul Kanununun 8. maddesinde “vergi kanunlarıyla kabul edilen haller müstesna olmak üzere, mükellefiyete veya vergi sorumluluğuna müteallik özel mukaveleler vergi dairelerini bağlamaz” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm vergi dairelerine vergi yükümlüsünün izlenmesi açısından kolaylık sağlamakta ve aynı zamanda verginin tahsilinin zorlaşması veya imkânsız hale gelmesinin de önüne geçmiştir olmaktadır.

Verginin kanunîliği ilkesinin diğer bir sonucu ise, kural olarak yürütme organının takdir yetkisinin bulunmamasıdır. Vergi hukukunda idarenin kural olarak bağlı yetkisi söz konusudur. Ayrıca kanunî idare ilkesi de verginin kanunîliği ilkesinin bir sonucudur ve bu iki ilke birbirleriyle sıkı şekilde bağlantılıdır. Kanunî idare ilkesi özel, bireysel, subjektif nitelikteki tarh ve tahsil işlemlerinin, genel, objektif vergi kanunlarına uygun olarak yapılmasını gerektirir. Bir başka deyişle vergilerin kanunîliği, yalnız maddî vergi hukukuna ilişkin kuralları değil, aynı zamanda vergilerin tarh ve tahsili gibi şekli vergi hukukuna ilişkin kuralları da içerir⁵⁹.

Vergi kanunlarının geçmişe yürümemesi ilkesi, kanunîlik ilkesinin bir sonucu ve onun tamamlayıcısı niteliğindedir. Hukukî güvenlik ilkesi de vergi kanunlarının geçmişte meydana gelen vergiyi doğuran olaya uygulanmamasını gerektirir. Kanunlar kural olarak, çıkarıldıkları tarihten itibaren yürürlüğe girerler ve yürürlükten kalkmalarına kadar geçen süre için uygulanırlar. Kanunların geçmişe yürümemesi, bunların yürürlüğe girdikleri tarihten önceki olaylara uygulan-

56 **KÜTÜKÇÜ** Abdullah, “Bakanlar Kurulunun Vergi Yasalarında Anayasa 73/4’e Göre Sahip Olduğu Yetkiler”, Vergi Dünyası, S. 207, Kasım 1998, s. 129; **AYAZ** Garip, “Vergilerin Yasallığı İlkesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları” Vergi Dünyası, S. 181, Eylül 1996, s. 61.

57 “Malî yükümlerin yükümlüleri, matrah ve oranları, tarh ve tahakkuku, tahsil usûlleri, müeyyideleri, zamanaşımı gibi çeşitli yönleri vardır. Bir malî yüküm bu yönleri dolayısıyla kanunda yeterince çerçevenememişse, bu, kişilerin sosyal ve iktisadî durumlarını, hatta temel haklarını etkileyebilecek keyfî uygulamalara yol açabilir...Anayasa koyucunun her çeşit malî yükümlerin kanunla konulmasını buyururken keyfî ve takdirî uygulamaları önleyecek ilkelerin kanunda yer alması ereğini güttüğünde kuşku yoktur”, AyM., 24.3.1970 gün ve E. 1969/65, K. 1970/16, AMKD., S. 8, s. 223.

58 **ÇAĞAN**, s. 101; **GÜNEŞ**, s. 145.

59 **ÇAĞAN**, s. 145; **SAYGILIOĞLU**, s. 70-71.

mamalarıdır⁶⁰. Aksi yöndeki uygulamalar, yükümlülerin devlete ve hukuk düzeyine olan güvenlerini sarsar, ekonomik ve ticarî hayatın belirlilik ve istikrarını bozar. Vergi yükümlüsü belli bir dönemde yürürlükte bulunan kanuna göre vergi ödeyeceğini düşünerek işlerini planlar. Yürürlükteki kanunun uygulanacağı düşüncesi, bireyler için bir güvencedir⁶¹.

Vergi kanunların geçmişe yürümezliğine dair anayasada herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Danıştay'ın bir içtihadı birleştirme kararında geçmişe yürümeğe izin verilmemiştir: “Vergi kanunları, kamu hukukuna ilişkin yükümlülükler getirdiğinden, bu kanunların özellikle mali yükümü artırıcı nitelikteki hükümlerinin, geçmişe yürütülmemesi hukuki güvenlik ilkesi yönünden önem taşır. Anayasanın 73. maddesinin üçüncü fıkrasında ifadesini bulan “vergilerin kanuniliği ilkesi” de hukuki güvenliği sağlama amacına matuftur ve vergiyi doğuran olayın vukuu döneminde yürürlükte olmayan bir kanuna dayanılarak vergi yükünün artırılmasına imkan vermez”⁶².

Vergi kanunlarının geçmişe yürümemesi, gerçek geçmişe yürüme ve gerçek olmayan geçmişe yürüme olarak ikiye ayrılmaktadır. Gerçek geçmişe yürüme, yeni bir vergi kanunun eski kanun döneminde tamamlanmış ve hukukî sonuçlarını doğurmuş olaylara uygulanması; gerçek olmayan geçmişe yürüme ise, eski kanun yürürlükte iken başlamış olmakla birlikte henüz tamamlanmamış durum, ilişki ve olaylara uygulanması demektir. Gerçek geçmişe yürümenin kural olarak anayasal ilkelere aykırı olmasına rağmen, gerçek olmayan geçmişe yürüme mümkün bulunmaktadır⁶³. Vergi hukukunda geçmişe yürümeme ilkesi sadece vergi kanunları açısından değil, aynı zamanda yürütme organının vergilendirme alanında düzenleme yetkisine sahip olduğu durumlarda da geçerlidir⁶⁴.

⁶⁰ ÇAĞAN, Demokratik, s. 141; GÜNEŞ, s. 135 vd.; ERÜZ Ertan, “4481 Sayılı Kanun’un, Kanunların Geriye Yürümezliği İlkesi Açısından Değerlendirilmesi”, Vergi Dünyası, S. 222, Şubat 2000, s. 103 vd.; “Vergi hukukunda, yasa kurallarının geriye yürütülmesinin söz konusu olup olmadığının saptanabilmesi için vergiyi doğuran olayın tanımlanması yapılmalıdır”, AyM., 13.7.1995 gün ve E. 1994/85, K. 1995/32, RG., 28.9.1996, S. 22771.

⁶¹ AyM., 7.11.1989 gün ve E. 1988/6, K. 1989/4, RG., 6.4.1990, S. 20484.

⁶² Dş. İBK., 3.7.1989 gün ve E. 1988/5, K. 1989/3; DD., S. 78-79, s. 67 vd.

⁶³ ÇAĞAN, 179, 184 vd.; BIYIK Recep, “Yasa, Kararname ve İdari İşlemlerin Geriye Yürümezliği İlkesi ve Bazı Uygulamaların Bu İlke Açısından Değerlendirilmesi”, Vergi Dünyası, S. 222, Şubat 2000, s. 42 vd.; AYAZ Garip, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Vergi Yasalarının Geriye Yürümezliği İlkesi”, Vergi Dünyası, S. 184, Aralık 1996, s. 62.

⁶⁴ ÖNCEL – KUMRULU – ÇAĞAN, s. 50.

3. Verginin Kanunîliği İlkesinin İstisnası

Anayasanın 73/4. maddesinde “Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapma yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir⁶⁵” hükmü düzenlenmiştir. Verginin kanunîliği ilkesinin istisnası sayılabilen bu hüküm aynı zamanda yürütme organının vergilendirme alanındaki düzenleme yetkisinin de anayasal temelini oluşturmaktadır.

Verginin kanunîliği ilkesi, güçler ayrılığı kuramı içinde vergi koyma yetkisinin yalnız yasama organı tarafından kullanılmasını gerekli kılmaktadır. Bu açıdan yürütme organının vergilendirme konusundaki yetkisi sadece vergi tarh, tahakkuk ve tahsil işlemlerine ilişkin olarak ortaya çıkar. Ancak demokratik gelişim süreci içinde güçler ayrılığı önemli ölçüde yumuşatılmıştır⁶⁶. Yasama organının nispeten yavaş çalışması dolayısıyla, ekonomik durumdaki değişikliklere karşı vergi tedbirlerinin hızlı ve çabuk bir şekilde alınabilmesi için, yürütme organına sınırlı da olsa vergilendirme yetkisinin verilmesi gereklidir.

Muafiyet, istisna, indirim ve oranlara ilişkin hükümlerde, kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapma yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir. Dolayısıyla sayılan unsurlar dışındaki verginin yükümlüsü, konusu, matrahi, vergiyi doğuran olay gibi temel vergi öğelerinde kanun ile Bakanlar Kuruluna değişiklik yapma yetkisi verilemeyecektir⁶⁷. Elbette ki muafiyet, istisna, indirim ve oranlarda değişiklik yapma yetkisi sadece kanunun belirttiği alt ve üst sınırlar içerisinde kullanılabilir.

Yetki yalnız Bakanlar Kuruluna verilebilir. Kanun yetkiyi başka bir makama veremeyeceği gibi, Bakanlar Kurulu da kendisine verilen bu yetkiye başka bir makama devredemez⁶⁸.

Doktrinde Bakanlar Kuruluna söz konusu yetkinin verilmesinin, verginin kanunîliği ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmektedir. Bu görüşteki yazarlar, vergi alma yetkisinin yasama organının sahip olduğu en önemli yetkilerden olması sebebiyle, bu yetkinin sınırlı da olsa Bakanlar Kuruluna devrinin anayasaya aykırı olduğunu, bunun aynı zamanda vekilin vekili olmaz ilkesiyle de çatıştığı-

⁶⁵ Benzer bir hüküm 1961 Anayasasında da yer almaktaydı. Ancak 1982 Anayasasında, eski düzenlemedeki cümle düşüklüğü ve tekrarlar giderilip, Bakanlar Kuruluna vergi indirimlerinde de değişiklik yapma yetkisi tanınmıştır. Bkz.: ÇAĞAN, s. 274.

⁶⁶ ÇAĞAN, s. 108; ÇAĞAN Nami, “Anayasa Çerçevesinde Kamu Maliyesinin Parlamento Kontrolü”, Anayasa Yargısı, S. 2, Ankara 1986, s. 199-200.

⁶⁷ ÇAĞAN Nami, “Türk Anayasası Açısından Vergileme Yetkisi”, Anayasa Yargısı, S. 4, Ankara 1984, s. 174.

⁶⁸ KANETİ, s. 38; BAYRAKLI – SEZER, s. 162.

nı yani yasama yetkisinin devrinin bulunduğunu ileri sürmektedirler. Ayrıca bu hükmün yürütme organına vergilendirme alanında keyfî davranma yetkisini verdiğini ve bunun da uygulamada kötüye kullanıldığını iddia etmektedirler⁶⁹. Ancak, Bakanlar Kuruluna tanınan bu yetkiler, anayasada yer alan yasama yetkisinin devredilemeyeceği hükmüne aykırı değildir. Çünkü burada tayin edilen sınırlar, yine kanun koyucu tarafından konulmuştur. Anayasanın 73/4. maddesi, yürütme organının vergilendirme alanındaki yetkisinin anayasal dayanağını oluşturmaktadır. Anayasada belirtilen durumlar dışında yürütme organına vergilendirme yetkisinin devredilmesi, Anayasanın 7. maddesinin yasakladığı anlamda yasama yetkisinin devri niteliğini taşıyacaktır⁷⁰. Günümüzde güçler ayrılığı ilkesinin yumuşamış olması ve ekonomik durumdaki değişikliklere karşı vergi tedbirlerinin hızlı ve çabuk bir şekilde alınabilmesinin gerekliliği, yürütme organına sınırlı da olsa vergilendirme yetkisinin tanınmasını zorunlu hale getirmektedir.

Yürütme organı vergilendirme alanındaki düzenleme yetkisini tüzük, kararname, karar gibi düzenleyici işlemlerle kullanabilecektir⁷¹. Bakanlar Kurulunun Anayasanın 73/4. maddesiyle kendisine verilmiş olan bu yetkiyi, kanun hükmünde kararnamelerle de kullanmasına bir engel yoktur. Anayasanın 91/1. maddesine göre vergi ödevinin kanun hükmünde kararnameler ile düzenlenemeyecek olması hükmünün, Anayasanın 73/4. maddesine göre Bakanlar Kuruluna istisnâ yetki veren düzenlemeye de uygulanacağı anlamına gelmemelidir⁷². Kısaca, her ne kadar kanun hükmünde kararnamelerin çıkarılmasındaki prosedürün diğer bazı düzenleyici işlemlere nazaran uzun olması sebebiyle pratik bir yararının olmamasına karşın, teorik olarak Bakanlar Kurulu Anayasanın 73/4. maddesiyle kendisine istisnâ olarak tanınan bu yetkiyi kanun hükmünde kararname çıkarmak yoluyla da kullanabilecektir.

Maddede belirtilen muafiyet ve istisnalarda değişiklik yapılması, olmayan bir muafiyet ve istisnayı kanuna koymak veya mevcut bir muafiyet ve istisnayı kanundan çıkarmak anlamına gelmemektedir. Aksi bir davranış, değiştirme kavramının sınırlarını aşmak anlamına gelecektir. Dolayısıyla muafiyet ve istis-

⁶⁹ **BATIREL**, s. 5; **AKTAN**, s. 16; **SAVAŞ** Vural F., “İktidar ve Ekonomi: 1982 Anayasasının Eleştirisi”, Maliye Yazıları, S. 22, Ocak-Şubat 1990, s. 10; **KELECİOĞLU M.** Aykut, “Vergi Kanunları İle Bakanlar Kuruluna Tanınan Yetkilerin Vergilemede Kanunilik ve Belirlilik İlkeleri Çerçevesinde İrdelenmesi”, Yaklaşım, yıl: 9, S. 105, Eylül 2001, s. 164.

⁷⁰ **ÇAĞAN**, 111, 268; **KARAMAN** Gülser, “Vergi Kanunlarında Bakanlar Kuruluna Tanınan Yetkiler”, Maliye Dergisi, S. 66, Kasım-Aralık 1983, s. 4.

⁷¹ **ÇAĞAN**, s. 131.

⁷² **GÜNEŞ**, s. 159; Karşı yönde görüş için bkz.: **ALİEFENDİOĞLU**, Vergileme Yetkisi, s. 65.

nalarda aşağı ve yukarı sınırlar, kanundaki muafiyet ve istisnayı düzenleyen kurallarda yer alan sayısal anlatımlara yönelik olacaktır⁷³.

Bakanlar Kuruluna vergi oranını sifıra kadar indirme yetkisinin verilmesinin, Anayasaya aykırı olup olmadığı konusunda doktrinde görüş ayrılığı vardır. Bir görüşe göre Bakanlar Kurulunun yetkisini kullanarak vergi oranını sifıra indirmesi durumunda söz konusu vergi ortadan kalkmaktadır. Verginin kaldırılması da yasama organına ait olduğu için burada yürütme organı, yasama organının yerine geçmiş olmaktadır. Bu yüzden Anayasanın 73/4. maddesindeki aşağı sınır terimi, yokluk ifadesi olan ve gerçekte sınır oluşturmayan sıfır sayısını içine almayacaktır. Dolayısıyla bu görüşe göre, Bakanlar Kuruluna vergi oranını sifıra indirme yetkisi veren bir kanun anayasaya aykırı olacaktır⁷⁴. Ancak daha isabetli olan diğer görüşe göre ise, bir vergi oranının sifıra indirilmesi durumunda o vergi kaldırılmış olmamaktadır, sadece sıfır olarak belirlendiği süre için uygulanmamaktadır⁷⁵. Kanunda aşağı sınır olarak sıfır oranı belirlenmişse, bu durumda anayasaya aykırılık söz konusu olmayacak, Bakanlar Kurulu istediği zaman bu oranı tekrar kanunda belirtilen sınırlar içinde yükseltebilecektir.

Anayasanın 167/2. maddesinde “Dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek malî yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Bakanlar Kuruluna yetki verilebilir” hükmü yer almaktadır. Ek malî yükümlülükler, vergilerin ve benzeri malî yükümlülüklerin hukukî düzenini belirleyen Anayasanın 73. maddesinin kapsamı dışında tutulmuş olmakla birlikte, kamusal güce dayalı olarak alınmaları sebebiyle benzeri malî yükümler kapsamında düşünülebilirler⁷⁶.

⁷³ GÜNEŞ, s. 162; ayrıca bkz.: **BATIREL**, s. 5.

⁷⁴ **YÜREKLİ** Sabahattin, “Bakanlar Kurulu’nun Vergilendirme Yetkisi”, GÜHFD, C. 1, S. 2, Aralık 1997, s. 290; **GÜNEŞ**, s. 27-28.

⁷⁵ **ÇAĞAN**, Türk Anayasası, s. 175; “Vergi oranlarının, kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde Bakanlar Kurulu’na değiştirilebilmesi, mevcut ekonomik koşulların özelliklerine göre önemli sosyo ekonomik amaçlara ulaşabilmek için gereklidir. Bir vergi oranının sifıra indirilmesi, hiçbir zaman o verginin kaldırıldığı anlamına gelmez. Bu durumda vergi bir kurum olarak devam etmekte olup Bakanlar Kurulu, ekonomik şartlara göre istediği zaman bu oranı yeniden kanunla belirlenen düzeye yükseltebilir.”, AyM., 19.3.1987 gün ve E. 1987/5, K. 1987/7, AMKD., S. 23, s. 160.

⁷⁶ **KANETİ**, s. 8; “167. maddedeki vergi ve benzeri yükümlülük dışındaki mali mükellefiyet ibaresi bu yükümlülüklerin, dış ticaretin düzenlenmesi amacıyla güden fon gibi ama hiçbir surette vergi adını taşımayacak mali yükümlülük olduğunu göstermektedir... 167. madde, dış ticarete hızlı karar almak, özellikle de yabancı ülkelere antidamping uygulamasıyla Bakanlar Kuruluna vergi olmayan bazı ek mükellefiyetleri ihdas yetkisi vermektedir.”, **BATIREL**, s. 4.

Anayasanın 167. maddesi, Bakanlar Kuruluna dış ticaret işlemlerinin gerektirdiği çabuk harekete geçme imkânını ve esnekliğini sağlamaktadır. Bu esneklik aynı zamanda Avrupa Birliğine tam üyelik söz konusu olduğunda, Birlik düzenlemelerine uyum bakımından da önem arz edecektir⁷⁷.

Anayasa Mahkemesinin bu konudaki bir kararı şöyledir: “Anayasanın 167. maddesinin ikinci fıkrası ile sözü edilen “ek mali yükümlülüklerin” konulması ve kaldırılmasında Bakanlar Kuruluna kanunla yetki verilmesi söz konusudur. Bir “ek mali yükümlülüğün konulması” onun nevinin ve miktarının saptanması demektir. Türü ve miktarı belli olmayan bir yükümlülük konulamaz. Şu halde, dış ticaretin, ülke ekonomisinin yararına düzenlenmesi amacıyla ek mali yükümlülükler koymaya yetkili kılınan Bakanlar Kurulu, ülke ekonomisi ne gibi mali yükümlülükler konulmasını gerektiriyorsa, bunun nevini ve miktarını saptamada serbest olacaktır”⁷⁸.

Ancak, kanun koyucunun genel ifadeler kullanarak Bakanlar Kuruluna ek malî yükümlülük getirebilme yetkisini vermesi düşünülemez. Kanunda getirilecek ek malî yükümü doğuran olay ile ek malî yükümün konusu, mükellefi ve oranı saptamada kullanılacak ilke veya ilkelerin genel hatlarıyla saptanmış olması gerekmektedir. Bir başka deyişle Bakanlar Kurulu dış ticaretin düzenlenmesi konusundaki yetkisini, Anayasanın 73/4. maddesinde sayılan öğelerine yönelik olarak kullanmalıdır⁷⁹. Aksi yöndeki bir uygulama vergilerin kanuniliği ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

V. SONUÇ

Vergi hukuku ile ilgili olarak anayasada yer alan ilkeler öncelikle, devletin sahip olduğu vergilendirme yetkisinin sınırı çizmekte ve kişi hak ve özgürlüklerini güvence altına almaktadırlar. Diğer bir deyişle, anayasada yer alan ilkeler, yürütme organının vergiler konusunda keyfî bir şekilde davranmasının önüne geçmekte, bir bakıma devletin vergilendirme yetkisini düzenlemektedir. Zaten vergilendirme yetkisinin kullanılması esas itibariyle devletin temel anayasal ilkeleriyle sınırlıdır.

Anayasanın vergi hukukunu ilgilendiren önemli ilkeleri vardır. Bu ilkelerin başında hukuk devleti ve sosyal devlet ilkelerini ele almak isabetli olacaktır. Anayasanın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti, demokratik, sosyal bir

⁷⁷ ÇAĞAN, Türk Anayasası, s. 176; “(Dış ticaret işlemlerinin) aniden ve takdiri biçimde değiştirilmesi, fertlerin ekonomik özgürlüğünü zedelediği kadar, ekonomik istikrarı da olumsuz yönde etkiler. Bu nedenle, bu gibi düzenlemelerin parlamento yasama prosedürünün, tartışmaya, ilgili çevrelerle görüş alış verişine imkân veren, yavaş ve kamuoyu oluşturan işleyişine bırakılması gerekir.”, SAVAŞ, s. 11.

⁷⁸ AyM., 11.1.1985 gün ve E. 1984/6, K. 1985/1, AMKD., S. 21, s. 1.

⁷⁹ GÜNEŞ, s. 172-175; BAŞARAN, s. 118; YÜREKLİ, s. 291-292.

hukuk devletidir. Demokratik sosyal hukuk devletinde vergilendirmeye ilişkin temel kurallar anayasada yer alır. Demokrasi, vergilerin halkın temsilcisi niteliğindeki yasama organı tarafından belirlenmesini gerektirir. Hukuk devleti ilkesi kişilere, devlete karşı hukukî güvence verir. Devlet vergi kanunları ile kişilerin temel hak ve özgürlüklerini ihlâl etmeme yükümlülüğü altındadır. Sosyal devlet ilkesi ise devlete bir takım olumlu ödevler yükleyerek kişilere sosyal ve ekonomik güvence sağlamaktadır.

Anayasanın vergilerle doğrudan ilgili olan 73. maddesi anayasanın siyasî hak ve ödevler bölümü içinde “vergi ödevi” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu başlık konuyu sadece vergi yükümlülükleri bakımından ele almaktadır. Başlığın “vergilendirme” olarak düzeltilmesi daha yerinde olacaktır. Anayasanın 73. maddesinde vergilendirmeye hâkim olan bir takım anayasal ilkeler düzenlenmiştir. Esasen bu ilkeler, sosyal hukuk devleti ilkesinin doğal uzantıları bir başka ifade ile somutlaştırılmış şekilleri niteliğindedirler. Ayrıca söz konusu ilkeler birbirleriyle de iç içedirler.

Vergilerin genelliği ilkesi ile vergilerin malî güce göre alınması ilkesi birbirlerini tamamlamaktadırlar. Bu ilkeler vergi adaletinin sağlanmasında da oldukça önemlidirler. Vergilerin kamu giderlerini karşılamaya yönelik olması ise, verginin sadece malî amacını ele alıp malî olmayan amaçları göz ardı etmesi bakımından eksiktir. Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı ilkesi ilk defa 1982 Anayasası ile düzenlenmiş olmasına rağmen, verginin malî güçle orantılı olması ilkesinin bunu kapsamaması dolayısıyla gereksiz bir tekrara yol açmaktadır. Vergi hukukundaki en önemli ilkelerden olan vergilerin kanuniliği ilkesi ise vergilerin kanunla konulmasını, değiştirilmesini ve kaldırılmasını ifade etmektedir. Vergi hukukunda kıyasın yasak olması, örf ve âdete başvurulamaması ve kanun boşluklarının doldurulamaması, vergi kanunların belli vergi ödevlerini içermesi ve belirgin olmasının gerekliliği, kanunların geçmişe yürümemesi hep vergilerin kanuniliği ilkesinin sonuçlarındandır.

Anayasanın 73/4. maddesiyle vergilerin kanuniliği ilkesinin istisnası niteliğinde olarak Bakanlar Kuruluna yetki verilmesi, çağdaş anayasal gelişime uygundur. Vergiler aracılığıyla ekonomiye zamanında ve etkin müdahale edilebilmesi için bu yetki gereklidir. Ancak, Bakanlar Kurulunun bu yetkisini kullanırken anayasada belirtilen sınırlara her zaman uyması ve bu yetkinin uygulamada kötüye kullanılmaması gerekir.

GÜNÜMÜZ VE İSLAM-OSMANLI HUKUKUNDA MAL REJİMLERİ

Nuran AY*

I. GİRİŞ

Evlilik birliği her ne kadar manevi temeller üzerine kurulmuş olsa da bu birlik içerisinde eşler arasında bir takım mali ilişkilerin ortaya çıkması kaçınılmazdır. Yaşamı paylaşan eşler arasında ortak ihtiyaçların karşılanması zorunluluğu mali ilişkileri kendiliğinden doğurur¹.

Evlilik birliği içerisinde ne kadın ne de koca çalışmalarını veya zamanlarını kendi şahıslarına ve menfaatlerine tahsis edemezler. Evlilik birliği yapısı gereği buna izin vermez. Her bir eşin çalışmasından, ortak çocuklar faydalanabileceği gibi diğer eş de faydalanabilecektir. Lokantada yemek yiyen, otel ya da pansiyonda kalan aile tipi toplumda hakim olmadıkça eşler arasındaki mali ilişkiler, daima ortaya çıkacaktır. Bu nedenle evlilik birliğini tamamen manevi bir birlik olarak gören ve eşler arasındaki mali ilişkileri ihmal eden görüş, gerçeklerle bağdaşmamaktadır².

Evlenmenin eşlerin malvarlıkları üzerinde etkisini düzenleyen kurallara mal rejimleri denilir. Mal rejimi daha geniş bir anlatımla eşlerin sahip oldukları mallar üzerinde mülkiyet hakkının kime ait olacağını, bu malların kim tarafından yönetileceğini, malları kimin kullanacağını, malların gelirlerinin kime ait olacağını, bu mallar dolayısıyla ortaya çıkan borçlardan kimin hangi oranda sorumlu olacağını ve evlilik sona erdiğinde bu malların durumunun ne olacağı sorularına

* Araştırma Görevlisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türk Hukuk Tarihi Anabilim Dalı.

1 ACABEY, M. Beşir, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, İzmir 1998, s. 2.

2 AKSOY, Muammer, Karı Koca Mal Rejimi ve Miras Hukuku İle Bağ, Ankara 1964, s. 18.

cevap arayan sisteme denir³. Bu tanımdan da anlaşılabilceği gibi mal rejimleri, mallar dolayısıyla eşler arasında ve eşlerle üçüncü kişiler arasında ortaya çıkan ilişkileri düzenlemektedir⁴.

Mal rejimleri kavramının kısaca tanımını yaptık. Bu tanımdan yola çıkarak İslam ve Osmanlı hukuk sistemlerinde mal rejimleri nasıl düzenlenmiştir? “Mal rejimi” kavramının günümüz hukuk sistemindeki anlamı ile İslam-Osmanlı hukukundaki anlamı arasında ne gibi benzerlikler vardır? sorularına cevap arayaçağız. Bu mukayeseyi ortaya koyabilmek için öncelikle günümüz hukukunun mal rejimi alanındaki düzenlemelerine göz atacağız.

II. GÜNÜMÜZ HUKUKUNDA MAL REJİMLERİ

Evlenmenin eşlerin malvarlığı üzerinde nasıl bir etki oluşturacağı günümüz aile hukukunun önemli sorunlarından bir tanesidir⁵. Bu sorunun çözümü açısından iki yol düşünülmektedir. Buna göre ya evlenmenin eşlerin malvarlığı üzerinde herhangi bir etki yapmayacağı kabul edilecek ya da evlenme ile eşlerin malvarlıklarında bir değişikliğin meydana geleceği kabul edilecektir. Birinci yol tercih edilirse ortaya bir sorun çıkmayacaktır. Çünkü evlenme eşlerin malvarlıkları üzerinde herhangi bir değişiklik meydana getirmeyecektir. Eşler, evlenmeden önce olduğu gibi evlendikten sonra da hem evlilik öncesi mallarının hem de evlendikten sonra edindikleri mallarının maliki olmaya devam edeceklerdir. İkinci yol tercih edilirse yani evlenmenin eşlerin malvarlıkları üzerinde bir etki meydana getireceği kabul edilirse ortaya bazı sorunların çıkması kaçınılmaz olacaktır⁶.

Mal rejimleri günümüz hukukunda yerini alıncaya kadar düzenleme alanları ve kapsamaları konusunda çok çeşitli fikirler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden biri, evlilik birliği içerisindeki mal rejiminin kanun koyucu tarafından emredici şekilde düzenlenmesi gerektiğini savunmuş ve eşlere bu konuda bir serbestlik bırakmamıştır. Diğer bir görüş ise ilk görüşün aksine mal rejimi konusunda eşlere bir serbestlik tanımıştır⁷. Konu dikkatle incelendiğinde her iki görüşünde mal rejimi hukuku alanındaki sorunları çözmekten uzak olduğu anlaşılmaktadır. İlk görüş kabul edildiğinde kanun koyucu tarafından emredici olarak düzenlenen hükümler, hayat felsefeleri, sosyal ve ekonomik durumları ve hayattan beklenti-

3 **ZEVKLİLER**, Aydın, Medeni Hukuk, Ankara 1999, s. 729.

4 **ACABEY**, s. 3.

5 **VELİDEDEOĞLU** H. Veldet, Türk Medeni Hukuku, “Aile Hukuku”, c. 2, İstanbul 1949, s. 131.

6 İşte bu sorunlar mal rejimlerinin konusunu oluşturmaktadır. **OĞUZMAN** Kemal-DURAL Lütfi, Aile Hukuku, 1998, s. 170.

7 **ACABEY**, s. 23.

leri birbirinden farklı insanlara uygulanmak zorunda kalacaktır. Diğer görüş kabul edildiğinde ise böyle önemli bir konuda taraflara sınırsız bir serbesti tanınmakta ve ortaya kanun koyucunun hiç istemediği bir takım sonuçlar çıkabilmektedir. Özellikle manevi değerlere büyük önem veren toplumlarda parasal değerlerin ön plana çıkarılması şüphe ile karşılandığından, eşler mal rejimine ilişkin bir anlaşma yapmamakta ve bu konuya ilişkin bir boşluk doğmaktadır⁸.

Görüldüğü gibi her iki görüşte sorunları çözmekte aksine yeni sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Bu iki görüşün olumsuz yönlerinden hareket edilerek karma bir görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre eşlere mal rejimi alanında bazı serbestiler tanınmakla birlikte bu serbestiye bazı sınırlamalar da getirilecektir. Ülkemizde kanun koyucu gerek Eski Medeni Kanunda gerekse Yeni Medeni Kanunda bu görüşü benimsemiş, eşlere mal rejimi alanında bazı serbestiler tanıırken eşlerin bu serbestilerine önemli kimi sınırlamalar da getirmiştir. Buna göre eşler kanunda düzenlenmiş olan mal rejimlerinden istediklerini seçebilecekler, herhangi bir seçim yapmadıklarında ise kanun koyucu tarafından öngörülen yasal mal rejimine tabi olacaklardır⁹.

Mal rejimleri günümüz hukukunda üç şekilde karşımıza çıkabilir. İlk olarak taraflar evlenmeden önce veya sonra bir sözleşme yaparak hangi mal rejimine tabi olacaklarına karar verebilirler (Sözleşmeye Dayanan Mal Rejimi). İkinci durum tarafların bu konuda bir sözleşme yapmamaları halinde ortaya çıkar, buna da yasal mal rejimi denir. Yasal mal rejiminde taraflar kanun koyucunun seçtiği mal rejimine tâbi olurlar. Mal rejimlerinin karşımıza çıkabileceği son durum tarafların sözleşmeyle seçtikleri mal rejiminin kanunda belirtilen şartların gerçekleşmesi sonucunda yasal mal rejimine dönüşmesiyle ortaya çıkar. Buna da olağanüstü mal rejimi denir¹⁰.

A. SÖZLEŞMEYE DAYANAN MAL REJİMİ

Eşler aralarındaki mali ilişkileri yapacakları bir sözleşme ile düzenleyebilirler. Bu husus MK. m. 202/II'de açıkça belirtilmiştir. Eşler aralarında ki mali ilişkileri düzenlerken kanunda belirtilen mal rejimi çeşitlerinden birisini seçmek zorundadırlar (MK. m. 202/II). Buna göre eşler yapacakları sözleşme ile mali ilişkilerine mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı veya mal ortaklığı rejimlerinden birinin uygulanacağını kararlaştırabilirler. Eşlerin bu tür bir sözleşme yapmaları halinde eşler arasında sözleşmeye dayanan mal rejimi kurulmuş olur¹¹.

⁸ ACABEY, s. 24.

⁹ ACABEY, s. 33.

¹⁰ ACABEY, s. 33.

¹¹ KILIÇOĞLU Ahmet M., Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Ankara 2002, s. 13.

Eşlerin evlilik süresince mallarının tabi olacağı rejimi seçmek konusunda yaptıkları sözleşmeye mal rejimi sözleşmesi denilmektedir¹². Kural olarak mal rejimi sözleşmesi mal ayrılığı, paylaştırmalı mal ayrılığı ya da mal ortaklığı için yapılır; ancak yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin kabulü için de mal rejimi sözleşmesi yapılmasına bir engel yoktur. Eşler arasında yapılacak bu sözleşme yine sözleşmeye dayanan mal rejimlerine ilişkin usul ve sınırlamalara tabi olacaktır¹³.

Eşlerin MK'da belirtilen mal rejimi sözleşmesi çeşitlerinden birini seçebileceklerine ilişkin kanun hükmü emredici niteliktedir. Eşler yapacakları sözleşme ile MK'da belirtilmeyen bir mal rejimi seçemeyecekleri gibi kanunda belirtilen mal rejimleri çeşitlerinden oluşan karma bir mal rejimi de seçemezler. Eşler mutlaka kanunda belirtilen mal rejimi çeşitlerinden birini seçmek zorundadırlar. Bu açıklamalardan da anlaşıldığı üzere kanun koyucu eşleri mali ilişkilerini düzenleme konusunda ne tamamen serbest bırakmış ne de onları tamamen bağlamıştır¹⁴.

Eşlerin mal rejimi sözleşmesi yapma özgürlüğü kanun koyucu tarafından önemli ölçüde sınırlandırılmıştır. Bu sınırlamalardan en önemlisi sözleşmenin içeriği konusundadır. Buna göre eşler istedikleri mal rejimini ancak kanunda yazılı sınırlar içerisinde seçebilirler. Yani kanun koyucu taraflara sadece üç mal rejiminden birine tabi olmak imkanını vermiş fakat seçtikleri mal rejiminin hükümlerini diledikleri gibi belirleme yetkisini prensip olarak taraflara tanımamıştır. Kanunda mal rejimlerine ilişkin hükümler bir bütün teşkil eder ve bir bütün halinde uygulanmaları gerekir. Bununla birlikte her mal rejimi içinde tarafların serbestçe kararlaştırabilecekleri bazı hususlar da bulunmaktadır¹⁵.

1. Mal Ayrılığı

Yeni Medeni kanunumuzun ilga etmiş olduğu mal ayrılığı rejimi konumuz açısından önem arz etmektedir.

Mal ayrılığı rejimi Eski MK'da yasal mal rejimi olarak düzenlenmiştir. Ülkemizde evlenen kimselerin, mal rejimi sözleşmesi yapma alışkanlıkları olmadığı için mal ayrılığı rejimi, son derece geniş bir uygulama alanına sahip olmuştur. Ancak uygulamada yarattığı bir takım sakıncalarından dolayı kanun koyucu

¹² Ancak bu konuda doktrinde bir kavram birliği yoktur. Bazı yazarlar evlenme mukavelesi kavramını tercih etmektedir. Bkz. **OĞUZMAN-DURAL**, s. 171; **VELİDEDEOĞLU**, s. 133; **ÖZTAN** Bilge, Aile Hukuku, Ankara 1979, s. 158.

¹³ **KILIÇOĞLU**, s. 13.

¹⁴ **VELİDEDEOĞLU**, s. 133.

¹⁵ Ayrıntı için bkz. **TEKİNAY** Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, İstanbul 1978, s. 333; **GÖNENSAY**, Samim A., Medeni Hukuk, "Aile Hukuku", c. 2, İstanbul 1937, s. 158.

Yeni MK' da mal ayrılığı rejimini yasal mal rejimi olarak kabul etmemiş ancak sözleşmeye dayanan mal rejimi olarak varlığını sürdürmesine izin vermiştir. Bugünkü düzenleniş şekliyle mal ayrılığı rejimi, sadece tarafların sözleşmeyle bu mal rejimini kararlaştırmış olmaları halinde uygulama alanı bulabilmektedir¹⁶.

Mal ayrılığı rejimi MK'un 242 ve 243. maddelerinde düzenlenmiştir. Mal ayrılığı rejimi eşlerin malvarlıklarının birbirinden ayrı ve bağımsız olması esası üzerine kurulmuştur¹⁷. Mal ayrılığı rejimi içerik olarak son derece sade ve anlaşılır bir mal rejimi çeşididir. Bu mal rejiminde eşlerden her biri yasal sınırlar içerisinde kendi malvarlıkları üzerinde yönetim, yararlanma ve tasarruf haklarını korur (MK. m. 242). Ancak söz konusu yönetim, yararlanma ve tasarruf hakları maddede belirtildiği üzere yasal sınırlar içerisinde kullanılabilir¹⁸. Her bir eş, evlenmeden önce olduğu gibi kendi malları üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğu gibi bu malların gelirlerinden de yararlanmaya devam ederler¹⁹.

Mal ayrılığı rejiminde eşlerin malları birbirinden ayrıdır. Eşlerin beraber sahip oldukları bir mal topluluğu bu mal rejiminde söz konusu değildir. Kadının malları ve kocanın malları olmak üzere iki grup mal söz konusudur. Bu durum evlenmeden önce edinilen mallar açısından geçerli olduğu gibi evlendikten sonra edinilen mallar açısından da geçerlidir²⁰. Eşlerden her biri kendi malları üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilir. Bu mal rejiminde, ortak bir mal topluluğu olmadığı için evlilik sona erdiği zaman bir paylaşım söz konusu olmamaktadır²¹. Mal ayrılığı rejiminde evlilik eşlerin ne evlenmeden önceki malları üzerinde ne de sonradan edindikleri mallar üzerinde herhangi bir değişiklik meydana getirmemektedir²².

Mal ayrılığı rejiminin faydalı yönleri olduğu kadar zararlı yönleri de vardır. Bu mal rejimi erkek karşısında kadına ekonomik yönden bağımsız bir konum verir, onu mali bakımdan kocasına tabi bir duruma sokmaz. Ayrıca mal ayrılığı rejimi eşler arasındaki mali ilişkiler bakımından üçüncü kişilere gayet açık bir durum ifade eder. Üçüncü kişiler mal ayrılığı rejiminde hukuki işlem yaptıkları

¹⁶ ACABEY, s. 33.

¹⁷ OĞUZMAN-DURAL, s. 177.

¹⁸ Adalet Bakanlığı'nca Hazırlanan Türk Medeni Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, Ankara 1999, s. 110.

¹⁹ OĞUZMAN-DURAL, s. 177; VELİDEDEOĞLU, s. 141.

²⁰ ACABEY, s. 50.

²¹ ACABEY, s. 29.

²² ACABEY, s. 50.

eşlerin mali durumunu açık olarak bilirler. Bu faydalı yönlerinin yanı sıra mal ayrılığı rejiminin zararlı yönleri de vardır. Evlilik birliği adından da anlaşılabilirceği gibi her yönüyle bir birlik oluşturması gereken bir kurumdur. Eşler arasında her alanda olduğu gibi mali ilişkilerde de bir birlik oluşmalıdır. Oysa mal ayrılığı rejiminde eşler arasında mali yönden tam bir ayrılık vardır. Bu durum evlilik birliğinin ruhuna aykırı düşmektedir²³. Bunun yanında evlilik birliğinde eşlerin malları genellikle birbirine karıştığından evlilik sona erdiğinde bu malları ayırt etmek son derece zor olmaktadır. Bu durum özellikle iş sahibi olmayan evli kadınlar açısından olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. Yine ülkemizdeki egemen aile yapısı ve toplumsal geleneksel ilişkiler nedeniyle, evlilik birliğinin sona ermesi halinde eşler arasında geçerli olan mal ayrılığı rejiminin tasfiyesi özellikle kadın aleyhine sonuçlar doğurmaktadır²⁴.

