

1303-6556

**Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**

2014/1

**DOÇ. DR.
MELİKE BATUR YAMANER'İN
ANISINA ARMAĞAN**

Cilt I

Hakemli Dergi

Galatasaray Üniversitesi Yayını No : 79
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi No : 58

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Bilimsel Hakemli Dergidir.

Bu esere ilişkin olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan haklar saklıdır. Burada yer alan makalelerde ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir. Yayın Kurulu, makalelerde ileri sürülen görüşlerden dolayı herhangi bir sorumluluk üstlenmemektedir.

YAYIN KURULU

Doç. Dr. S. Anlam ALTAY (Başkan)

Yard. Doç. Dr. Mehtap İPEK İŞLETEN

Araş. Gör. Dr. Özen ÜLGİN

Yard. Doç. Dr. Mehmet KARLI

Araş. Gör. Fatma Gül KARAGÖZ

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısı 2015 yılının Nisan ayında yayımlanmıştır.

ISSN : 1303-6556

Dizgi/Mizanpaj : Beta Basım A.Ş.

Baskı - Cilt : Yazın Basın Yayın Matbaacılık Trz. Tic. Ltd. Şti.
(Sertifika No: 12028)

İkitelli Çevre Sanayi Sitesi 8. Blok No: 38-40-42-44

Başakşehir/İSTANBUL 0212 565 01 22 - 0212 565 02 55

Kapak Tasarımı : Gülgonca ÇARPIK

Beta BASIM YAYIM DAĞITIM A.Ş.

Narlıbahçe Sokak Damga Binası No: 11 (Sertifika No. 16136)

Cağaloğlu - İSTANBUL

Tel : (0-212) 511 54 32 - 519 01 77

Fax: (0-212) 511 36 50

www.betayayincilik.com

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

Çırağan Caddesi, No. 36, Ortaköy 34357 İSTANBUL

e-posta: dergigsu@gmail.com

DANIşMA KURULU

Prof. Dr. Cemal Bali AKAL (İstanbul Bilgi Üniversitesi)

Prof. Dr. Baki İlkay ENGİN (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Korkut KANADOĞLU (Özyeğin Üniversitesi)

Prof. Dr. M.Turgut ÖZ (İstanbul Kültür Üniversitesi)

Prof. Dr. Oktay UYGUN (Maltepe Üniversitesi)