2. Paylaşmalı Mal Ayrılığı

Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi Eski MK' da bulunmayıp, Yeni MK'la düzenlenen bir mal rejimidir. Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi MK' un 244-256. maddelerinde, sözleşmeye dayanan mal rejimleri arasında düzenlenmiştir. Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi tasfiye usulü hariç edinilmiş mallara katılma rejimiyle büyük benzerlikler göstermektedir²⁵.

Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde eşlerden her biri mal ayrılığı rejiminde olduğu gibi yasal sınırlar içerisinde kendi malvarlığı üzerinde yönetim, yararlanma ve tasarruf haklarına sahiptir (MK. m. 244). Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde yönetim, yararlanma ve tasarruf konularında mal ayrılığı rejimindeki çözüm tarzı kabul edilmiştir. Yani taraflar kendi malları üzerinde mal ayrılığı rejiminde sahip oldukları yönetme, yararlanma ve tasarruf haklarına paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde de sahip olurlar. Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi ile mal ayrılığı rejimi arasındaki fark, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin tasfiyesi sırasında ortaya çıkmaktadır. Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde kural olarak her bir eşin malları birbirinden ayrıdır. Bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden taraf iddiasını ispat etmek zorundadır (MK. m. 245). Maddenin ikinci fıkrasında malların eşlerden hangisine ait olduğunun ispatlanamaması durumunda bu malların eşlerin paylı mülkiyetinde sayılacakları yolunda bir karine kabul edilmiştir²⁶. Bu hükümler mal ayrılığı rejiminde de uygulama alanı bulmaktadır (MK. m. 243).

23 VELİDEDEOĞLU, s. 140.

24 ZEVKLİLER, s. 735.

25 KILIÇOĞLU, s. 53 vd.

26 Zira paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde eşlerden biri tarafından bu rejimin kurulmasından sonra edinilip de ailenin ortak kullanımın ve yararlanmasına tahsis edilmiş mallar ile ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar veya bunların yerine geçen değerler bunların kimin mülkiyetinde olduğuna bakılmaksızın mal rejiminin sona

Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde eşlerden her biri kendi borçlarından dolayı tüm malvarlığı ile sorumludur (MK. m. 246) Eşlerin kendi borçları, evlilikten önce ve/veya evliliğin devamı sırasında edinilen borçları kapsar. Ayrıca eşlerden birinin MK. m.189 gereğince evlilik birliğini temsilen yaptığı borçlardan eşler üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu olurlar²⁷.

3. Mal Ortaklığı

Eşlerin yapacakları mal rejimi sözleşmesiyle seçebilecekleri diğer bir mal rejimi çeşidi de mal ortaklığı rejimidir. Mal ortaklığı rejimini eşlerin ortaklığa giren mallarıyla her birinin kişisel mallarından oluşur (MK. m. 256). Mal ortaklığı rejimi medeni kanunda iki alt bölümde düzenlenmiştir. Birinci bölümde “Genel Mal Ortaklığı” ikinci bölümde ise “Sınırlı Mal Ortaklığı” düzenlenmiştir²⁸.

a. Genel Mal Ortaklığı

Genel mal ortaklığında eşlerin kanun gereği kişisel mal sayılan malları dışında kalan malları ile gelirleri eşlerin ortaklık mallarını oluşturur (MK. m.257). Bu mal rejiminde ortaklık bağımsız bir malvarlığı niteliğindedir²⁹. Bu nedenle eşler ortaklık mallarına, bir bütün (bölünmemiş) olarak sahip olurlar. Hiçbir eş ortaklık payı üzerinde tek başına tasarrufta bulunamaz (MK. m. 257). Bu konuda eşler ancak birlikte tasarruf edebilirler. Zira ortaklığa giren mallar üzerinde eşlerin iştirak halinde mülkiyetleri söz konusu olmaktadır³⁰.

b. Sınırlı Mal Ortaklığı

Sınırlı mal ortaklığı eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle bazı malların ortaklığa dahil olmaması şartıyla kabul ettikleri bir mal ortaklığı türüdür. Sınırlı mal ortaklığı iki türlü olabilir. Birinci tür olan edinilmiş mallarda ortaklıktır ve burada eşler mal ortaklığını, edinilmiş mallarıyla sınırlandırır. İkinci türde ise eşler bazı malların ortaklığa girmeyeceğini kararlaştırmaktadırlar³¹.

aa. Edinilmiş Mallarda Ortaklık

Eşler yapacakları mal rejimi sözleşmesiyle bu ortaklığa sadece edinilmiş mallarının gireceğini kabul edebilirler (MK. m. 258). Eşlerin sözleşme ile bu tür

ermesi halinde mal ayrılığı rejiminden farklı olarak eşler arasında paylaşılmaktadır. **Gerekçe**, s. 110.

²⁷ **Gerekçe**, s. 111.

²⁸ **ÖZTAN**, s. 164; **OĞUZMAN-DURAL**, s. 168.

²⁹ **ZEVKLİLER**, s. 742.

³⁰ **ZEVKLİLER**, s. 742; **Gerekçe**, s. 115; **VELİDEDEOĞLU**, s. 155; **ÖZTAN**, s. 164; **OĞUZMAN-DURAL**, s. 168.

³¹ **ÖZTAN**, s. 166.

bir ortaklık kurmaları halinde, ortaklık rejimi sadece buna ilişkin mal rejimi sözleşmesinin kurulmasından itibaren edinilmiş mallarla sınırlı olarak kurulur. Edinilmiş mallarda ortaklıkta genel mal ortaklığından farklı olarak kişisel malların gelirleri de ortaklığa dahil olur³².

bb. Diğer Mal Ortaklığı Çeşitleri

Eşler genel mal ortaklığı ve edinilmiş mallarda ortaklık dışında bazı malvarlığı değerlerini veya türlerini ortaklık dışında tutmak suretiyle farklı bir mal ortaklığı kabul edebilirler. Örneğin eşler yapacakları mal rejimi sözleşmesiyle taşınmaz malları, bir eşin kazancını, bir meslek veya sanat icrası için kullandığı malları ortaklık dışında tutabilirler. Eşlerin sözleşme ile ortaklığa dahil etmedikleri malların gelirleri de aksi sözleşmede belirtilmediği sürece ortaklığa dahil değildir (MK. m.259)³³.

Mal ortaklığı rejiminde ortaklığa dahil olmayan malların tümü kişisel mal olarak kabul edilir. Eşlerin kişisel malları üç şekilde ortaya çıkabilir (MK. m. 260). Buna göre kişisel mallar mal rejimi sözleşmesiyle, üçüncü kişilerin karşılıksız kazandırmalarıyla veya kanunla ortaya çıkabilir. Birinci halde eşler yapacakları sözleşme ile nelerin kişisel mal sayılabileceğini kararlaştırabilirler. İkinci halde ise eşlerden birine üçüncü kişiler tarafından verilen karşılıksız kazandırmaların kişisel mal sayılması söz konusu olmaktadır. Üçüncü halde ise bazı malların kanun tarafından kişisel mal sayılması söz konusu olmaktadır. Kanun gereği kişisel mal kabul edilen mallar MK. m.260/II' de düzenlenmiştir. Buna göre eşlerden birinin sadece kişisel kullanımına ayrılmış olan eşyası ile manevi tazminat alacakları kanundan dolayı kişisel mal sayılır³⁴.

B. OLAĞANÜSTÜ MAL REJİMİ

Eşler mal rejimi sözleşmesiyle mal ayrılığı rejimi dışında bir mal rejimi çeşidini seçmiş olsalar bile bazı durumlarda bu seçtikleri mal rejimi ya hakim kararıyla ya da kendiliğinden mal ayrılığına dönüşür. Buna “olağanüstü mal rejimi” denilir. Olağanüstü mal rejimi ile eşler malları üzerinde serbestçe tasarruf ve denetim hakkına sahip oldukları mal ayrılığı rejimine tabi olmaktadır³⁵.

C. YASAL MAL REJİMİ

Yasal mal rejimi, eşlerin kanunda belirtilen mal rejimlerinden birini seçmelerinde halinde kanun gereği eşlere uygulanan mal rejimini ifade eder. Adından

32 **Gerekçe**, s. 115.

33 **Gerekçe**, s. 116

34 **Gerekçe**, s. 116.

35 **ZEVKLİLER**, s. 732.

da anlaşılabilirliği gibi bu mal rejimi doğrudan kanundan kaynaklanmaktadır. Bu mal rejiminin eşlere uygulanabilmesi için eşlerin bu mal rejimini kabul etmelerine gerek yoktur. Aksine eşlerin kanunda belirtilen diğer mal rejimlerini seçmemiş olmaları, bu mal rejiminin eşlere uygulanabilmesi için yeterlidir. MK'un 202. maddesine göre "eşler arasındaki mali ilişkilerde edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıldır". Ancak kanun koyucu bu konuda emredici bir hüküm öngörmemiştir. Eşler yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olmak istemiyorlarsa MK'da düzenlenen diğer mal rejimi çeşitlerinden birini kabul edebilirler (MK. m. 202/II). Aslında eşlerin mal rejimleri konusunda bir sözleşme yapmaları arzulanan bir durumdur. Ancak gerek ülkemizde gerekse dünyanın pek çok ülkesinde eşlerin genellikle mal rejimine ilişkin bir sözleşme yapmadıkları görülmektedir. İşte bu durumu dikkate alan kanun koyucu eşlerin mal rejimi sözleşmesi yapmaması halinde ortaya çıkacak boşluğu engellemek amacıyla sözleşme yapılmamış olması halinde uygulanacak mal rejimini -edinilmiş mallara katılma rejimi- ayrıca belirlemiştir³⁶.

Yeni MK yürürlüğe girmeden önce ülkemizde geçerli olan yasal mal rejimi mal ayrılığıdır. Ülkemizde eşler arasında mal rejimine ilişkin sözleşme yapma alışkanlığı bulunmadığından eşler arasında mal ayrılığı rejiminin geçerli olması yaygın bir olaydı³⁷. Mal ayrılığı rejiminin uygulamada ortaya çıkardığı hakkaniyete aykırı sonuçları dikkate alan kanun koyucu mal ayrılığı olan yasal mal rejimini, edinilmiş mallara katılma rejimi olarak değiştirmiştir³⁸. Bunun yanında mal ayrılığı rejimi de sözleşmeye dayanan mal rejimi olarak Yeni MK'da da muhafaza edilmiştir³⁹.

1. Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi

Mal rejimi hukukunda yasal mal rejimi olarak en çok tercih edilen sistem edinilmiş mallara katılma rejimidir. Bu rejim pek çok ülkede değişik isimlerle kabul edilmiştir. Edinilmiş mallara katılma rejiminde ne evlilik devam ederken ne de evlilik sona erdiğinde eşler arasında bir mal ortaklığı söz konusu değildir. Bu rejimde evlilik sona erdiğinde eşler arasındaki işbirliği ve işbölümü nedeniyle elde edilen değerler üzerinde eşlerden her birine diğer eşin edinilmiş mallarına katılma konusunda bir talep hakkı tanınmıştır⁴⁰.

³⁶ Bu rejim genel olarak evlilik süresince edinilen malların eşler arasında paylaşılmasını öngörmektedir. VELİDEDEOĞLU, s. 132.

³⁷ ZEVKLİLER, s. 732.

³⁸ Gereke, s. 19.

³⁹ Gereke, s. 20.

⁴⁰ ACABEY, s. 101.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerden her biri, yönetim ve tasarrufta bulunma hakkına, diğer eşin kazanca katılma hakkına ilişkin asgari korunma sağlanmak şartıyla sahiptir. Yani her bir eşin yönetim ve tasarrufta bulunma hakkı diğer eşin paylaşımına katılma hakkına ilişkin koruyucu hükümlerle sınırlıdır. Bu çerçevede bazı ülkelerde diğer eşin katılma hakkını korumak amacıyla çeşitli tedbirler öngörülmüştür. Bazı malların üçüncü kişilere devrinde, diğer eşin onayının alınması, taşınmazlar ve bazı karşılıksız kazandırmalar konusunda birtakım sınırlandırmalar getirilmesi bu tedbirlere örnek olarak gösterilebilir⁴¹. Alınan tedbirlere uyulmaması da ülkelere göre farklı müeyyidelere tabi tutulmuştur. Örneğin diğer eşin onayının alınmaması bazı ülkelerde yapılan işlemin geçersizliği sonucunu doğururken bazı ülkelerde ise yapılan işlem yalnızca diğer eşe karşı hüküm ifade etmemekte, taraflar arasında hüküm doğurmaktadır⁴². Kabul edilen bu tedbirlerle eşlerden birinin yaptığı tasarruflardan diğer eşin zarar görme ihtimali en aza indirilmiştir. Ancak bu gibi tedbirler alınırken, hukuki işlem güvenliği ve eşlerle hukuki işlem yapan üçüncü kişilerin hakları ihlal edilmemelidir⁴³.

2. Mallar Üzerindeki Mülkiyet Durumu

Bu mal rejiminde de mal ayrılığı rejiminde olduğu gibi eşlerden her biri, evlilik devam ettiği sürece evlenmeden önce sahip olduğu ve evlendikten sonra edindiği malların maliki olmaya devam ederler. Edinilmiş mallara katılma rejiminde, evlilik süresince ve evlilik sona erdiğinde eşlerin malları ayrıdır. Her bir eş kural olarak diğer eşin onayı olmadan kendi malları üzerinde tasarrufta bulunabilir ve bu malları serbestçe yönetebilir⁴⁴. Bu açıdan bu rejim ile İslam-Osmanlı hukukunda kabul edilmiş olan mal ayrılığı rejimi arasında fark yoktur

Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin kişisel malları ve edinilmiş mallardan oluşan iki türlü mal vardır (MK. m. 218). Buna göre edinilmiş mallara katılma rejimi kocanın kişisel malları ve edinilmiş malları ile kadının kişisel malları ve edinilmiş mallarını kapsar⁴⁵.

41 ACABEY, s. 101.

42 ACABEY, s. 102.

43 ACABEY, s. 102.

44 ACABEY, s. 130.

45 ACABEY, s. 132.

a. Kişisel Mallar

Edinilmiş mallara katılma rejiminde söz konusu olan iki grup maldan ilkinin eşlerin kişisel malları oluşturur. Kişisel malların nelerden oluştuğu MK. m. 220' de bentler halinde sayılmıştır. Buna göre⁴⁶;

- Eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan giyim eşyası, mücevher ve spor malzemeleri gibi eşyalar eşlerin kişisel malı olarak kabul edilir. Bunlar evlilik birliğinin başlangıcında mevcut olabileceği gibi karşılıksız olarak sonradan da edinilmiş olabilir. Hatta bu eşyaların karşılığı edinilmiş mallardan da karşılanmış olabilir. Ancak son durumda diğer eşin denkleştirme isteme hakkı saklıdır.

- Mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras yoluyla ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla (bağışlama vb) elde ettiği malvarlığı değerleri eşlerin kişisel malı olarak kabul edilmiştir. Eşlerin evlenmeden önce getirdikleri mallar ile Yeni MK' un yürürlük tarihi olan 01.01.2002 tarihinden önce sahip olunan mallar, bu bent gereğince kişisel mal olarak kabul edilecektir.

- Manevî tazminat alacaklarının da eşlerin kişisel malı sayılacağı kabul edilmiştir. Zira manevi tazminat alacakları, ilgili eşin kişisel durumu göz önünde tutularak ödenen, onun acı, üzüntü ve ıstırapı sonucu tamamen kişisel nitelikteki zararları karşılamaya yönelik olduğundan bu alacaklar eşlerin kişisel malı olarak kabul edilmiştir.

- Kişisel mallar yerine geçen değerlerde kişisel mal olarak kalmaya devam ederler. Örneğin kişisel malın tahrip edilmesi nedeniyle ödenen sigorta tazminatları vs. tazminatlar ve kamulaştırma bedeli kişisel mal olarak kalmaya devam eder.

MK. m. 220.'de bentler halinde sayılan bu mallar kanun gereği kişisel mal olarak kabul edilir. Eşler ayrıca yapacakları mal rejimi sözleşmesiyle bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dahil olması gereken malvarlığı değerlerinin ve kişisel malların gelirlerinin kişisel mal sayılacağını kararlaştırabilirler (MK. m. 221). Belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden kimse bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Bir malın eşlerden hangisine ait olduğu ispatlanamıyorsa bu mal eşlerin müşterek mülkiyetinde kabul edilir (MK. m. 222) ⁴⁷.

⁴⁶ **Gereke**, s. 102.

⁴⁷ **Gereke**, s. 101.

b. Edinilmiş Mallar

Edinilmiş mal her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerlerini ifade eder. Edinilmiş malların hangi mallardan oluşacağı MK. 219. maddede örnek olarak bentler halinde sayılmıştır. Buna göre bir eşin edinilmiş malları özellikle şunlardır⁴⁸:

- Çalışmasının karşılığı olan edimler (maaş vb.),

- Sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler (Emekli Sandığı, Sosyal Sigortalar Kurumu, yardımlaşma sandıkları gibi sosyal güvenlik kurumlarınca bir eşe ödenen tazminatlar ya da bağlanan aylıklar bu bent kapsamına girer),

- Çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar (bir iş kazası ya da trafik kazası sonucu çalışma gücünü tamamen veya kısmen kaybeden eşe ödenen tazminatlar bu bent kapsamında değerlendirilir ve edinilmiş mal olarak kabul edilir),

- Kişisel malların gelirleri (kirada ki evin kira geliri, miras olarak kalan bir tarlanın ürün geliri⁴⁹, kişisel malların faiz gelirleri vb.)⁵⁰,

- Edinilmiş malların yerine geçen değerler (örneğin edinilmiş mal olan otomobilin satılarak yerine ev alınması halinde artık ev edinilmiş mal olacaktır. Yine aynı şekilde edinilmiş bir malın hasara uğraması ya da yok olması nedeniyle ödenen tazminatlarda edinilmiş mal olarak kabul edilir).

Bir malın eşlerden hangisine ait olduğu ve eşin hangi mal grubuna girdiği sorunları her zaman kolaylıkla çözülebilen sorunlar değildirler. Bir malın hangi mal grubuna girdiğini saptamak için ilk önce malın eşlerden hangisinin malvarlığına girdiğinin saptanması gerekir. Malın hangi eşe ait olduğunun anlaşılmasından sonra malın bu eşin kişisel malı mı, yoksa edinilmiş malı mı olduğunu tespit edilecektir. Eğer malın eşlerden hangisine ait olduğu tespit edilemiyorsa o mal eşlerin müşterek mülkiyetinde kabul edilecektir. Belirli bir malın eşlerden birine ait olduğu iddia ediliyorsa iddia sahibi bu iddiasını ispat etmek zorunda tutulmuştur. Bir malın hangi eşe ait olduğu bilinmekle birlikte eşin hangi mal grubuna girdiği tespit edilemiyorsa o mal eşin edinilmiş malı olarak kabul edilecektir (MK. m. 222). Bir malın eşlerden hangisine ait olduğunu ortaya çıkaracak diğer bir kriter de genel hükümlerde düzenlenen envanterdir. Eşlerden her biri

48 **Gerekeçe**, s. 101.

49 **ACABEY**, s. 133.

50 Bu durum mal ayrılı rejiminde tam aksinedir. Yani mal ayrılığı rejiminde eşlerin mallarının gelirleri de eşlerin kendilerine ait olur. **ACABEY**, s. 133.

diğerinden her zaman malların envanterinin resmi bir senetle yapılmasını isteyebilir. Eğer taraflar arasında bu tür bir envanter yapılmışsa malların kime ve hangi mal grubuna ait olduğu sorunları büyük ölçüde çözülecektir⁵¹.

3. Yönetim, Yararlanma ve Tasarruf

Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerden her biri hem kişisel malları üzerinde hem de edinilmiş malları üzerinde tek başına yönetme, yararlanma ve tasarruf yetkilerine sahiptir (MK. m. 223). Kural olarak eşlerin bu yetkileri mal rejimine ilişkin kurullarla hiçbir sınırlandırmaya tabi tutulmamıştır. Bunun tek istisnası eşlerin paylı mülkiyetleri altında ki mallara ilişkin MK. m. 233/son hükmüdür. Buna göre aksine anlaşma olmadıkça eşlerden biri diğerinin rızası olmaksızın paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz. Bu hükümle paylı mülkiyette paydaşlardan her birinin kendi payı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği kuralından (MK. m. 688) farklı bir düzenleme getirilmiştir⁵². Edinilmiş mallara katılma rejiminde kabul edilen eşlerin hem kişisel hem de edinilmiş malar üzerinde serbestçe tasarruf hakkı İslam-Osmanlı hukukunda geçerli olan mal ayrılığı rejimi ile bağdaşmaktadır. Ancak eşlerin evlendikten sonra elde etmiş oldukları malların paylaşılması hükmü, İslam-Osmanlı hukukunda yer almamıştır.

Eşlerin malları üzerindeki yönetim, yararlanma ve tasarruf yetkileri üzerinde mal rejimleri kurullarıyla bir sınırlama getirilmemiş olmasına rağmen her bir eş bu yetkilerini kullanırken MK' un eşlere yüklediği diğer ödevleri ihlal etmekten kaçınmalıdır. Örneğin MK. m. 186' ya göre eşlerden her biri birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar. O halde eşler mallar üzerindeki yetkilerini kullanırken evi geçindirmeye ilişkin bu yükümlülükleri de göz önünde tutmak zorundadırlar⁵³. Medeni kanunumuz eşlerin kendi emek ve güçleri oranında evi geçindirme yükümlülüklerinin olduğunu ve mallar üzerindeki tasarruflarının da bu yükümlülüklerine uygun olarak kullanabileceklerini hüküm altına almıştır.

Eşlerden birinin mallara ilişkin yetkilerini kullanmasından diğer eşin zarar görmesini önlemek amacıyla mal rejimlerine ilişkin genel hükümler arasında bazı tedbirler öngörülmüştür. Bu tedbirlerden en önemlisi eşlerden birinin diğer eşin veya ortaklığın menfaatlerini tehlikeye düşürmüş olması halinde mal rejiminin hakim kararıyla mal ayrılığı rejimine dönüştürülebileceğini öngören MK. m. 206/2 hükmüdür. Eşlerin malları üzerindeki yetkilerini sınırlayan diğer hükümler edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi sırasında karşımıza çıkar.

51 ACABEY, s. 133.

52 Gerekeçe, s.103.

53 ACABEY, s. 137.

Buna göre eşlerden birinin diğer eşin rızası olmaksızın yaptığı karşılıksız kazandırmalar, diğer eşin katılma alacağını azaltmak amacıyla yapılan devirler tasfiye sırasında edinilmiş mallara kağıt üzerinde eklenecektir (MK. m. 229)⁵⁴.

Eşlerin malları üzerinde (kural olarak) serbestçe tasarrufta bulunabileceklerine ilişkin MK. m. 223 hükmü eşleri bu konuda sadece yetkilendirmekte onları bir yükümlülük altına sokmamaktadır. Dolayısıyla eşlerin mallar üzerindeki yetkilerini açık ya da örtülü olarak diğer eşe bırakmalarında her hangi bir sakınca yoktur⁵⁵. Zaten MK. m. 215’ de bu husus açıkça belirtilmiş böyle bir durumda eşler arasında vekalet hükümlerinin geçerli olacağı kabul edilmiştir⁵⁶.

4. Borçlardan Sorumluluk

Edinilmiş mallara katılma rejiminde mal rejiminin eşlerin kişisel borçları üzerinde herhangi bir etkisi yoktur. MK. m. 224’ e göre eşlerden her biri kendi borçlarından dolayı bütün malvarlığıyla sorumlu olacaktır. Eşler sadece kendi kişisel mallarıyla değil edinilmiş mallarıyla da sorumlu olacaklardır. Borcun evlenmeden önce edinilmiş olması ile evlendikten sonra edinilmesi arasında eşlerin sorumluluğu açısından her hangi bir farklılık söz konusu değildir. Her iki halde de eşler bütün malvarlıklarıyla sorumlu olmaya devam edeceklerdir. Ancak burada eşlerden birinin evlilik birliğini temsilen yaptığı borçlardan eşlerin müteselsilen sorumlu olacakları da unutulmamalıdır (MK. m. 189)⁵⁷.

Günümüz hukukunda mal rejimi sisteminin nasıl düzenlenmiş olduğunu böylece ortaya koymaya çalıştık. İslam-Osmanlı hukukunda karı koca arasındaki malların hukuku anlamına gelen “mal rejimleri”ni incelemeye başlamadan önce İslam hukukunda mülkiyet kavramı ve sınırları hakkında bilgi vermeyi uygun görüyoruz.

III. İSLAM VE OSMANLI HUKUKUNDA MÜLKİYET KAVRAMI

Mal rejimi kavramının eşler arasındaki mali ilişkileri ifade ettiğini belirtmiştik. Bu çerçevede, bir hukuk sistemindeki aile içi mülkiyet ilişkileri anlamına gelen mal rejimlerini daha iyi anlayabilmek için o hukuk sisteminin mülkiyete, daha doğru bir deyimle ferdi mülkiyete nasıl baktığını ortaya koymak gerekmektedir.

54 ACABEY, s. 137.

55 ACABEY, s. 139.

56 Gereke, s. 103.

57 Gereke, s. 103.

Bir İslam hukuku terimi olarak mülkiyet, “bir engel bulunmadıkça hukuken yalnızca sahibine tasarruf imkanı veren, herkese karşı dermeyan edilebilir bir haktır” şeklinde tanımlanmaktadır⁵⁸.

İslam’ın mülkiyet anlayışı şöyle ifade edilmiştir: Gökte ve yerde mevcut olan her şey Allah’ındır. Hakiki malik Allah’tır⁵⁹. İnsanlar dış alemde mevcut olan şeylerden istifade etmekte serbesttirler. Bir kimsenin bir şey üzerindeki inhisarı tasarrufu Allah’a itaatsizlik teşkil eder. Fakat bu anlayış hukuki değil dinidir⁶⁰.

İslam Hukuku ferdi mülkiyet hakkını tanımıştır⁶¹. İslam hukukuna göre asıl olan fertlerin mülkiyet hakkına sahip olmasıdır⁶². Hz. Peygamber ferdi mülkiyet hakkının varlığını kabul etmiş ve fetihler sırasında sık sık mülk arazi tevcihlerinde bulunmuştur⁶³. Hz. Peygamberin ihya müessesini⁶⁴ kabul etmesi ve bunu uygulaması ferdi mülkiyeti kabul ettiğinin en iyi delilini teşkil eder⁶⁵.

Kişiyne mülkiyet hakkı tanınmış, ancak dilediği gibi davranabilme hakkı verilmemiş ve bu hakka bir takım sınırlamalar getirilmiştir. İslam hukukçuları mülkiyet hakkının sınırları üzerinde yoğun olarak durmuşlar, bu hakkın tanınması ve değerinden daha fazla, sınırlarını göstermenin önemini vurgulamışlar-

58 **AYGÜN** Dursun, İslam Hukukunda İstimlak, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 1998, s. 5-6.

59 **DEMİR** Fahri, İslam Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı, Ankara 1986, s.137 vd.; **KARAMAN** Hayreddin, Mukayeseli İslam Hukuku, c. 3, İstanbul 1987, s. 31 vd.; **TABAKOĞLU** Ahmet, İslam ve Ekonomik Hayat, Ankara 1988, s. 24.

60 **ÜÇÖK** Coşkun, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Ankara 1966, s. 102; **SEVİĞ** V. Raşit, Toprak Hukuku, Ankara 1953, s. 224; **CİN**, s. 9.

61 Böylece özel mülkiyet hakkını tanımayan sosyalist veya komünist sistemlerin aksine bir düzenleme getirmiş bulunmaktadır. **ARMAĞAN** Servet, İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, Ankara 1987, s. 171, **BARKAN** Ömer Lütfi, İslam-Türk Mülkiyet Hukuku Tatbikatının Osmanlı İmparatorluğunda Aldığı Şekiller, İHFM, c. VII, sy. I, s. 176.

62 Bir diğer deyişle “mülkiyet fitridir. Malı sevmek ve ona sahip olmak temayülü insanın fitratındadır. Kur’an-ı Kerim’de şöyle buyrulmaktadır: “Malı pek çok seviyorsunuz”(Fecr, 20), “De ki : Rabbimin rahmet hazinelerine siz sahip olsaydınız tükenir korkusuyla yine de cimrilik ederdiniz . Zaten insanlar pek cimridir” (İsra, 100), **ARMAĞAN**, s. 171.

63 **BERKİ** Şerife, Toprak Hukuku, Ankara 1967, s. 58.

64 İhya mülkiyeti kazanma yollarından biridir. Kur’an mülkiyet hakkının kazanılmasına ve korunmasına dair genel hükümler koymamıştır. Kur’an’da düzenlenen mülkiyeti kazanma yolları; miras, ticaret, hibe ve teberrulardır. **CİN**, s. 10.

65 **CİN**, s. 10.

dır⁶⁶. İslam hukuku faiz, ihtikar, rüşvet, kumar, hırsızlık, gasp, aldatma gibi gayrı meşru yollarla mülk edinmeyi yasakladığı gibi içki, domuz, mundar hayvan eti gibi mallara Müslümanların sahip olmalarına izin vermemiştir. Aynı zamanda ipek, altın ve gümüşün kullanımına da bazı sınırlamalar getirmiştir. İslam hukuku kişilere ve kamuya zarar verecek şekilde tasarrufta bulunmayı da yasaklamıştır. Bunlara ilave olarak kişi malını kötüye kullanıp israf da edemez. Örneğin, kamu yararına tahsis edilmiş yollar, köprüler mülk edinilemez⁶⁷.

İslam'da mülkiyetin kaynağının Allah'da olduğu inancı, bu hakkın mukaddes ve ihlal edilmezliği sonucunu doğurmuştur. Bir kimsenin bir şey üzerindeki zilyetliği, mülkiyet lehine karine teşkil eder. İslam hukukunda ferdi mülkiyet dünyanın hiçbir mevzuatında görülmeyen bir dokunulmazlığa sahiptir⁶⁸. Bununla birlikte gelişen ve değişen hayat şartlarının gündeme getirdiği bir takım zarurî durumlar karşısında, belirli şartlar dahilinde mülkiyete müdahaleye de izin verilmiştir⁶⁹. Kamu yararı için istimlak mülkiyet hakkına getirilmiş en büyük sınırlamadır⁷⁰.

Görüldüğü üzere İslam hukuku özel mülkiyet hakkını tanımıştır. Kuran'da bu husus açıkça yer almıştır. Mülkiyet hakkının başkasının hakkı, toplum menfaati, sosyal adalet gibi sınırlarını⁷¹, İslam hukuku kuralları belirlemiştir. Ferdin mülkiyet hakkına sahip olmasında cinsiyet ayrımı yapılmamıştır. Yine mülkiyete getirilen sınırlamalar arasında evli olan kadının malına kocasının karışma veya yönlendirme hakkı gibi bir düzenleme de yoktur. Dolayısıyla eşler arasında mal ayrılığı rejiminin varlığına, İslam mülkiyet anlayışı engel değildir.

⁶⁶ CİN Halil-**AKGÜNDÜZ** Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, c. 2, Konya 1988, s. 254 vd.; **ARMAĞAN**, s. 173; **DEMİR**, s. 239 vd.; **KARAMAN**, s. 82 vd.

⁶⁷ **AYGÜN**, s. 12; **TABAKOĞLU**, s. 27; **ARMAĞAN**, s. 173.

⁶⁸ **CİN**, s. 10.

⁶⁹ **AYGÜN**, s. 28.

⁷⁰ İslam hukuku, idare edenlerin idare olunanlar hakkında mülkiyete müdahale dahil yaptıkları her türlü tasarrufta mutlaka uymaları gereken ana prensipleri tespit etmiştir. Bu hukuk kuralı mecellenin 58. maddesinde şöyle açıklanmaktadır:

“Raiyye, yani tebea üzerinde tassarruf maslahata men'uttur”.

Burada idare olunanlara hakkında yapılan her türlü tasarrufun geçerliliği ve bağlayıcılığının o tasarrufun maslahat yani kamu yararı esasına dayanması gerektiği ifade edilmektedir. Eğer bu husus sağlanmışsa halkın buna uyması zorunludur. Aksi takdirde böyle bir zorunluluk doğmayacaktır. Mülkiyete maslahata bağlı kalarak ancak devlet müdahale edebilir. İstimlak da devletin bir müdahalesi olduğu için öncelikle devletin bu yetkisinin ve maslahat prensibinin ortaya koyulması gerekmektedir. **CİN**, s. 10; **GÜR** Refik, Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle, İstanbul 1993, s. 141.

⁷¹ **ARMAĞAN**, s. 171 vd.

IV. İSLAM VE OSMANLI HUKUKUNA GÖRE MAL REJİMİ

İnsanın tabiat şartlarından korunabilmesi için bir eve ve eşyaya, cinsini koruyabilmesi, neslini sürdürebilmesi ve mutluluğa kavuşabilmesi için bir eşe ve çocuklara, çocuklara ihtiyaçları olan uzun süreli bir eğitim verilebilmesi için de bir aileye sahip olması gerekmektedir⁷². Manevi temellere dayalı olarak kurulan bu birliktelikte, insanın doğası gereği eşler arasında bir takım mali ilişkiler doğar. Günümüz hukukunda mal rejimleri olarak ifade edilen bu ilişki, İslam ve Osmanlı hukukunun da önemli fakat bugüne kadar pek fazla incelenmemiş konularından birisini teşkil eder.

İslam-Osmanlı Hukukuna göre, evlilikte karı-koca arasında mal ayrılığı rejimi esastır. Bu da İslamiyet'in konuya yaklaşımından kaynaklanmaktadır⁷³. Şer'i hukuka göre tam eda ehliyetine (akıl, baliğ, reşid) sahip olan bir kadın kimsenin rızasına ihtiyaç olmaksızın malları üzerinde ivazlı-ivazsız her türlü tasarrufta bulunabilir. Evlilik kadının bu ehliyeti üzerinde hiçbir değişiklik yapmaz. İslam hukuku eşler arasında tam bir mal ayrılığı rejimi kabul etmiştir. Karı kocasının rızasını almadan malları üzerinde dilediğince tasarruf edebilir. Kadının hiçbir hukuki muamelesine kocanın şu veya bu şekilde karışmak, engel olmak hakkı yoktur. Kadın mallarını bizzat idare edebileceği gibi, bu işi kocasından başka bir şahsa da bırakabilir⁷⁴. Yine bu malvarlıkları ile kadınlar kocalarının rızalarını almadan serbestçe vakıf kurabilirler⁷⁵. Osmanlı Devleti uygulamasında, kadınların kocaları ile mali ilişkilere girdiklerini, onlara borç verdiklerini ve alım-satım akdi yapabildiklerini görmekteyiz⁷⁶. Kadına malları konusunda tanınan bu ser-

⁷² Kınalızâde'nin kitabında şunlar yer almaktadır: "Anne, baba ve hizmetçilerden oluşan ailenin reisi idare sanatını bilmek zorundadır, o tıpkı iyi bir yönetici ve doktor gibi olmalıdır. İnsan, ticaret, ziraat ve zenaat kollarından birinde çalışmalı ve kazanç elde etmelidir. Ancak kazandığı malın bir kısmını, daha doğrusu gerektiği kadarını harcamasını da bilmelidir. Vücut sağlığını koruyacak kadar yiyecek ve giyecek temin etmeli, neslin devamı için evlenmelidir. Vücut sağlığının üstün amacı da ilim ve marifete ulaşmak olmalıdır. Mal hayatın rahatlığı içindir, yoksa hayat mal toplamak için değil". Yine bu kitaba göre "kadın sağlıklı ve iffetli olmalı, evini koruyacak kuvvet ve yeterliliğe sahip bulunmalıdır". **YEDİYILDIZ** Bahaeddin, Osmanlı Toplumunu, Osmanlı Devleti Tarihi, (ed.E.İhsanoğlu), c. 2, İstanbul 1999, s. 482.

⁷³ **YEDİYILDIZ**, s. 482-483.

⁷⁴ Şer'îye sicillerinde kadının zaman zaman kocasını vekil tayin ederek hukuki muamelelerde bulunduğunu görmekteyiz: "Mustafa kızı Şahiye vekil kocası Şaban'ın, Ankara kalesindeki karısına ait ev hissesini Abdullah oğlu Hızır'dan talep ve dava ettiğine dair zabıt", **ONGAN** Halit, Ankara'nın iki Numaralı Şer'îye Sicili, belge no: 228, s. 19.

⁷⁵ **AKYILMAZ** Gül, İslam ve Osmanlı Hukukunda Kadının Statüsü, Konya 2000, s. 39-40.

⁷⁶ **AKYILMAZ**, s. 40.

bestinin amacı onu korumaktır⁷⁷. Kocanın karısının mallarını gelişigüzel sarf edip mamelekini sıfıra indirdikten sonra onu boşaması ihtimali her zaman için vardır. Kadını acıklı bir sonla karşı karşıya bırakmamak için ona mameleki üzerinde mutlak tasarruf yetkisi tanınmak yoluna gidilmiştir. Yani İslam hukuku eşler arasında tam bir mal ayrılığı rejimi kabul etmiştir. Ancak Maliki mezhebi kocanın muhtemel miras hakkı veya ailenin korunması düşünceleriyle bu serbestiye bir istisna getirmiştir⁷⁸. Maliki mezhebince getirilen bu istisna bir tarafa bırakılırsa, İslam hukukunun malları konusunda kadına tanıdığı yetki, diğer hukuk sistemlerinde kadının sahip olduğu yetkilerden daha geniştir⁷⁹. Örneğin Atina'da kadının malları, evlenmeden önce babası, evlendikten sonra da kocası tarafından idare edilirdi. Roma hukuku kadına mallarını serbestçe idare edebil-

⁷⁷ Cin'e göre kadına malları konusunda tanınan bu serbesti, onun şahsı üzerinde kocanın haiz olduğu vesayete ve her zaman kullanabileceği talak hakkının neticelerine karşı korumak amacıyla kabul edilmiştir. Gerçekten kocanın mutlak boşama ve çok kadınla evlenme hakkına sahip olduğu bir hukuk sisteminde, ona bir de karının malları üzerinde tasarruf ve idare hakkı tanımak, karyı tamamen kocanın kölesi durumuna düşürmek olurdu. . CİN Halil, İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Konya 1988, s. 193.

⁷⁸ Ancak Maliki mezhebi, kadının mameleki üzerinde bu tasarruf serbestisine bir tahdit koymuştur. Bu tahdit, kadının bağışlama yoluyla mallarından bir başkasına temliklerde bulunması veya bir üçüncü şahsın menfaatine olarak teminat göstermesi hallerine ilişkindir. Buna göre kadın bağışlama suretiyle bir kerede veya kısa fasilalarla yapılan muhtelif muamelelerle, mallarının 1/3 den fazlasını ancak kocanın rızasıyla bağışlayabilir veya teminat olarak gösterebilir. Koca bu hükme aykırı olarak yapılan ivazsız tasarrufun iptalini isteyebilir. CİN, s. 193.

⁷⁹ “Yunan toplumunun ilk devirlerinde kadın, muhafazalı iffetli bir medeniyette idi; ev dışında uğraşmazdı, muhtaç olduğu her türlü ihtiyacı temin edilirdi. Umumi hayata iştirak etmezdi. Kanuni bakımdan çarşıda satılan veya satın alınan bir mal paçasından ibaretti. Medeni hakları ve miras hakkı yoktur. Bütün hayatı bir erkeğin otoritesine bağımlıydı. Yunan medeniyetinin zirveye çıktığı zamanda kadınlar iptizalleşti, kulüplerde, topluluklarda erkeklerle karışık oturdu, fuhuş yayıldı. Romalılarda aile reisi bütün malların maliki idi. Ferdin mülk edinme hakkı yoktu. Dolayısıyla kızın mülk edinme hakkı yoktu. Mal kazanırsa aile reisinin malına ilave edilirdi, evlenmesi, buluğa ermesi buna tesir etmezdi. Bizans devletinin son dönemlerinde kızın annesinden miras olarak aldığı mallar, babasının mallarından ayrıldı fakat o malı kullanmak , faydalanmak hakkı babaya verilmişti. Kız babasının egemenliğinden kurtulduğu zaman kocasının hakimiyeti altına geçer, o zaman baba kızın malının üçte birini alırdı, üçte ikisini kıza verirdi”, SİBÂİ Mustafa, İslama ve Garblılara Göre Kadın, (Çev: TOKSARI İhsan), İstanbul 1969, s. 13-15; GAUDAMET Jean, “Roma İmparatorluğu'nda Kadının Hukuki Durumu”, (çev: BülentTAHİROĞLU), Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl: 6, sy. 9, 1972, s. 205-230; CELASUN Zehra, Tarih Boyunca Kadın, İstanbul 1946, s. 25-26. Özügurlu “Doğu Kültüründe kadın erkekten sonra gelen bir varlık olarak algılandığı halde Eski Yunan ve Roma mitolojisinde kadının güçlü ve etkili bir konumu vardır” görüşünü savunmaktadır. ÖZUĞURLU Kurban, Evlilik Raporu, İstanbul 1985, s. 29; AKDEMİR Salih, “Tarih Boyunca ve Kur'an-ı Kerim'de Kadın”, İslam'da Kadın Hakları, Ankara 1993, s. 131.

me ve kullanabilme hakkı tanınmasına rağmen uygulamada malvarlığını koca idare etmiş ve zamanla kadının bu serbestisine bazı kayıtlar getirilmiştir⁸⁰.

XIX. Yüzyıl'da yapılmış olan kanunlar evli kadının malları üzerindeki tasarruf hakkını oldukça kısıtlamıştır. Örneğin Code Napoleon, kadının herhangi bir hukuki muamele yapabilmesi için mutlaka önceden kocadan izin şartını öngörmüştür. Mal ayrılığı rejimine tabi olsa da kadın mallarını kocanın iştiraki veya yazılı izni olmaksızın bağışlayamaz, ipotek edemez, hatta ivazlı ivazsız iktisapta bulunamaz. Ancak 1907 ve 1919 tarihli kanunlarla Fransız kadını kendi kazancı üzerinde tasarruf edebilme hakkını kazanmıştır. 1865 tarihli İtalyan MK.'nin 134. maddesine göre, kadın kocasının rızası olmaksızın, gayri menkullerini başkasına ferağ veya ipotek edemez, karz akdi yapamaz, kefil olmaz ve izinsiz olarak yaptığı muamelelere ilişkin dava açamaz. Özgürlükler beşiği İngiltere'de kadın 1882 tarihinden önce kendi başına hiçbir muamele yapamamıştır⁸¹.

Mal ayrılığı rejimi çerçevesinde kocanın karıya verdiği mehir de kadının malvarlığına dahil olur ve ne koca ne de baba mehirde bir hak iddia edemez. Bu prensip çerçevesinde koca karısının ve çocuklarının nafakasını temin etmek zorundadır. Kadın zengin de olsa hatta bir işte çalışıyor olsa da evin masraflarına katılmak zorunda değildir⁸². İslam kadını bu bakımdan da Avrupalı hem cinslerine göre daha avantajlıdır. Örneğin, Code civil eşlere karşılıklı yardım mükellefiyeti yüklemekte ve karının evin masraflarına katılacağını öngörmektedir⁸³. Halbuki İslam hukukunda durum tersinedir. Koca karıya mehir verir ve mehri teşkil eden mallar karının mülkiyetine geçer. Ayrıca evliliğin bütün mali yüküne koca katlanır⁸⁴.

İslam-Osmanlı hukukunda mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğunu ispatlama bağlamında, İslam hukukçuları tarafından kadının sosyal ve ekonomik güvencesi olarak nitelendirilen mehir⁸⁵, kadının evi geçindirme yükümlüğünde olmaması –nafaka-, kadının zekatını ancak kendi malından verebilmesi, kadının kurban kesme yükümlülüğünün doğması için gerekli nisabın kendi malvarlığına göre belirlenmesi ve kadının miras hakkının varolması esaslarını incelemek yararlı olacaktır.

80 CİN, “Evlenme”, s. 194; AKYILMAZ, s. 10; AKDEMİR, s. 131.

81 CİN, “Evlenme”, s. 195; AKYILMAZ, s. 4.

82 AKYILMAZ, s. 39-40.

83 “Kadının getirdiği dot evin masraflarına iştiraki temin gayesine matuftur, koca dot üzerinde müşterek masrafları temin için tasarruf edebilir”. CİN, “Evlenme”, s. 195.

84 CİN, “Evlenme”, s. 195.

85 BİREKUL Mehmet/YILMAZ Fatih Mehmet, Peygamber Günlerinde Sosyal Hayat ve Aile, Konya 2001, s. 151.

A. MEHİR

Mehir kelimesi etimolojik bakımdan, cahiliye devrinde satış fiyatı (bedel) anlamına gelmektedir. Bu kelime Kur'an'da, hediye anlamına gelen sadak veya "nehla" kelimelerinin karşılık için kullanılmıştır⁸⁶. Mehir kadının sahih bir sözleşme ile elde ettiği maldan ibarettir⁸⁷. Mehrin kadına ait bir mal olması ve tasarruf yetkisinin sadece ona ait olması mal ayrılığı rejiminin göstergesidir. Bu çerçevede konunun anlaşılması için öncelikle mehrin hukuki mahiyeti üzerinde durup, daha sonra mehir üzerindeki tasarruf yetkisini açıklayacağız.

1. Mehrin Kökeni ve Hukuki Mahiyeti

Eski Araplarda kadın hak sujesi değildir. Bu nedenle kadınla evlenmek isteyen erkeğin kadının babasına veya sahibine onun hizmetlerinden mahrumiyetine karşılık, muayyen bir bedel ödemesi doğaldır. Aynı anlayışın devamı olarak, koca öldüğü takdirde kadın kocanın mirasçılara geçer ve onlar dilerlerse kadınla evlenir, dilerlerse başkasına satarlar. Mehrin kadının babasına ödenmesi ve akdin kadınla değil bizzat babasıyla yapılması gibi hususlar, cahiliye devrinde evlenmenin bir satış akdi ve mehrin de satış bedeli olduğu görüşünün ortaya atılmasına sebep olmuştur⁸⁸.

İslamiyet Arabistan da ortaya çıktığı zaman ülkede mevcut örf ve adetleri birden ortadan kaldırmamış, bunları ıslah yoluna gitmiştir. Mehir de cahiliye devrinden İslam hukukuna geçmiş olan âdetlerden biridir. Bu adeti İslam hukuku kadın lehine düzenlemiştir. İslam mehrin ancak kadına ödeneceğini ve kadının mülkü olacağını hükme bağlamıştır. Kadın artık hak sujesi olmuştur. İslamiyet evlenmede muhakkak bir mehir verilmesi gerektiğini kabul etmek suretiyle mehrin adeta kamu düzenini ilgilendiren bir usul haline getirmiştir. Akitten önce veya sonra kadın bu hakkından vazgeçemez. İslamiyette mehire bu denli önem

86 Kur'an'ın Nisa. Sûresi'nin 4. Ayet'inde : "Kadınlara mehrlerini güzellikle verin. Ondan size gönül rızası ile bir şey bağışlarsa onu da afiyetle yiyin" hükmü yer almaktadır, **BİREKUL/YILMAZ**, s.151.

87 **El-Hac Mehmed** Zihni Efendi, "İslam'da Evlilik, Nikâh ve Mahremiyetleri", İslam'da Kadın Hakları, c. 2, s. 247.

88 K. Chatıla'nın, İslamiyeten önceki Arabistan'daki mehrin menşei konusunda değişik görüşleri vardır. Mehrin satış bedeli olduğu görüşünü kabul etmemektedir. Chatıla'ya göre İslamiyeten önce Arabistan'da mehir ne kadının ne de onun doğuracağı çocukların satın alınmasıdır. Kadının geleceğini teminat altına almak gayesine matuf da değildir. Mehrin üç fonksiyonu vardır bunlar: Kocaya prestij ve şeref vermesi, Kocaya karının şahsi üzerinde bir otorite kazandırması ve taraflar arasında akdin yapılmış olduğunu göstermesidir. **CHATILIA** K, Le mariage chez les Musulmans en Syrie, Etude de sociologie, These pour le doctorat. Paris 1933, naklen **CİN**, "Evlenme", s. 230-233.

verilmesinin altında bir takım sebepler yatmaktadır. Bu konuda değişik görüşler söz konusudur⁸⁹:

1. Evlenme bir satış akdi ve mehir de satış bedelidir.

2. Mehir talak yetkisini kötüye kullanan kocaya karşı kadına verilmiş bir silahtır: İslam hukukunda mehirin üst sınırı tespit edilmemiştir. Evlenme anında önemli bir miktar mehir tesis ettiren kadın kocasının talak yetkisine bir fren koymuş sayılır. Çünkü mehir i müeccel denen mehirin genellikle evliliğin sona ermesi durumunda ödenmesi kararlaştırılır.

3. Mehir talak veya kocasının ölümü gibi sebeplerle evliliğin sona ermesi halinde kadının geleceğini temin etmek amacıyla güden para veya maldır. Evliliğin sona ermesi durumunda mehir kadının zor durumlara düşmesini engeller.

4. Mehir evlenmenin akdedildiğini gösteren, ona aleniyet sağlayan bir formaliteden ibarettir.

Gerçekten İslam kadının cahiliye devrinden farklı olarak durumunu iyileştirmeye yönelik bir çok düzenleme getirmiştir. Mehir de bu açıdan kadının malvarlığına dahil olan bir unsurdur ve onu koruyucu bir özelliğe sahiptir⁹⁰.

Hanefilere göre mehir nikahın kurucu veya sıhhat şartları arasında yer almaz. Mehir bir lüzum şartıdır. Yani evlilik kurulmuş olur ama kararlaştırılmamış olan mehir, mehir-i misil oranında belirlenir. Malikiler ise mehire daha çok önem vermişler ve mehiri nikahın kurucu şartı olarak kabul etmişlerdir. Mehri misil kadının sözleşmede belirtilmeksizin uygun olarak bilinen miktara, hak kazandığı mehirdir. Mehri misil belirlenirken, kadının baba tarafından bakirelik, yaş, güzellik ve cazibe, olgunluk, akıl, ilim, edep ve mal gibi hoş giden özellikler açısından kendine denk olanların mehri dikkate alınır⁹¹. Eğer baba tarafından

⁸⁹ CİN, “Evlenme”, s. 230-233.

⁹⁰ ÖZTÜRK Yaşar Nuri, İslam Nasıl Yozlaştırıldı, İstanbul 2000, s. 378; İMBER Colin, “Kadınlar, Evlilik ve Mülkiyet: Yenişehirli Abdullah’ın Behcetü’l-Fetâvâ’sında Mehri”, Modernleşmenin Eşiğinde Osmanlı Kadınları, (ed: Madeline C. ZILFI), (çev: Necmiye ALPAY), İstanbul 2000, s. 77 vd.

⁹¹ Bu mehrin gerçekleştiği hususunda iki adamın veya bir adam, iki kadının haberleri ile şahitlik şarttır. Eğer adil şahitler bulunmazsa söz yeminle birlikte kocanıdır. **El-Hac Mehmed** Zihni Efendi, s. 247

akranı yoksa, beldesi, çağındaki yabancı akranın mehirine bakılır⁹². Anne tarafından akran dikkate alınmaz⁹³.

Mehr-i müsemma, karşılıklı anlaşmaya dayalı olup mehr-i misilin yerine geçer ve iki tarafın karar ve rızaları ile belirttikleri mehir demektir. Miktarı sözleşme esnasında veya daha önce veya daha sonra belirlenen orandır. İslam hukukçuları mehirde bir üst oran öngörmemişler ancak bir alt oran belirlenmesi hususunda ittifak etmişleridir. Bu oranın miktarı hususunda ise farklı görüşler söz konusudur. Hanefî mezhebinde bu oran 10 dirhem gümüş veya onun kıymetinden az olmamaktır⁹⁴. Malikilere göre asgari oran 3 dirhem miktarı gümüşdür. Şafî ve Hanbelî hukukçulara göre ise mehir için bir asgari miktar yoktur. Bütün hukukçuların kabul ettiği husus mehirin bir üst sınırının olmamasıdır⁹⁵.

Mehir nakit paradan olabileceği gibi, ticaret malı ve diğer mallardan da olabilir. Mehir olacak malın yararlanılması mübah olması gerekir. Köle, cariye, at ve elbise gibi malların mehir olması geçerlidir⁹⁶. Mehir kararlaştırılırken önemli olan malın cinsinin belirlenmiş olmasıdır. Şer'an alınıp, faydalanılması mübah olmayan bir mal belirtilmişse veya belirlenen şeyde bir yanılma olması durumunda da mehir gerekir⁹⁷. Bu durumda geçerli olan mehir, mehri misildir⁹⁸.

Akit esnasında belirlenen mehir, halk örfünde ikiye ayrılmış, bir kısmı peşin ve bir kısmı da boşanma veya ölüm ile evlilik sona erdiği zaman verilmiştir. Peşin verilen mehire “mehr i muaccel” son zamanda verilecek olana da “mehr i müeccel” denir. Nikah mevcut iken kadın mehr-i müeccelini alamaz ama koca

92 Bunlar hür kadınlara göredir. Cariyeler hakkında mehr-i misil cariyenin cazibesi oranındadır. **El-Hac Mehmed Zihni Efendi**, s. 247

93 Eğer anne de amca kızı gibi olup babasının soyundan olursa o zaman dikkate alınır. **El-Hac Mehmed Zihni Efendi**, s. 247

94 Gümüş dirhem dışındaki şeyler akit esnasındaki kıymetleriyle onun yerine geçer. Akit esnasında on dirhem gümüş kıymetinde bir elbise veya bir ölçek veya tartı üzerine evlenen kimsenin verdiği mehir, alındığı gün daha aşağıya düşse, kadın onu geri çevirmez. Bunun tersi halinde geri çevirebilir. Eğer elbisenin noksanlığı alınmadan önce bir parçasının yokluğuna dayanıyorsa, kadın onu aynen veya on dirhem gümüşü almakta muhayyerdir. **El-Hac Mehmed Zihni Efendi**, s. 247; **SEVHAM** Tevfik El-Mısıri, İslam Hukukunda Şahsi Haller, (Çev:AYDIN Muhammed Sadık), İstanbul 1972, s. 23; **IMBER**, s. 77 vd.

95 **AYDIN**, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 1999, s. 292-294..

96 Mala mal olmayan bir şey ilave edilebilir. **Hac Mehmed Zihni Efendi**, s. 247.

97 Su, pekmez diye gösterilen şeyin şarap çıkması, köle diye gösterilen şahsın hür olması durumlarında da mehir gerekir. **DÖNDÜREN** Hamdi, Delilleriyle Aile İlmihali, İstanbul 1995, s. 223.

98 **AYDIN**, “Hukuk Tarihi”202-203.

isterse verebilir. Ölüm veya boşanma halinde mehr-i müccelin verilmesi gerekir⁹⁹.

2. Mehiri Tasarruf Yetkisi

Mehir mutlak olarak kadının mülküdür¹⁰⁰ ve kadının hakkıdır¹⁰¹. Kadın hür olursa mehiri kendisine, başkasının cariyesi olursa efendisine veya efendisinin hanımına ait olur¹⁰². Baba veya babanın babası kadın namına mehiri alabilir fakat mehire sahip olamaz. Kadın küçük, akıl hastası veya bunamış olursa o zaman mehir mali açıdan temsil yetkisi olan velisine verilir¹⁰³.

Kadın reşitse, kimsenin rızasına gerek olmadan mehiri üzerinde dilediğince tasarruf edebilir. Örneğin, mehirin konusu mal ise onu başkalarına devredebilir, kiraya verebilir veya hibe edebilir. Prensip bu olmakla birlikte, mezhepler bazı küçük ayrıntılar üzerinde de durmuşlardır. Örneğin Şafilere göre mehir, ferîyle belirli mallardan meydana geliyorsa, kadın ancak fiilen mehirin zilyedi olduktan sonra bu mallar üzerinde tasarruf edebilir¹⁰⁴.

Erkek çeyiz hazırlaması için ayrıca bir ödemede bulunmamışsa, kadın mehire mahsuben almış olduğu para veya malla çeyiz hazırlamak zorunda değildir¹⁰⁵.

Mehir kadının mülkü kabul edildiğinden ölümü halinde mirasçılara intikal eder. Henüz kazanılmamışsa mirasçılar kocayı veya mirasçılarını takip edebilirler¹⁰⁶.

Görüldüğü üzere İslam, eski bir Arap adeti olan mehiri kadın lehine düzenlemiş, bunu tamamen kadına ait olduğu, bunda başkasının hiçbir hakkı olmadığını

⁹⁹ SEVHAM, s. 23; AYDIN, “Hukuk Tarihi”, s. 202-203; AYDIN, “Aile Hayatı”, İlmihal İslam ve Toplum, c. II, s. 219; FERRUH Ömer, İslam Aile Hukuku, İstanbul 1969, s. 120; DÖNDÜREN, “Aile İlmihali”, s. 225.

¹⁰⁰ BİREKUL /YILMAZ, s. 151; CİN, “Evlenme”, s. 242; DÖNDÜREN Hamdi, Delilleriyle İslam Hukuku, Konya 1977, s. 193; FERRUH, s. 120.

¹⁰¹ DÖNDÜREN, “İslam Hukuku”, s. 193.

¹⁰² El-Hac Mehmed Zihni Efendi, s. 247.

¹⁰³ DÖNDÜREN, “İslam Hukuku”, s. 193.

¹⁰⁴ CİN, “Evlenme”, s. 242.

¹⁰⁵ Mehir bu yönüyle Eski Türklerde karşılaştığımız kalından veya daha sonra ortaya çıkan başlıktan ayrılır. Çünkü kalın veya başlık kadına değil ailesine ödenir ve bunun karşılığında kız tarafı uygun bir çeyiz hazırlamak mecburiyetindedir. AYDIN, “Hukuk Tarihi”, s. 292.

¹⁰⁶ CİN, “Evlenme”, s. 244.

prensibini getirmiştir¹⁰⁷. Mal ayrılığı çerçevesinde mehr-i müccel ve mehr-i muaccel tamamen kadının hakkıdır. Erkeğin mehir istemek gibi bir hakkı yoktur ve bu hak kocanın zorlamasıyla ortadan kaldırılamaz. Kadın sahip olduğu bu malı mal ayrılığı rejimi çerçevesinde dilediğinde kullanabilir.

B. NAFKA

Nafaka lügatte, çıkmak, gitmek, sarf etmek anlamlarına gelir ve bir kimse- nin aile efradına sarf ve infak ettiği şeye denilir¹⁰⁸. İslam hukukunda mülkiyet, nafaka alacaklılığı ve borçluluğu doğurduğu gibi iki karşı cinsin manevi hislerle haytalarını birleştirmeleri de iktisadi fonksiyonu olan, nafaka hukukunu meydana getirir¹⁰⁹. Nafakanın hukuki mahiyetinin ve bu mükellefiyetin eşler arasındaki dengede kimin üzerine düştüğünün açıklanması bizi mal rejimi ilişkisinde mal ayrılığı sistemine götürecektir. Bu çerçevede ele alacağımız nafaka evlilik nafakasıdır.

1. Nafakanın Hukuki Mahiyeti

İslam Hukukunda nafakanın hukuki sebep ve çeşitleri üç ana başlık altında toplanmıştır¹¹⁰. Evlilik nafakası bunlardan biridir ve sadece karı ve koca arasında söz konusudur¹¹¹. Zira bu nafaka yalnızca nikah akdine dayanıp mülkiyet ve nesep unsurlarıyla alakası bulunmayan hukuki bir karı koca ilişkisidir¹¹². Evlilik

¹⁰⁷ YEDİYILDIZ, s. 482-483.

¹⁰⁸ BİLMEN Ömer Nasuhi, Büyük İslam İlmihali, İstanbul (tarihsiz), s. 472.

¹⁰⁹ ÖZCAN Ruhi, İslam Hukukunda Hısımlık Nafakası, İzmir 1996, s. 9; DÖNDÜREN, "İslam Hukuku", s. 201.

¹¹⁰ TEKİNAY H, Türk Aile Hukuku, İstanbul 1969, s. 243.

¹¹¹ Osmanlı Kanunnamelerinden Nafaka Kanununun 121. maddesi bunu teyit etmektedir: "Zevcenin nafakası yalnız zevce üzerine lâzım gelir. Başkası nafakada teşrik olunamaz". ÇEKER Orhan, Nafaka Kanunu, Osmanlı Kanunları Serisi: 3, İstanbul 1985, s. 48-49.

¹¹² İslam Hukukunda nafakanın üç ana başlıkta toplanan hukuki sebep ve çeşitleri şunlardır:

1. Mülkiyet nafakası: Mülkiyet nafakası da kendi içinde canlıların ve cansızların nafakası olmak üzere iki kısma ayrılır. Cansız varlıklar ev, han vs.dır ve bunların nafakasını karşılayacak olan malın sağladığı menfaatlardan yararlanan kişidir. Canlıların nafakası kapsamına ise hayvanlar, köle ve cariye girer.
2. Hısımlık nafakası: Hısımlık nafakasının temelinde kan birliği esası yatmaktadır. Aynı nesebe mensup veya aynı nesepte birleşen insanların, akrabalık sınırı içinde birbirlerinin nafaka ihtiyaçlarını karşılama hukukudur. Bu nafakanın tarafları en başta ana baba ve çocuklarıdır. Daha sonra da nine dede ve torunları en son olarak da müşterek bir asılda birleşen civar hısımları arasında söz konusudur.
3. Evlilik nafakası: Karı ve koca arasında söz konusudur., ÖZCAN, s. 1-84.

nafakasına mahiyet ve meşruiyet kazandıran kaynaklar Kitab, Sünnet, İcma ve Kıyas'tır¹¹³.

Bu konuda zikredilen bir hadis mal ayrılığını ortaya koyucu niteliktedir: "Kocanın malından, onun bilgisi dışında, sana ve çocuklarına yetecek miktarda dine ve örf'e uygun olarak al". Peygamber efendimizin bu hadisinde kadına kocasının mallarından izinsiz olarak ancak yetecek miktarda alabilme yetkisi tanınmaktadır¹¹⁴. Zira eşler arasında "mal ortaklığı" rejimi geçerli olsaydı bu izine gerek olmayacaktır.

İslam hukukçuları, evlilik nafakasından kocanın sorumlu ve zevcenin nafaka alacaklısı olduğu konusunda ittifak etmişlerdir¹¹⁵.

2. Nafaka Mükellefiyeti

İslam hukukunda eşin bütün masrafları kocaya aittir. Bu mükellefiyete kocadan başkası ortak kılınamaz. Kocanın zengin, fakir, gaip, hasta, sakat vb. durumlarda olması bu hükmü değiştirmez. Mali gücü ne olursa olsun kadın kocasının nafaka alacaklısıdır. Mesela koca fakir, kadın zengin olsa mükellef yine kocadır. Sonuç olarak evlilik nafakasının bütün yükünü koca taşır, kadının hiçbir nafaka sorumluluğu yoktur¹¹⁶.

Kocasından aynı mal veya nakit olarak nafakasını alan eş, bunlara maliki olur ve ferdi mülkiyetine geçer¹¹⁷. Bunun için kocanın zengin olması gerekmediği gibi, kadının fakir olması da şart değildir. Kocanın nafaka borcuyla yükümlü olabilmesi için, geçerli bir nikah akdinin yanında kadının fiilen evliliğe hazır olması da gerekmektedir. Kocasının evine taşınmayı reddeden veya evlilik için elverişli olmayacak derecede küçük olanlara karşı kocanın bir nafaka borcu

¹¹³ Bakara sûresi 233. Ayeti'nde: "Bir kimse karısını boşadığında eğer ondan olan çocuğunu emzirtmek isterse, annesi çocuğunu tam iki yıl emzirmelidir. Annenin uygun bir şekilde yedirilip giydirilmesi çocuğun babasına aittir. Kişi kaldırabileceğinden fazlasıyla sorumlu tutulamaz. Çocuğundan dolayı anne de baba da zarara sokulmasın...", hükümleri yer almaktadır. Bu konuda dayanak gösterilen diğer Kuran ayetleri şunlardır: Bakara Sûresi 228,229,236,280; Nisa Sûresi 19,34, Maide Sûresi 89; Talak Sûresi 1, 6, 7, **ÖZCAN**, s. 70.

¹¹⁴ "Ebu Süfyan'ın zevcesi Hind Hz. Peygambere gelerek, kocasının cimri olduğunu, kendisine ve çocuklarına kâfi gelecek miktarda nafaka vermediğini söyleyerek şikayette bulununca Resulullah şöyle buyurur: Kocanın malından, onun bilgisi dışında, sana ve çocuklarına yetecek miktarda dine ve örf'e uygun olarak al". **ÖZCAN**, s.

¹¹⁵ **CİN**, "Evllenme", s. 196. **ÖZCAN**, s. 70; **DÖNDÜREN**, "İslam Hukuku", s. 202.

¹¹⁶ Zahiriler aksi görüştedir. "Kocanın fakirliği halinde karının mali durumu müsaitse kocasının infak zorundadır". **ÖZCAN**, dipnot 253, s. 71; **FERRUH**, s. 139-140.

¹¹⁷ **ÖZCAN**, s. 73.

yoktur¹¹⁸. Mal ayrılığı çerçevesinde kadın şahsi mülkiyetine geçen malları dile-
diğince kullanabilir¹¹⁹. Mesela hibe edebilir, sadaka olarak verebilir. Ancak
kadın bu malları çaldırır veya kaybederse yeni nafaka alma vakti gelmeden ko-
casından nafaka talebinde bulunamaz¹²⁰.

Kocanın kendi malvarlığından karşılamak durumunda olduğu bu nafakanın
kapsamına yiyecek, içecek, giyim, tedavi, ilaç ve bazı durumlarda hizmetçi mas-
rafları girer. Keza evin temini ve döşenmesi de kocaya aittir¹²¹.

a. Kadının Yiyeceklerini Temin

Koca karısının normal hayatını devam ettirebilmesi için gerekli bütün yiye-
cek ve diğer ihtiyaç mallarını temin etmek zorundadır. Nafakanın miktarı eşlerin
durumları dikkate alınarak belirlenir. Her iki eş zenginse bu sosyal seviyeye
uydun nafaka belirlenir. Her ikisi de fakirse fakir nafakası verilir. Biri zengin
diğeri fakirse, kadının nafakası zengin kadınların nafakasından az, fakirlerin
nafakasından çok olur. Hanefi mezhebindeki bir görüşe göre kocanın durumu
dikkate alınır. Şafi mezhebine göre nafaka tespitinde yalnız kocanın durumu
dikkate alınır. Nafaka mal veya nakit olarak belirlenebilir. Sonradan her iki taraf
da nafakanın indirimi veya çıkarılması yönünde mahkemeye başvurabilirler¹²².

Koca karısına olan nafaka yükümlülüğünü yerine getirmez ve evinin ihtiyaç-
larını karşılamazsa kadın mahkemeye başvurarak kendisi ve varsa çocukları için
nafaka takdir ettirir¹²³. Bu takdir sırasında karı kocanın durumu birlikte dikkate
alınır. Sadece kocanın durumu dikkate alınır diyen hukukçular da vardır. Mah-
keme tarafından nafaka takdir edildiği halde karısının ve çocuklarının nafakasını
temin etmeyen kocanın hakim varsa görünen mallarını satma ve kocayı ödemeye
zorlamak için hapsedme hakkına sahiptir. Şayet koca fakirse hakim bu durumda
kocanın hapsedilmesine karar veremez. Sadece kadına nafaka takdir eder ve
borç alabilmesi için izin verir. Böyle bir izin sonrasında kadın nafaka için borç-
lanabilir. Bu borca gerek kadın ve gerekse koca muhatap olur. Kocanın nafaka-

¹¹⁸ **AYDIN**, “Hukuk Tarihi”, s. 294-295.

¹¹⁹ **YENİÇERİ** Celal, İslam Açısından Tüketim ve Tüketicinin Korunması ve Ev İdaresi,
İstanbul 1996, s. 161; **DÖNDÜREN** “Aile İlmihali”, s. 95.

¹²⁰ **ÖZCAN**, s. 73.

¹²¹ **AYDIN**, “Hukuk Tarihi”, s. 294-295; **DÖNDÜREN**, “İslam Hukuku”, s. 202-206.

¹²² **DÖNDÜREN**, “İslam Hukuku”, s. 202-206.

¹²³ 1915 yılında yürürlüğe giren Nafaka Kanununun 122. maddesi şöyledir: Zevc yüsr ile
beraber zevcesini infakdan imtina etse beynleri tefrik olunamaz.

Hakim zevcin malını satarak zevcenin nafakasına sarf eder. Şu kadar ki meskeni gibi
usûl-i havâici satılmaz. Ve zevcenin kabil-i bey’ malını bulamasa kâdi bera-yı infak
zevci habseyler. **ÇEKER**, s. 48-49.

nın temininden aciz olması durumunda kadın boşanma talep edebilmesi hususu mezheplere göre farklı değerlendirilmiştir. Hanefilere göre kadının bu hakkı yoktur. Diğer mezheplerde ise bu imkan belirli şartlarla mevcuttur¹²⁴.

b. Kadının Giyim İhtiyacını Temin

Koca, karısına biri yazlık biri kışlık olmak üzere yılda en az iki takım elbise almak zorundadır. Bu elbiselerin kalitesi eşlerin servet durumları ve mahalli örf ve adetlere göre belirlenir. Elbise yerine bedeli de verilebilir¹²⁵.

c. Kadına Müstakil Mesken Temini

Koca, karısına müstakil ve sosyal durumuna uygun bir ev temin etmek zorundadır. Kadın kocasının akrabalarıyla beraber oturmak zorunda değildir¹²⁶. Koca karısının rızası olmadan gayr-i mümeyyiz çocuğundan başka hısımlarını hatta varsa ikinci karısını aynı evde oturtamayacağı gibi, kadın da küçük çocuğu dahil hiçbir yakınına kocasının evinde oturtamaz. Burada önemle belirtilmesi gereken bir husus da muaccel mehrini alan kadının kocasının evine taşınmak zorunda olmasıdır.

d. Kadına Ev İşlerinde Hizmetçi Temini

Kadının ihtiyacı olduğu takdirde ve benzeri durumdaki kadınların hizmetçisi varsa hizmetçi tutulması da nafaka kapsamına dahil olur¹²⁷.

Kocanın nafaka yükümlülüğünün olması kadının zengin de olsa böyle bir yükümlülüğünün olmaması, bizi mal ayrılığı rejimine götürmektedir. Mal rejimi “mal ortaklığı” olsaydı kocanın böyle bir yükümlülüğü olmayacak, kadının da yukarıda belirttiğimiz bir takım talep yetkileri ortadan kalkacaktı. İslam hukukundaki mal ayrılığı rejimi ile kadın, nafaka hususunda da kendine güvenceli bir yer edinmiş durumdadır.

C. İSLAM HUKUKUNUN DİĞER DÜZENLEMELERİ

İslam hukukunda yer alan bir takım düzenlemeler de mal ayrılığı rejiminin varlığını destekler mahiyettedir. Bu çerçevede, kadının ancak kendi malından zekat verebilmesi, kocasından izin almadan onun malından sadaka verememesi, kurbanı kendi malının nisabına göre kesme yükümlülüğünde olması ve kadının miras hakkının kendi şahsi mülkiyetinde olması esaslarını ele alacağız.

¹²⁴ AYDIN, “Hukuk Tarihi”, s. 294.

¹²⁵ DÖNDÜREN, “İslam Hukuku”, s. 202-206.

¹²⁶ El-Mısrî, s. 47.

¹²⁷ El-Mısrî, s. 43.

1. Kadının Ancak Kendi Malından Zekat Verebilmesi

Zekat erkekler gibi zengin olan kadınlara da farzdır. Kur'an-ı Kerim'in 28. ayetinde "Namaz kılınız ve zekat veriniz" emri kadınları da kapsar. Kadının zekat yükümlüsü olduğunu gösteren hadis ve özel deliller de söz konusudur¹²⁸:

Amr b. Şuayb babası yoluyla dedesinden şu hadisi nakletmiştir; Yemenli bir kadın kızı ile birlikte Hz. Peygamberin yanına gelmişti. Kızının kolunda iki tane altın bilezik vardı. Allah Resulü kadına, "Bunların zekatını veriyor musun?" diye sorunca, kadın "hayır" dedi. Hz Peygamber; "Kıyamet gününde Yüce Allah'ın bu iki bileziği senin koluna ateşten bilezik olarak takmasını ister misin?" buyurdu. Bunun üzerine kadın, bilezikleri kızının kolundan çıkarıp Allah elçisinin önüne bıraktı ve şöyle dedi: "Bilezikler Allah ve Resulüne aittir".

Zekat yükümlülüğü için temel ihtiyaçlardan ve borçtan başka nisap miktarı mala sahip olmak gerekir. Temel ihtiyaç kapsamına ise; oturlan ev, mutat ev eşyası, nakil aracı, özel kütüphane ile kendisinin ve bakmakla yükümlü olduğu aile bireylerinin bir aylık, bir başka görüşe göre bir yıllık mutat masrafları girer. Bu belirtilenler zekat dışıdır. Ancak kadının geçim harcamaları kocasının üzerine düştüğü için, evli kadın açısından borçlarına karşılık tutma dışında temel ihtiyaç olarak yedek ayırmak gerekmez. Evli kadına ait altın, gümüş, nakit para veya ticaret malı, nisap (96 gram altın veya bunun karşılığı kadar nakit para veya ticaret malı miktarına ulaşırsa ve üzerinden de bir yıl geçmiş olursa kadın zekat yükümlüsü olur¹²⁹.

Yukarıda belirttiğimiz üzere İslam hukukuna göre kadının malvarlığı belirlenen nisaba ulaştığı takdirde zekat yükümlüsü olmaktadır. Kadın bu yükümlülüğünü ancak kendi malından vererek yerine getirebilir. Zekat için kocasının malından yararlanmaması bizi yine mal ayrılığı rejine götürmektedir.

2. Kadının Kendi Malının Nisabına Göre Kurbanı Kesme Yükümlülüğünde Olması

İslam hukukuna göre kurban kesme yükümlülüğünün doğabilmesi için bir takım şartlar aranmaktadır. Bu şartlar: Müslüman olmak, hür olmak, ikamet şartı, İslam hukukunun belirlemiş olduğu nisaba sahip olmak¹³⁰. Bu şartları taşıyan her kadın ve erkeğin kurban kesmesi vaciptir. Kurban kesme yükümlü-

¹²⁸ BEŞER Faruk, "İbadetlerde Kadının Erkekten Ayrıldığı Noktalar", İslamda Kadın Hakları, c. 2, s. 174 vd.

¹²⁹ DEMİR, s. 261; UYSAL Asım-UYSAL Mürşide, İzahlı Kadın İlmihali Ansiklopedisi, Konya 1986, s. 323-327; ŞENTÜRK Lütfi-YAZICI Seyfettin, Diyanet İslam İlmihali, Ankara 1997, s. 270-273.

¹³⁰ ERTAN, s. 165; BELVİRANLI, s. 132; BİLMEN, s. 409; AKYÜZ, s. 289-290, YAZICI, s.168-169.

lüğünün doğması için kadın veya erkek olmak arasında bir fark yoktur. Bir başka deyişle kadının malvarlığı, İslam hukukunun belirlemiş olduğu nisaba ulaştığı takdirde bu yükümlülük altına girmektedir¹³¹. Bu yükümlülük belirlenirken kadın ve erkeğin malvarlıkları ayrı ayrı hesaba tabi tutulması bizi kadın ve erkeğin birbirinden ayrı malvarlıkları olduğu sonucuna götürmektedir.

3. Kadının Miras Payının Kendi Mal Varlığına Dahil Olması

İslam hukukundaki miras düzenlemeleri de bizi mal ayrılığı rejimine götürmektedir. Mal ayrılığı rejimi ile kadının miras payı kendi malvarlığına ait bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır.

İslam miras hükümlerinde kadının miras hissesi, duruma göre değişiklik arz eder. Biz burada kadının miras payı aldığı her durumu ayrı ayrı vermek yerine, dikkat çekici bazı noktaları ele almak istiyoruz¹³²:

1. Bazen kadın erkek gibi hisse alır: Murisin anne bir kız kardeşlerinde olduğu gibi. Çünkü onlardan biri tek başına olduğu zaman altıda bir alır. Erkek ve kadınlar birden fazla ise kız erkek ayrımı yapılmaksızın eşit olarak paylaşırlar. Yani erkeğin hissesi kadının hissesi kadardır.

2. Bazen da kadının hissesi erkeğinki kadar olur veya erkeğinkinden az olur: baba ve annede olduğu gibi. Ölenin anne ve baba ile beraber çocukları da varsa –yalnız erkek çocukları veya erkek ve kızlar olursa- bu durumda anne ve babanın payı altıda birdir. Eğer anne ve babası ile beraber sadece kızları olursa, anne ve baba her biri altıda bir alırlar ve terekeden artanı da baba alır.

3. Kadın bazen erkeğin hissesinin yarısını alır.

İslam kadına miras hakkını vermekle onu takdir ettiğini, onun hakkına sahip çıktığını ortaya koymaktadır. Eski Araplar ve bir çok milletlerde durum bunun aksinedir¹³³. Kur'an-ı Kerim herkesin miras payını ayrıntılı bir biçimde düzenlemiştir. Ayetlerde bir çok yerde kadına miras hakkı tanınmıştır. Anacak üç durumda kadın erkeğin yarısı kadar miras hakkına sahiptir. Bu durum sınırlıdır. Bunun gerekçesi de yine Kur'an ayetlerinde açıklanmıştır: “Erkeklerin kendi mallarından bol bol harcaması” yani daha önce açıkladığımız üzere evin geçiminin kocaya ait olması sebebiyle böyle bir tercihe gidilmiştir¹³⁴. Daha önce üze-

¹³¹ İslam'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi, c. 3, İstanbul 1997, s. 96-98; **DİKMEN**, s. 545; **DEMİR**, s. 261.

¹³² **AYDIN**, s. 311-346.

¹³³ **SİBÂİ**, s. 28; **KIRBAŞOĞLU M. Hayri**, Kadın Konusunda Kur'an'a Yöneltilen Başlıca Eleştiriler, İslam'da Kadın Hakları, Ankara 1993, s. 162-168.

¹³⁴ **AKYILMAZ**, s. 52; “Her şeyden önce şu hususu belirtmekte yarar vardır: Kız çocuğuna yarım hisse verilmesinin sebebi, üstünlük meselesi olmayıp bir denge, sosyal adalet me-

rinde durduğumuz üzere İslam hukukunda mal ayrılığı rejimi geçerli olduğundan kadın ne kadar zengin olursa olsun kendi malvarlığından bir şey harcamak durumunda değildir. Aynı zamanda kocasından almış olduğu mehir ve yine muristen intikal eden miras hisseleri de mal ayrılığı çerçevesinde şahsi mülkiyetine aittir¹³⁵. Şahsi mülkiyetine ait bu malları dilediğince kullanabilir¹³⁶.

V. GÜNÜMÜZ HUKUKUNDAKİ MAL REJİMLERİ İLE İSLAM-OSMANLI HUKUKUNDAKİ MAL AYRILIĞI REJİMİNİN MUKAYESESİ

İslam-Osmanlı hukukunda geçerli mal rejimi çeşidi mal ayrılığıdır. Eski Medeni kanunumuzun da kabul etmiş olduğu mal ayrılığı rejimi daha önce ifade etmeye çalıştığımız bir takım sakıncaları nedeniyle ilga edilmiştir. İslam-Osmanlı hukukunda kabul edilmiş olan mal ayrılığı rejimi ile günümüz hukukunda düzenlenmiş olan bu rejim, eşlerin birbirinden ayrı mallarının varolması ve bu mallar üzerinde diledikleri gibi tasarruf edebilmeleri açısından büyük benzerlikler içerisindedir. İslam-Osmanlı hukukunda da kadın ve erkeğin malları, kendi şahsi mülkiyetleri içerisindedir. Bu mallardan yararlanma ve tasarruf hakkı yine kendi iradeleri dahilindedir.

İslam-Osmanlı hukukunda geçerli olan mal ayrılığı rejimi ile günümüz hukukundaki paylaşımlı mal ayrılığı rejimi, eşlerden her birinin kendi malvarlığı üzerinde yönetim, yararlanma ve tasarruf haklarına sahip olması açısından benzerlik göstermektedir. Bunun dışında paylaşımlı mal ayrılığı rejiminde kabul edilen müteselsilen sorumluluk İslam-Osmanlı Hukukundaki mal ayrılığı rejiminde söz konusu değildir.

İslam-Osmanlı hukukunda geçerli olan mal ayrılığı rejimi ile günümüz hukukunda düzenlenmiş olan mal ortaklığı rejimi arasında mal ortaklığına dahil olmayan ve eşlerin serbestçe tasarruf edebildikleri mallar açısından bir benzerlik söz konusudur. İslam-Osmanlı hukukunda eşler tüm şahsi malları üzerinde ser-

selesidir. İslam hukukuna göre, ailenin geçiminden, ana babaya bakılmasından, kadına verilecek mehirden sadece erkek sorumludur. Yine İslam hukukuna göre, kadının malvarlığı erkeğin malvarlığından ayrıdır. Ve dolayısıyla kazandıkları kendisine aittir. Bütün bunlara karşılık, kadının hiç kimseye mali bir yükümlülüğü söz konusu değildir. Bu itibarla, kadına tam hisse verilecek olsa, erkeğe zulmedilmiş olur. İşte sosyal adaleti sağlamak içindir ki, kız çocuğuna yarı hisse verilmiştir”. **AKDEMİR**, s. 144; **SİBÂİ**, s. 28; **ÖZTÜRK**, “Kuran’daki İslam, İstanbul 1992, s. 538-541; **KIRBAŞOĞLU**, s. 162-168.