HAKEM KURULU

Prof. Dr. Cemal Bali AKAL

Prof. Dr. Zehreddin ASLAN

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK

Prof. Dr. Baki İlkay ENGİN

Prof. Dr. Korkut KANADOĞLU

Prof. Dr. Hasan KÖNİ

Prof. Dr. Tekin MEMİş

Prof. Dr. Akif Emre ÖKTEM

Prof. Dr. Mehmet Tevfik ÖZCAN

Prof. Dr. Pervin SOMER

Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAG

Prof. Dr. Necmi YÜZBAşIOĞLU

Doç. Dr. Ali Ekrem AKARTÜRK

Doç. Dr. Anlam ALTAY

Doç. Dr. şule ÖZSOY BOYUNSUZ

Doç. Dr. Faruk Kerem GİRAY

Doç. Dr. Ali YEşİLIRMAK

Yard. Doç. Dr. Demirhan Burak ÇELİK

Yard. Doç. Dr. Reyda ERGÜN

Yard. Doç. Dr. Hasan Atilla GÜNGÖR

Yard. Doç. Dr. Mehmet KARLI

Yard. Doç. Dr. Elif KÜZECİ

Yard. Doç. Dr. Zeynep Ceren PİRİM

Dr. Süheyla Balkar BOZKURT

Dr. Özen ÜLGİN



Doç. Dr. Melike BATUR YAMANER



Doç. Dr. Melike BATUR YAMANER

Özgeçmişi

28.09.1969 tarihinde İzmir’de doğmuştur. Galatasaray Lisesi’nde başladığı ortaöğrenimine, Ecole Française de Francfort (Almanya) devam etmiş ve Saint-Michel Fransız Lisesi’nde tamamlamıştır. 1992 yılında İstanbul Hukuk Fakültesi’nden mezun olmuştur. 1993 yılında Nottingham Üniversitesi’nde “The Israeli-Palestinian Conflict” başlıklı yüksek lisans tezini Dr. Nigel White danışmanlığında tamamlamıştır. 1994-1995 tarihleri arasında avukatlık stajını yapmıştır. 1994-2001 yılları arasında İletişim Fakültesi’nde araştırma görevlisi olarak çalışmıştır. 1999 tarihinde Robert Schumann Vakfı Doktora Araştırma Bursunu almıştır. 2001 yılında “Uluslararası Hukukta Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu” başlıklı tezini de Prof. Dr. Süheyl Batum danışmanlığında tamamlamıştır. 2006-2007 tarihleri arasında Maison Fondation des Sciences de l’homme Araştırma Bursunu almıştır. 2001-2008 yılları arasında Genel Kamu Hukuku’nda Yardımcı doçent olarak çalışmıştır. 2009 yılında “Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması” başlıklı teziyle doçentlik ünvanını almıştır. 2009 yılından itibaren Genel Kamu Hukuku Bölüm Başkanı ve Dekan Yardımcısı olarak görev yapmıştır.

Uzmanlık alanı, uluslararası insan hakları hukuku ve insancıl hukuk olup verdiği dersler: “İnsan Hakları”, “İletişim Hukuku”, “Kamu Hukukuna Giriş”, “İletişim Hukuku”, “Siyasi Düşünceler Tarihi”, “Hukukun Temel Kavramları”, “Uluslar arası İnsancıl Hukuk”, “İfade Özgürlüğü”, “İletişim Hukuku”, “BM İnsan Hakları Komitesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”dür.

BİLİMSEL ÇALIŞMALARI

1. Kitaplar:

-Kitle İletişim Özgürlüğü, (Prof. Dr. Özden Cankaya ile birlikte), Turhan Yayınevi, 2006; 2012.

-Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması, Arıkan Basım Yayın, 2007.

2. Makaleleri

- “National Security and the Freedom of Expression: An analysis of the Turkish cases brought before the European Court of Human Rights”, Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, sayı: 3, 2001, s.135-147.
- “Principle of Distinction Between Civilians and Combatants in International Humanitarian Law and Its Application in the Recent Iraqi Conflict”, Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, sayı:1-2, 2002, s.27-39.
- “İnternet Aracılığıyla Yayınlanan İrkçi Söylemlerin Yasaklanması”, Yıldızhan Yayla'ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, sayı: 4, 2003, s.559-566.
- “Uluslararası Adalet Divanı ve Güvenlik Duvarı” Güncel Hukuk, Aralık 2003.
- “Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin Tanıklıktan Çekinme Konusunda İki Önemli Kararı: Simic ve Brdjanin”, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, sayı: 5, 2004, s.241-252.
- “Karikatür Krizi ve AİHM Önünde Dine Hakaret Olgusu” (Yard. Doç. Dr. Emre Öktem ile birlikte) Güncel Hukuk, Mart 2005.
- “Amerikan Anayasasının 1. eki Gazetecilere Büyük Jüri Önünde Tanıklıktan Kaçınma Konusunda Bir Ayrıcalık Sağlamakta mıdır? Co-

- lumbia Bölge Temyiz Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Notlar”, Erden Kuntalp’e Armağan, Galatasaray Üniversitesi, 2006, s.427-433.
- “İnsan Hakları Konseyi: Gerçek Bir Değişim mi?”, Güncel Hukuk, Haziran 2006.
 - “AİHM ve Ermeni Soykırımını İnkâr Suçu”, Güncel Hukuk, Kasım 2006.
 - “Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Uluslararası İnsancıl Hukuk”, Erdoğan Teziç’e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, sayı: 5, 2007, s.389-402.
 - “Spinoza’dan Mill’e, Mill’den AİHM’ne İfade Özgürlüğü”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/2, s. 25-46. (Ar. Gör. Birden Güngören ile birlikte).
 - “Les limites de la Critique Admissible Envers le Président de la République: Observations sur l’Arrêt Pakdemirli c. Turquie, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2005/1, 2007, s.273-281.
 - “İnsancıl Hukukun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Uygulanışında İçtihadî Gelişmeler”, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, 2010/1, 2011 s.489-502.
 - “Imprescriptibilité des crimes de guerres: réflexions à partir d’un cas concernant la Turquie, L’homme dans la société internationale”, Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier, sous la coordination générale de Jean-François Akandji-Kombé, Bruylant, Bruxelles, 2013, s.1171-1184. (Doç. Dr. Emre Öktem ile birlikte).