¹³⁵ **KIRBAŞOĞLU**, s. 162-168; **SİBÂİ**, s. 28.

¹³⁶ Nisa Sûresinin 32. Ayeti’nde. “Allah’ın kiminizi kiminizden üstün kılmaya vesile yaptığı şeyleri isteyip ummayın. Erkeklerin kendi kazandıklarına hakları olduğu gibi kadınların da kendi kazandıklarına hakları vardır. Allah’tan onun rızkını isteyin . Şüphesiz Allah herşeyi bilmektedir” buyrulmaktadır, **YENİÇERİ** , s. 161.

bestçe tasarruf edebilirken, günümüz hukukunda düzenlenmiş olan mal ortaklığında sadece ortaklığa girmeyen mallar üzerinde serbestçe tasarruf edebilirler.

İslam-Osmanlı hukukunda kabul edilen mal ayrılığı rejiminde eşlerin malları, kocanın ve karının malları olmak üzere iki kısımdır. Edinilmiş mallara katılma rejiminde olduğu gibi kadının kişisel-edinilmiş malları ve kocanın kişisel-edinilmiş malları şeklinde bir ayırım söz konusu değildir. Edinilmiş mallara katılma rejimi ile İslam-Osmanlı hukukunun kabul etmiş olduğu mal ayrılığı rejimi arasında kişisel malların tasarrufu açısından benzerlik söz konusudur. Kişisel mallar her ikisinde de serbest tasarruf kapsamındadır.

Medeni kanunumuz eşlerin kendi emek ve güçleri oranında evi geçindirme yükümlülüklerinin olduğunu ve mallar üzerindeki tasarruflarının da bu yükümlülüklerine uygun olarak kullanabileceklerini hüküm altına almıştır. İslam-Osmanlı hukukunda ise kadının evi geçindirme yükümlülüğü yoktur. Dolayısıyla malları üzerindeki tasarrufu da böyle bir kayıtlı bağlı değildir.

VI. SONUÇ

Çalışmamız boyunca mal rejimi kavramının günümüz ve İslam-Osmanlı hukukuna göre anlamını ortaya koymaya çalıştık. Ortak bir tanım verecek olursak mal rejimleri, “evlenmenin eşlerin malvarlıkları üzerinde etkisini düzenleyen kurallar”dır. Mal rejimi kavramının ifade ettiği anlam, bugün ve önceki hukukumuzda aynıdır. Ancak bu rejim, her iki hukuk sisteminde kendine özgü kurallarla şekillenmiştir. Günümüz hukukunda mal rejimi ile ilgili düzenlemeler, 2001 MK değişiklikleriyle son halini almıştır. Bu değişiklikten önce günümüz hukukunda eski hukukumuzda olduğu gibi mal rejimi çeşitlerinden “mal ayrılığı” geçerli olmuştur.

Çalışmamızda mal ayrılığı rejiminin, eşlerin malvarlıklarının birbirinden ayrı ve bağımsız olması esası üzerine kurulmuş olduğunu açıkladık¹³⁷. Bu rejimde her bir eş, evlenmeden önce olduğu gibi kendi malları üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğu gibi bu malların gelirlerinden de yararlanmaya devam etmektedir¹³⁸.

Çalışmamızda mal ayrılığı rejiminin günümüz hukukunda olduğu gibi İslam-Osmanlı hukukunda da eşlerin malvarlıklarının birbirinden ayrı ve bağımsız olması anlamına geldiğini ifade ettik. Her iki hukuk sisteminde de mal ayrılığı rejiminde, kadının malları ve kocanın malları olmak üzere iki grup mal söz konusudur. Eşlerden her biri kendi malları üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilir.

¹³⁷ OĞUZMAN-DURAL, s. 177.

¹³⁸ OĞUZMAN-DURAL, s. 177; VELİDEDEOĞLU, s. 141.

İslam-Osmanlı hukukunda, kadının en önemli malvarlığı olarak görülen mehrinin sadece kendisine ait olması ve kocanın kadın istemedikçe kadının malvarlığından faydalanamaması mal ayrılığı rejiminin varlığını gösterici en önemli delildir. İslam ve Osmanlı hukukunda kocanın nafaka mükellefiyetinin olması ve kadın zengin olsa bile bu külfetin ona yüklenmemesi de bu rejimin varlığını ortaya koyucu niteliktedir. Yine kadının kendi şahsi malvarlığına dahil olan miras hakkının var olması, zekat ve kurban kesme mükellefiyetinin doğması için gerekli nisabın her iki tarafın kendine ait olan malvarlığına göre değerlendirilmesi bu rejimin varlığını destekler niteliktedir. Bu bağlamda sistem açısından olmasa da anlam olarak İslam-Osmanlı hukuku ile MK. değişikliğinden önce günümüz hukuku arasında büyük benzerlikler söz konusudur.

Dünya büyük bir gelişme içerisinde. Yaşamın pek çok alanında kısa denilebilecek bir süre içerisinde pek çok gelişme meydana gelmektedir. Sosyal yaşam da diğer alanlara paralel olarak büyük gelişme göstermiştir. Sosyal yaşamın temel taşı olan aile de doğal olarak bu gelişmelerden etkilenmiştir. Aile kurumunun gelişmesindeki en büyük neden kadının sosyal yaşamdaki yerinin ve öneminin son zamanlarda artmış olmasıdır. Günümüzde kadın sosyal yaşamın hemen hemen her alanında erkeklerle boy göstermeye başlamıştır. Hürriyetçi fikirlerin etkilerini her alanda göstermesi sonucunda evli kadının kocayla eşit haklara ve kendi malları üzerinde serbestçe tasarruf etme hakkına sahip olması gerektiği fikri XX. Yüzyıl'ın başlarında bütün Batı ülkelerinde etkisini göstermiştir¹³⁹. Bunun yanında kazanç sahibi olması kadında, kendisine ait olan malların koca tarafından yönetilmesinden kurtulma isteği uyandırmıştır¹⁴⁰. Kadının bu şekilde bilinçlenmesi evlilikteki kişisel ve mali hakların yeniden ele alınması sorununu beraberinde getirmiştir¹⁴¹. Adam Smith' in "kadın evde, koca işte" formülü her gün biraz daha eskimiş, kadın erkek eşitliğini inkar eden sistemin en azından iktisadi temelleri çökmüştür¹⁴².

Mal rejimi hukuku alanındaki gelişmeler, kocanın evlilik malları üzerindeki yönetim yetkisini azaltan, kadının malların yönetimine katılması imkanını çoğaltan ve kadına evlilik süresince edinilen mallar üzerinde pay tanıma şeklinde ifade edebileceğimiz bir temel üzerinde şekillenmiştir¹⁴³. Bu çerçevede mal rejimi hukuku alanında I. Dünya Savaşından sonra başlayan II. Dünya Savaşından sonra kendisini gösteren iki eğilim bütün dünyada ciddi etkiler meydana getirmiştir. Bu eğilimlerden ilki kadının tam hukuki yeterliliği, eşlerin eşitliği ve

¹³⁹ AKSOY, s. 218.

¹⁴⁰ AKSOY, s. 214.

¹⁴¹ ÖZTAN, s. 88.

¹⁴² TEKİNAY, s. 110.

¹⁴³ AKSOY, s. 215.

kocanın evlilik malları üzerindeki yönetim ayrıcalıklarının kalkması prensiplerinden hareket etmiştir¹⁴⁴. İkinci eğilim ise eşler arasındaki dayanışmanın iktisadi bakımdan da sağlanması ve evde çalışan eşin kazanç sağlayan eşin kazancını paylaşması yönündedir. Bu eğilimin temeli kadını ev işleri ve çocuklarla ilgilenmesi nedeniyle evlilik birliği içerisinde elde edilen kazançtan yoksun bırakılmamasıdır¹⁴⁵.

Bu gelişmeler sonucu, özellikle sosyal ve hukuki alanlarda kadına bir takım hakların tanınması zorunluluğu doğmuştur. Özellikle batı toplumları, hukuklarında kadın-erkek eşitliğini gözeten hükümlere yer vermeye başlamışlardır. Bütün bunlara rağmen bu alanda ki gelişmeler diğer alanlarda ki gelişmelere göre oldukça yavaş olmuştur¹⁴⁶.

Eşlere mümkün olduğunca eşit hak ve yükümlülükler tanımak ve kadının evlilik süresince edinilen mallara katkısını bu malların paylaşımında göz önünde tutmak mal rejimi hukuku alanındaki değişikliklerin temelini oluşturmuştur. İktisadi yönden zayıf olan tarafı koruma hedefine yönelmiş olan sosyal adalet amacı ve sosyal devlet ilkesi de evlilik birliği içerisinde edinilmiş olan malların eşler arasında herhangi bir şekilde paylaşılması gerektiği yönündeki görüşlerin ortaya çıkmasında önemli bir rol oynamışlardır¹⁴⁷. Bu değişiklikler özellikle yasal mal rejimi konusunda yoğunlaşmıştır¹⁴⁸.

Mal rejimi hukukundaki gelişme kadın-erkek arasında eşitliği sağlayacak yönde olmasına rağmen bazı durumlarda kadın ve erkeğe eşit hak ve yükümlülüklerin tanınmasının dahi yeterli olmayacağı anlaşılmıştır. Kadın ve erkeğin aile ve kazanç yaşamındaki fonksiyonel farklılıkları dikkate alındığında şekli anlamda bir eşitliğin maddi anlamda adaletsizliğe neden olacağı ortaya çıkmaktadır¹⁴⁹. Zira bu durum evde çalışan, zamanını ev işlerine ve çocuklarına harcayan ve bu nedenle bir gelir elde edemeyen eş açısından fazla bir şey ifade etmemektedir. Bu nedenle doktrinde uzun zamandan bu yana bu eşin katkısını göz önünde bulunduran değişikliklerin mal rejimi hukukunda yer alması gerektiği savunulmuştur¹⁵⁰.

¹⁴⁴ AKSOY, s. 220.

¹⁴⁵ AKSOY, s. 235.

¹⁴⁶ AKSOY, s. 78.

¹⁴⁷ AKSOY, s. 213.

¹⁴⁸ ACABEY, s. 78.

¹⁴⁹ GÖREN, Zafer, Türk-Alman-İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması, İzmir 1998, s.108.

¹⁵⁰ AKSOY, s. 219; GÖREN, s. 108.

Günümüzde kabul edilen yasal mal rejimi “edinilmiş mallara katılma”dır. Bu rejimin temelinde de yukarıda mal rejimlerinin gelişimini anlatırken belirttiğimiz üzere kadın erkek eşitliğinin sağlanması yatmaktadır. Bu çerçevede sonuç olarak şunları söyleyebiliriz. İslam-Osmanlı hukukunda kadına büyük değer verilmiştir. Kadını koruyucu düzenlemelerin ayrıntılı olarak ele alınması bunu ortaya koymaktadır. Günümüz hukukunda mal rejimlerinde meydana gelen değişim açık bir şekilde kadını koruma amacına yöneliktir. Kısacası her iki hukuk sisteminde değişiklikten önce de sonra da amaç aynıdır. Her ikisine de bu ruh hakimdir.

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN
“ZANA/TÜRKİYE DAVASI” HAKKINDA VERDİĞİ
KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Selcen KOCAMAN*

I. DAVANIN KONUSU

Zana/Türkiye Davası, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 25. maddesi uyarınca, 30 Eylül 1991 tarihinde Komisyon'a yapılan başvuruya dayanmaktadır. Bu dava, Türkiye Cumhuriyeti aleyhine, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan Mehdi Zana tarafından açılmıştır. Mehdi Zana 1940 yılında doğmuş, bir dönem Diyarbakır Belediye Başkanlığı görevinde bulunmuştur.

Başvurucu Mehdi Zana, Diyarbakır Askerî Cezaevinde mahkum olarak bulunduğu sırada, gazetecilerle yaptığı bir röportajda şu sözleri söylemiştir:

“PKK'nin ulusal kurtuluş hareketini destekliyorum. Katliamlardan yana değiliz, yanlış şeyler her yerde olur. Kadın ve çocukları yanlışlıkla öldürüyorlar.”

Bu açıklama, ulusal günlük gazete Cumhuriyet'te, 30 Ağustos 1987 tarihinde yayınlanmıştır. Başvurucu sarfettiği bu sözler üzerine yapılan yargılama sonucunda, Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi 26 Mart 1991 tarihinde, “**kanunun cürüm saydığı bir fiili övdüğü**” ve “**kamu güvenliğini tehlikeye soktuğu**” gerekçesiyle, Mehdi Zana'nın on iki ay ağır hapis cezasıyla cezalandırılmasına karar vermiştir.

Dava konusu; davalı devletin yapmış olduğu yargılamanın, sözleşmenin 6., 9. ve 10. maddeleri ile üstlenilen yükümlülüklerin ihlalini oluşturup oluşturmadığına karar verilmesinden ibarettir. Kısaca belirtmek gerekirse, Mehdi Zana sözleşmenin 6/1., 6/3., 9. ve 10. maddelerine dayanarak; ceza yargılamasının uzunluğundan, kendisini mahkum eden mahkeme önüne çıkarılmadığı ve anadi-

* Araştırma Görevlisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı.

linde (Kürtçe) savunma yapamadığı için adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinden ve düşünce ve ifade özgürlüğüne müdahale edildiğinden şikayetçi olmuştur.

II. İÇ HUKUK PROSEDÜRÜ

Mehdi Zana'nın gazetecilere yaptığı açıklamanın, 30 Ağustos 1987 tarihinde yayınlanmasıyla birlikte, İstanbul Cumhuriyet Savcılığı başvuru hakkında Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesinin¹ ihlali gerekçesiyle hazırlık soruşturmasını başlatmıştır.

İstanbul Cumhuriyet Savcılığı, 28 Eylül 1987 tarihinde, Mehdi Zana hakkında yer itibarıyla yetkisizlik kararı vermiş, dosyayı Diyarbakır Cumhuriyet Savcılığı'na göndermiştir. Diyarbakır Cumhuriyet Savcılığı da, 22 Ekim 1987 tarihinde, Mehdi Zana'ya isnad edilen suçun Türk Ceza Kanunu'nun 142. maddesinin 3. ve 6. fıkralarının kapsamına girdiği gerekçesiyle yetkisizlik kararı vermiş, dosyayı Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne göndermiştir. Bu maddeye göre cezaî fiil, ulusal duyguları zayıflatmayı hedefleyen yıkıcı propaganda olarak kabul edilmektedir².

4 Kasım 1987 tarihinde, Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi Savcılığı görevsizlik kararı vermiş ve dosyayı Askerî Savcılığa göndermiş; buna gerekçe olarak, Mehdi Zana'nın söz konusu açıklamayı yaptığı tarihte bir askerî cezaevinde yatmakta olduğunu ve bu sebeple asker statüsünde bulunduğunu belirtmiştir. Bunun üzerine, Diyarbakır Askerî Savcılığı, 19 Kasım 1987 tarihli iddiana-

¹ Madde 312- Kanunun cürüm saydığı bir fiili açıkça öven veya iyi göründüğünü söyleyen veya halkı kanuna itaatsizliğe tahrik eden kimse altı aydan iki yıla kadar hapis ve altı bin liradan otuz bin liraya kadar ağır para cezasına mahkum olur.

Halkı, sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik eden kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis ve dokuz bin liradan otuz altı bin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır. Bu tahrik umumun emniyeti için tehlikeli olabilecek bir şekilde yapıldığı takdirde faile verilecek ceza üçte birden yarıya kadar artırılır. Madde 312- (Değişik: 6.2.2002 gün ve 4744/2 s. Y). Bir cürmü alenen öven veya iyi göründüğünü söyleyen veya halkı kanuna uymamaya tahrik eden kimseye altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

Sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanarak, halkı birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik eden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

Halkın bir kısmını aşağılayıcı ve insan onurunu zedeleyecek bir şekilde tahkir eden kimseye de birinci fıkradaki ceza verilir.

Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçlar 311 inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen araçlar veya şekillerle işlendiğinde verilecek cezalar bir katı oranında artırılır.

² Türk Ceza Kanunu'nun 142. maddesi, 3713 sayılı kanunun 23. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

me ile Mehdi Zana'yı Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle, Türkiye'nin toprak bütünlüğünü bölmeyi hedefleyen silahlı bir örgüt olan PKK'nin eylemlerini desteklemekle itham etmiştir. Diyarbakır Askerî Mahkemesi'nde 15 Aralık 1987 tarihinde duruşmaya katılan Mehdi Zana, mahkemenin davasına bakmakla görevli olmadığını iddia etmiş, esasa ilişkin savunma yapmamıştır. 1 Mart 1988 tarihli duruşmada, Mehdi Zana'nın avukatı, müvekkiline isnad edilen suçun askerî bir suç olmadığını ve bir askerî cezaevinin askerî mahal sayılamayacağını belirterek, Askerî Mahkeme'den görevsizlik kararı vermesini talep etmiştir. Bu talep aynı gün mahkeme tarafından reddedilmiştir.

Mehdi Zana, 28 Temmuz 1988 tarihinde Diyarbakır Askerî Cezaevinden Eskişehir Cezaevine nakledilmiş, Diyarbakır Askerî Mahkemesi'nce istinabe edilen Eskişehir Hava Kuvvetleri Mahkemesi, Mehdi Zana'yı savunmasını yapmak üzere 2 Kasım 1988'de çağırılmış, bu tarihte açlık grevinde olan Mehdi Zana duruşmaya katılmamıştır. 7 Aralık 1988 tarihli duruşmaya katılan Mehdi Zana, mahkemeyi yetkili görmediğinden savunma yapmaktan kaçınmıştır.

18 Nisan 1989 tarihinde Diyarbakır Askerî Mahkemesi görevsizlik kararı vermiş, dosyayı Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne göndermiştir.

Başvurucu, 2 Ağustos 1989'da Aydın E Tipi Cezaevine nakledilmiştir. Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi'nce istinabe edilen Aydın Ceza Mahkemesi'nde, 20 Haziran 1990 tarihinde duruşmaya katılan Mehdi Zana, savunmasını Kürtçe yapmak istemiştir. Ceza Mahkemesi Mehdi Zana'yı, Türkçe savunma yapması gerektiği, aksi takdirde bu hakkından vazgeçmiş sayılacağı yönünde ihtar etmiştir. Mehdi Zana, ihtar dikkate almayıp Kürtçe konuşmaya devam etmiş, mahkemece Mehdi Zana'nın savunma yapmadığı tutanağa geçirilmiştir. Yargılamaya, başvurucunun avukatı tarafından temsil edildiği Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde devam edilmiştir.

26 Mart 1991 tarihli kararıyla Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi, Mehdi Zana'yı "kanunun cürüm saydığı bir fiili övdüğü" ve "kamu güvenliğini tehlikeye soktuğu" gerekçesiyle on iki ay ağır hapis cezasına mahkum etmiştir. Mehdi Zana, 12 Nisan 1991 tarihli Terörle Mücadele Kanunu'nun 17. maddesine göre, cezanın beşte birini hapiste geçirecek, geri kalan kısmı için şartlı tahliye edilecektir. Aynı zamanda Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi, PKK'nin Türk Ceza Kanunu'nun 168. maddesi³ anlamında bir silahlı örgüt olduğunu,

3 Madde 168- Her kim, 125., ...maddelerde yazılı cürümleri işlemek için silahlı cemiyet ve çete teşkil eder yahut böyle bir cemiyet ve çetede amirliği ve kumandayı ve hususi bir vazifeyi haiz olursa on beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasına mahkum olur.

Cemiyet ve çetenin sair efradı on yıldan on beş yıla kadar ağır hapisle cezalandırılır.

Türkiye topraklarının bölünmesini amaçladığını ve cinayet, adam kaçırma ve silahlı soygun gibi eylemleri gerçekleştirdiğini kabul etmiştir.

Mehdi Zana, 3 Nisan 1991 tarihinde kararı temyiz etmiş, Yargıtay'ın 19 Haziran 1991 tarihli kararıyla Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin verdiği karar onanmıştır.

Bu arada, kendisine daha önce verilmiş hapis cezası biten Mehdi Zana, 16 Nisan 1991 tarihinde tahliye edilmiş; 26 Şubat 1992 tarihinde Diyarbakır Cumhuriyet Savcısı tarafından beşte birini hapiste geçireceği ve geri kalanı için şartlı tahliye edileceği hapis cezasını çekmek üzere Diyarbakır cezaevine teslim olması istenmiştir.

III. KOMİSYONA MÜRACAAT AŞAMASI

Mehdi Zana, 30 Eylül 1991 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurmuştur. Başvurucu, sözleşmenin 6/1., 6/3., 9. ve 10. maddelerine dayanarak; ceza yargılamasının uzunluğundan, kendisini mahkum eden mahkeme önüne çıkarılmadığı ve anadilinde (Kürtçe) savunma yapamadığı için adil yargılama hakkının ihlal edildiğinden ve düşünce ve ifade özgürlüğüne müdahale edildiğinden şikayetçi olmuştur.

Komisyon 21 Ekim 1993 tarihinde, başvurunun, yalnızca ceza yargılamasının uzunluğu, başvurunun duruşmalarda bulunmaması ve düşünce ve ifade özgürlüğüne müdahale edildiği şikayetleri yönünden kabul edilebilir olduğunu açıklamıştır. 9. maddeye yönelik şikayetin 10. maddeye dayanılarak yapılan şikayete bağlantılı olup, iddia edilen müdahalenin 10. madde bağlamında değerlendirilmesi gerektiğini belirten Komisyon, 10 Nisan 1996 tarihli raporunda aşağıdaki görüşleri dile getirmiştir:

a. Sözleşmenin 10. maddesi ihlal edilmemiştir (on dörde karşı, başkanın çoğunluğu belirleyici oyuyla on dört oyla).

b. Başvurucunun yargılamada bulunmaması nedeniyle Sözleşmenin 6. maddesinin 1 ve 3 (c) fıkraları ihlal edilmiştir (oybirliğiyle).

c. Dava makul bir sürede sonuçlandırılmadığı için Sözleşmenin 6/1. maddesi ihlal edilmiştir (beşe karşı yirmi üç oyla).

IV. MAHKEME AŞAMASI

Mahkeme aşamasına gelindiğinde, başvuru iddialarını yinelemiş, hükümet ise iki ilk itiraz öne sürmüştür. Bunlardan birincisi "zaman bakımından yetkisizliğe" ve buna alternatif olarak "iç hukuk yollarının tüketilmemiş olduğuna" dayanmaktadır.

Başvurucu vekili ise Divan'dan, hükümetin ilk itirazlarının tümünün reddini ve 10. madde ile 6. maddenin 1. ve 3. fıkralarının ihlal edildiğine karar verilmesini talep etmiştir.

V. MAHKEMENİN KARARI

Divan başvurusunun ihlal edildiğini öne sürdüğü maddeleri değerlendirmiş, bunu yaparken ilk olarak Türk Hükümeti'nin yaptığı ilk itirazları ele almıştır.

A. 10. Maddenin İhlal Edildiği İddiası

Başvurucu Mehdi Zana, gazetecilere yapmış olduğu açıklama nedeniyle, Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından mahkum edilmesinin ifade özgürlüğüne açık bir müdahale olduğunu ileri sürmüştür. Bu iddia değerlendirilmeden önce hükümetin ilk itirazları dikkate alınmıştır.

Yukarıda da belirtildiği gibi, hükümet iki ilk itiraz öne sürmüştür. Bunlardan biri zaman bakımından yetkisizliğe, diğeri ise iç hukuk yollarının tüketilmemiş olduğuna ilişkindir.

Hükümet, Divan'ın zaman bakımından yetkisiz olduğunu ileri sürdüğü ilk itirazında, esas olayın Ağustos 1987'de Mehdi Zana tarafından yapılan açıklama olduğunu, bunun da Türkiye'nin Divan'ın zorunlu yargı yetkisini tanıdığı 22 Ocak 1990 tarihinden önce gerçekleştiğini dile getirmiştir. Bu itirazı değerlendiren Divan, Türkiye'nin yalnızca bildirimde bulunduğu 22 Ocak 1990 tarihinden sonraki olaylar bakımından Divan'ın yargı yetkisini kabul ettiğini doğrulamış; ancak davanın konusunu oluşturan olayın, Mehdi Zana'nın gazetecilere yaptığı açıklama değil, başvuruca Türkiye Ceza Kanunu'nun 312. maddesine dayanarak on iki ay ağır hapis cezasına mahkum eden ve Yargıtay tarafından 26 Haziran 1991'de onanan, Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin 26 Mart 1991 tarihli kararı olduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak Divan'a göre, değerlendirilmesi gereken olay, 22 Ocak 1990 tarihinden sonra ortaya çıkan hapis cezasıdır ve zaman bakımından yetkisizliğe ilişkin itiraz reddedilmelidir. Bununla birlikte, Türk hükümeti bu itirazı, başvurunun kabul edilebilirliği değerlendirilirken ileri sürmediğinden, Divan bu itirazı karara bağlamayı gerekli görmemiştir.

Hükümetin alternatif olarak ileri sürdüğü ikinci ilk itirazı, Mehdi Zana'nın, Sözleşmenin 10. maddesine ilişkin şikayetini Türk mahkemeleri önünde ileri sürmediği, yani iç hukuk yollarının tüketilmediği yönünde olmuştur. Divan bu itirazın da, başvurunun kabul edilebilir olup olmadığı değerlendirilirken ileri sürülmediğini ve bu nedenle hükümetin bu itiraza dayanmaktan vazgeçmiş sayılacağını belirtmiştir.

İlk itirazların değerlendirilmesinin ardından 10. maddenin ihlal edilip edilmediği karara bağlanmıştır. Sözleşmenin 10. maddesi şu şekildedir:

"1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ulusal sınırlara bakılmaksızın, bir görüşe sahip olma, haber ve düşünceleri elde etme ve bunları ulaştırma özgürlüğünü de içerir. Bu madde devletin radyo yayıncılığını, televizyon ve sinema işletmeciliğini izne bağlamasına engel değildir.

2. Bu özgürlükler ödev ve sorumlulukla birlikte kullanılabilirdiğinden, ulusal güvenlik, ülke bütünlüğü ve kamu güvenliği, suçun ya da düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının şeref ve haklarının korunması, gizli bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesi, yargılama organının otorite ve tarafsızlığının korunması amacıyla, demokratik bir toplumda zorunlu olan ve hukukun öngördüğü formalitelere, şartlara, yasaklara ve yaptırımlara tabi tutulabilir."

Divan 10. maddenin ihlal edilip edilmediğini değerlendirirken; müdahalenin hukuk tarafından öngörülüp öngörülmediğini (kanunilik), meşru amaçlara yönelik olup olmadığını ve demokratik bir toplumda zorunlu olup olmadığını incelemiştir.

Divan, Mehdi Zana'nın mahkumiyetinin Türk Ceza Kanunu'nun 168. ve 312. maddelerine dayandığını belirterek, müdahalenin hukuk tarafından öngörüldüğünü kabul etmiştir. Ayrıca, başvuruçunun gazetecilerle yaptığı röportajda, PKK'nin "ulusal kurtuluş hareketini" desteklediğini açıkça ortaya koyduğunu ve bu ifadenin PKK militanları tarafından sivillerin öldürülmesiyle aynı zamana denk düştüğünü belirtmiş; Türkiye'nin Güneydoğu Anadolu Bölgesi'nde ciddi çatışmaların sürdüğü bir dönemde bölgede iyi tanınan bir kişiden gelen böyle bir ifadenin, ulusal makamların ulusal güvenliğin ve kamu güvenliğinin sürdürülmesine yönelik endişe uyandırmasını haklı kılan bir etkiye sahip olduğundan bahisle, söz konusu müdahalenin 10. maddenin 2. fıkrasında yer alan meşru amaçları sağlamaya yönelik olduğunu kabul etmiştir.

Bunların yanı sıra, müdahalenin demokratik toplum için zorunlu olup olmadığı ele alınmış ve 10. maddeye ilişkin kararlarda ortaya koyulan temel ilkeler tekrar edilmiştir:

"(i) İfade özgürlüğü, demokratik bir toplumun vazgeçilmez esasını ve toplumun gelişimi ve her bireyin kendini gerçekleştirme için temel koşulunu oluşturmaktadır. Bu, 2. fıkraya uygun olarak, yalnızca onaylayan, zararsız olduğu kabul edilen ya da nasıl olursa olsun farketmeyen "bilgi" ya da "düşünceler" için değil; hoş gitmeyen, sarsıcı ya da rahatsız edici olanlar için de geçerlidir. Bunlar, "demokratik toplum"un onlarsız olamayacağı çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gereğidir. 10. maddede açıklandığı gibi bu özgürlük, her halde dar yorumlanması ve herhangi bir sınırlama gereksiniminin ikna edici bir biçimde ortaya koyulması gereken istisnalara tabidir.

(ii) 10. maddenin 2. fıkrası anlamında “zorunlu” sıfatı, “zorlayıcı bir toplumsal gereksinim”in varlığını ifade etmektedir. Sözleşmeciler devletler böyle bir gereksinimin var olup olmadığını değerlendirmede belli bir takdir yetkisine sahiptirler. Ancak bu, mevzuatı ve bağımsız bir mahkeme tarafından verilse bile mevzuatı uygulayan mahkeme kararlarını da kapsayacak biçimde Avrupa denetim mekanizmasıyla uyumlu bir biçimde olabilir. Bu nedenle Divan, bir “sınırlamanın” 10. maddeyle korunan ifade özgürlüğüyle bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda nihai karar verme yetkisine sahiptir.

(iii) Divan, denetleyici yargı yetkisini kullanırken itiraz edilen müdahaleye, sorumlu tutulduğu sözlerinin özü ve hangi bağlamda söylendiğini de kapsayacak biçimde, davanın bütününe ışığında bakmalıdır. Divan özellikle dava konusu müdahalenin “izlenen meşru amaçlarla orantılı” olup olmadığını ve ulusal makamların bunu haklılaştırmak için ileri sürdükleri nedenlerin “uygun ve yeterli” olup olmadığını incelemelidir. Bunu yaparken Divan, ulusal makamların 10. maddede somutlaştırılan ilkelere uygun standartları uyguladıklarına ve bundan ilgili olayların kabul bir nitelendirmesine dayandıklarına ikna olmalıdır.”

Sonuç olarak Divan, başvurucuya verilen cezanın zorlayıcı bir toplumsal gereksinimi karşıladığını, ulusal makamların ileri sürdüğü nedenlerin uygun ve yeterli olduğunu, müdahalenin izlenen meşru amaçlarla orantılı olduğunu belirtmiş ve Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edilmediğini sekize karşı on iki oyla karara bağlamıştır.

B. 6. Maddenin İhlal Edildiği İddiası

Başvurucu Mehdi Zana, Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi’ndeki duruşmaya katılamaması nedeniyle adil yargılanma hakkının çiğnendiğinden ve hakkındaki ceza yargılanmasının uzunluğundan şikayetçi olmuştur. Bu şikayetlerini de, Sözleşmenin 6. maddesinin 1. ve 3. fıkralarına dayandırmıştır:

1. Fıkra: “*Herkes,..... hakkındaki bir suçlamanın karara bağlanmasında,.... bir yargı yeri tarafından.....adil.....yargılanma hakkına sahiptir.*”

3. Fıkra: “*Cezaî bir fiille itham edilen herkes, en azından şu haklara sahiptir:*

(c) *Kendini bizzat savunma.*”

Hükümet ise öne sürdüğü ilk itirazında, başvurucunun 6. maddenin 1. ve 3. fıkralarına ilişkin şikayetini Türk mahkemeleri önünde ileri sürmediğini ve dolayısıyla iç hukuk yollarının tüketilmemiş olduğunu belirtmiştir. Ancak Divan, bu itirazın, başvurunun kabul edilebilir olup olmadığı değerlendirilirken ileri sürülmediğini, dolayısıyla hükümetin bu itirazdan vazgeçmiş sayıldığını karara bağlamıştır.

Mehdi Zana bu şikayetinde, Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde yapılan duruşmada bulunmadığını, bunun da kendisini etkin bir biçimde savunmasını engellediğini ileri sürmüştür.

Hükümet ise, başvuru Mehdi Zana'nın Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 226/4. maddesi⁴ uyarınca istinabe yöntemi uygulanarak birçok kez mahkeme önüne çıkarıldığını, ancak başvuru görevsizlik itirazında bulunmak ve Türkçe konuşmayı reddetmekten başka bir şey yapmadığını, kendisini bizzat savunma hakkını kasıtlı olarak kullanmadığını ifade etmiştir.

Başvurucunun on iki ay ağır hapis cezasına çarptırılmasıyla sonuçlanan davada, Mehdi Zana'nın Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından duruşmaya katılması için çağırılmadığı ancak savunmasının Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 226/4. maddesi uyarınca Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından istinabe edilen Aydın Ceza Mahkemesi tarafından alındığı görülmüştür.

Durumu değerlendiren Divan, Sözleşmenin 6. maddesinin, cezaî bir fiille itham edilen herkesin duruşmalarda bulunma ve kendini bizzat savunma hakkına sahip olduğunu ortaya koyduğunu ve ilgili kişi mevcut olmadan bu hakkın kullanılabilme imkanının bulunamayacağını belirtmiştir. Divan'a göre, Sözleşmeyle garanti altına alınan bir hakkın kullanılmasından vazgeçilmesi, bunun açıkça dile getirilmesiyle mümkün olabilir; başvuru Aydın Ceza Mahkemesi'nde usulî itirazlarda bulunması ve mahkemeye Kürtçe yanıt vermek istemesi hiçbir biçimde açıkça savunma hakkından ve Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi önüne çıkmaktan vazgeçtiğini göstermez. Ayrıca, ne Aydın Ceza Mahkemesi'nde yapılan dolaylı duruşma ne de Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde yapılan duruşmaya başvuru avukatlarının katılması, zanlının duruşmada hazır bulunmasının yerine geçebilir. Bu nedenlerle Divan, Sözleşmenin 6. maddesinin 1. ve 3. fıkralarının ihlal edildiğini karara bağlamıştır.

Yukarıda da belirtildiği gibi, başvuru Mehdi Zana, yargılama süresinin uzunluğundan da şikayetçi olmuştur. Başvurucunun ifadesine göre, dava karmaşık değildir ve ceza yargılamasının uzamasının tek nedeni yargı makamlarının tavrıdır.

Hükümet ise; başvuru söz konusu açıklamayı Diyarbakır Askerî Cezaevi'nde yaptığını, bu açıklamanın İstanbul'da yayınlanan günlük bir gazetede yer aldığını, bu bakımdan ulusal mahkemelerin yer ve madde bakımından yetki sorununu çözmesinin zorunlu olduğunu belirtmiştir. Ayrıca

⁴ Madde 226/4- Duruşmadan varestede tutulmasını talep etmese bile, davanın görüldüğü yer mahkemesinin yargı çevresi dışında başka bir suçtan tutuklu veya cezası infaz edilmekte olan sanığın sorgusu bulunduğu yerdeki mahkeme aracılığıyla yaptırılabilir.

hükümet, Mehdi Zana ve avukatlarının tavrının da dava konusu yargılamanın uzamasına neden olduğunu belirtmiştir.

Durumu değerlendiren Divan, dava konusu yargılamanın, ortaya çıkacak yetki sorunları açısından özel bir karmaşıklığının olmadığını belirtmiştir. Ayrıca, hükümetin başvurusunun tavrına ilişkin iddiasına yönelik olarak Divan, 6. maddenin cezaî bir fiille itham edilen bir kişinin yargı makamlarıyla aktif olarak işbirliği yapmasını gerektirmediğini ortaya koymuştur.

Sonuç olarak, Sözleşmenin 6/1. maddesinin yargılanan kişi hakkında nihai kararın makul bir sürede verilmesi hakkını garanti altına aldığını tekrar edip; 30 Ağustos 1987’de başlayıp Yargıtay kararının tebliğ edildiği 18 Temmuz 1991’de sona eren dava konusu yargılamanın makul sürede tamamlanmadığını karara bağlamıştır.

Sonuç olarak Divan;

a. İkiye karşı on sekiz oyla, Sözleşmenin 10. maddesine dayanan şikayete yönelik olarak yapılan “zaman bakımından yetkisizlik” itirazının reddine,

b. Oybirliğiyle, Sözleşmenin 10. maddesine dayanan şikayete yönelik olarak yapılan “iç hukuk yollarının tüketilmemiş olduğu” itirazının reddine,

c. Sekize karşı on iki oyla, Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiği iddiasının reddine,

d. Oybirliğiyle, Sözleşmenin 6. maddesine dayanan şikayete yönelik olarak yapılan “iç hukuk yollarının tüketilmemiş olduğu” itirazının reddine,

e. Üçe karşı on yedi oyla, başvurusunun yargılamada bulunmaması nedeniyle Sözleşmenin 6. maddesinin 1. ve 3. fıkralarının ihlal edildiğine,

f. Bire karşı on dokuz oyla, ceza yargılamasının uzunluğu nedeniyle Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiğine

karar vermiştir.

VI. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dava, Divan’ın önüne 28 Mayıs 1996 tarihinde, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından ve 29 Temmuz 1996 tarihinde Türk Hükümeti tarafından, İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Sözleşme’nin 32/1 ve 47. maddelerinde belirtilen üç aylık süre içinde getirilmiştir. Dava, Türkiye Cumhuriyeti aleyhine, Türk vatandaşı Mehdi Zana tarafından 30 Eylül 1991 tarihinde Komisyon’a yapılan 18954/91 sayılı başvuruya dayanmaktadır. Davanın konusu, davalı devlet tarafından yapılan yargılamanın, Sözleşmenin 6. maddesinin 1. ve 3. fıkraları, 9. ve 10. maddeleri ile üstlendiği yükümlülüklerin ihlalini oluşturup oluşturmadığına karar verilmesinden ibarettir.

Dava konusu yargılamanın başlamasına sebep olan olay, Mehdi Zana'nın Cumhuriyet Gazetesine verdiği bir röportajda söylediği şu sözlerdir:

"PKK'nin ulusal kurtuluş hareketini destekliyorum. Katliamlardan yana değiliz, yanlış şeyler her yerde olur. Kadın ve çocukları yanlışlıkla öldürüyorlar"

Bu açıklamanın, 30 ağustos 1987 tarihinde yayınlanması ile birlikte, başvuru Mehdi Zana hakkında hazırlık soruşturması başlatılmış, yargılamanın sonunda Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesine dayanılarak on iki ay ağır hapis cezasına hükmedilmiştir. Ayrıca, Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından verilen kararda, PKK'nin Türk Ceza Kanunu'nun 168. maddesi anlamında bir silahlı örgüt olduğu, Türkiye topraklarının bir bölümünün ayrılmasını amaçladığı ve cinayet, adam kaçıрма ve silahlı soygun gibi şiddet eylemleri gerçekleştirdiği kabul edilmiştir.

Başvurusunda Mehdi Zana, ilk olarak yaptığı açıklama nedeniyle Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından on iki ay ağır hapis cezasına mahkum edilmesi ile ifade özgürlüğüne müdahale edildiğinden yani, Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiğinden şikayetçi olmuştur.

Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiği iddiasını değerlendiren Divan, ifade özgürlüğüne bir müdahalenin varlığını kabul etmekle beraber, bu müdahalenin hukuk tarafından öngörülüp öngörülmediğini, meşru amaçlara yönelik olup olmadığını ve demokratik bir toplumda zorunlu olup olmadığını incelemiş ve karar vermiştir. Bu kararında Divan, Mehdi Zana'nın mahkumiyetinin Türk Ceza Kanunu'nun 168. ve 312. maddelerine dayandığını ve müdahalenin kanunilik prensibine uygun olduğunu belirtmiştir. Aynı zamanda, Türkiye'nin Güneydoğu Anadolu Bölgesi'nde ciddi çatışmaların sürdüğü bir dönemde, bölgede yaşayan halkın büyük bir çoğunluğunun tanıdığı ve siyasi bir kimliği bulunan Mehdi Zana'nın yaptığı bu açıklamanın, bölgedeki gerginliği daha da artırabileceğini ifade etmiş ve söz konusu müdahalenin 10. maddenin 2. fıkrasındaki meşru amaçları sağlamaya yönelik olduğunu kabul etmiştir. Bunun yanı sıra Divan, olayın özel koşullarını ve devletin takdir yetkisini de göz önünde bulundurarak, başvurucuya verilen cezanın zorlayıcı bir toplumsal gereksinime yanıt verdiğini belirterek, 10. maddenin ihlal edilmediğini karara bağlamıştır.

Divan'ın verdiği bu karar yerindedir. Şöyle ki; Türkiye'nin Güneydoğu Anadolu Bölgesi'nde 1985 yılından itibaren Türk askeri ile PKK üyeleri arasında pek çok kişinin ölümüne sebep olan çatışmalar sürmektedir. Yargılama konusu açıklamanın yapıldığı 1987 yılında, bu bölgenin onbir ilinden onunda olağanüstü hal uygulaması bulunmaktadır. Böyle gergin bir ortamda, etkili bir siyasî kişilik olan ve bir dönem Diyarbakır Belediye Başkanlığı görevini yürüten Mehdi Zana'nın, ulusal günlük bir gazeteye yaptığı bu açıklama iyiniyetten uzak görünmektedir.

Mehdi Zana bu açıklamasında, PKK üyelerinin terörist faaliyetlerini bir “ulusal kurtuluş hareketi” olarak adlandırmakta, açıkça desteklemekte ve kadın ve çocukların öldürülüşünü her yerde gerçekleştirebilecek basit bir hata olarak nitelemektedir. Ayrıca, başvuru Mehdi Zana’nın sözleri basit ve tutarsızdır. Divan’ın da belirttiği gibi, hem amaçlarına ulaşmak için şiddet kullanan bir terör örgütünü desteklemek hem de katliamlara karşı olmak zor görünmektedir. Mehdi Zana’nın, PKK örgütünün eylemlerini desteklediğini ortaya koyduğu açıklamasının, ulusal makamların, ulusal güvenliğin ve kamu güvenliğinin devamına ilişkin olarak önlem almasını haklı kılan bir etkiye sahip olduğu açıktır. Bu çelişkili açıklamanın sonucunda alınan mahkumiyet kararı ile, “bireylerin ifade özgürlüklerine ilişkin temel hakları” ve demokratik bir toplumun meşru hakkı olan “kendini terörist eylemlere karşı korumak” arasında adil bir dengenin kurulduğu açıktır.

Yukarıda da belirtildiği gibi, başvuru Mehdi Zana Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiğini iddia ettiği şikayetinin yanısıra, Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi’ndeki duruşmaya katılamaması nedeniyle adil yargılanma hakkının çiğnendiğinden ve hakkındaki ceza yargılamasının uzunluğundan da şikayetçi olmuş; bu şikayetlerini Sözleşmenin 6. maddesine dayandırmıştır. Mehdi Zana, Türk Ceza Kanunu’nun 312. maddesine dayanılarak on iki ay ağır hapis cezasına mahkum edildiği Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi önünde kendini bizzat savunmadığını; gazetecilere yaptığı açıklamadan kastının ne olduğunu anlatma fırsatı bulamadığını iddia etmiş, Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi’ndeki duruşmaya çağırılmadığını belirtmiştir.

Bu iddiaya karşılık Türk hükümeti, başvuru Mehdi Zana’nın Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun 226/4. maddesi uyarınca istinabe⁵ yöntemi uygulanarak birçok kez mahkeme önüne çıkarıldığını ve fakat sanığın bu duruşmalarda görevsizlik itirazında bulunmak ve Türkçe konuşmayı reddetmekten başka bir şey yapmadığını ve kendini bizzat savunma hakkını kasıtlı olarak kullanmadığını dile getirmiştir.

Durumu değerlendiren Divan’a göre, başvuru Aydın Ceza Mahkemesi’nde görevsizlik itirazında bulunması ve mahkemeye Kürtçe yanıt vermek istemesi, açıkça savunma hakkından ve Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi önüne çıkmaktan vazgeçmiş olduğunu göstermez; Sözleşmeyle garanti altına alınan bir hakkın kullanılmasından vazgeçilmesi, ancak bunun açıkça söylenmesiyle mümkün olabilir. Ayrıca ne Aydın Ceza Mahkemesi’nde istinabe yoluyla yapılan duruşma ne de Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi’ndeki duruşmaya sanık avukatlarının katılımı, sanığın duruşmada hazır bulunmasının yerine

5 Bir davada mahkemenin yargı çevresi dışında bir işlem yapılmasının gerekmesi halinde, davaya bakan mahkeme, o işlemin yapılması için başka bir mahkemeden yardım ister ki buna istinabe denir.

geçebilir. Bu sebeple Divan da Komisyon gibi, başvuruçunun kendini bizzat savunma hakkına müdahale edildiğini karara bağlamıştır.

Sözleşmenin 6. maddesinin 3. fıkrasında, cezaî bir fiille itham edilen herkesin, kendini bizzat savunma hakkının olduğu belirtilmektedir. Sanık, bu hakkından vazgeçmemiş ve kendisini mahkum eden mahkeme önünde esasa ilişkin savunma yapmamıştır. Bu sebeple Divan'ın kararı yerinde görünmektedir.

Başvuruçucu ceza yargılamasının uzunluğundan da şikayetçi olmuş, sürenin bu kadar uzun olmasını da yargı makamlarının tavrına bağlamıştır. Yargılama işlemleri 30 Ağustos 1987 tarihinde başlamış ve Yargıtay'ın kararının tebliğ edildiği 18 Temmuz 1991 tarihinde sona ermiş, hemen hemen üç yıl onbir ay sürmüştür.

Bu şikayete karşılık hükümet, başvuruçunun bu açıklamayı Diyarbakır Askerî Cezaevinde yaptığını, bu açıklamanın İstanbul'da yayınlanan günlük bir gazetede yer aldığı ve dolayısıyla ulusal mahkemelerin yer ve madde bakımından yetki sorununu çözmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca hükümet ceza yargılamasının uzunluğunun Mehdi Zana ve avukatlarının tavrından da kaynaklandığının altını çizmiştir.

Divan, ceza yargılamasının uzunluğuna ilişkin şikayeti değerlendirirken, Türkiye'nin Divan'ın zorunlu yargı yetkisini tanıdığı bildirim verilmiş tarihi olan 22 Ocak 1990 tarihini başlangıç için esas almıştır. Durumu değerlendiren Divan, dava konusu yargılamanın, ortaya çıkacak yetki sorunlarına ilişkin özel bir karmaşıklığın olmadığı ve başvuruçunun tavrının, yargılamayı ne kadar yavaşlatırsa yavaşlatsın tek başına bu kadar uzun bir süreyi açıklamaya yetmeyeceğini belirtmiş, yargılamanın makul sürede tamamlanmadığını ve dolayısıyla Sözleşmenin 6/1. maddesinin ihlal edildiğini karara bağlamıştır.

Kanaatimizce, Divan'ın 6/1. maddenin ihlal edildiği yönündeki kararı yerindedir. Şöyle ki; Mehdi Zana'nın davası Ceza Mahkemesi'nden Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne, sonra Askerî Mahkeme'ye ve en sonunda tekrar Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne gönderilmiş; İstanbul'dan Diyarbakır'a, daha sonra Eskişehir ve Aydın'a ve son olarak tekrar Diyarbakır'a gitmiştir. Bu yargılama, bu süreyi makul hale getirecek bir karmaşıklığa sahip değildir.

YARGI KARARLARI IŞIĞINDA SOSYAL RİSK İLKESİ

Ayşegül ÇOBAN*

GİRİŞ

İnsanlar eski çağlardan beri birlikte yaşama ihtiyacı hissetmişlerdir. Bu ihtiyaç insanları, belli dönemlerde kabileler halinde, belli dönemlerde de devlet örgütlenmesi altında yaşamaya zorlamıştır. İnsanların birarada yaşamasının nimetleri olduğu gibi birtakım külfetleri de olmuştur. Devletlerin içinde ve dışında gelişen siyasî mücadeleler, o devletin ya da toplumun üyesi olan bireyleri de etkilemiştir.

Sosyal risk, insanların birarada yaşamalarından doğan bir risk halidir. İnsanlar yaşadıkları toplumun içinde bulunduğu kargaşadan istemeseler de, o kargaşanın içinde olmasalar da etkilenirler. Bu etkilenme bazen ölüm gibi çok ciddi zararlara kadar varabilir. Bu zararların, kargaşanın çıkmasında hiçbir kusuru olmayan mağdurlar üzerinde bırakılmasının hakkaniyet ve adalet ilkelerine uygun olmaması düşüncesi, sosyal risk ilkesinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu ilke gereğince, toplumun içinde bulunduğu kargaşadan doğan zararlar, o toplumun siyasî bir örgütlenmesi olan devletçe karşılanarak topluma pay edilir.

Sosyal risk ilkesi ülkemizde özellikle 1980'li yıllarda terör eylemlerinin artmasıyla geniş bir uygulama alanı bulmuştur. Bu dönemden önceki yargı kararlarında sosyal risk ilkesinin uygulanmadığı ya da kavram olarak geçmediği görülmektedir. Dolayısıyla bu çalışmada sosyal risk ilkesinin ülkemizdeki gelişimine paralel olarak daha çok 1980'li yıllardan sonraki durumu üzerinde durulmuştur. Bu dönemden önce, savaş zararlarının ve toplumsal olaylardan doğan zararların karşılanması amacıyla çıkarılan kanunlara ise kısa bir biçimde yer verilmiştir.

* Araştırma Görevlisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

I. SOSYAL RİSK İLKESİNİN TANIMI

A. Genel Olarak

Ülkemizde idarenin sorumluluğu, 1927’de Danıştay’ın yeniden çalışmaya başlamasına kadar uygulama alanı bulamamıştır. Bu döneme kadar devletin sorumsuzluğu ilkesi geniş bir şekilde uygulanmıştır¹.

1924 Anayasası döneminde Danıştay, idareye karşı açılan tazminat davalarını çekişen bir biçimde kabul etmeye başlamış ve idareyi yalnız ağır hizmet kusurundan sorumlu tutmuştur². 1925 tarihinde kabul edilen 669 sayılı Şurayı Devlet Kanunu, düzenlediği tam yargı davalarıyla, idarenin sorumluluğunun yasal dayanağını oluşturmuştur³.

1961 Anayasası dönemi, idarenin sorumluluğu konusunda asıl gelişmenin yaşandığı dönemdir. Bu dönemde idarenin sorumluluğu anayasa ile düzenlenmiştir. 1961 Anayasası’nın 114. maddesi “idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür” hükmünü getirmiştir. Ancak idarenin sorumluluğu ile ilgili öze ilişkin bir başka düzenleme bulunmamaktadır. Bu dönemde Danıştay, idarenin sorumluluğu için aradığı ağır hizmet kusurundan vazgeçmiş, hizmet kusurunu uygulamaya başlamıştır. Yine bu dönemde idarenin kusursuz sorumluluğu da yavaş yavaş uygulanmaya başlamıştır⁴.

1982 Anayasası, 1961 Anayasası’nın idarenin sorumluluğu konusunda getirdiği kuralı benimsemiş ve 125. maddesinde bu kuralı tekrarlamıştır. Bu kural idarenin sorumluluğu ilkesini öze ilişkin olarak belirleyen yegâne kuraldır. Bunun dışında, 1961 Anayasası döneminde olduğu gibi, 1982 Anayasası’nda ve

1 EROĞLU Hamza, *İdare Hukuku*, Ankara 1985, s. (sayfa) 483; GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, “Terör Olayları ve Yönetimin Sorumluluğu”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. (Cilt) 50, S. (Sayı) 3-4, Ankara 1995, s. 193; GÖZÜBÜYÜK A. Şeref-TAN Turgut, *İdare Hukuku*, C. I, Genel Esaslar, Ankara 1998, s. 517.

2 BALTA Tahsin Bekir, “Organların Hukuka Aykırı Eylem ve İşlemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu”, Çeviren: Kâzım Yenice, *Danıştay Dergisi*, Yıl: 3, S. 12-13, Ankara 1974, s. 103; GÖZÜBÜYÜK, Terör Olayları, s. 193.

3 ÖZGÜLDÜR Serdar, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Ankara 1996, s. 27.

4 BALTA, s. 103; ÇELİKKOL Hüseyin, “İdarenin Objektif Sorumluluğu”, *İzmir Barosu Dergisi*, Yıl: 4, S. 2-3, İzmir 1985, s. 15; DEVRİM Semahattin, “İdare Hukukunda Sorumluluk İlkesinin Düşündürdükleri”, *Adalet Dergisi*, Yıl: 23, S. 4, Ankara 1982, s. 680-683; EROĞLU, s. 483; GİRİTLİ İsmet-BİLGİN Pertev-AKGÜNER Tayfun, *İdare Hukuku*, İstanbul 2001, s. 65; GÖZÜBÜYÜK, Terör Olayları, s. 193; GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 517; KAYIŞOĞLU Bahattin, “İdari Eylemlere İlişkin Sorumluluk Sebepleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 33, S. 1976-2, s. 178; ONAR Siddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. III, İstanbul 1966, s. 1692; ÖZGÜLDÜR, s. 27.

yine bu dönemde çıkarılan İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nda da, -idarenin sorumluluğu ile ilgili usule ilişkin düzenlemeler olsa da- öze ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. İdarenin sorumluluğunun dayanağını ve koşullarını belirleme yargı yerlerine bırakılmıştır. Bu durum da, idarenin sorumluluğunun belirlenmesinde yargı yerlerine bir esneklik tanımış ve serbestçe değerlendirme imkanı sağlamıştır. Bu serbestinin de etkisiyle kusursuz sorumluluğun uygulama alanı beklenenin çok üstüne çıkmıştır⁵.

İdarenin sorumluluğu ilkesinin Anayasa'da düzenlenmesinin doğurduğu en önemli sonuç, bu sorumluluğun çıkarılacak bir yasa yoluyla, yasama organı tarafından kaldırılamayacağıdır⁶.

Anayasa'nın 125. maddesine göre idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararlardan sorumludur. Bu hüküm dışında sorumluluğu belirleyici, nedenlerini ya da dayanaklarını açıklayan bir başka düzenleme idarî yargıda mevcut değildir. Bu yüzden idare hukukunda sorumluluk çoğunlukla yargısal içtihatlarla gelişmektedir⁷.

İdarenin eylem ve işlemlerinden sorumlu olması özel hukuktaki sorumluluk düşüncesinden esinlenmiştir. Ancak idarenin sorumluluğunun kendine özgü kuralları vardır⁸. İdarenin eylem ve işlemlerinden sorumlu olmasının esası ise "hukuk devleti" ve "sosyal devlet" ilkelerine dayanır⁹.

İdare, eylem ve işlemleriyle verdiği zararlardan hizmet kusuru ilkesi gereğince kusurlu olarak sorumlu tutulabilir. Bununla birlikte eylem ve işlemlerin neden olduğu zarar idarenin hiçbir kusuru olmaksızın da gerçekleşmiş olabilir. Bu durumda idare bu zararlardan dolayı kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince sorumlu olacaktır¹⁰.

⁵ AKYILMAZ Bahtiyar-SEZGİNER Murat, *İdare Hukuku Dersleri*, Konya 2001, s. 71; EROĞLU, s. 483; GİRİTLİ-BİLGİN- AKGÜNER, s. 67; GÖZÜBÜYÜK, Terör Olayları, s. 193-194; GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 517; ÖZGÜLDÜR, s. 28.

⁶ GÖZÜBÜYÜK, Terör Olayları, s. 193.

⁷ DEVRİM, s. 679.

⁸ GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, *Yönetmelik Yargı*, Ankara 2001, s. 282.

⁹ GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s. 284; GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 518-519.

¹⁰ GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 519.

1. Hizmet Kusuru

Hizmet kusuru, idarenin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan, eksiklik, aksaklık veya bozukluktur¹¹. Hizmet kusuru anonim ve nesnel karakterli bir kusurdur. Belli bir kişiye ya da kişilere atfedilemeyen ve hizmetten ayrılamayan bir kusurdur¹².

Hizmet kusuru, hizmetin geç işlemesi, hizmetin kötü işlemesi ve hizmetin hiç işlememesi şeklinde tezahür eder¹³. Hizmetin geç işlemesi, hizmetin gerektiği çabuklukta işlememesi veya yavaş işlemesidir¹⁴. Hizmetin kötü işlemesi, hizmetin gereği gibi yürütülmemesidir¹⁵. Hizmetin hiç işlememesi, idarenin kanunlarla kendisine verilen görevleri yerine getirememesidir¹⁶. Hizmet kusurunu bu sayılanlarla sınırlamak mümkün değildir. Ayrıca aynı olay hem hizmetin kötü işlemesi hem de hiç işlememesi ya da geç işlemesi olarak nitelendirilebilir.

2. Kusursuz Sorumluluk

Kusursuz sorumluluk, idarenin hukuka uygun nitelikteki eylem ve işlemlerinden doğan zararlardan tazminle yükümlü olmasıdır¹⁷.

-
- 11 AKYILMAZ-SEZGİNER, s. 71-72; DURAN Lûtfi, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, Ankara 1974, s. 26; DÜREN Akın, *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara 1979, s. 287; EROĞLU, s. 489; ESİN Yüksel, *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara 1976, s. 27; GÖZÜBÜYÜK, Terör Olayları, s. 194; GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s. 285; GÜNDAY Metin, *İdare Hukuku*, Ankara 2002, s. 320.
- 12 AKYILMAZ-SEZGİNER, s. 72; BALTA, s. 106-108; DÜREN, s. 287; EROĞLU, s. 489-490; ESİN, Danıştay'da Açılacak, s. 28; GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 531; GÜNDAY, s. 320; ONAR, s. 1695-1698. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. (bakınız) ÖZDEMİR Necdet, *Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu*, Ankara 1963; SARICA Ragıp, "Hizmet Kusur ve Karakterleri", *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. XV, S. 2-3, İstanbul 1949.
- 13 DURAN, s. 28; EROĞLU, s. 493; GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 531; ONAR, s. 1736.
- 14 DURAN, s. 29; DÜREN, s. 290; EROĞLU, s. 494; ESİN, Danıştay'da Açılacak, s. 44-45; GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, *Yönetim Hukuku*, Ankara 2001, s. 295; GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s. 291; GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 531; GÜNDAY, s. 322; ONAR, s. 1737.
- 15 DURAN, s. 28; DÜREN, s. 290; EROĞLU, s. 493-494; ESİN, Danıştay'da Açılacak, s. 31; GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, s. 295; GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s. 287; GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 531; GÜNDAY, s. 321; ONAR, s. 1736.
- 16 DURAN, s. 30; DÜREN, s. 289; EROĞLU, s. 495-496; ESİN, Danıştay'da Açılacak, s. 38; GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, s. 295; GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s. 292; GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 532; GÜNDAY, s. 323; ONAR, s. 1736-1737.
- 17 AKYILMAZ-SEZGİNER, s. 73; BALTA, s. 108; ÇELİKKOL, s. 15; DURAN, s. 47; EROĞLU, s. 496; GÖZLER Kemal, *İdare Hukuku Dersleri*, Bursa 2002, s. 618;

İdarenin kusursuz sorumluluğu, tehlike ve fedakârlığın denkleştirilmesi biçiminde tezahür eder. Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesine göre, idarenin kamu yararı amacıyla gerçekleştirdiği bir faaliyetten bazı kişilerin zarar görmesi halinde bu zarar, kusuru olmasa da idarece giderilir. Bunun en önemli örneği kamulaştırma alanında karşımıza çıkar¹⁸.

Tehlike ilkesi ise şu üç halde uygulama alanı bulur:

1) İdarenin yürüttüğü faaliyet veya kullandığı araçlarda belirli bir tehlike bulunabilir. Bu tehlikeler bir zarara yol açarsa idare kusursuz da olsa bu zarardan sorumludur. Bunun en belirgin örneği idareye ait bir cephaneliğin patlamasıdır¹⁹.

2) Meslekî risklerden doğan zarardan bir başka ifadeyle, kamusal alanda çalışan bir kişinin görev sırasında ya da görevi nedeniyle uğradığı zarardan kusursuz da olsa idare sorumludur²⁰.

3) Sosyal risk olarak adlandırılan bu üçüncü tehlike hali farklı bir başlık altında incelenecektir.

B. Sosyal Risk İlkesinin Tanımı

İnsanlar ilkçağlardan beri birlikte yaşamaya ihtiyaç duymuşlardır. Devlet örgütlenmesi henüz olmayan çağlarda insanlar kabileler halinde yaşamışlardır. Bu birlikte yaşamının sonucu olarak da ilkçağlarda kabileler, daha sonraları devlet adı verilen örgütlenmeler ortaya çıkmıştır. Devlet adındaki bu örgütlenmenin ortaya çıkmasıyla, iç politikada iktidar, dış politikada da kendini kabul ettirme ve savunma mücadeleleri başgöstermiştir. Bu mücadeleler ve savaşlar sonucu halktan kimi insanların uğradıkları zararlar birlikte yaşamının sonucu olarak ortaya çıkmıştır ve çıkmaktadır. Bir başka ifadeyle birey, o devletin ya da örgütlenmenin bir üyesi olduğu için zarar görmektedir. Bir anlamda devletin devlet olmasından ya da politikasından doğan zararlara, hiçbir kusuru olmayan ya da tek kusuru o toplumun bir ferdi, o devletin bir vatandaşı olmak olan birey katlanmaktadır. Bu durum, hakça ve adalete uygun bir sonuç olarak kabul edilmemektedir. Hakka ve adalete hiç de uygun olmayan bu sonucun ortaya çıkmasına

GÖZÜBÜYÜK, Terör Olayları, s. 195; GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 537; ONAR, s. 1742; ÖZGÜLDÜR, s. 82.

¹⁸ AKYILMAZ-SEZGİNER, s. 73; GÖZÜBÜYÜK, Terör Olayları, s. 196; GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 539; GÜNDAY, 333-334; ONAR, s. 1743.

¹⁹ ÇELİKKOL, s. 16; DURAN, s. 51; EROĞLU, s. 497; ESİN, Danıştay'da Açılacak, s. 130-134; GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 538; GÜNDAY, s. 331.

²⁰ EROĞLU, s. 497-498; ESİN, Danıştay'da Açılacak, s. 148; GÜNDAY, s. 331; KAYIŞOĞLU, s. 180-181; ONAR, s. 1743-1744.

engel olmak için, toplumun bulunduğu kargaşadan doğan zararların idarece giderilmesi gerektiği kabul edilmektedir²¹.

Toplumun içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşulların ortaya çıkardığı kitle hareketleri ve bunlardan doğan saldırıların yol açtığı zararlarla savaşlarda sivil halkın uğradığı zararların kusursuz olan kişiler üzerinde bırakılmasının hakça bir davranış olmayacağı düşüncesi sosyal risk ilkesini ortaya çıkarmıştır²².

Sosyal risk ilkesi, ilk olarak Fransa'da savaş zararlarının idarece karşılanması amacıyla uygulanmaya başlamıştır. Ülkemizde ise, daha çok 1980'li yıllarda yoğunlaşan terör eylemlerinden doğan zararların karşılanması amacıyla yargı yerlerinde uygulanır olmuştur. Bundan önce de benzer olaylarda Danıştay idaresinin sorumluluğuna karar vermiştir. Ancak bu kararlarda sorumluluğun dayanağı sosyal risk ilkesi değil, genel olarak kusursuz sorumluluk ya da kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi olmuştur²³.

Sosyal risk, insanların birlikte yaşamalarından doğan kaçınılmaz bir tehlike halidir. Bu tehlikenin zararları sonuçlarının nedensellik bağı aranmadan idarece giderilmesini öngören ilkeye de sosyal risk ilkesi denilmiştir²⁴. Toplumun içinde bulunduğu kargaşadan, olağandışı bir biçimde belli bazı kişilerin uğradıkları zararların, toplumun siyasî bir örgütlenmesi olan devlet tarafından toplum adına ödenmesi gereği sosyal risk ilkesi çerçevesinde kabul edilmektedir²⁵.

Kamu düzenini bozmaya ve anayasal düzeni yıkmaya yönelik terör olayları sırasında zarar görenlerin bu zararlarının, sosyal risk ilkesi gereğince idarece karşılanması gerekir. Çünkü bu eylemlerden zarar görenler, kendi kusurları nedeniyle değil, toplumun içinde bulunduğu kargaşadan zarar görmekte-dirler. Bu özel ve olağandışı zararlar, zararı doğuran olayı önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemeyen ya da daha büyük zararlara yol açmamak için önlemeyen

21 AZRAK Ali Ülkü, "İdarenin "Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramı"na Göre Kusursuz Sorumluluğu", *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, Ankara 12-13 Mayıs 1979, İstanbul 1980, s. 136-137; ÇELİKKOL, s. 20; KANETİ Selim, "Özel Hukuk Alanında Toplumsal Hasar Temeline Dayanan Sorumluluk", *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, Ankara 12-13 Mayıs 1979, İstanbul 1980, s. 147.

22 ÇELİKKOL, s. 20; EROĞLU, s. 504; ÖZGÜLDÜR, s. 90.

23 Bu konudaki karar örnekleri için bkz. ESİN, Danıştay'da Açılacak, s. 156-163.

24 AZRAK, Toplumsal Muhatara, s. 136; ESİN, Danıştay'da Açılacak, s. 155.

25 AZRAK, Toplumsal Muhatara, s. 137; ESİN, Danıştay'da Açılacak, s. 155; ONAR, s. 1744.

idarece nedensellik bağı aranmadan giderilmesi ve topluma pay edilmesi gerekir²⁶.

İdarî sorumluluğun gelişmiş bir düzeyde olduğu Fransa ve Almanya gibi ülkelerde toplumun içinde bulunduğu kargaşadan doğan bu tür zararların ödenmesi bazı genel kanunlarla düzenlenmiştir. Savaş hallerinde kişilerin zararlarının ödenmesi kabul edilmiştir. Ülkemizde de bu konuya ilişkin bazı kanunlar öngörülmüştür. Ama bunlar genel değil, özel niteliktedir. 7.7.1939 tarih ve 3634 sayılı Millî Müdafaa Mükellefiyetleri Kanunu seferberlik hallerinde devletin sorumluluğu hükümlerini içerir. Ancak bunlar savunma ihtiyacını karşılamak amacıyla, idarenin istimval yoluyla özel mülkiyete müdahalelerinden doğan tazmin borcuna ilişkindir²⁷. Bu tazmin de kanımızca, sosyal risk ilkesinden ziyade fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesiyle ilgilidir. Dolayısıyla idare hukuku alanında diğer sorumluluk halleri gibi sosyal risk ilkesinin de yargısal içtihatlarla geliştiği söylenebilir²⁸.

Anayasa'nın Başlangıç kısmında yer alan dayanışma ilkesinin sosyal risk ilkesinin hukukî temeli olan "imkân ve fırsat eşitliği" ilkesinin felsefî kökenini oluşturduğu ileri sürülmüştür²⁹. Buna göre "İdarenin görev alanına ilişkin toplumsal olaylardan doğan bireysel ve olağandışı zararlar, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini sınırlayan iktisadî ve sosyal engellerden olduğu için, İdarenin T.C. Anayasası'nın 10. maddesinin 2. fıkrası gereği, kişiler bakımından olumsuz nitelik taşıyan bu engelleri kaldırarak "imkân ve fırsat eşitliği"ni gerçekleştirme si gerekir."³⁰

II. SOSYAL RİSK İLKESİNİN ÖZELLİKLERİ

İdarenin sorumluluğunun genişlemesine yol açan sosyal risk ilkesi, diğer sorumluluk hallerinden farklı olarak bir takım özelliklere sahiptir³¹.

A. Zararla İdare Arasında Nedensellik Bağının Bulunmaması

İdarenin, Anayasa'nın 125. maddesine göre eylem ve işlemlerinden sorumlu tutulabilmesi için zararlar idarenin eylem ve işlemi arasında nedensellik bağının

²⁶ AKYILMAZ-SEZGİNER, s. 74; GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 540; GÜNDAY, s. 332; ÖZGÜLDÜR, s. 92.

²⁷ AZRAK, Toplumsal Muhatara, s. 137; EROĞLU, s. 504.

²⁸ KANETİ, s. 148.

²⁹ AZRAK, Toplumsal Muhatara, s. 141; DURAN, s. 18.

³⁰ AZRAK, Toplumsal Muhatara, s. 141.

³¹ AZRAK, Toplumsal Muhatara, s. 137.

bulunması gerekir. Bu durum, sorumluluğu düzenleyen tek hüküm olan Anayasa'nın 125. maddesinde de "idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zarar" olarak belirtilmiştir.

Sosyal risk ilkesini diğer kusursuz sorumluluk hallerinden ayıran da, zararlar idarenin eylemi arasında nedensellik bağının bulunmamasıdır. Danıştay, sosyal risk ilkesine göre tazminata hükmederken zararlar idarî faaliyet arasında nedensellik bağının olup olmadığına bakmamaktadır³².

Bu özelliğiyle sosyal risk ilkesine dayanan sorumluluk hali, özel hukuktaki kusursuz sorumluluk anlayışını andırmaktadır. Çünkü özel hukukta kusursuz sorumluluk, üçüncü kişinin eyleminden dolayı sorumluluğu ifade eder. Sosyal risk ilkesinde de idare kendi dışında gelişen bir vakianın yol açtığı zarardan sorumlu olmaktadır.

Sosyal risk sorumluluğunda zararı yaratan idarenin personelinin davranışı, idarenin tesislerindeki bir tehlike değil, idarenin dışında gelişen ya da idareye tamamen yabancı kişilerin idarece önlenemeyen veya önlenmesi daha büyük zararlara yol açacak olan eylemleridir. Bu yüzden idarî eylem ile zarar arasında nedensellik bağının bulunmadığı tek kusursuz sorumluluk, hatta tek sorumluluk halidir. Aslında bu durum kanımızca, idarenin sorumluluğu konusunda tek hüküm ve hukuki dayanak olan Anayasa'nın 125. maddesine de aykırı bulunmaktadır. Çünkü bu hükümde açıkça idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararlardan sorumlu olduğundan söz edilmektedir. Sosyal riski, başkalarının eylemlerinden doğan zararlardan dolayı idarenin kusursuz sorumluluğu olarak tanımlayan anlayış burada yetersiz ve dayanaksız kalmaktadır. Çünkü, "zarara neden olan eylem eğer idarenin eylemi ya da işlemi değilse, neden idare sorumlu?" sorusu sorulabilecektir. Bu sebeple idarenin sosyal riskten doğan sorumluluğunun hizmet kusuruna dayandırılması kanımızca daha uygun olacaktır. İdare, önlemesi gereken sosyal kargaşayı önlemeyerek hizmeti kusurlu işlemiştir. Sosyal riskten doğan sorumluluk da, kusura dayandırıldığı zaman idarenin eylemi olarak nitelendirilebilecek -zararlar idarenin eylemi arasında nedensellik bağı bulunabilecek- ve dayanağını Anayasa'nın 125. maddesinde bulabilecektir.

³² ÇELİKKOL, s. 20; EROĞLU, s. 504; ESİN, Danıştay'da Açılacak, s. 155; GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 541; KAYIŞOĞLU, s. 181; ONAR, s. 1744; ÖZGÜLDÜR, s. 90.

B. İdare Tarafından Önlenemeyen ya da Önlenmesi Daha Büyük Zararlara Yol Açacak Tehlike

Sosyal risk ilkesinde sorumluluğu doğuran, idareye yabancı kişilerin ya da grupların, idarece önlenemeyen ya da önlenmesi daha büyük zararlar yaratacak olan eylemleridir³³.

Üçüncü kişilerin eylemlerinden doğan “zararın idarece önlenememesi”, bir dereceye kadar anlaşılabilir bir durumdur. İdarenin eylemden haberi olmayabilir. İdarenin personeli ve ekipmanı yeterli olmayabilir. Kısaca, bu eylemin ortaya çıkmasına idare engel olamayabilir. Ancak, “zararın idarece önlenmesinin daha büyük zararlara yol açması” kavramının neyi ifade ettiği, kolayca anlaşılammaktadır. İdarenin, üçüncü kişilerin zararlı eylemlerini önlemesi, nasıl daha büyük bir zarara yol açabilir? Bunu, Birinci Dünya Savaşı’ndan doğan zararların idarece karşılanmasına ilişkin yasa tasarısını tartışan 1914-1919 dönemi Fransız Parlamentosu’nda ileri sürülen bir fikirle açıklamak yerinde olacaktır: “Savaştan zarara uğrayanların bu zararlarını önlemek için, Fransa düşmanlarına teslim olabilirdi; fakat bunu, her şeyin üstünde tuttuğu ulusal bağımsızlığı korumak için yapmamıştır.”³⁴

C. Birarada Yaşamın Kaçınılmaz Sonucu Olması

Yukarıda da belirtildiği gibi, insanların devlet örgütlenmesi altında yaşama- larından itibaren birtakım siyasî mücadeleler başlamıştır. Bu mücadeleler kimi zaman bir kitle hareketi kimi zaman da saldırı olarak tezahür etmiştir. Bu kitle hareketleri, savaş, saldırı ve kargaşadan doğan zararlar, mücadeleyle hiç ilgisi olmayan sivil halktan kişileri de etkilemiştir. Zararın ortaya çıkmasında hiçbir kusuru olmayan kişiler, içinde yaşadıkları toplumun bulunduğu kargaşadan zarar görmektedirler. Zararı doğuran etken, kimi zaman vatandaşlık bağı ile bağlı oldukları devletin politikası, kimi zaman aynı devletin vatandaşı bir başka kişinin ya da grubun siyasî fikirleri, kimi zaman ise bir başka devletin ya da örgütün politikasıdır. Bunların tümü, insanların devlet ya da kabile olarak birlikte yaşama- larıyla ortaya çıkmış olgulardır ve neredeyse hepsinin siyasî nitelik taşıdığı göze çarpmaktadır³⁵.

Sosyal risk, insanların birlikte yaşamasından doğan bir risktir. Birarada ya- şamanın kaçınılmaz sonucu olarak ortaya çıkan sosyal risk ilkesi de, kişilerin hiçbir şekilde dahil olmadıkları mücadeleler ve hesaplaşmalardan gördükleri

³³ AZRAK, Toplumsal Muhatara, s. 138; ÇELİKKOL, s. 21; ÖZGÜLDÜR, s. 90.

³⁴ WALINE, *Droit Administratif*, 8 éd., Paris, 1959, s. 733, AZRAK, Toplumsal Muhatara, s. 138’den naklen.

³⁵ AZRAK, Toplumsal Muhatara, s. 136; ÇELİKKOL, s. 21; DURAN, s. 46.

zararları gidermek amacıyla, sosyal devlet anlayışının ortaya koyduğu bir idarî sorumluluk halidir³⁶.

D. Kamusal Sigortaya Dönüşme İhtimali

Sosyal risk ilkesinin, zararlar idarî eylem arasında nedensellik bağı aranmayan tek kusursuz sorumluluk hali olduğunu belirtmiştik. Zararla idarî eylem arasında nedensellik bağının aranmaması, sosyal risk ilkesine göre idarenin sorumluluğunu, bu kapsama girecek olaylar bakımından sınırsızlığa varacak şekilde genişletebilir. Bu haliyle sosyal risk ilkesi, toplumdaki tüm zararların idarece karşılanması gibi tehlikeli bir sonuca varabilme riskini taşır. Toplumdaki tüm zararların bu şekilde sosyalizasyonu hak ve adalete uygun düşmez. Bu nedenle sosyal risk ilkesinin uygulanabilmesi için, zarara neden olan olayı önlemek idarenin öncelikli görevlerinden olmasına rağmen önleyememiş veya daha büyük zararları neden olmamak için önlememiş olması şartının aranması gerekir³⁷.

Bununla ilgili olarak, toplumsal olaylardan doğan zararların tazmininde Danıştay'ın kusursuz sorumluluk ilkesine göre idarenin tazminat borcunu ağırlaştırmaktan çekinmesi halinde, hiç değilse, kusur karinesinin benimsenmesinin gerektiği ileri sürülmüştür³⁸.

Kanımızca da, yargı yerlerinin, toplumsal olaylardan doğan zararların tazmininde kusur karinesini benimsemeleri, sosyal risk ilkesinin kamusal sigortaya dönüşme riskini biraz olsun azaltacaktır.

III. SOSYAL RİSK İLKESİNİN UYGULAMA ALANI

Ülkemizde sosyal risk ilkesinin hangi olaylarda uygulanacağına dair genel bir düzenleme bulunmamaktadır. 6-7 Eylül 1955 tarihinde İstanbul ve İzmir'de meydana gelen toplumsal olaylarda zarara uğrayan kişilerin zararlarının tazminine ilişkin 28.2.1956 tarih ve 6684 sayılı kanun ile, bundan tam 37 yıl sonra çıkarılan, Şırnak ve Çukurca'da terörist eylemler sonucu meydana gelen zararların idarece tazminine ilişkin 28.8.1992 tarih ve 3838 sayılı kanun dışında bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, sosyal riskin belirlenmesi gibi uygulama alanında da yargı içtihatları çok önemli rol oynamaktadır³⁹.

³⁶ AZRAK, Toplumsal Muhatara, s. 136-137; KANETİ, s. 150.

³⁷ AZRAK, Toplumsal Muhatara, s. 138; ÇELİKKOL, s. 21; ÖZGÜLDÜR, s. 90.

³⁸ DURAN, s. 43.

³⁹ ARMAĞAN Tuncay, *İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları*, Ankara 1997, s. 165; AZRAK, Toplumsal Muhatara, s. 143; ÇELİKKOL, s. 22; ÖZGÜLDÜR, s. 92.

Sosyal risk ilkesinin uygulama alanı konusunda doktrin ve yargı kararları arasında bir birlik bulunmamaktadır⁴⁰. Sosyal riskin uygulandığı en belirgin olaylar şunlardır:

A. Terör Eylemleri

Sosyal risk ilkesinin en çok uygulandığı alan, idarenin terör eylemlerinden doğan sorumluluğudur. Ülkemizde sosyal risk ilkesinin yoğun bir şekilde uygulanması, terör olaylarının artmasıyla başlamıştır. Kamu düzenini bozmaya ve hatta anayasal düzeni yıkmaya yönelik terör olayları sırasında zarar görenlerin bu zararlarının da idarece tazmin edilmesini sağlamak amacıyla sosyal risk ilkesi uygulanmaktadır⁴¹.

Bir Danıştay kararında belirtildiği gibi, terörist eylemlerden zarar görenler bu eylemlere katılmış olmalarından değil, toplumun içinde bulunduğu kargaşadan zarar görmektedirler. Bu zararların özel ve olağandışı nitelikleri dikkate alınarak, nedensellik bağı aranmaksızın terörist olayları önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemeyen idarece giderilmesi gerekir. Sosyal riskten doğan bu zararların idarece karşılanarak topluma pay edilmesi hakkaniyet ve sosyal devlet ilkesine de uygun olacaktır⁴².

Doktrinde yapılan kusur tartışması, terör eylemlerinden doğan sorumluluk da daha da belirgin olarak ortaya çıkmaktadır. Devlet kusursuz kişilerin zarar gördüğü terörist eylemleri önlemek ve terörsüz bir toplum düzeni sağlamakla yükümlüdür. Vatandaşlarının can ve mal güvenliğini sağlamak devletin en ilkel görevlerinden birisidir. İdare, bu görevini yerine getirmemekle hizmeti kusurlu işletmiştir⁴³. Kanımca da idare, terör olaylarından doğan zararların tazmininde hizmet kusuruna göre sorumlu tutulmalıdır.

40 ÖZGÜLDÜR, s. 91.

41 GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, s. 300; GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, s. 308; GÖZÜBÜYÜK A. Şeref-DİNÇER Güven, *İdari Yargılama Usulü*, Ankara 2001, s. 197; GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 540; GÖZLER, s. 627; GÜNDAY, s. 332. Terörizm hakkında daha geniş bilgi için bkz. YAYLA Atilla, "Terörizm: Kavramsal Bir Çerçeve", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. XLV, Ocak-Aralık 1990, No: 1-4, s. 335-385.

42 D10D (Danıştay 10. Dairesi), E. (Esas Numarası) 92/3372, K. (Karar Numarası) 93/3777, KT. (Karar Tarihi) 13.10.1993, DD (Danıştay Dergisi) 199, S. 89, s. 581-582; GÖZLER, s. 627. Aynı yönde bkz. D10D, E. 96/9012, K. 97/6164, KT. 25.12.1997, DD 1998, Yıl: 28, S. 96, s. 616-619; D10D, E. 95/566, K. 95/5746, KT. 16.11.1995, DD 1996, Yıl: 26, S. 91, s. 1134-1137; D10D, E. 95/1102, K. 96/5774, KT. 4.10.1996, DD 1997, Yıl: 27, S. 93, s. 530-532.

43 GÜNDAY, s. 333.

Her ne kadar idare kişilerin güvenliğini sağlayamamakla hizmet kusuru işlemişse de, terör olaylarından doğan tazminat davalarında, kişilerin zararlarının daha çabuk ödenmesi açısından kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulaması daha yaygındır. Çünkü hizmet kusuru gereğince idare sorumlu tutulacak olursa bu kusuru ispat sorunu ortaya çıkacaktır. Oysa kusursuz sorumluluk ilkeleri uyarınca idare sorumlu tutulursa zarar gören açısından kusuru ispat söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla uğradığı zararı daha kolay ve çabuk bir şekilde tazmin edilebilecektir. Bu açıdan terör olaylarından dolayı idareyi, kusursuz sorumluluk ilkeleri gereğince sorumlu tutmak kişilerin yararına olmaktadır. Bu durum, idare hukukunun kişileri devlet karşısında koruma amacına da uygun düşmektedir.

Terör eylemlerinden doğan zararların idarece tazmini konusunda kusura mı yoksa kusursuz sorumluluğa mı dayanılacağı konusunda Danıştay kararlarında bir birlik yoktur. Danıştay, sosyal risk olarak adlandırılabilir olaylardan doğan zararların tazminine hükmederken, bazı kararlarında hizmet kusuruna, bazı kararlarında ise kusursuz sorumluluğa dayanmıştır⁴⁴. Eski tarihli olan bazı kararlarında ise nedensellik bağının bulunmaması nedeniyle idarenin sorumlu olmadığına karar vermiştir⁴⁵.

Danıştay, teröristlerce ev ve ahırları yakılan, hayvanları telef edilen kişinin zararlarının, idareye yüklenebilecek hizmet kusuru bulunmasa bile sosyal risk ilkesi gereği idarece tazmin edilmesine hükmetmiştir⁴⁶. Benzer bir olayda, terör örgütlerinin açık hedefi haline gelenler hakkında gerekli koruma önlemlerinin devlet tarafından alınmasının 3713 sayılı Yasa'nın 20. maddesiyle hüküm altına alındığını ve terör örgütlerinin açık hedefi haline geldiği bilinen gazetece yazar ... hakkında gerekli koruma tedbirlerinin alınmamasının hizmet kusuru teşkil edeceğini belirterek idareyi hizmet kusurundan sorumlu tutmuştur⁴⁷.

Terör olaylarından doğan zararlarda Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, hizmet kusurunun bulunmadığını belirterek idareyi kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince sorumlu tutmaktadır. Askerî Yüksek İdare Mahkemesi'nin, bilhassa son yıllarda verdiği kararlarında "sosyal risk" kavramını –özellikle- kullanmadı-

⁴⁴ ARMAĞAN, s. 166.

⁴⁵ DDUH (Dava Daireleri Umumî Heyeti), E. 48/8, K. 48/107, KT. 9.11.1948, DKD (Danıştay Kararlar Dergisi), S. 42, s. 47.

⁴⁶ D10D, E. 95/2388, K. 96/5893, KT. 22.14.1994, DD 1997, Yıl: 27, S. 93, s. 520-523. Aynı yönde bkz. D10D, E. 96/10146, K. 98/2344, KT. 28.5.1998, DD 1999, Yıl: 29, S. 98, s. 572-575; D10D, E. 92/3372, K. 93/3777, KT. 13.10.1993, DD 1995, Yıl: 25, S. 89, s. 581-583.

⁴⁷ D10D, E. 96/10292, K. 98/1190, KT. 18.3.1998, DD 1999, Yıl: 29, S. 97, s. 678-685. Aynı yönde bkz. D10D, E. 90/1683, K. 92/1311, KT. 8.4.1992, DD 1993, Yıl: 23, S. 86, s. 576-579.

ğı dikkati çekmektedir⁴⁸. Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, buna ilişkin birçok kararında, idarenin terör hareketlerine karşı giriştiği faaliyetler sırasında, kamu hizmeti ifa ederken idare ajanının zarara uğraması ile hizmet arasında nedensellik bağı bulunduğunu belirtmiştir⁴⁹. Yüksek mahkeme, çoğu zaman kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesini kullanmıştır⁵⁰.

- 48 AYİM2D (Askerî Yüksek İdare Mahkemesi 2. Dairesi), E. 99/374, K. 2000/770, KT. 29.11.2000, AYİMD (Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi), S. 15, s. 979-984. Aynı yönde bkz. AYİM2D, E. 97/677, K. 98/463, KT. 10.6.1998, AYİMD, S. 13, s. 921-924; AYİM2D, E. 2000/634, K. 2000/603, KT. 11.10.2000, AYİMD, S. 15, s. 984-986; AYİM2D, E. 99/763, K. 2000/102, KT. 23.2.2000, AYİMD, S. 15, s. 994-997; AYİM2D, E. 96/35, K. 96/642, KT. 10.7.1996, AYİMD, S. 11, s. 942-946; AYİM2D, E. 98/72, K. 98/647, KT. 4.11.1998, AYİMD, S. 13, s. 897-900; AYİM2D, E. 98/4, K. 98/664, KT. 14.10.1998, AYİMD, S. 13, s. 862-866; AYİM2D, E. 94/1449, K. 96/441, KT. 22.5.1996, AYİMD, S. 11, s. 897-900; AYİM2D, E. 95/976, K. 2000/123, KT. 1.3.2000, AYİMD, S. 15, s. 908-911; AYİM2D, E. 99/558, K. 2000/808, KT. 7.12.2000, AYİMD, S. 15, s. 855-858; AYİM2D, E. 2000/95, K. 2000/157, KT. 22.3.2000, AYİMD, S. 15, s. 877-880; AYİM2D, E. 96/204, K. 96/862, KT. 30.10.1996, AYİMD, S. 11, s. 873-878; AYİM2D, E. 96/13, K. 96/467, KT. 29.5.1996, AYİMD, S. 11, s. 870-872; AYİM2D, E. 96/200, K. 96/1022, KT. 4.12.1996, AYİMD, S. 12, s. 1039-1042; AYİM2D, E. 2000/52, K. 2001/360, KT. 21.3.2001, AYİMD, S. 15, s. 656-659; AYİM2D, E. 2000/498, K. 2001/511, KT. 13.6.2001, AYİMD, S. 15, s. 659-664; AYİM2D, E. 98/368, K. 99/123, KT. 24.2.1999, AYİMD, S. 14, s. 934-937; AYİM2D, E. 98/853, K. 99/200, KT. 24.3.1999, AYİMD, S. 14, s. 937-938; AYİM2D, E. 98/734, K. 99/142, KT. 3.3.1999, AYİMD, S. 14, s. 939-941; AYİM2D, E. 2000/52, K. 2001/360, KT. 21.3.2001, AYİMD, S. 16, s. 656-659; AYİM2D, E. 2000/498, K. 2001/511, KT. 13.6.2001, AYİMD, S. 16, s. 659-664; AYİM2D, E. 95/965, K. 96/563, KT. 20.6.1996, AYİMD, S. 11, s. 933-935.
- 49 Zararla hizmet arasında nedensellik bağının bulunması nedeniyle, kararlarında “sosyal risk” kavramını kullanmadığını düşünüyoruz.
- 50 AYİM2D, E. 95/248, K. 96/27, KT. 17.1.1996, AYİMD, S. 11, s. 923-928; AYİM2D, E. 97/395, K. 98/512, KT. 17.6.1998, AYİMD, S. 13, s. 917-921; AYİM2D, E. 2000/585, K. 2000/673, KT. 18.10.2000, AYİMD, S. 15, s. 976-978; AYİM2D, E. 96/554, K. 97/303, KT. 9.4.1997, AYİMD, S. 13, s. 904-909; AYİM2D, E. 98/541, K. 98/203, KT. 18.2.1998, AYİMD, S. 13, s. 910-914; AYİM2D, E. 98/393, K. 99/150, KT. 10.2.1999, AYİMD, S. 14, s. 947-950; AYİM2D, E. 95/78, K. 96/1059, KT. 13.11.1996, AYİMD, S. 12, s. 947-950; AYİM2D, E. 97/233, K. 97/1032, KT. 10.12.1997, AYİMD, S. 12, s. 1036-1039; AYİM2D, E. 95/385, K. 97/189, KT. 26.2.1997, AYİMD, S. 12, s. 1042-1044; AYİM2D, E. 200/259, K. 2001/389, KT. 2.5.2001, AYİMD, S. 15, s. 652-656; AYİM2D, E. 2001/45, K. 2001/568, KT. 22.6.2001, AYİMD, S. 15, s. 664-666; AYİM2D, E. 97/255, K. 98/364, KT. 6.5.1998, AYİMD, S. 13, s. 832-836; AYİM2D, E. 98/796, K. 99/288, KT. 14.4.1999, AYİMD, S. 14, s. 932-934; AYİM2D, E. 2000/259, K. 2001/389, KT. 2.5.2001, AYİMD, S. 16, s. 652-656; AYİM2D, E. 2001/45, K. 2001/568, KT. 22.6.2001, AYİMD, S. 16, s. 664-666; AYİM2D, E. 98/553, K. 2000/319, KT. 26.4.2000, AYİMD, S. 15, s. 844-847; AYİM2D, E. 94/1324, K. 96/635, AYİMD,

Terör eylemleri sonucu kişilere verilen zararların, ister terör örgütünden, ister teröristlerle güvenlik güçlerinin çatışmasından, isterse güvenlik güçlerinin eylemlerinden kaynaklanmış olsun, açılan tazminat davalarında idarî yargının etkili bir iç hukuk yolu olarak görünmesine karşın, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, hiçbir iç hukuk yoluna gidilmeden kendisine yapılan başvurular hakkında, iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulunu aramadan, “kabul edilebilirlik” kararı vermesi ise doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir⁵¹.

B. Savaş

Sosyal risk ilkesinin uygulama alanına giren olaylardan biri de savaştır. Savaştan doğan zararların idarece tazmini düşüncesi, Fransa’da sosyal risk ilkesinin doğmasına sebep olmuştur. Fransa ve Almanya’da çıkarılan kanunlarla savaş, ayaklanma ve kargaşa olaylarının sosyal risk çerçevesinde değerlendirilerek bunlardan doğan zararların idarece tazmin edilmesi kabul edilmiştir⁵². Bu uygulamadan esinlenen Onar, sosyal risk ilkesinin isyan ve savaş zararlarının tazmininde kullanıldığını ileri sürmüştür⁵³.

C. Münferit Olaylar

Doktrinde sosyal riskin yalnız toplumsal olaylarda değil münferit olaylarda da uygulanabileceği ileri sürülmüştür. Buna göre sosyal risk ilkesi, mesleki riskten doğan zararlarda da uygulanmalıdır⁵⁴. Buna karşılık mesleki riskin sosyal risk içerisinde düşünülmesinin, sosyal riskin ilkesinin uygulama alanının fazlaca genişletmek olacağı, yine mesleki riskle sosyal riskin dayandığı temelin de farklı olduğu ileri sürülmüştür⁵⁵.

Ayrıca sosyal riskin mesleki risk dışında faili bilinmeyen münferit nitelikteki anarşik eylemler ve siyasal saldırılar sonucu doğan zararlara da uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür⁵⁶.

S. 11, s. 929-932; AYİM2D, E. 95/85, K. 96/599, KT. 12.6.1996, AYİMD, S. 11, s. 935-938.

51 GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 542.

52 AZRAK, *Toplumsal Muhatara*, s. 142-143; ÇELİKKOL, s. 21; ONAR, s. 1744-1745.

53 ONAR, s. 1745.

54 ESİN Yüksel, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, Tartışmalar, Ankara 12-13 Mayıs 1979, İstanbul 1980, s. 249-250.

55 AZRAK Ali Ülkü, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, Tartışmalar, Ankara 12-13 Mayıs 1979, İstanbul 1980, s. 265-268.

56 ÖZGÜLDÜR, s. 95-96.

İdarî yargı yerleri ise sosyal risk ilkesini bazen mesleki risk, bazen de münferit sayılabilecek anarşik olaylarda uygulamışlardır.

Danıştay toplumsal olay niteliği taşımayan bireysel şiddet eylemlerinden doğan zararların tazmininde, idarenin bu eylemleri önceden bilmesi ve önlem alması beklenemeyeceğinden hizmet kusuruna değil, sosyal risk ilkesine dayanmıştır⁵⁷. Yüksek mahkeme, münferit olay sayılabilecek, kaçakçılık sırasında⁵⁸ veya belirli bir kişiye yönelik siyasî saldırılardan doğan zararların tazmininde sosyal risk ilkesini kullanmıştır⁵⁹. Bunun gibi, toprak uyuşmazlığı yüzünden iki köy arasında çıkan çarpışma sırasında vurularak ölen görevli jandarma onbaşısının yakınlarına idarece tazminat ödenmesi, haydutlar tarafından vurularak şehit edilen jandarma erinin ana ve babasına idarece tazminat ödenmesi, bir kolluk olayı sırasında, olaya katılanlar tarafından tahrip edilen özel otomobilin sahibine uğradığı zarar karşılığında tazminat ödenmesi hallerinde de sosyal risk ilkesi uygulanmıştır⁶⁰.

Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ise, kimi yazarlarca sosyal risk içinde değerlendirilen mesleki riskten doğan asker kişilerin uğradıkları zararların kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince idarece giderilmesine hükmetmektedir⁶¹.

D. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri

Fransa'da, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde doğan zararlardan idarenin sorumlu olduğuna ilişkin kanunlar bulunmaktadır. Fransız Danıştay'ı da, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinden doğan zararların sosyal risk ilkesi gereği idarece karşılanması gerektiğini kabul etmektedir⁶².

IV. SOSYAL RİSK İLKESİNDE KUSUR TARTIŞMALARI

Sosyal risk ilkesi, doktrinde genellikle kusur tartışmalarıyla gündeme gelmiştir. Bu konuda birbirinden çok farklı fikirler ileri sürülmüştür.

⁵⁷ Bu durum, Danıştay'ın özellikle son dönemdeki kararlarında göze çarpmaktadır. Daha önceki kararlarında Danıştay nedensellik bağının ve başkaca bir tazmin sebebinin bulunmaması sebebiyle tazminat istemlerini reddetmekteydi. ÇELİKKOL, s. 23-24; ÖZGÜLDÜR, s. 92-93.

⁵⁸ D12D, K. 71/1259, KT. 17.5.1971 (KAYIŞOĞLU, s. 181'den naklen).

⁵⁹ D10D, E. 96/10292, K. 98/1190, KT. 18.3.1998, DD 1999, Yıl: 29, S. 97, s. 678-685.

⁶⁰ ESİN, Danıştay'da Açılacak, s. 156-163.

⁶¹ Bu konuda AYİM (Askerî Yüksek İdare Mahkemesi) kararları için bkz. (48), (50) no'lu dipnotlar.

⁶² GÖZLER, s. 626.

Sosyal risk ilkesi, kimlerine göre bir kusursuz sorumluluk halidir. Kimlerine göre bir hizmet kusuru halidir. Kimlerine göre bu konuda kusur tartışılmamalıdır. Kimlerine göre ise sosyal riskten dolayı idarenin sorumluluğuna gidilmemelidir.

A. Sosyal Risk İlkesi Bir Kusursuz Sorumluluk Halidir Görüşü

Doktrinde ciddi bir çoğunluk tarafından savunulan fikre göre sosyal risk ilkesi bir kusursuz sorumluluk halidir.

Bu fikri savunanlara göre sosyal risk ilkesinden dolayı idarenin sorumluluğu söz konusu olduğu zaman idare, kendisine tamamen yabancı kişilerin verdikleri zararlardan sorumludur. Zarara neden olan olay, idarenin tamamen dışında gerçekleştiği için, idare kusursuzdur. Bütün toplum bu zarara uğrama tehlikesiyle karşı karşıya olduğu halde, belli bazı kişiler bu zarara uğramıştır. Sosyal riskin kusursuz sorumluluk hali olmasının nedeni, toplumun bir üyesi olan bireye zarar veren olayın niteliğidir. Bu zararlar toplumsal dayanışmayı etkilediği için idarece karşılanarak, bir anlamda zarar topluma pay edilir⁶³.

İdarenin bu zararları ödemesi için zararın, idarece önlenmesi gerektiği halde önlenemeyen veya önlenmesi daha büyük zararlara yol açan bir zarar olması gerekir. Bu tür olaylarda idareye yapılan tek suçlama da, idarenin bunları önlememesidir. Bunlar basit bir zabıta olayı olarak görülmez⁶⁴.

Kanımızca, sosyal risk ilkesine göre idarenin sorumluluğu, bir kusursuz sorumluluk hali değildir. Çünkü, “idarece önlenmesi gerektiği halde önlenemeyen zararlar” ifadesi, hizmet kusurunu apaçık ortaya koymaktadır.

B. Sosyal Risk İlkesi Bir Hizmet Kusuru Halidir Görüşü

Doktrinde savunulan bir başka fikir ise, sosyal risk ilkesinin uygulandığı hallerin bir kusursuz sorumluluk hali değil, hizmet kusuru hali olduğudur.

Bu fikri savunanlara göre sosyal risk ilkesinin uygulanacağı bir olayda idare, bir başkasının eyleminden değil, bizzat kendi eyleminden sorumludur. Buna göre idarenin en başta gelen ödevlerinden birisi, kişilerin can ve mal güvenliğini sağlamaktır. İdare, kişilerin can ve mal güvenliğine yönelik tehditlere ve saldırılara engel olamıyorsa ya da olmuyorsa, bundan hizmet kusuru ilkesi gereğince

⁶³ AKYILMAZ-SEZGİNER, s. 74; AZRAK, Toplumsal Muhatara, s. 141; ÇELİKKOL, s. 23-24; DURAN, s. 46; ESİN, Danıştay’da Açılacak, s. 155; GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, s. 300; GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, s. 308; GÖZÜBÜYÜK-DİNÇER, s. 197; GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 540-541; ONAR, s. 1744-1745.

⁶⁴ GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, s. 300; GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, s. 308; GÖZÜBÜYÜK-DİNÇER, s. 197; GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 541.

sorumlu olmalıdır. İdarenin bu saldırılara engel olmaması, hizmetin kötü işleme- si veya hiç işlememesi şeklinde tezahür eden hizmet kusuru halidir⁶⁵.

Yargısal içtihatlarda uygulandığı haliyle sosyal risk ilkesi idarenin bu olaylar karşısındaki aczine dayandırılmakta ve bu saldırıları önleyemediği halde idareyi hizmet kusurundan soyutlamayı ve aklamayı amaçlamaktadır⁶⁶.

Kanımızca da sosyal risk ilkesinin uygulandığı haller birer hizmet kusuru ha- li teşkil etmektedir. Devletin en ilkel görevlerinden biri, vatandaşlarının can ve mal güvenliğini sağlamaktır. Sosyal sözleşme teorisine göre de, hukuk devletin- de bireyler ve devlet, birbirlerine karşı birtakım yükümlülükler üstlenmişlerdir. Devlet, bir hukuk düzeni kurarak, bireylerin kendilerini savunmak için güç kul- lanmalarına engel oluyorsa, o gücü, bireyler adına doğru yerde ve doğru zaman- da, gerektiği gibi kullanmak ve bireylerin can ve mal güvenliğini sağlamak zo- rundadır. Bu güvenliği sağlayamıyorsa, hizmeti kusurlu işletmiştir.

Bunun dışında idarenin sorumluluğu, Anayasa'nın 125. maddesine göre yal- nız kendi eylem ve işlemleriyle sınırlıdır. Sosyal risk ilkesine göre idareyi ku- sursuz sorumlu olarak kabul eden anlayış burada tıkanmaktadır. Çünkü idareyi kusursuz sorumlu sayan anlayışa göre, zararı doğuran eylem idarenin eylemi değildir. Bu anlayışa göre idare sorumlu tutulduğunda, bu sorumluluk hukuki dayanaktan da yoksun kalacaktır. Çünkü, idarî sorumluluk konusunda tek hü- küm olan Anayasa'nın 125. maddesine dayanılmayacaktır.

Bütün bunlara rağmen sosyal risk ilkesinin uygulandığı hallerde, kusursuz sorumluluk anlayışını kabul etmenin pratikte yararı vardır. Şöyle ki; bu eylem- lerden dolayı idare hizmet kusuruna göre sorumlu tutulacak olursa, bu kusurun davacı tarafından ispatı gerekecektir. Kusursuz sorumlu tutulduğunda böyle bir ispat külfeti söz konusu olmayacaktır⁶⁷.

C. Sosyal Risk İlkesinde Kusur Tartışılmamalıdır Görüşü

Bu görüşü savunanlara göre sosyal risk sorumluluğu doğuran olaylarda ida- renin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığını araştırmak, haksız ve adaletsiz sonuçlara götüren, gerçekçilikten uzak bir yaklaşımdır. Bunun gibi aksi ispatla- nabilen bir kusur karinesine başvurmak da, bu gibi eylemlerden en ufak bir ku- suru olmaksızın zarar gören kişilerin hakça bir tatmine kavuşturulması bakımın- dan yetersiz olacaktır⁶⁸.

⁶⁵ GÜNDAY, s. 332-333.

⁶⁶ GÜNDAY, s. 333.

⁶⁷ ÇELİKKOL, s. 15; DURAN, s. 46.

⁶⁸ ARMAĞAN, s. 167; AZRAK, Toplumsal Muhatara, s. 145; ÖZGÜLDÜR, s. 96.

D. Sosyal Risk İlkesinden Doğan Zararlar İdarenin Sorumluluğunda Değildir Görüşü

Sosyal risk ilkesinde ileri sürülen görüşlerden biri de zarara sebep olan bu olaylardan idarenin sorumlu olmadığı görüşüdür. Sosyal risk sayılan hallerden dolayı idarenin kusursuz sorumluluk esasına göre sorumlu tutulması, olayda hiçbir kusuru bulunmasa bile tazminat ödemeye mahkum edilmesi, ne idare hukuku ne de özel hukuk ilkelerine göre mümkün değildir. Çünkü zarar ile idarî faaliyet arasında nedensellik bağı yoktur. İdare ancak kendisine atfedilebilen bir kusur varsa sorumlu tutulabilir. Kusursuz sorumlulukta kusur aranmıyorsa da, nedensellik bağı aranmalıdır. Bu zararlardan dolayı idare sorumlu tutulmak isteniyorsa bu, Danıştay içtihadıyla değil, yasama organınca çıkarılacak bir yasayla düzenlenmelidir⁶⁹.

Danıştay da eski tarihli bir kararında, üçüncü kişi durumunda olmayıp, topluluğun hedefini oluşturan gazetenin halkı tahrik ederek heyecanı artırdığından, idarenin galeyana gelen topluluğu kontrol altına alamamasında bir kusuru bulunmadığı için idarenin sorumlu olmadığına karar vermiştir⁷⁰.

SONUÇ

Sosyal risk, insanların birlikte yaşamalarından doğan kaçınılmaz bir tehlike halidir. Bu tehlikenin zararlı sonuçlarının nedensellik bağı aranmadan idarece giderilmesini öngören ilkeye sosyal risk ilkesi denilmiştir.

Toplumun içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşulların ortaya çıkardığı kitle hareketleri ve bunlardan doğan saldırıların yol açtığı zararların, kusursuz olan kişiler üzerinde bırakılmasının hak ve adalete uygun olmayacağı düşüncesi sosyal risk ilkesini ortaya çıkarmıştır. Toplumun içinde bulunduğu kargaşadan, olağandışı bir biçimde belli bazı kişilerin uğradıkları zararların, toplumun siyasî bir örgütlenmesi olan devlet tarafından toplum adına ödenmesi gereği sosyal risk ilkesi çerçevesinde kabul edilmektedir.

Sosyal risk ilkesi, insanların birarada yaşamalarından doğmuştur. Sosyal risk ilkesi gereği idarece karşılanması gereken zararlar, idarenin bir eyleminden ya da işleminden değil, idareye tamamen yabancı kişilerin eylemlerinden kaynaklanmaktadır. Yani idarenin eylemiyle ortaya çıkan zarar arasında nedensellik bağı yoktur. Ancak nedensellik bağı olmasa da, bu zararlar toplumsal dayanışmayı etkilediği ve toplumdaki herkesin bu tehlikeyle karşı karşıya kalabileceği düşüncesiyle, idare tarafından ödenerek, bir nevi topluma pay edilir.

⁶⁹ GÖZLER, s. 627-628.

⁷⁰ DDUH, E. 48/8, K. 48/107, KT. 9.11.1948, DKD, S. 42, s. 47.

Sosyal risk ilkesi, savaş, isyan, ayaklanma, toplantı ve gösteri yürüyüşleri ve terör eylemleriyle toplumun tamamını tehdit etmeyen belli kişilere yönelmiş münferit anarşik olaylardan doğan zararların idarece tazmininde uygulanan bir ilkedir.

Sosyal risk ilkesiyle ilgili olarak doktrinde kusur tartışmaları yapılmaktadır. Çoğunluğun görüşüne göre sosyal risk ilkesi, bir kusursuz sorumluluk halidir. Bunun karşısında sosyal risk ilkesinin uygulandığı hallerde, aslında hizmet kusurunun bulunduğu savunulmaktadır. Farklı bir görüş olarak, sosyal risk ilkesinde kusurun tartışılmaması gerektiği görüşü savunulmaktadır. Son olarak da, sosyal risk ilkesinin uygulandığı hallerin idarenin sorumluluğunda olmadığını ileri sürenler vardır.

Kanımızca, sosyal risk ilkesinin uygulandığı hallerde idare, hizmet kusurundan sorumlu tutulmalıdır.

makaleler

ekonomi-maliye

DEMOKRASİNİN FİNANSMANI: SİYASİ PARTİLERİN GELİR KAYNAKLARI

M.Okan TAŞAR*

GİRİŞ

Günümüzün belki de en çok bilinen ancak tanımlanmasında en fazla zorluk çekilen kavramlardan birisi olan demokrasi, yine de insan aklının geliştirebildiği en iyi rejim olarak ifade edilmektedir. Dikkat edilirse bugün, demokrasinin varlığı değil ama nitelikleri tartışılmaktadır. Söz konusu tartışmalar hangi boyutlarda olursa olsun sonuç her zaman demokrasinin gerekliliği ve geliştirilmesi noktasında ortaya konmaktadır.

Çoğunlukla varlığı sorgulanmayan sadece amaçları, araçları ve de en önemlisi aktörleriyle ön plana çıkan demokrasi kavramı, toplumların, ekonomik, sosyal, toplumsal, gelişme sürecini belirlerken, kesintiye uğraması durumunda yozlaşma ya da yolsuzlukların kaynağını oluşturabilmektedir. Kısacası bir toplumu “vezir de eden rezil de eden“ demokrasinin kendisi olmasa da amaçları, araçları, aktörleri, özetle, uygulanması sürecidir.

Vazgeçilmez demokrasinin vazgeçilmez unsuru ise siyasi partilerdir. Demokrasinin en önemli aktörü durumunda olan siyasi partiler, sahip olacakları iktidar ve bu gücün kullanımıyla ülkelerin geleceğini şekillendirmektedirler. Bu güç, demokrasinin bütün yükünü siyasi partilerin tutum ve davranışlarına bağlamaktadır. Demokrasinin iyi veya kötü olması, siyasi partilerin iyi veya kötü yönetilmeleriyle açıklanabilir.

Bu noktada siyasi partilerin faaliyetlerini finanse ettikleri kaynaklar en az demokrasinin nitelikleri kadar önemli bir tartışma konusu kabul edilmelidir.

* Yrd. Doç. Dr. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ekonomi-Maliye Bölümü

A. SİYASİ PARTİLER VE FİNANSMAN

1. Siyasi Parti Kavramı

”Siyasi partiler, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır. Atatürk ilke ve inkılaplarına bağlı olarak çalışırlar” Siyasi Partiler Kanununun başlangıç hükümlerinden birisi olan 4. madde bile demokrasilerde siyasi partilerin hayati önemine yapılan bir vurgudan ibarettir. Aynı kanunun 3. maddesi ise ülkemizde siyasi parti kavramının açık bir tanımını bizlere sunmaktadır. ”Siyasi partiler, Anayasa ve kanunlara uygun olarak; milletvekili ve mahalli idareler seçimleri yoluyla, tüzük ve programlarında belirlenen görüşleri doğrultusunda çalışmaları ve açık propagandaları ile milli iradenin oluşmasını sağlayarak demokratik bir devlet ve toplum düzeni içinde ülkenin çağdaş medeniyet seviyesine ulaşması amacını güden ve ülke çapında faaliyet göstermek üzere teşkilatlanmış tüzel kişiliğe sahip kuruluşlardır“ Bu detaylı tanımlamanın bizim açımızdan önemli satır başlarından birisi, “ülke çapında teşkilatlanma“ konusudur zira bu teşkilatlanma bir maliyet unsuru olarak nitelendirilebilir.

Genel anlamda siyasi parti dört ölçütte tanımlanmaktadır¹.

Sürekli ve istikrarlı bir örgüt

İyice yerleşmiş ve kalıcı bir yerel örgütsel ağ

İktidarı etkileme ve ele geçirme amacı

Halk desteği edinme kaygısı

Gerek Kanun’da, gerekse genel tanımlama da en önemli unsurların başında; güçlü bir örgütsel yapı ve iktidar mücadelesinde etkin bir propaganda faaliyeti gelmektedir. Dikkat edilirse bu unsurların her ikisi de önemli bir mali yükü ve geniş kaynakların harcanmasını gerektirmektedir. Özellikle propaganda faaliyetlerinin teknolojinin geliştiği günümüzde çok yüksek harcamaları beraberinde getireceği ortadadır. Finansman kaynaklarının irdelenmesinden önce, bu maliyetlerin genel olarak tanımlanması, siyasi partilerin finansman gereklilikleri açısından önem taşımaktadır.

2. Siyasi Partilerin Harcamaları

Demokratik hayatın vazgeçilmez unsuru olan siyasi partilerin, hayati öneme sahip faaliyetlerinin de kuşkusuz bir maliyeti olacaktır. Başlangıçta unutulmaması gereken bu maliyetlerin aslında demokrasinin ve ülkenin geleceğine yapılan bir yatırım olduğudur.

¹ Mehmet FİDAN, Siyasette Güvenilirlik İmajı, S.Ü. İletişim Fak. Yayınları, No. 04, 2000, s. 24.

Siyasi parti faaliyetlerin yol açtığı maliyetleri daha somut bir şekilde ortaya koyabilmek için, bugünün iktidar partisi konumunda bulunması nedeniyle Adalet ve Kalkınma Partisi'nin içerisinde bulunduğumuz dönemde harcama kalemlerini bir tabloyla örneklendirmek yerinde ve yeterli olacaktır.

TABLO 1

ADALET VE KALKINMA PARTİSİ GENEL MERKEZİ

01.01.2003 VE 31.03.2003 DÖNEMİ GİDER CETVELİ TL.

GİDERLER		%
PERSONEL GİDERLERİ	227.083.198.514	3,6
KIRA GİDERLERİ	407.047.303.000	6,5
HABERLEŞME GİDERLERİ	84.856.441.411	1,4
KIRTASIYE GİDERLERİ	90.015.115.602	1,4
ISITMA- AYDINLATMA GİDERLERİ	122.145.277.000	2,0
TEMSİL VE AĞIRLAMA GİDERLERİ	17.520.563.500	0,3
TEŞKİLAT YARDIM	3.842.072.348.503	61,7
SEYAHAT GİDERLERİ	151.359.776.140	2,4
TAŞIMA GİDERLERİ	46.054.003.206	0,7
BASIN YAYIN GİDERLERİ	207.870.501.500	3,3
VERGİ-NOTER SIGORTA GİDERLERİ	178.410.572.396	2,9
MALZEME GİDERLERİ	189.406.195.500	3,0
SEÇİM GİDERLERİ	18.065.990.678	0,3
SAİR GİDERLER	645.530.917.487	10,4
TOPLAM GİDERLER	6.227.428.304.073	100

KAYNAK: WWW.AKPARTI.ORG.TR.03.09.2003

Tablonun en dikkat çekici oranı % 61.7'yle teşkilatlanma giderlerinin toplam giderler içerisindeki payıdır. Anayasa ve Siyasi Partiler Kanununda ön görülen "ülke çapında örgütlenme" gereği, siyasi partilerin yüksek miktarlarda harcama yapma zorunluluğu ile karşı karşıya bırakılmaktadır.

Tablo I'in diğer özelliği ise, her ne kadar düşük oranlarla tanımlansa da, harcama kalemlerinin çokluğu ve çeşitliliğidir. Sadece 3 aylık genel merkez verilerini içeren bu basit harcama tablosunda bile 20'ye yakın harcama kaleminin bulunuyor olması, finansman açısından bakıldığında sürekli ve düzenli kaynakları gerekli kılmaktadır.

3. Siyasi Partilerin Finansman Kaynakları

Demokrasıyla yönetilen bütün toplumların en temel politik yapı taşı olan siyasi partiler, finansman kaynakları açısından bakıldığında harcama kalemlerindeki çeşitlilikten fazlasıyla uzak kalmaktadır. Bu ifade rahatlıkla bir tabloyla doğrulanabilir. Yine, günümüzün iktidar partisi Adalet ve Kalkınma Partisinin bu kez gelir rakamları Tablo II'de ortaya konmaktadır.

TABLO II

ADALET VE KALKINMA PARTİSİ GENEL MERKEZİ

01.01.2003 VE 31.03.2003 DÖNEMİ GELİR CETVELİ

GELİRLER		%
Satış Gelirleri	101.819.763.000	0,4
Parti Mal Varlığı Gelirleri	1.569.515.404.538	6,5
Devlet Yardımı	22.539.820.400.000	93,0
Sair Gelirler	22.857.246.889	0,1
TOPLAM	24.234.012.814.427	100

Kaynak: www.akparti.org.tr.03.09.2003

Tablo II'de ifade edilen gelir kaynakları içerisinde henüz gerçekleşme rakamları olmadığı için; üye giriş aidatı, üye yıllık aidatı, milletvekili aidatları, aday adaylığı özel aidatları, faaliyet gelirleri, yayın gelirleri, bağış ve yardımlar yer almamaktadır. Ancak bu yapısıyla bile Tablo II bir siyasi partinin gelir kaynaklarını açıklama gücüne sahip olabilmektedir.

Her şeyden önce siyasi partilerin finansman kaynakları Tablo II'ye bakılarak rahatlıkla ikiye ayrıştırılabilir: Devlet yardımları ve diğerleri. Siyasi partilerin

finansman kaynakları içerisinde en yüksek pay örneğin; % 93 ile devlet yardımlarına aittir. Dolayısıyla diğer gelir kalemleri % 7'lik bir pay'la önemli olmaktan uzaktır. Türkiye'ye özgü bu durum diğer demokrasiler açısından farklı bir gelişim gösterebilmektedir.

Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı, UNDP 2002 Dünya İnsani Kalkınma Raporunda ilk kez oluşturulan Demokrasi ve Yönetim Endeksine göre² "yüksek düzeyde"³ tanımlanan ABD'de seçim başarısı elde etmenin en önemli unsuru olarak, toplanacak kampanya bağışları görülmektedir. 2002 yılında Cumhuriyetçi Parti ve Bush "en çok bağış toplayan aday" ünvanını yaklaşık 125 milyon \$ bağış rakamıyla elinde bulundurmaktadır³.

G.W. Bush'un kampanya organizasyonu içerisinde, 100 bin \$ bağış toplayan kişi "pioneer", bu rakamın üzerinde bağış toplayanlar ise "ranger" ünvanlarına sahip olmaktadır. Dolayısıyla hukuki normlar dikkate alındığında siyasi partilerin finansman kaynakları ülkelere göre farklılıklar gösterebilmektedir. Ancak bu farklılıklar gelir kaynaklarının çeşitliliklerinden değil sadece nisbi önemlerinden ortaya çıkmaktadır. Türkiye'de siyasi partilerin finansman kaynakları; bağış ve aidatlar ile devlet yardımlarından oluşmaktadır.

3.1 Aidat, Bağış ve Diğer Gelirler

Siyasi partilerin finansman kaynaklarına yönelik olarak 22 Nisan 1983 tarih ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nda (S.P.K.) farklı gelir kaynakları öngörülmüştür. (md. 61) Bunlar sırasıyla:

Giriş ve üyelik aidatı: Alt ve üst sınırları parti tüzüğünde gösterilmek üzere her üye aylık veya yıllık olarak aidat ödemeyi kabul etmek durumundadır. Açık olarak aidatlarla ilgili sınırlama parti tüzüklerine bırakılmıştır.

Milletvekili aidatı

Milletvekilliği aday adaylığı aidatı

Parti bayrağı, flaması, rozeti vb. rumuzların satışından sağlanacak gelirler

Parti yayınlarının satış gelirleri

Üye kimlik kartları vb karşılığında alınacak paralar

Parti tarafından düzenlenen balo, eğlence vb faaliyet gelirleri

² Milliyet Ekonomi, 25 Temmuz 2003.

* Aynı endekse göre Türkiye "orta düzeyde gelişmiş ülkeler" bölümünde ve 85. sırada yer almaktadır.

³ Sabah, Dış Haber, 15 Eylül 2003.

Parti malvarlığından elde edilen gelirler: Bu niteliğe sahip gelirler, diğer gelir kaynaklarından farklı olarak vergi, harç ve resim muafiyetine sahip değildir. Ayrıca amaç ve faaliyetleri için gerekli olanların dışında taşınmaz mal edinmeleri ve bunlar üzerinden gelir sağlamaları söz konusu olmamaktadır (md. 68). Diğer taraftan siyasi partiler ticari faaliyette bulunamayacakları gibi kredi veya borç almaları da mümkün değildir (md. 67). Bu noktada; aynı maddede, “ancak, ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla 66. maddenin 1 ve 3.üncü fıkralarında gösterilenler dışında kalan gerçek ve tüzel kişilerden kredili veya ipotek karşılığı mal satın alabilirler” hükmü ifade edilmektedir.

Bağışlar: SPK’nda 66. maddesinde sayılan kurum ve kuruluşların dışında kalan gerçek ve tüzel kişilerin her birinin bir siyasi partiye, aynı yıl içerisinde aynı veya nakdi olarak iki milyar TL. yardım yapabileceği açık ve kesin olarak hükme bağlanmaktadır⁴. Bu noktada ki önemli hukuki sınırlamalardan birisi ise; siyasi partilerin, yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan, Türk uyruğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden aynı veya nakdi yardım veya bağış alamamalarıdır (md. 66.).

Siyasi partilerin gelir kaynaklarına ilişkin hukuki düzenlemelere yönelik belirtilmesi gereken son nokta ise mali denetim açısından anlam taşımaktadır. SPK’nun 69. maddesi uyarınca söz konusu gelirlerin makbuz karşılığında sağlanabileceği ve gelir sağlanan kimsenin kimlik bilgilerinin makbuz koçanında belirtilmesi zorunluluğu getirilmektedir.

3.2 Devlet Yardımı

Siyasi partilerin finansman kaynakları arasında, oranı ülkeden ülkeye değişmekle birlikte, devlet yardımları önemli bir yere sahiptir. Seçim kampanyaları sırasında siyasi partilere sağlanan imkanlar ve yanı sıra, hazineden belli bir miktarda yapılan parasal yardımlar, siyasi partilerin, demokrasinin işleyişine yönelik katkılarını ortaya çıkarma amacını taşımaktadır. Ancak bu amacın siyasi partileri, devletin bir kurumu haline dönüştürme noktasında incelenmesi gereklidir.

Siyasi partilere devlet yardımı, ülkemizde, üzerinde en sık yasal düzenleme ve değişikliklerin yapıldığı alanlardan birisi olarak dikkat çekmektedir⁵. Bu konudaki ilk yasal düzenleme 1965 tarih ve 648 sayılı S.P.K.’nun 14. maddesinde düzenlenmiş ve kullanım alanı olarak “parti ihtiyaçları ve parti çalışmaları” gösterilmiştir. Farklı dönemlerde Anayasa Mahkemesinin iptal kararları sonrasında 23.7.1995 gün ve 4121 sayılı Anayasa değişikliği ile 68. md.’ye eklenen fıkra; Siyasi partilere devlet tarafından yeterli düzeyde ve hakça bir mali yardımı Anayasal ilke olarak benimsemektedir. Ayrıca S.P.K.’nunda da milletvekili

4 Doç.Dr. Mustafa KOÇAK, Siyasi Partiler ve Türkiye’de Parti Yasakları, Ankara: Turhan Kitabevi, 2002, s. 123.

5 KOÇAK, a.g.e., s. 125.

genel seçimlerinde toplam geçerli oyların %7'sinden fazlasını alan siyasi partilere devlet yardımı yapılacağı (Ek md.1) ve bunun için her yıl Maliye Bakanlığı Bütçesine yeterli ödenek konulacağı hüküm altına alınmaktadır.

Bu noktada üzerinde titizlikle durulması gereken, siyasi partilere devlet yardımına ilişkin Anayasa Mahkemesi kararları olmalıdır. Her ne kadar anayasal ilke olarak siyasi partilere devlet yardımı yapılmasında tartışma olmasa da, bu yardımın nitelikleri açısından fazlasıyla tartışma yarattığı ortaya çıkmaktadır. Örneğin 19.2.1969 tarih 1964/14 sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, ilke olarak siyasi partilere devletçe yardım yapılmasını anayasaya aykırı bulmamakta ancak siyasal partilerin bir bölümünün yardım kapsamının dışında bırakılmasını adalet ve eşitlik ilkeleriyle bağdaşmayacağını ifade etmektedir⁶.

Benzer şekilde bir iptal kararının gerekçesini de Anayasa Mahkemesi⁷; partilerin devlet örgütü içerisinde yer almadıklarını, devletten gelebilecek etkilerden uzak tutulmaları gerektiğini, kamuoyunun devletin etkisi dışında oluşmasını, bu ve benzer nedenlerle siyasi partilere devlet yardımının ilke olarak anayasaya aykırı bulunduğu karar vermiştir. Ancak 1988/1 sayılı ve 5.7.1988 tarihli bir başka kararında ise Anayasa Mahkemesi, TBMM'de grubu bulunan siyasi partilere hazine yardımını Anayasa'ya uygun bulmaktadır. 3470 sayılı yasaya karşı açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi; devlet yardımının siyasi partileri sermaye çevrelerinin çıkar amaçlı baskılarında uzak tutmaya yönelik yapıldığını ve ilke olarak Anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir.

Görüldüğü gibi siyasi partilere devlet yardımı noktasında üst mahkeme kararlarında bile bir ortak görüşün oluşturulması kolay gözükmemektedir. Siyasi partilere sunulan devlet yardımı, bu partileri bir devlet kurumu haline dönüştürmekte ancak aksi durum ise, siyasi partileri, çıkar ve baskı gruplarının etki alanına sokarak, siyasi yozlaşma olarak nitelendirilebilecek bir sürecin oluşumunu hızlandırmaktadır.

B. SİYASİ PARTİLERİN FİNANSMANINDA SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

1. Hukuki Düzenlemeler - Devlet Yardımı İlişkisi

Türkiye'de üst mahkeme kararlarında ortaya çıkan mevcut çelişki, siyasi partilerin finansmanında devlet yardımlarının ağırlığının ne olacağı sorusunun bilimsel anlamda tartışılmasından başka bir şey değildir. Bu yönde yapılan çalışmalar, mevcut sorunun, sadece Türkiye açısından değil, bütün demokrasilerde var olduğunu göstermektedir.

⁶ AMK., T. 19.2.1969, E: 1968/26, K: 1969/14, AMKD., S. 7, ss. 249-250.

⁷ AMK., T. 2.2.1971, E: 1970/12, K: 1971/13, AMKD., S. 9, ss. 284-290.

Dünyada, siyasi partilerin finansman kaynakları genel olarak iki başlık altında: hukuki mevzuat ve finansal sübvansiyonlar olarak tanımlanmaktadır⁸. Hukuki mevzuat veya düzenlemeler içerisinde; yabancı bağışların sınırlanması, aday kampanya sınırlamaları, politik reklam yasaklamaları ve ifşa edilme (açıklama) gibi uygulamalar dikkat çekmektedir. Kanuni ödenekler, doğrudan kamu sübvansiyonları, vergi teşvikleri ve dolaylı sübvansiyonlar, yayımlar, aynı yardımlar ise devlet yardımlarının farklı türleri olarak sıralanmaktadır.

Tüm bu uygulamaların ağırlıkları, benzer demokratik sistemler içerisinde olmakla birlikte, gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler açısından farklılık arz etmektedir. Tablo 3’de hukuki düzenlemelerin bulunma oranları, Tablo 4’de ise kamu sübvansiyonları içerisinde farklı uygulamaların bulunma oranları ortaya konmaktadır.

TABLO 3. Hukuki Düzenlemeler

<i>Gelişmiş Ülkeler</i>	(%)	<i>Gelişmekte Olan Ülkeler</i>	(%)
<i>İfşa</i>	67		90
<i>Yabancı bağış yasakları</i>	35		63
<i>Aday kampanya limitleri</i>	43		32,5
<i>Politik reklam yasakları</i>	22		37

Kaynak: DFID, Governance Department 2001, s. 3.

Tablo 3’de dikkat çeken noktalardan birisi, gelişmekte olan ülkelerde ve hukuki düzenlemelerde yabancı bağışlarla ilgili yasaklamaların ağırlıklı olarak kullanılması, gelişmiş ülkelerde ise seçim kampanyası sınırlamalarına daha fazla önem verilmesidir.

TABLO 4. Devlet yardımları

<i>Gelişmiş Ülkeler</i>	(%)	<i>Gelişmekte Olan Ülkeler</i>	(%)
<i>Kanuni ödenekler</i>	71		66
<i>Direkt kamu sübvansiyonları</i>	24		86
<i>Vergi teşvikleri ve dolaylı süb.</i>	10		69
<i>Yayımlar</i>	69		91
<i>Aynı yardımlar</i>	25		67

Kaynak: DFID, Governance Department 2001, s. 3.

⁸ Department for International Development (DFID), Governance Department 2001, London, s. 2.

Genel olarak Tablo 4’de görülen; gelişmekte olan ülkelerde kamu sübvansiyonları veya devlet yardımlarının fazlasıyla yaygın kullanılmasıdır. Doğrudan ve dolaylı kamu sübvansiyonları, gelişmiş ülkelere oranla oldukça yüksektir. Sadece kanuni ödenekler’in gelişmiş ülkelerde daha yoğun kullanıldığı dikkate alınır, devlet yardımlarının hukuki normlarının ve düzenlemelerinin daha önemli olduğu görülebilmektedir.

Bu ölçümler kesin bir delil olarak görülemese de; aynı türden demokrasilerde, nisbi seçim sistemlerini benimseyenlerin – çok güçlü olmamakla birlikte-devlet yardımlarını tercih ettikleri iddia edilebilmektedir⁹.

Bu noktada Türkiye’de siyasi partilerin finansman kaynakları içerisinde, devlet yardımının %93 düzeylerinde olduğu (bkz. Tablo 2) dikkate alınır, gelişmekte olan ülkeler açısından ortaya konulan ifade doğrulanmış olacaktır. Diğer taraftan, somut rakamlar olarak; 2004 yılı bütçesinde siyasi partilere yapılacak hazine yardımının 125 trilyon T.L.’ye ulaşacağı öngörülmektedir¹⁰. 3 Kasım seçimlerinde 10 milyonun üzerinde oy alan AKP yerel seçimlerle ilgili yasal mevzuat nedeniyle (2 katı) 52 trilyon lira, 6 milyonun üzerinde oy alan CHP ise 30 trilyon lira, meclise giremeyen ancak %7’lik yardım barajını aşan MHP 12 trilyon, GP 11 trilyon ve ayrıca DYP ise 3 trilyon lira civarında hazine yardımından faydalanacaklardır.

Bütçe büyüklükleri söz konusu devlet yardımı mali boyutu itibarıyla olduğu kadar, siyasi yapı üzerindeki devlet etkisi açısından da önem taşımaktadır.

2. Demokrasinin Yozlaşmasına Etkileri

Siyasi partilerin finansmanı, seçim sürecinde yaşananları çarpıtılabilmek ve yozlaşmaya yol açan faktörlerden birisi haline gelebilmektedir. Bu yozlaşma ise, gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler dahil olmak üzere bir çok ülkede önemli bir sorun haline dönüşebilmektedir. Özellikle gelişmekte olan ülkelerde yaşanan; yanlış finansman için baskılar, oy satın almak gibi pahalı ve anti demokratik parti etkinlikleri, iş ve ticaret birlikleri gibi gelişmeler, siyasi partilerin finansmanında meşru kaynakların eksikliğiyle bağlantılı olabilmektedir.

Siyasi parti finansmanında yozlaşmalar, hem çok parti hem de tek parti sistemlerinde meydana gelebilir¹¹. Her iki sistemde de seçmenler, oylarının satın alınacağı beklentisi içerisinde girebilmektedirler. Ayrıca siyasi partiler üzerinde paranın artırılması yönündeki baskılar, finansal destek için ilgili grup ve bireylerin değiş-tokuş gücünü arttırmaktadır. Bu noktada güçlü partiler belki de devlet

⁹ DFID, a.g.m., s. 3.

¹⁰ Sabah, 24 Ekim 2003, s. 19.

¹¹ DFID, a.g.m., s. 1.

kaynaklarını kullanmayı suistimal ederek, muhalif partileri zor durumda bırakabileceklerdir.

Oldukça geniş bir yelpazede incelenebilecek olan siyasi yozlaşmanın önemli noktalarından birisi, siyasi partilerin finansmanı kaynaklarıdır. Siyasi parti finansmanında bozukluk ve yozlaşmaların önlenmesi, demokrasinin derinleşmesi ve yolsuzlukla mücadelede en önemli unsurlardan birisi olarak tanımlanabilmektedir.

3. Çözüm Önerileri ve Sonuç

Siyasi partilerin finansman kaynakları ve yol açtığı sorunlar dikkate alındığında uzun dönemde temel çözüm siyasi partilerin gelişmesidir. Siyasi parti kapasitelerinin inşası, üyelerinin artması, parti yönetiminin geliştirilmesi, seçim kampanyalarının verimliliğinin ve etkinliğinin artırılması, sorunun çözümünü kolaylaştıracak temel unsurlardır. Seçmen açısından ise, temel çözüm bireylerin eğitimi, siyasi organizasyonun güçlendirilmesi, politikacılardan beklentilerin değiştirilmesi ve insanların yeni tip talepleri keşfetmeye ikna edilmeleri olarak sıralanabilmektedir¹². Örnek olarak, seçmenin politikacılar tarafından sağlanan küçük yardımlar karşılığında oy verme davranışı yerine, dürüst ve etkili kamu hizmetlerini isteme anlayışına kavuşturulması ifade edilebilir.

Bu durumda; seçimlerde ve seçim sonucu seçilen temsilcilerden yardım alma beklentisi ortadan kalkacağı için devlet yardımı yada bu yardımın yetersizliğinin yol açacağı sorunlar önemini kaybedecektir.

Benzer şekilde iyi organize olmuş siyasi yapılanma; özellikle parti üyelerinin yardım sağlama bakımından fakirliği ve sayılarının azlığı gibi olumsuzlukları, dolayısıyla suistimal edilebilecek devlet yardımının gerekliliğini ortadan kaldıracaktır. En azından devlet yardımına duyulan gereksinimi azaltabilecektir.

Siyasi partilerle ilişkili olarak ifade edilen temel çözümler, örneğin; siyasi parti kapasitelerinin inşası ve üyelerinin artırılması küçük ve zayıf partilerin artısını önleyebilecektir. Böylelikle devlet yardımlarının yoğun olarak uygulandığı sistemlerde görülen fazla sayıda küçük ve zayıf partinin yol açtığı bir kısım sorunlar da ortadan kaldırılacaktır¹³.

Siyasi partilerin finansmanda , doğrudan devlet yardımı şeklinde gerçekleştirilen uygulamalardan, hukuki sınırları iyi tespit edilmiş farklı gelir kaynaklarını içeren uygulamalara geçilebilmesi, iyi işleyen bir demokrasinin önemli niteliklerinden birisi olarak ifade edilebilir. Bu noktada sonuç olarak; demokrasinin fi-

¹² DFID, a.g.m., s. 10.

¹³ DFID, a.g.m., s. 7.

nansmanında “her şeyi devletten beklemek” anlayışının yerine siyasi partiler ve seçmen davranışlarının geliştirilmesi esas kabul edilmelidir.

KÜRESELLEŞEN DÜNYADA VERGİ POLİTİKASI: VERGİ POLİTİKASINDA DÖNÜŞÜM VE KÜRESEL SORUNLAR

Savaş ÇEVİK*

GİRİŞ

Dünya ekonomisinin küreselleşmesi ulus devletler halinde örgütlenmiş çağımız toplumlarında sosyal, politik alanlarda olduğu kadar ekonomik alanlarda da önemli yansımalara sahiptir. Vergi politikası açısından da sermayenin küreselleştiği, bilgi alışverişinin hızlandığı ve ucuzladığı, çokuluslu şirketlerin dünyanın her köşesinde faaliyet gösterdiği bu yeni ekonomik çevre, mevcut politika yapıcılara devletin finansmanı konusunda yeni fırsatlar ve kısıtlar seti getirmektedir. Bir yandan devletlerin geleneksel vergi yapıları değişirken, diğer yandan devletler birbirleriyle “vergi” konusunda da rekabet ettiği bir ekonomik sistem ortaya çıkmaktadır.

Ulusal ekonomilerin bu dönüşümü çerçevesinde, bu çalışmada önce küreselleşme ile vergi politikası arasındaki bağlantı yani küreselleşmenin vergi politikasını nasıl ve ne yönde etkilediği incelenip, arkasından küreselleşmenin vergi-

* Araştırma Görevlisi, Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Maliye Bölümü

lemede ortaya çıkardığı ve küresel bir boyut kazanmış temel sorunlar ve bunları çözme çabaları değerlendirilecektir.

KÜRESELLEŞME VE VERGİ POLİTİKASINDA DÖNÜŞÜM

Dünya ekonomisinin artan entegrasyonu her yönüyle yeni ekonomik ilişkiler ortaya çıkarmaktadır. Küreselleşme bir yandan faktör mobilitesini (tabii özelliklerle sermayenin), diğer yandan çokuluslu şirketlerin dünya ekonomisine hakimiyetini ve aralarındaki rekabeti de artırmıştır. Çokuluslu şirketlerin küresel bir piyasada birbiriyle rekabeti, gittikçe daha çok küresel stratejiler geliştirmelerini gerektirmekte ve herhangi bir ülkeye bağımlılıkları gittikçe daha müphem bir hale gelmektedir. İnternet gibi teknolojik yenilikler şirketlerin faaliyetlerini yürütmek için belli bir fiziki bölgeye bağımlılığını da daha az önemli hale getirmektedir. Teknolojideki hızlı değişim de mallar, para, insanlar ve uluslar arasında bilgi alışverişini daha ucuz ve daha kolay hale getirmiştir. Yatırım, sermaye ve ticaretin küreselleşme sürecinin hızlanması, özellikle finansal alanda coğrafik olarak mobil faaliyetlerin artması ve uluslararası finansal piyasaların genişlemesi ülkelerin ekonomik politikaları arasındaki ve devletle özel sektör arasındaki ilişkiyi de kökten değiştirmiştir. Böyle bir entegrasyonda ülkelerin vergi sistemleri de çeşitli sorunlarla karşı karşıya kalmaktadır.

Ulusal ekonomilerin birbiriyle artan entegrasyonu, her şeyden önce bir ülkenin vergi sistemine ilişkin uygulamaların diğer ülkelerin vergi politikalarına potansiyel etkisini artırmıştır. Küresel ekonomide gelişmeler ve diğer ülkelerde uygulanan vergi rejimleri dünyanın geri kalanındaki ekonomik gelişmeleri ve vergi sistemlerini etkilemekte, ülkelerin diğer ekonomilerden ve onların vergi sistemlerinden bağımsız bir vergi politikası yürütmeleri giderek zorlaşmaktadır. Artık başka ülkelerin vergi politikası dikkate alınmaksızın vergi politikası belirlemek pek de mümkün görünmemektedir.

Küreselleşmenin sermaye ve yatırımlar açısından bir sonucu, bunların ülkeler (vergileme açısından vergileme yetki alanları) arasında hareketini kolaylaştırmış olmasıdır. Artık gerek bireysel yatırımcıların gerek çok uluslu şirketlerin dünyanın bir başka bölgesine –muhtemelen düşük vergi rejimi uygulayan bir ülkeye– sermaye transfer etmeleri veya faaliyetlerini kaydırmaları basit bir bilgisayar işlemi ile gerçekleştirilebilmektedir. Gelişmekte olan ülkelerin kalkınmalarının finansmanı için yabancı tasarruflara olan ihtiyaçları dikkate alındığında bu *başlıboş* sermayenin ülkeler açısından önemi daha da belirgin olmaktadır. Sermaye ve yatırımlarının mobilitesinin artması ülkeler arasında bunları çekmek yönünde bir rekabet de doğurmuştur. Dolayısıyla, sermaye akımlarının artması ve finansal piyasalardaki gelişmeler ülkeleri vergi oranlarını indirmeye ve vergi engellerini ortadan kaldırmaya zorlamaktadır.

Küresel piyasadaki sermaye ve yatırımları çekmek yönünde sermayeye tanıyan kolaylıklar ise bir yandan ülkelerin vergi matrahlarını eritirken diğer yandan vergi yükünün gittikçe daha çok, mobil olmayan üretim faktörleri (emek gibi)

üzerine kalmasına neden olarak yeniden dağıtıcı politikaların uygulanmasını da engellemektedir. Böyle bir durum, yatırım ve ticaret modellerinde sapmalara da neden olmakta hatta kimilerine göre küresel refahı da azaltmaktadır. Devletler ayrıca küreselleşme dolayısıyla vergiden kaçınmak veya vergi yüklerini minimize etmek konusunda da ortaya çıkan yeni fırsatlarla da mücadele etmek durumundadırlar¹. Sonuçta tüm ulus devletlerin, bu yeni dünya ekonomisinin siyasal ve ekonomik gerçeklerine daha uygun bir şekilde vergi sistemlerini yeniden yapılandırmaları gerekmektedir.

Dünyanın bu ekonomik dönüşümü, devletin finansmanı konusunda getirdiği bu gibi sorunların yansımaları olarak, vergilemenin rolüne ilişkin genel kabulleri ve vergi politikasının arkasında yatan saikleri de dönüştürmüş, hatta devletlerin vergi koyma gerekçelerini bile değiştirmiştir². Evvela, modern devlet artık vergi yükünün yüksek gelir gruplarından düşük gelir gruplarına dağıtımını sonucunu doğuran vergi reformlarına girişmektedir. Yani küreselleşme sonucu vergi politikası yeniden dağıtıcı fonksiyonunu yitirmektedir. İkinci bir husus olarak, vergi politikasının düzenleyici bir enstrüman olma niteliğini yitirdiği (ya da belki ulus devletin artık bu rolü terk ettiği) ifade edilmektedir³.

Gerçekten Dünya Savaşları sonrası, Keynesçi iktisat anlayışının da sağladığı gerekçelerle devletlerin makro ekonomiyi etkileme yeteneğine ve hakkına sahip olduğu anlayışı gelişmiş ve vergi politikası etkin bir araç olarak kullanılmaya başlanmıştı. Bir yandan Keynesçi iktisadın sağladığı ekonomik gerekçeler (toplam efektif talebin artırılması için paranın düşük gelirlilerin elinde bırakılması), diğer yandan siyasal demokrasinin gelişmesi (özellikle vatandaşların büyük çoğunluğuna oy verme hakkının sağlanması) ve sosyalist ve işçi hareketlerinin etkisiyle de oluşan sosyal devlet ve refah devleti anlayışının dayandığı sosyal ve siyasal gerekçelerle, progresif vergileme⁴ ve vergi adaleti temel ilgi kaynağı

1 Bu açıdan küreselleşme ve teknolojideki gelişmelerin, yarattığı karmaşıklığın yanısıra, mükelleflere olduğu kadar belki vergi idarelerine de önemli yardımlar sağlamakta olduğu söylenebilir.

2 James A. Baker, "The Momentum of Tax Reform", içinde: Herbert Stein (Derleyen), **Tax Policy in the Twenty-First Century**, New York: Wiley Inc. 1988, s. 2

3 Steinmo, vergi politikasının rolündeki bu değişimle ilgili olarak ayrıntılı bir kronik analiz yapıyor ve devletlerin daha önce sosyal ve ekonomik sonuçları düzenlemek açısından etkin ve etkili bir mekanizma olarak görülen temel bir enstrümanın kontrolünü terk ettiğini ifade ediyor. (Sven Steinmo, "Taxation, Redistribution And Regulation: Fiscal Policy In A Changing World Economy", içinde: Lars Magnusson ve Jan Ottosson (Derleyenler), **The State, Regulation and The Economy: An Historical Perspective**, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2001, s. 90)

4 B. Guy Peters, **The Politics of Taxation: A Comparative Perspective**, Cambridge: Blackwell, 1991, s. 231-233

olmuş, sosyal ve ekonomik amaçlar için vergileme temel bir enstrüman olarak görülmüştür.

Yatırımların teşvik edilmesi, gelir dağılımının iyileştirilmesi, ekonomik büyümenin sağlanması gibi makro ve mikro hedefler için etkin bir araç olarak arzulanan amaçlar doğrultusunda ve oldukça çok kullanılan vergi politikası⁵ dünya ekonomisinin dönüşümü çerçevesinde, bu pozisyonundan uzaklaşmaktadır. Bu açıdan “iyi” olarak nitelendirilebilecek vergi sistemi de değişmektedir. Daha önce sosyal eşitliği sağlayan ve kamu tarafından arzulanan yönde devletin özel ekonomik sonuçları etkilemesine izin veren vergi sistemi *iyi* olarak nitelenirken, yeni vergi reformları daha az progresif ve gelir sınıfları arasında ve ekonomik davranışlar açısından “tarafsız (nötr)” bir vergilemeyi hedeflemektedir. Yüzyılın ilk seksen yılında, vergilemenin, kapitalist demokrasilerde gelirin ve servetin yeniden dağılımında temel fonksiyona sahip olan bir sosyal politik enstrüman olarak kullanılması gerektiği hususunda genel bir konsensüs varken, bugün bu amaçlar için kullanılmaması gerektiği konusunda (özellikle elitler arasında) geniş bir uzlaşma ortaya çıkmaktadır⁶.

Küreselleşme aslında genel olarak devletin rolünü dönüştürmektedir. Modern refah devleti üç ana enstrümanı kullanmaktadır: Sağlık, işsizlik, eğitim, emeklilik yardımı gibi dolaysız kamu harcamaları; bireylerin sosyal açıdan arzulanan harcamalarına (sağlık, eğitim) vergi indirimleri; asgari ücret, indirilmiş vergi oranları vs. araçlarla çalışanları veya bazı özel grupları korumaya yönelik düzenlemeler. Tanzi'nin ifade ettiği gibi küreselleşme bu araçların etkinliğine yavaş yavaş zarar vermektedir. Tanzi, ulus devletlerin bir yandan küresel ekonomiye entegre olurken aynı zamanda yoksulları koruyacak politikalar yürütmeyeceğini, kuvvetli bir sosyal güvenlik ağı için talep olsa bile küreselleşme dolayısıyla devletlerin geniş sosyal harcamaları finanse etme ve uygulama yeteneğinin aşınacağını ileri sürmektedir⁷. Dolayısıyla küreselleşmenin devletin finansmanı alanında doğurduğu sorunlar esasında devletin rolünde bir dönüşümü gerekli kılmakta, daha doğrusu devleti böyle bir dönüşüme zorlamaktadır⁸.

5 Arzulanan bu sonuçları elde etmenin tek aracı vergi politikası değil şüphesiz. Bunları etkileyen çok sayıda ve önemli faktör var. Ancak vergi politikasının bu derece kullanılması ve önem atfedilmesi belki bu değişkenler arasında devletçe tek kontrol edilebilen (elbette harcamalarla birlikte) olmasında yatmaktadır.

6 Sven Steinmo, a.g.e., s.100

7 Vito Tanzi, “Globalization Without a Net”, **Foreign Policy**, July/August 2001, s.79

8 Gerçi küreselleşme ile devletin rolü arasındaki ilişkiyi açıklamaya yönelik değişik yaklaşımlar söz konusudur. Conley, bir yandan devletlerin dünya ekonomi politığının doğurduğu uluslararası ve yerel baskılara uyum sağlamaya çalıştığını, diğer yandan 1970'lerden beri uygulanan liberal ekonomik ve politik projenin ortaya koyduğu devletin rolünün küreselleşmeyi destekleyen ve teşvik eden bir unsur olduğunu ifade etmektedir.

Özellikle gelişmiş ülkelerde küreselleşme ile vergi karmaşasını mobil faktörler (küreselleşme sonucu, sermaye piyasalarının artan bütünleşmesi ile mobilitesinin artması, vergi kaçırma imkanlarının artması ve üstelik devletler arasındaki vergi rekabetinin sağladıkları kolaylıklarla sermayenin) lehine değişirken, emek üzerindeki vergileri artırmanın da demokratik baskılardan kaynaklanan sınırları vardır. Dolayısıyla bir yandan gelir ihtiyacı artarken diğer yandan devletlerin gelir toplama kabiliyetleri sınırlanmaktadır. Böylece refah devletinin bir mali krize sürüklendiği ifade edilmektedir. Gelişmekte olan ülkeler ise, bir yanda bütçe dengesizlikleri ve yaşadıkları borç krizleri nedeniyle vergi gelirlerine, diğer yanda yetersiz tasarruf ve yatırım oranlarıyla yabancı sermayeye duydukları ihtiyaç göz önüne alındığında devletin finansmanı konusunda pek de avantajlı durumda olmadıkları görülmektedir. Hele bu ülkelerin idari kapasitelerindeki yetersizlikler dikkate alındığında küreselleşmenin doğurduğu bu yeni ekonomik çevrenin gerektirdiği vergi sistemine kısa dönemde adapte olamayacakları açıktır.

VERGİLEME ALANINDA KÜRESEL SORUNLAR

Küreselleşme yukarıda da açıklandığı gibi, bir yandan ülkeleri diğer ülkelerden bağımsız ya da onları dikkate almaksızın bir vergi politikası belirlemeyi imkansız hale getirirken diğer yandan tüm ülkeleri aynı anda etkileyen, küresel çevrede ortaya çıkan ve küresel bir çok taraflı çabayla çözülebilecek ortak sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Aslında küreselleşmenin vergi politikasına etkisi tek tek bu sorunları ortaya çıkaran ekonomik ilişkilerdeki değişikliklerden kaynaklanmaktadır ve tek tek bu sorunların incelenmesini gerekli kılmaktadır. Tanzi ulusal vergi sistemlerini kemiren *mali termitler* olarak nitelediği bu sorunları; elektronik ticaret ve uluslararası işlemler, elektronik para, firma içi ticaret, offshore finansal işlemler, türev ürünler ve risk fonu uygulamaları, finansal sermayenin vergilenmesindeki güçlükler, yurtdışı faaliyetlerin artması ve yurt dışı alışverişle ilgili olarak ortaya çıkan mali boşluklar olarak sıralamaktadır⁹. Genel bir bakış açısıyla sorunlar, ülkeler arasındaki vergi rekabeti, çokuluslu şirketlerin vergilendirilmesi ve küresel bir olgu olan internet ve elektronik ticaret etrafında şekillenmektedir. Biz bu küresel sorunları; vergi rekabeti ve vergi cennetleri, çokuluslu firmalarda transfer fiyatlaması ve elektronik ticaretin vergilendirilmesi başlıkları altında ve özellikle uluslararası vergi politikası açısından inceleyeceğiz.

(Tom Conley, "The State of Globalisation and The Globalisation of The State", *Australian Journal of International Affairs*, Vol: 56, No: 3, 2002, 461-462)

⁹ Vito Tanzi, "Globalization and the Work of the Fiscal Termites", *Finance & Development*, March 2001, s. 34

VERGİ REKABETİ VE VERGİ CENNETLERİ

Küreselleşme, sermaye ve yatırımları kendi ülkelerine çekmek üzere, ülkeler arasında vergi oranlarının indirilmesi (ya da belirli konulara hiç vergi uygulanmaması, nominal oranlardan uygulanması) veya tercihli vergi rejimlerinin kullanılması şeklinde bir rekabet, *dibe doğru bir yarış*¹⁰ başlatmıştır. Böyle bir rekabetin, finansal akımların ve reel yatırımların yönünü değiştirip etkinlikten sapsulara yol açması, vergi yapılarının bütünselliğini ve vergi adaletini zayıflatması, vergi mevzuatına mükellef uyumunu zayıflatması, vergi ve kamu harcamalarının düzey ve ağırlığının yeniden biçimlendirilmesi gereğini doğurması, vergi yükünün daha az mobil faktörlere (başta emek olmak üzere, varlık ve tüketim gibi) kaymasına neden olması, vergi idare ve uygulama maliyetlerini artırması gibi olumsuz sonuçları vardır¹¹. Ulusal vergi sistemleri ve ulusal ekonomiler üzerinde yarattığı bu olumsuz etkiden dolayı da OECD ve AB tarafından “zararlı” olarak nitelenmektedir. Bu tehdit karşısında başta ABD gibi sermaye ihraç eden ülkeler olmak üzere¹², kurumsal düzeyde OECD ve AB gibi uluslararası kurumlar tarafından ciddi bir mücadele başlatılmıştır. OECD’nin bu konuda hazırladığı ve benimsediği rehber ve uygulamalar büyük ölçüde AB tarafından da benimsenmektedir.

Teorik açıdan vergi rekabeti uluslararası çevrede mobil olarak kabul edilen sermaye üzerine odaklanır. Yapılan ampirik çalışmalarda karışık bulgular ortaya konmakla birlikte, emek mobil olmayan faktör ve sermaye mobil faktör alınarak, sermayeyi çekmek yönünde bağımsız idareler (ya da küresel açıdan devletler) arası rekabetin bireylerin istediği mal ve hizmetlerin etkin bir biçimde sunulmasını sağlayacağı şeklindeki Tiebout hipotezinden hareketle¹³ tıpkı özel sektörde

10 Ülkeler yatırımlara ve sermayeye çeşitli vergi kolaylıkları sağlamak ve vergi gelirlerinde önemli kayıplara neden olmaktadır. Bu strateji, diğer ülkelerin yatırım ve sermaye için cazibesini yitirmesi neticesi bu ülkelere de yayılmakta, sonuçta ülkeler arasında sonu olmayan ve bütün ülkelere zarar veren bir rekabete neden olmaktadır. Bu nedenle vergi rekabeti, ülkelerin vergi gelirlerinde yol açtığı erozyon ve bunun diğer ülkelere yayılma etkisini vurgulamak açısından sıkça bu kavramla ifade edilmektedir.

11 OECD, Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue, Paris: OECD, 1998, s.16

12 G7 ülkeleri devlet başkanlarının 1997’de Lion’da yaptıkları zirvenin sonuç bildirisinde de konu önemle vurgulanmış; mobil sermaye ve finansal faaliyetleri çekmek üzere vergi sistemlerinin kullanılmasının ülkeler arasında “zararlı” vergi rekabetine neden olacağı bunun da ticaret ve yatırım etkinliğini bozacağı, ulusal vergi matrahlarını erozyona uğracağı ifade edilmiş, bu tür uygulamaları sınırlandırmak ve mücadele etmek üzere OECD tarafından yürütülen çalışmalara kuvvetle destek verdiklerini ve konunun takipçisi olacağı deklere edilmiştir.

13 Tiebout, vatandaşların tam mobiliteye ve devletlerin bütçe ve alternatif politikaları hakkında tam bilgiye sahip olduğu, kamu faaliyetlerinin dışsalılık yaratmadığı, idareler arasında bireylerin istediği hizmetleri bulabileceği derecede farklılık bulunduğu gibi varsa-

olduğu gibi devletler için de farklı kamu hizmeti-vergi kombinasyonları sunarak mükellefe daha çok tercih sunulması ve böylece tatmin şansını artırması ile sonuçlanacağı ve etkinlik doğuracağı düşünülür¹⁴. Ancak yerel idareler arasında düşünülen böyle bir model uluslararası rekabet sözkonusu olduğunda bir çok eleştiriye de muhatap olmaktadır¹⁵.

Gerek akademisyenler arasında gerek uluslararası kurumlar açısından genel eğilim vergi rekabetinin mali krizlere neden olabileceği ve zararlı olduğu, dolayısıyla sınırlanması gerektiği yönünde olmakla birlikte vergi rekabetinin sınırlanması önerilerine bazı itirazlar da sözkonusudur. Özellikle rekabetin vergi konusunda dahi olsa “zararlı” olarak nitelendirilmesinin yerleşik iktisat düşüncesi açısından doğru kabul edilemeyeceğine yönelik eleştiriler yapılmakta, rekabetin bu şekilde *kötü* yada *zararlı* olarak nitelendirilmesine itiraz edilmektedir. Liberal iktisat görüşünden ve Tiebout hipotezinden hareket eden bu görüşler farklı ülkelerde farklı vergi oranlarının olmasının mükellefe tercih hakkı sunmak ve hükümetler üzerinde etkinlik açısından bir baskı oluşturmak hususunda aslında “iyi” bir şey olacağını ileri sürmektedir. Hatta uluslararası ekonomi politik açısından OECD’nin bu sorunu çözmek yönünde çok taraflı girişimlerini belirli gelişmiş ülkeler arasında bir kartel yaratma teşebbüsü olarak değerlendirenler dahi vardır¹⁶.

Avi-Yonah, yer yer birbiriyle çatışan üç temel ilke; etkinlik, adalet ve demokrasi, açısından vergi rekabetini değerlendirmekte, vergi rekabetinin yatırımların global düzeyde optimal dağılımını saptırarak *etkinliği* bozduğunu; sermayenin etkin bir şekilde vergilenemediği durumda, vergi yükünün mobil olmayan emek üzerine kaymasına neden olarak vergi karmasını değiştirip ve vergi gelirlerinin uluslar arasında paylaşımını etkileyip *adaleti* bozduğunu ifade etmekte, diğer yandan bu değerlendirmelerin, vergi rekabetinin belirli hükümet boyutla-

yımlardan hareketle yerel idareler için benzer bir tez ileri sürüyordu ki bu Tiebout Hipotezi olarak anılmaktadır. (Bkz. Charles M. Tiebout, “A Pure Theory of Local Expenditures”, **Journal of Political Economy**, LXIV (5), October 1956, s.419 vd.)

14 Vergi rekabeti teorisi konusunda ayrıntılı bilgi için Bkz. (John Douglas Wilson, “Theories of Tax Competition”, **National Tax Journal**, Vol: 52, No: 2 (June 1999), s. 269-304)

15 Peggy B. Musgrave, Tiebout modelinin sınırlamalarını açıkladıktan sonra, “rekabetin gücü”ne uluslararası bir çerçevede, kamu maliyesinin –etkinlik ve adalet- argümanları açısından güvenilemeyeceğini göstermekte, özel sektördeki rekabete benzer sonuçlar vermeyeceğini ifade etmektedir. (Peggy B. Musgrave, “Fiscal Coordination and Competition in an International Setting”, içinde: **Tax Policy in The Global Economy: Selected Essays of Peggy B. Musgrave**, Cheltenham: Edward Elgar, 2002, s.311 vd.)

16 The Economist, “Globalisation and Tax Survey” January 29th 2000, s. 15

rında demokratik açıdan vatandaşların farklı tercihlerini yansıtmaya imkan vereceğinden *demokrasi* ilkesiyle dengelenmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁷.

Konunun teorik yönüyle ilgili çeşitli tartışmalar bulunmakla birlikte pratikte, konu hakkında en geniş kapsamlı çalışmalar OECD ve onu takiben AB¹⁸ tarafından yürütülmektedir. OECD zararlı vergi rekabeti konusunda bir proje yürütmekte uluslararası bir konsensüs ile sorunun çok taraflı olarak çözülmesini amaçlamaktadır. Bunun için rehber ilkeler yayınlamakta, vergi cennetlerinin listesini takip etmekte, üye olmayan ülkelerin de katılımını sağlayarak konunun çözümünü geliştirmeye çalışmaktadır.

OECD zararlı vergi rekabeti karşısında ülkelerin durumlarını temelde ikiye ayırarak açıklamaktadır. Buna göre diğer ülkelerin vergi gelirlerinde erimeyle ve gelir vergisinde “dibe doğru yarış”ın önlenmesi hususuna ilgisiz kalan ülkeler vergi cennetleri, aksine vergi rekabetinin yayılmasında kendisi de risk altında olan ve bu nedenle birlikte hareket etmeye istekli olacak ülkeler ise tercihli vergi rejimleri uygulayan ülkelerdir (ki böyle bir ayırım esasında zararlı vergi rekabeti uygulayan ülkeleri “vergi cenneti” olarak damgalayıp ülkeleri çok taraflı anlaşmalara taraf olmaları için uluslararası bir baskı oluşturabilmeye yöneliktir). Bu ikinciler şeffaflığın ve gerçek anlamda bilgi paylaşımı imkanının olmaması, indirim ve istisnaların düzenlenmesi sonucu düşük veya sıfır efektif vergi oranları kriterleriyle –vergi cennetlerinin tanımlanmasında da kullanılan- tanımlansa da esas olarak vergi rejimi içinde serbest vergi bölgeleri ile yine “zararlı” olarak nitelenen tercihli vergi rejimi kullanan ülkelerdir (İrlanda, İsviçre, Finlandiya gibi). Vergi cennetleri ise OECD tarafından üç unsurla tanımlanmaktadır¹⁹: (1)

¹⁷ Reuven S. Avi-Yonah, “Globalisation, Tax Competition and The Fiscal Crisis of the Welfare State”, **Harvard Law Review**, Vol. 115:1573, 2000, s.1578, 1616 vd.

¹⁸ AB Maliye Bakanlarının 1 Aralık 1997’de Lüksemburg Başkanlığında yaptığı toplantıda zararlı vergi rekabetini ilişkin tedbirler tartışılmıştır. Ortaya konan tedbir paketi, işletmelerin vergilenmesiyle ilgili siyasal bir anlaşmayı ve bir inceleme süreci sonunda, mümkün olur olmaz zararlı vergi rekabetinin ortadan kaldırılmasına ilişkin bir taahhüdü içermektedir. Esasında OECD’nin rehberi ve AB’nin bu sözleşmesi büyük ölçüde birbiriyle uyumludur. Bununla birlikte AB raporunun, üye ülkelere ayrıca bir yükümlülük doğurduğu (AB üyesi olmayan OECD üyelerinin aksine) söylenebilir. (Joann M. Weiner ve Hugh J. Ault, “The OECD’s Report On Harmful Tax Competition”, **National Tax Journal**, Vol 51, No:3, September 1998, s.607)

¹⁹ OECD, 1998 yılında hazırladığı raporda (Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue, s.23) “belirli vergilerin uygulanmaması veya sadece nominal bir oran olarak uygulanması” kriterini vergi cennetini tanımlayan diğer üç kriter ile birlikte ilk kriter olarak kabul etmişti. Ancak 2001 İlerleme Raporunda, ülkelere gelen tepkiler üzerine, her ülkenin dolaysız vergi uygulayıp uygulamama ve uygun bir oran belirleme hakkına sahip olduğu ve bu ilk ilkenin vergi cennetlerinin karakterini yansıtmakta yetersiz olduğu kabul edilmiş ve tanım kriterlerinden çıkarmıştır. (OECD, **The OECD’s Project On Harmful Tax Practices: The 2001 Progress Report**, 14 Kasım 2001’de OECD Konseyine sunu-

ülkenin etkin bir şekilde bilgi alışverişine yanaşmaması, diğer ülkelerin vergi idarelerine karşı katı gizlilik kuralları uygulaması, (2) yasal mevzuat ve idari uygulamalarla ilgili bir şeffaflığın bulunmaması, ve (3) esas faaliyetlerin bu ülkede olmayıp sadece vergi teşvikleri nedeniyle yatırımların bu ülkeye akması.

Ancak konuyla ilgili bir çok sorunun hala çözülemediğini belirtmek gerekir. Sözgelimi yukarda da bahsedildiği ve OECD'nin de kabul ettiği gibi tanımlar üzerinde dahi hala tam bir uyuşmaya varılmış değildir²⁰. Sorunların çözümü için çok taraflı bir konsensüs gereği hala varlığını korumakla birlikte, ülkelerin ulusal çıkarları açısından farklı noktalarda bulunmaları bu çabaların önünde en önemli engel olarak durmaktadır²¹.

Çokuluslu Şirketlerin Vergilenmesi ve Transfer Fiyatlaması

Çokuluslu şirketlerin vergilendirilmesiyle ilgili problemler genel olarak; yabancı yatırımların biçimi, yer seçimi ve hacmi üzerine uluslararası vergi farklılıklarının etkisi (tarafsızlık); yurtdışında gelir elde eden mükellefle ülkede gelir elde eden mükellefe –vergileme açısından- eşit muamele (mükellef eşitliği); ülkeler arasında vergi gelirlerinin adil paylaşılması sorunu; gelişmekte olan ülkelerde yatırımları çekmeye yönelik vergi teşvikleri sorunu; uluslararası çerçevede vergi kaçırma problemi olarak sıralanmaktadır²². Küreselleşme ile bağlantılı olarak ele alındığında, çok farklı vergi idare alanlarında faaliyet göstermekte olan –ve kimi zaman küreselleşmenin simgesi olarak da görülen- çokuluslu şirketlerin vergilenmesinde yaşanan sorunlar daha da derinleşmektedir.

Gelişmekte olan ülkeler açısından özellikle önemli husus, çokuluslu şirketlerin yatırımlarını çekmek için -vergi rekabeti çerçevesinde de değerlendirilmesi gereken- kullanılan vergi enstrümanlarıdır²³. Gelişmekte olan ülkeler açısından

lan rapor. www.oecd.org) Aslında bu husus konu hakkında ülkeler arasındaki tartışma ve mücadeleleri yansıtmaya açısından önemlidir.

- 20 1998 Raporuna Belçika, Portekiz, Lüksemburg, İsviçre gibi ülkeler çekimser kalmışlar, itiraz bildirmişlerdir. Ayrıca vergi cennetlerini tanımlamaya ilişkin “esas faaliyetin bu ülkede olmaması” kriterine de çeşitli itirazlar bildirilmiştir.
- 21 Çok taraflı bir uzlaşmanın gereği, çoğunlukla “tutuklunun çıkmazı” (prisoner’s dilemma) ikilemiyle açıklanmaktadır. Eğer bir ülke vergi oranlarını düşürürse daha çok yatırım çekecek ancak bütün ülkeler böyle yaparsa bir yandan vergi gelirleri azalırken diğer yandan yatırımları etkileme kabiliyetleri de azalacaktır. (Kenneth P. Thomas, “The Politics of an Emergent Global Regime for Controlling Tax Competition”, **Policy Studies Journal**, Vol: 30, No:2, 2002, s.271)
- 22 Peggy B. Musgrave, “International Tax Differentials for Multinational Corporations: Equity and Efficiency Considerations”, içinde: **Tax Policy in The Global Economy: Selected Essays of Peggy B. Musgrave**, Cheltenham: Edward Elgar, 2002, s. 98-101.
- 23 Çokuluslu firmaları çekmek üzere kullanılan vergi enstrümanı tipi ülkelere göre farklılık göstermektedir. Örneğin genelde gelişmekte olan ülkeler vergi tatilleri, ithalat vergisi

(gerek yetersiz tasarruf oranlarıyla, kalkınabilmek için yabancı direkt yatırıma duydukları ihtiyaç, gerek yine benzer gerekçelerle ödemeler dengesinin finansmanında çokça uluslararası finansal fonları kullanmaları nedeniyle) yatırımlara sağlanan teşvikler ve bu teşviklerin etkileri önemli hale gelmektedir. Ancak başta vergi rekabeti de yatırımların vergi oranlarına duyarlı olduğu varsayımına dayanmaktadır. Kuşkusuz çokuluslu firmaların bir diğer ülkeye yatırım yapmasında vergileme konusu tek başına belirleyici bir unsur değildir. Bir ülkeye yatırım yapma kararı doğal kaynakların varlığı, siyasal ve ekonomik istikrar, mevzuata ilişkin şeffaflık, ekonomik ve vasıflı işgücünün, altyapı ve bankacılık, finansal sistem, iletişim, ulaştırma gibi yapısal sistemlerin varlığı gibi faktörlere de bağlıdır²⁴.

Yapılan çalışmalarda vergi teşviklerinin yabancı yatırımların yer seçimi kararlarını ve hacmini etkilediğine ilişkin bir çok kanıt sunulmaktadır²⁵. Ancak bu etkinin boyutu başta kullanılan vergi enstrümanına, çokuluslu şirketin yapısına (örneğin vergi politikaları, çok fazla ülkede faaliyet gösteren ya da daha mobil firmalar için daha önemlidir) ve ana ülkeyle faaliyet gösterilen ülkenin vergi sistemleri arasındaki ilişkiye (burada dışarıda ödenen vergilerin ana ülkede indirilip indirilmemesi, ana ülkenin vatandaşların dünya çapında elde ettiği geliri mi, yurt içi geliri mi vergilediği önemli bir husustur) bağlı olduğu görülmektedir²⁶.

Diğer yandan küreselleşme, bu tür şirketlerin vergiden kaçınma (veya kaçırma) imkanlarını (gerek transfer fiyatlaması, gerek borç yapılarında yaptıkları oynamalarla) daha etkin ve daha yeni şekillerde kullanma olanağını artırmıştır. Bir yandan ulusal ekonomilerin ve finansal piyasaların bütünleşmesi, diğer yandan ülkeler arasındaki vergi rekabeti ve sermayeye sağlanan kolaylıklar çokuluslu şirketlerin vergilenmesinde ülkeler için endişe kaynağı olan birçok sorunu da beraberinde getirmektedir. Özellikle firma içi ticaret ve transfer fiyatlaması bu

muafiyetleri gibi enstrümanlar kullanırken, sanayileşmiş batı Avrupa ülkelerinde yatırım kolaylıkları ve hızlandırılmış amortisman gibi metodlar kullanmaktadır. (Jacques Morisset ve Neda Pirnia, "How Tax Policy and Incentives Affect Foreign Direct Investment", **The World Bank Policy Research Working Paper** No: 2509, December 2000, s. 3)

24 Vito Tanzi ve Howell H. Zee, "Tax Policy for Emerging Markets: Developing Countries", **IMF Working Paper** WP/00/35, March 2000, s.24 vd. Tanzi ve Zee bu açıdan vergi teşviklerinin de önemli bir unsur olmakla birlikte yabancı yatırımcı için değerinin muğlak olduğunu, özellikle yatırımcının ülkesinde teşviklerin indirilip indirilmemesi ve çifte vergilenmesi gibi unsurların vergi teşvik ve kolaylıklarının değerini azaltabileceğini belirtmekle birlikte, sözkonusu olan başıboş olarak ifade edilen ve çoğu zaman spekülasyon olan sermaye akımları olduğunda vergi sisteminin önemi daha belirgin olmaktadır.

25 James R. Hines, Jr, "Lessons from Behavioral Responses to International Taxation" **National Tax Journal**, Vol. 52 No:2 (June 1999), s. 318

26 Jacques Morisset ve Neda Pirnia, a.g.e., s.22-23

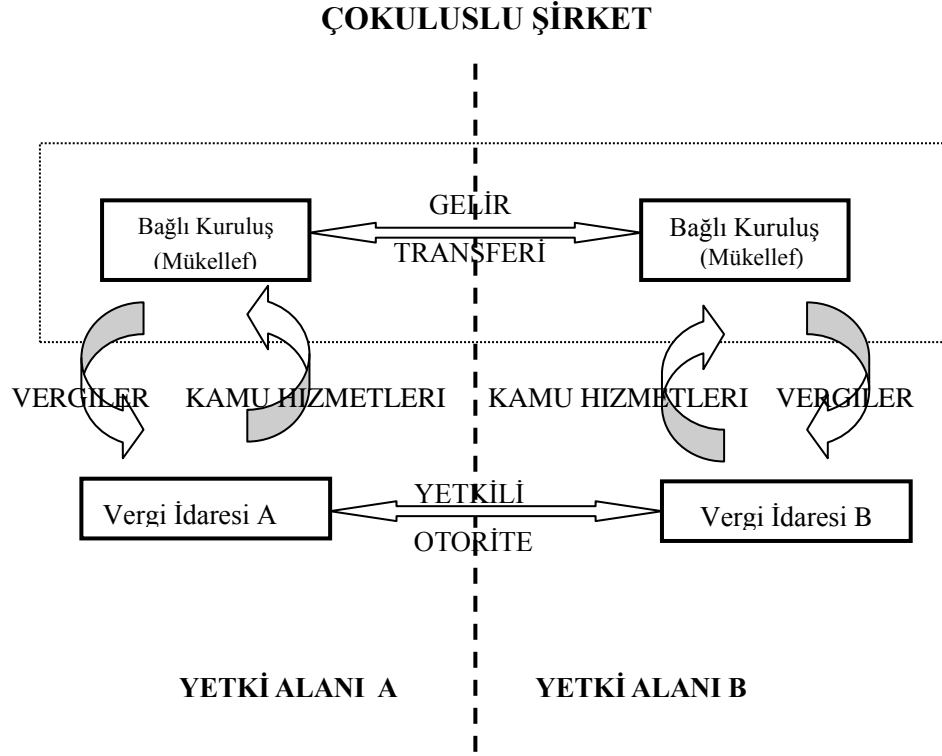
tür şirketlerin vergilendirilmesiyle ilgili, (firma içi ticaretin hacmini büyüklüğü ve doğurduğu vergi kayıplarının boyutu doğrultusunda) temel ilgi alanlarından biridir.

Çokuluslu şirketlerin²⁷ vergi yükünü azaltmak amacıyla karlarını yüksek oranlı vergilerden kaçırıp düşük oranlı vergilere yönelmek için fiyatları manipule etmeleri, bu amaçla firma içi ticareti ve transfer fiyatlarını kullanmaları çokça görülen ve ülkeler tarafından çokça şikayet edilen bir husustur. Örneğin çok uluslu bir şirket, yüksek vergi oranı olan bir ülkedeki bağlı şirketine yüksek fiyatla mal satarak veya düşük fiyatla mal alarak bu firmanın karını ve ödeyeceği vergiyi azaltabilmektedir. Uluslararası şirketlerin transfer fiyatlaması yoluyla kaynaklarını ülkeler arasında ve bazı ülkeler aleyhine yeniden dağıtmasının, ilgili ülkelerde milli gelir, işsizlik, tüketici fiyatı, üretim girdileri fiyatı ve ödemeler dengesi gibi ekonomik değişkenler üzerinde olumsuz etkilere neden olacağı²⁸, devletleri bir yandan küresel şirketlerin vergilenmesinden adil pay almalarını engellerken, diğer yandan çokuluslu şirketlerin çifte vergilenmesine yol açabileceği ileri sürülmektedir. Sonuçta şirketlerin, böyle bir yolla kamusal hizmetlerden yararlanırken, ülkelerin kamu hizmetlerinin finansmanına katılmamaları önemli bir adaletsizlik sorunudur. Dünya ticaretinin %60'ından fazlasının çokuluslu şirketlerin kendi içinde gerçekleştiği²⁹ göz önüne alınacak olursak konunun önemi daha da açık hale gelecektir.

27 Aslında transfer fiyatlaması sorunu sadece büyük şirketlere mahsus değildir. Sorunu ortaya çıkaran esas unsur birden fazla vergileme yetki alanında bir şirketin değişik bölümlerinin bulunmasıdır. Şirket, birimleri arasında alıcı-satıcı ilişkisi çerçevesinde vergi yükünü asgari kılacak fiyatlar belirlemektedir. Ancak küreselleşme ve büyük çok uluslu şirketlerin muazzam miktarlarda mal/hizmet transferi ile konu daha önemle ortaya çıkmaktadır. (William K. Carter ve M. David, "The Problems of Transfer Pricing", **Journal of Accountancy**, Vol. 186 Issue:1, July 1998, s.37)

28 TOBB , **Vergilemede Global Eğilimler: AB ve Türk Vergi Sistemi**, TOBB Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara: Mayıs 2001, s.22.

29 John Neighbour, "Transfer Pricing: Keeping It Arm's Length", **OECD Observer**, Jan. 2002, s. 29



Tablo: Çokuluslu şirketlerde transfer fiyatlaması, gelir transferi ve vergi idaresi ilişkisi: Çokuluslu şirketler her biri farklı bir ülkenin vergi mükellefi olan bağlı kuruluşları arasında vergi oranlarını dikkate alarak ve transfer fiyatlarını kullanarak gelir transfer etmektedir. Böylece her bir bağlı kuruluş kamusal hizmetlerinden yararlandığı idareye uygun ve doğru miktar vergi ödememekle bir “free rider”(bedava kullanıcı) sorunu da doğurmaktadır ki sorunun çözümü idareler arasında bir eşgüdümü gerekli kılmaktadır.

Transfer fiyatlandırmasını ele alan ilk yasal düzenlemeler hem dünya çapında faaliyet gösteren büyük çok uluslu şirketlere, hem de federal yapıdan dolayı farklı vergileme yetki alanlarına sahip olan ABD’de yapılmıştır³⁰. OECD de

³⁰ OECD yaklaşımının da esasını teşkil eden “emsallere uygunluk ilkesi” de, transfer fiyatlandırmasının belirlenmesine yönelik olarak belirlenen yöntemler de evvela ABD’de uygulanmaya başlanmıştır. (Transfer fiyatlamasına ilişkin yasal düzenlemelerle ilgili ayrıntılı bir inceleme için bkz. Tuncay Kapusuzoğlu, “Transfer Fiyatlamasına İlişkin Olarak ABD’de Yapılan Yasal Düzenlemeler (I)”, **Vergi Dünyası**, Sayı: 214, Haziran 1999, ss. 57-70 ve “Transfer Fiyatlamasına İlişkin Olarak ABD’de Yapılan Yasal Düzenlemeler (II)”, **Vergi Dünyası**, Sayı: 215, Temmuz 1999, ss. 89-108)

konuyla ilgili uluslararası bir uyum sağlayıp, çok taraflı bir anlaşmaya varabilmek ve sorunları çözebilmek için 1995 yılında bir rehber yayınlamıştır ki diğer ülkeler tarafından da bu rehber esas alınmaktadır. OECD'nin transfer fiyatlandırmasına ilişkin temel yaklaşımını "emsallere uygunluk ilkesi" (arm's length principle)³¹ teşkil etmektedir. Bu ilke çerçevesinde transfer fiyatlarının revize edilmesinde bir çok yöntem önerilmektedir. Ancak "emsallere uygunluk ilkesi"nin uygulandığı piyasa tabanlı yöntemlere ilişkin eleştiriler de bulunmaktadır³². Zaten OECD'de ilkenin uygulanmasının kolay olmadığını, makul transfer fiyatlarının belirlenmesinin zaman alabileceğini ve kimi zaman mümkün olmayabileceğini kabul etmektedir³³. Yine de çok uluslu şirketlerin işlemlerinin denetlenmesi ve suiistimallerin yol açtığı vergi kayıplarının önlenmesi ve çok taraflı kabul görebilecek ilkeler bütünü sağlamaya yönelmesi açısından önemli ve şimdilik küresel anlamda tek kayda değer çabadır.

Konunun gelişmekte olan ülkeler açısından ayrıca önemli bir tarafı, çok uluslu şirketlerin transfer fiyatlamasını suiistimal ederek döviz kontrollerinden kurtulmakta ve vergisiz bir şekilde kârlarını ana ülkeye nakletmekte kullanıyor olmalarıdır. Gelişmekte olan ülkelerde son dönemde yapılan ticari liberalizasyon reformları bunu daha da kolaylaştırmaktadır.

Elektronik Ticaret

İnternet ve elektronik ticaret alanında yaşanan teknolojik gelişmeler, bir yandan geleneksel biçimden farklı ürünler (fiziksel olmayan dijital ürünler) ve geleneksel olandan farklı bir dağıtım kanalı ortaya çıkarması, diğer yandan buna da bağlı olarak vergi idaresi açısından mükellefin kimliğinin tesbiti, vergilemeyi

31 OECD Model Vergi Anlaşmasının 9. maddesinde açıklanan bu ilkeye göre; transfer fiyatları aynı kurumsal yapının bir parçası olarak değil, gerçekten bağımsız iki kuruluş arasında olması gereken gibi tesbit edilmelidir.

32 Buckley ve Hughes, OECD yaklaşımının uygulanmasının çok güç olduğunu, şirketler ve işlemler hakkında muazzam bir dokümantasyon gerektirdiği, transfer fiyatlarını belirlemede kullanılan metodlar, dokümantasyon ihtiyacına yaptığı vurgu, emsallere uygunluk sağlamak için karşılaştırılabilir işlemler ve şirketler olduğu varsayımı, anlamı belirsiz kalan bir fonksiyonel analiz ifadesi ile Batı/Avrupa düşüncesinin bir yansıması olduğunu ileri sürmekte, hipotetik örneklerle bu yaklaşımın pratik ve teorik zorluklarını göstermektedir. (Peter J. Buckley ve Jane Frecknall Hughes, "Transfer Pricing and Economic Functions Analysis: The Japanese Paradigm" *Applied Economics*, Vol 30, Issue 5, May 1998, s. 624). Lebowitz ise emsallere uygunluk ilkesinin uygulanamazlığıyla ilgili deliller ileri sürmekte, ilkenin iktisadi açıdan mantıkdışı ve yapısı itibarıyla uygulanamaz olduğunu, belli bir deneyim sonucunda yetersizliğinin görüleceğini ve daha basit ve daha dolaysız araçlara yerini terk edeceğini ileri sürmektedir. (Brian E. Lebowitz, "Transfer Pricing and the End of International Taxation", [www. tax.org/text/international/International_reading/International_Readings_frames.htm](http://www.tax.org/text/international/International_reading/International_Readings_frames.htm).)

33 John Neighbour, a.g.e, s. 3

yapacak idarenin belirlenmesi, vergi konusu ve mükellefle ilgili kayıtların izlenmesi (yazılı evrak, imza, mühür, fatura, fiş vs. bulunmaması dikkate alındığında) ve verginin toplanması gibi konularda önemli sorunlar doğurmaktadır.

Ülkeler açısından sorun, bu yeni ekonomik çevrenin ve bu çevrede ortaya çıkan gelir ve karların mevcut vergi kanunları çerçevesinde nasıl sistem içine alınacağı veya eğer değiştirilecekse nasıl bir yeni sistem ortaya konulacağı³⁴ ve en azından bu geçiş sürecinde vergi matrahının erimesiyle ortaya çıkacak gelir kayıplarının mali etkisi ve nasıl telafi edileceği konuları üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Tüketim vergileri açısından ana sorun verginin hangi idare tarafından uygulanacağıdır. Geleneksel tüketim vergileri tüketiciden perakendeci tarafından tahsil edilmekteyken, internet ara toptancıları ve yerel perakendecileri ortadan kaldırmakta (gerçi internet servis sağlayıcıları, bankacılık ve ödeme sistemi sağlayıcıları ve kredi kartı şirketleri, telekomünikasyon şirketleri potansiyel yeni araçlar olarak ortaya çıkmakta) ve kullanıcının bölgesini belirlemeyi güçleştirmekte, satıcı bir idari bölgedeyken tüketici başka bir bölgede olmaktadır³⁵.

Gelir vergisi açısından ise, ülkeler arasında web tabanlı gelirlerin nasıl değerlendirileceği, hangi vergi rejimine tabi tutulacağı hala belirsizlikler taşıyan bir konudur. Vergileme tekniğinin temel unsurları olan, ticari faaliyetin belirlenmesinden, elde edilen gelirin niteliğinin (ticari kazanç mı yoksa royalti olarak mı değerlendirileceği), mükellefiyetin ve matrahın saptanmasına kadar bir çok alanda boşluklar bulunmaktadır³⁶. Gelirin dolaysız vergilemesiyle ilgili olarak, OECD Model Anlaşmasının 5. maddesinde de yer alan “daimi işyeri”nin tesbiti elektronik ticaretin vergilenmesinde temel sorunlardan biridir. Siberboşlukta daimi olarak nitelenecek bir işyerinin belirlenmesi önemli güçlükler taşımaktadır³⁷.

34 Hughes ve Glaister, bu hususu yuvarlak bir deliğe (vergi sistemi) çakılmaya çalışılan bir kare çivi (e-ticaret) olarak nitelemekte ve konu hakkındaki görüşleri ya deliğin birazcık kare haline getirilmesi veya “kare”nin tanımının biraz düzeltilmesi şeklinde sınıflamaktadır. Ayrıca yeni kanunların bu mali kaosa çözüm olmaktan ayrı, zeki (ya da ahlaksız) mükelleflerle kullanılmaya müsait bir çok boşluk da ortaya koyacağına işaret etmektedir. (Jane Frecknall Hughes ve Keith Glaister, “Elektronik Commerce and International Taxation: A Square Peg in a Round Hole?”, **European Management Journal**, Vol: 19, No: 6, 2001, s.657

35 Susanne Teltscher, “Electronic Commerce and Development: Fiscal Implications of Digitized Goods Trading”, **World Development** Vol: 30, No: 7, 2002, s.1142

36 TOBB, a.g.e., s.17

37 OECD ülkelerinde genelde, eğer bir daimi işyeri belirlenmişse kaynak esaslı (source-based) yani ekonomik faaliyetin bulunduğu idarede, aksi halde ikamet esaslı (residence-based) yani kişinin veya kurumun uyruğunun vergi idaresince vergileme yapılmaktadır.

Artan bir hızla genişleyen elektronik ticaretin, ülkelerin vergi yapılarına, gelişmişlik düzeylerine bağlı olarak farklı düzeylerde olmak üzere vergi matrahının erimesine ve vergi gelirlerinin kaybına neden olacağı endişesi bir çok yazar tarafından paylaşılmaktadır. Özellikle tüketim vergileri açısından e-ticaretin tüketicilerin satınalma davranışlarını ve tüketicimin yerli ve yabancı satıcılar arasında dağılımını değiştireceği dikkate alındığında toplam gelirleri içinde tüketim vergilerinin ağırlık taşıdığı ülkelerde sorun doğuracağı söylenebilir. Bu açıdan vergi sistemi ağırlıklı olarak KDV gibi satış vergilerine dayanan AB ve çoğu gelişmekte olan ülke için durum daha ciddidir. Halbuki elektronik ticarete net ihracatçı olan ABD vergi sistemi açısından da ağırlıklı olarak gelir vergilerine dayanmaktadır. Gelişmekte olan ülkeler açısından ayrıca ithalat ve gümrüklerden alınan vergi ve sair yüklerden (ki bunlar bu ülkeler için hem önemli bir politik enstrüman hem önemli bir gelir kaynağıdır) kayıplar da önemli bir sorundur³⁸. Tüketim ve gümrük vergilerinde yaşanan kayıplar gelişmekte olan ülkelerde bir yandan zaten güçlükler içinde olan bütçe dengesini sarsarken, diğer yandan gelir azalışlarının etkisini gidermek için girişilecek çabalar (dolaylı vergilemenin artırılması gibi) vergi adaletini daha da bozacaktır. İnternet üzerinden alış-veriş yapanların genelde yüksek gelirli kişiler olduğu ve internetin vergilenmesinde yaşanan güçlükler ve vergi kaçırma imkanlarının bolluğu dikkate alındığında vergi adaleti sorunu daha belirgin olacaktır³⁹. Bu ülkelerin elektronik ticarete payının çok düşük olduğu ve üstsel bir hızla da arttığı dikkate alındığında ilerde gelir kayıpları ve ticari denge sorunları gelişmekte olan ülkeler için daha da ciddi olacaktır.

Sonuçta eletronik ticaret (dijital ürün ve hizmetler bağlamında) özellikle internet üzerinden yürütülen finansal işlemler ve offshore bankacılıkla birlikte ele alındığında vergileme alanında küreselleşmeyle ortaya çıkan en önemli sorun-

Çifte vergilemeyi önlemek için de karşılıklı anlaşmalar yapılmaktadır. "Sabit bir iş yeri" ilkesine dayanan uygulamanın taslağı 1963'e kadar uzanmaktadır ve fiziksel bir varlığa esas almaktadır. Dolayısıyla yeni gelişmelere tamamiyle uygun olduğu söylenemez. Bir web sunucu daimi bir işyeri olarak değerlendirilirse, sunucu ve bilgisayar ekipmanlarının düşük vergili ülkelere kayması (ve tabii bu alanda da bir rekabet) da sözkonusu olabilir ki bu noktada dünyanın en çok sunucusunun bulunduğu ABD'yi bu husus endişelendirmekte ve internetin vergilenmesi konusunda minimalist bir tutum almaktadır. (Susanne Teltscher, a.g.e., s.1143-1144)

³⁸ Gelişmekte olan ülkelerin dijital ürün ithalatından payı %18.5 iken ithalattan gümrük gelirlerinin payı %64.5'dur. Ve mutlak rakamlarla gümrük geliri kayıpları gelişmiş ülkelerde 265 milyon\$ iken, bu ülkelerde 600 milyon \$ olarak hesaplanmaktadır (Susanne Teltscher, a.g.e., s.1154)

³⁹ Richard Jones ve Subhajit Basu, "Taxation of Electronic Commerce: A Developing Problem", **International Review of Law Computers&Technology**, Vol:16, No: 1, 2002, s.43

lardan biridir ve bu alanda ki sorunların çözümü farklı öneriler olmakla birlikte⁴⁰, küresel bir koordinasyonu gerekli kılmaktadır.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Sonuçta küreselleşme evvela ortaya çıkardığı yeni sorunlarla, vergi sisteminin yapısını, vergi politikasının rolünü ve dolayısıyla devletin rolünü yeniden biçimlendirmektedir. Küreselleşmenin oluşturduğu veya biçimlendirdiği –ve oldukça da hızlı gelişen- yeni ekonomik ve politik çevre, devletleri de bu değişime ayak uydurmasını gerekli kılmaktadır. Gelişmekte olan ülkeler –belki sorunlarla ilk karşılaşan olduklarından- vergi politikasında ortaya çıkan sorunları çözmek üzere girişimlerde bulunmaktadır. ABD vergi sistemini bu yeni ekonomik çevreye uygun değişiklikler yapmakta, Avrupa Birliği zaten ekonomik birliğin gereği uyumlaştırmaları ve uluslararası bağlayıcı düzenlemeleri gerçekleştirmekte ve OECD konuyla ilgili çok taraflı girişimleri organize etmektedir. Gelişmekte olan ülkeler ise gerek idari kapasitenin yetersizliklerinden gerek iç ekonomik ve politik kısıtlardan dolayı bu gelişmelerin dışında kalmış görünmektedir. Uluslararası kurallar oluşturulurken ülkeler arasındaki çetin çıkar mücadeleleri -OECD düzenlemelerinin müzakerelerinde de görüldüğü gibi- açısından da gelişmekte olan ülkeler dezavantajlı durumdadırlar⁴¹.

Küresel sermaye ve yatırımdan pay kapma yarışı olarak nitelenebilecek vergi rekabeti ise bütün ülkelere zarar veren bir unsur olarak, devletin finansmanında ve etkin ve adaletli bir vergi yapısının önünde bir sorun olarak durmaktadır. Gelişmekte olan ülkeler bütçe dengesizlikleri dikkate alındığında bir yandan gelir ihtiyaçları diğer yandan kalkınmaları için yabancı yatırım ve sermayeye

40 Genel olarak adalet ve etkinlik açısından geleneksel ticaretle elektronik ticaret vergileme açısından aynı şartlarda olması gerektiği, internet vergisinin bir fark doğurmaması gerektiği ileri sürülmektedir. OECD tarafından kabul edilen tarafsızlık, etkinlik, belirlilik ve basitlik, etkinlik ve adalet ve esneklik ilkelerinin elektronik ticaret için de aynen uygulanması gerektiği savunulmaktadır. (Georgi Smatrakalev, “Taxation and Tax Policy in The E-World”, www.ssrn.com., s.9). Bazı yazarlar ise, mevcut vergi sistemine adaptasyonla ilgili pratik zorluklara işaret ederek tamamen internete özgü “bit tax” gibi alternatif öneriler getirmektedir. OECD ve AB’de de tartışılan, BM’nin bir raporunda da anılan bu vergi ile internet kullanıcılarının, veri yayma hacimlerine bağlı olarak vergilenmesi esas alınmaktadır. Ancak ticari amaçlı internet kullanımlarının yanısıra kişisel kullanımlarında izlenmesi sonucunu doğuracağı ve kişilik haklarını zedeleyeceği eleştirilerine maruz kalmaktadır (Hume Papers on Public Policy, “Tax and Internet”, Vol: 7, I: 4, 1999, s.35)

41 Stiglitz, ekonomik konularda yapılan uluslararası anlaşmalarda (Dünya Ticaret Örgütü gibi) özellikle ABD’nin kendi çıkarları doğrultusunda gelişmekte olan ülkelere yaptığı dayatmalarla ilgili bir çok örnek sunmaktadır. (Bkz. Joseph E. Stiglitz, **Küreselleşme: Büyük Hayal Kırıklığı**, çev: Arzu Taşcıoğlu ve Deniz Vural, İstanbul: Plan B Yayıncılık, 2002) Gerçekten örneğin dünya elektronik ticaretinin ve web sunucularının büyük bir bölümünü elinde tutan ABD internetin vergilendirilmemesi hususunda bir uluslararası politika yürütmektedir.

duydıkları ihtiyaç dikkate alındığında bir ikilem karşısındadırlar. Vergi sisteminin uluslararası yatırımın yerleşme kararlarındaki etkisi ile ilgili belirsizlik ve bu konuda diğer ülkelerin vergi politikalarının da önemli bir belirleyici olduğu da göz önüne alınırsa sonucun pek de belirgin olmadığı görülecektir. Ancak sonuçta böyle bir rekabetin bütün ülkeler için net faydasının olmadığı hususunda genel bir uzlaşma sözkonusudur.

Vergi rekabeti başta olmak üzere incelediğimiz tüm uluslararası vergi sorunlarında, henüz kesin çözümler ortaya konulamadığını ve sorunların çözümünün esas olarak çok taraflı bir çabayı gerekli kıldığını belirtmek gerekir⁴². Çünkü küreselleşme artık bir ülkenin diğer ülkelerin vergi sistem ve politikalarını dikkate almaksızın bir vergi politikası belirlemeyi imkansız kılmaktadır ve ülkeler tek başlarına hareket ettiklerinde sorunlar daha da derinleşmektedir. Ülkelerin rekabetçi ekonomik çevrede isteksizlikleri de göz önüne alındığında küresel hale gelmiş bu sorunların çözümü için bütün ülkelerin katılacağı küresel bir çabanın gereği daha da belirgin olmaktadır.

42 Tanzi tarafından yapılan, uluslararası bir hale gelen vergi sorunlarının çözümünün tıpkı diğer uluslararası kurumlar gibi bir “Dünya Vergi Teşkilatı” kurularak mümkün olabileceği önerisi dikkat çekicidir. Diğer yandan her halde uluslararası işbirliğinin gereği ve uluslar arasında bilgi alışverişinin önemi anahtar unsurlar olarak ifade edilmektedir. (Valpy Fitzgerald, “International Tax Co-operation and Capital Mobility”, **Oxford Development Studies**, Vol.30, No.3, 2002, s.261-262)

metinler

bildiri

**REKABETİ SINIRLAYICI ÖNEMİ AZ OLAN İŞBİRLİĞİ
ANLAŞMALARININ TAKİP EDİLMEMESİ HAKKINDAKİ (ALMAN)
FEDERAL KARTEL İDARESİ (BUNDESKARTELLAMT) BİLDİRİSİ
(ÖNEMSİZLİK BİLDİRİSİ).**

Çeviren: Cumhur BOYACIOĞLU*

8 Temmuz 1980

(Bildiri Nr. 57/80, Bundesanzeiger Nr. 133, 23.7.1980)

I.

Küçük ve orta boy teşebbüslerin rekabet içinde buldukları büyük teşebbüslerin büyüklükten kaynaklanan avantajlarını tamamen veya kısmen dengelemeye yönelik verim arttırıcı işbirlikleri, ekonomi açısından gereken güçlendirilmiş yapısal değişiklikler ve uyum zorunluluklarına olan ihtiyaç göz önüne alındığında, rekabet ve ekonomi politikası açısından büyük önem arz etmektedir. Bunlar rekabet yapılarının iyileştirilmesine katkıda bulunabilirler ve rekabet politikası bakımından arzu edilmektedirler. Bu tür işbirlikleri kartel sınırlamaları kapsamına girmedikleri veya kartel idaresi tarafından muafiyet kapsamında değerlendirildikleri taktirde kartel hukuku bakımından tehlikesizdirler. Kartel veya işbirliği yasağı;

- sadece piyasa ilişkilerini hissedilebilir derecede etkilemeye elverişli olan rekabeti sınırlayıcı anlaşma (Vertrag), karar ve uyumlu eylemleri kapsar; bu tür anlaşma ve kararlar özel hukuk bakımından geçersiz olup, uygulanmaları hukuksa aykırılık teşkil eder.

- özellikle küçük ve orta boy teşebbüslerin yaptıkları işbirlikleri açısından, Rekabet Sınırlamalarına Karşı Kanunun (GWB) 5a, 5b paragraflarında yer alan basitleştirilmiş usulle yapılacak soruşturma kapsamının sınırları dışında tutulabilir.

* Araştırma Görevlisi, Selçuk Üniversitesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

II.

Bunun dışında Federal Kartel İdaresi şu ana kadar, takdir yetkisi çerçevesinde (İdari Kabahatler Kanunu § 47 f.1 ve § 37a GWB), rekabetin sınırlanmasına yol açanlar yalnızca küçük ve orta boy teşebbüsler olduğu ve sınırlamanın kapsamına giren pazar payı ve pazar üzerindeki etkisinin çok küçük bulunduğu durumlarda, kural olarak, kartel ve işbirliği yasağına (§§ 1, 25 f.1 GWB) aykırılık nedeniyle para cezası vermediği gibi, § 37a f.1 GWB kapsamında bir yasaklama kararı da almamıştır. Federal Kartel İdaresi bu idari uygulamaya gelecekte de bağlı kalacak ve rekabet sınırlamalarını kural olarak,

- işletme fonksiyonlarının eşgüdümü yoluyla oluşturulmuş işletmeler arası verim artırıcı bir işbirliğinin varlığı,

- sadece küçük bir çevrede yer alan hukuken ve ekonomik olarak birbirinden bağımsız küçük ve orta boy teşebbüslerin katılımı ve

- bu teşebbüslerin pazar toplam payları %5'i aşmaması durumunda, yasal tabyata tabi tutmayacaktır.

Somut olay açısından karar verecek olan Daire bu şartların varlığına rağmen kartel hukuku bakımından tedbir alınması gerektiği kanaatine varırsa, esas olarak objektif yasaklama usulü ile ilgili § 37a GWB hükmünden hareket edecektir. Bu husus, diğer rakiplerin rekabet sınırlaması sonucundaki rekabet pozisyonunun önemsiz olmayacak şekilde kötüleşmesi halinde veya sağlayıcılar ya da alıcılar açısından piyasadaki mübadele şartlarının (fiyatlar, şartlar vb.) kötüleşmesi durumunda da söz konusu olabilir.

Fiyat, miktar ve coğrafi pazarı konu alan anlaşmalar, işletmeler arası verim artırıcı ortak çalışma aracı değildirler. Bu durum özellikle ihaleler çerçevesinde verilecek tekliflerle ilgili olarak yapılan anlaşmalar açısından da geçerlidir.

İlgili pazarın belirlenmesi konusunda Federal Kartel İdaresi şu ana kadar yerleşmiş bulunan uygulamaları sonucunda oluşmuş ilkeleri, özellikle bölgesel kısmi pazarların sınırlanması bakımından da, esas alacaktır.

III.

Federal Kartel İdaresi işbirliği yapan teşebbüslerin talebi üzerine, işbirliği tasarısını, özel bir şekle bağlı kalmaksızın inceleyecektir. Şartlar mevcutsa, özellikle ciroları ve ilgili pazardaki paylarını da içeren işbirliği tasarısı hakkındaki gerekli bilgileri veren teşebbüslere, mevcut belge ve bilgiler ışığında bir müdahalenin gerekli olmadığını bildirebilir; ancak böyle bir bildirim anlaşmaların ve kararların medeni hukuk bakımından geçerliliği üzerinde etkili değildir. Pazar ilişkileri, özellikle ilgili teşebbüslerin pazardaki durumlarını ilgilendirecek şekilde değiştiği takdirde, veya işbirliği yapan teşebbüslerle rekabet edenlerin, bunların sağlayıcılarının ya da alıcılarının pozisyonlarının kötüleştiğini ileri

sürmeleri durumunda, Federal Kartel İdaresi yeni bir değerlendirme yapma hakkını saklı tutar.

Yayın Şartları

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinde pozitif hukuk, hukuk teorisi, uluslararası hukuk, vergi, ekonomi-maliye, siyaset bilimi, siyaset teorisi, kamu yönetimi ve akraba alanlarda, bilimsel nitelikli, özgün, daha önce başka bir yerde yayınlanmamış, yayın hakları devredilmemiş makaleler, araştırma-inceleme yazıları, konferans, seminer, sempozyum gibi bilimsel toplantı metinleri ve bu tür çalışmaların çevirileri ile kısa mevzuat metinleri, Türk veya Yabancı Mahkeme Kararları, karar tahlilleri, tez özetleri ve benzeri akademik çalışmalar yayınlanır.

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi prensip itibarıyla yılda dört sayı olarak yayınlanır. Her sayı için öngörülen yayın ayları sırasıyla, Mart, Haziran, Eylül ve Aralıktır. Her hangi bir sayının yayınında elde olmayan nedenlerle gecikme söz konusu olursa iki ya da daha fazla sayı birleştirilerek yayınlanabilir.

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Hakem heyeti altı farklı Türk üniversitesi öğretim üyeleri arasından seçilmiş bulunmaktadır. Yayın ilkesi gereği, (30.3.2000 tarih ve 5 sayılı Fakülte Yönetim Kurulu Kararı ile genişletilmiş bulunan) Akademik hakem heyeti üyelerinin isimleri gizli tutulmaktadır.

Dergide yayınlanması talebiyle editöre gönderilen eserler hakemin olumlu görüşü alınmaksızın ya da hakem tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. (Yazıların hakeme gönderilmesinde akademik unvanlar dikkate alınmakta, hakemin yazardan daha üst akademik unvana sahip olması ya da eğer aynı unvan söz konusu ise, daha kıdemli olmasına özen gösterilmektedir.)

Dergide yayınlanması istenen yazılar, her sayı için, o sayının yayın Periyodundan en az iki ay önce A4 çıktısı ve .doc (word belgesi) ve .rtf (zengin metin biçimi) türlerinde kaydedilmiş iki ayrı dosya içeren diskette gönderilmelidir.

Dergide yer alan yazılardan doğacak her türlü sorumluluk yazarına aittir.

Yazıların teknik olarak düzenlenmesinde şu hususlara dikkat edilmesi önerilmektedir: a) Yazılar bilgisayar ortamında **Winword** programı kullanılarak **Times New Roman** yazı karakteri, **10,5** punto, **Tek** satır aralığı, **1 cm girintili** paragraf, paragraf arası boşluklar **öncesi ve sonrası 3 nk** olmak üzere **iki yandan hizalı** yazılmalıdır. b) Yazıların sayfa boyutu, A4 kağıt için ayarlanmalıdır. Kural olarak yazılar 25 sayfadan daha fazla olmamalıdır. c) Yazıdaki başlıklar, kullanılan başlık düzeyine uygun olarak Winword menüsündeki (veya araç çubuğundaki) başlık biçimleri kullanılarak (başlık 1, başlık 2, başlık 3 vd.) yazılmalı, **Başlık 1** biçimi sadece yazının ana başlığı (adı) için kullanılmalı, metin içerisindeki diğer tüm başlıklar **Başlık 2** biçiminden başlayarak ayarlanmalıdır. c) Yazar adı yazının ana başlığı altına sağa dayalı olarak Adı SOYADI biçiminde yazılmalıdır. Yazar ismi yanında akademik unvan haricinde hiçbir açıklama yapılmamalı, gerekli olan açıklamalar (yazarın kurumu, görevi, uzmanlık dalı, anabilim dalı vs.) yazar isminden sonra * imi kullanılarak verilecek dipnotta sayfa altında yapılmalıdır. d) Yazıda kullanılacak tablolar, Winword **Tablo** menüsü kullanılarak hazırlanmalıdır. (Ancak zorunlu hallerde **Excel tabloları** da kullanılabilir.) Yazılarda kullanılan görsel materyalin aslı ya da çok temiz bir fotokopisi yazı ile birlikte gönderilmelidir. e) Yazılarda dipnotlar otomatik olarak ve her sayfa altında verilmeli, dipnotların yazımında genel olarak kitaplarda; Yazar Soyadı, Adı (yayın yılı), *Kitap Adı (italik)*, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) Adı Soyadı, Basım yeri, yılı ve sayfa; makalelerde; Yazar Soyadı, Adı (yayın yılı), "Makale Adı" (tırnak içerisinde), *Yayın Adı (italik)*, (Varsa, Editör Adı Soyadı) Cilt, Sayı, Basım yeri, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip atıflarda Yazar soyadı (Yayın yılı) ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir. Dipnotlar, **Times New Roman** yazı karakteri, **9** punto, **Tek** satır aralığı, **0,7 asıllı**, paragraf **sonrası 3 nk** boşluk biçiminde yazılmalıdır.