3. Çeviriler

- Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku, Cilt I, Jean-Marie Henckaerts ve Louise Doswald-Beck, çevirmenler: Doç.Dr. Emre Öktem; Doç. Dr. Melike Batur Yamaner, Yard. Doç. Dr. Dolunay Özbek, Araş. Gör. Bleda R. Kurtarcan; Araş. Gör. Mehmet Cengiz Uzun; Av. Abdullah Kaya, Uluslararası Kızılhaç Komitesi ve Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 66, Beta Basım, İstanbul, 2009.
- 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Protokolleri, Yayına Hazırlayanlar: Doç. Dr. Melike Batur Yamaner; Doç. Dr. Emre Öktem; Ar.Gör. Bleda Kurtarcan; Ar. Gör. Mehmet C. Uzun, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları no:42, İstanbul, 2008.

Savaş karşıtı doçente kalabalık uğurlama



Doc. Dr. Yamaner



Doc. Dr. Yamaner için ilk tören Galatasaray Üniversitesi'nde yapıldı.

Dünyadaki çocuk askerler üzerine çalışmalarla bilinen, savaş karşıtı yarınlarıyla tanınan Doç. Dr. Melike Batur Yamaner (42) dün son yolculuğuna uğurlandı. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Yamaner, kanser tedavisi gördüğü İtalya'da 16 Haziran'da hayatını kaybetmişti.

İnsancıl hukuk uzmanıydı

Lisans eğitimini İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde tamamlayan ve İnsancıl Savaş Hukuku alanında uzmanlaşan Doç. Dr. Yamaner, asistan olarak girdiği GSÜ'de 1995 yılından beri çalışmaktaydı. Çocuk askerleri ken-

disine konu edinen ve düzenli olarak bu alanda kapsamlı araştırmalar yapan Yamaner, silahlı çatışmalarda sivillerin korunması gibi farklı konularda da uzman. "Uluslararası insancıl hukuk" biliminin Türkiye'deki sayıdaki temsilcilerinden biri olan Yamaner, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne raporluluk da yapmıştı.

Doç. Dr. Yamaner için dün ilk tören Galatasaray Üniversitesi'nde (GSÜ) düzenlendi. Akademisyenlerin, çalışanların, öğrencilerin ve ailesinin Doç. Dr. Yamaner'i uğurlamak için bir araya geldiği törende GSÜ Rektörü Prof. Dr. Ethem Tolga ve eski rektörlerden Prof. Dr.

Erdoğan Teziç, Yamaner'i anlatan konuşmalar yaptı. Prof. Tolga, Yamaner'in çalışma ahlakı ve arkadaşlarına verdiği değeri anlattı. Prof. Teziç de Yamaner'i "insan-ı kamil" olarak tanımladı. Tören GSÜ Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu, Hukuk Fakültesi öğretim üyeleri Prof. Dr. İliber Ortaylı, Doç. Dr. Emre Öktem, Yrd. Doç. Dr. Serap Amasya da katıldı.

Törenin bitimiyle Yamaner'in cenazesi Bebek Camii'ne götürüldü. Burada öğle vakti kılınan cenaze namazının ardından Asiyan Mezarlığı'nda toprağa verildi.

■ GÖKHAN KARAKAŞ İstanbul

Literatürde kalıcı hale geldi bile

Prof. İliber Ortaylı yazdı: Melike Batur Yamaner'i yeni Türkiye gençliği ve aydınları için model olarak görüyorduk.

En tikanık, dolambaçlı zamanlarda akıl yol göstericiler olur. Akıl yaşta değil, başta. Melike Batur Yamaner bir sorunun karşısında en çok bilgili toplayan, soğukkanlı yol gösteren olurdu.

Ulus ve memleket sevgisi ne yazık ki artık mahalli değerlere sınırlanmış olmuştur; dünyayı bilmek gerekir. Melike sadece Galatasaray Üniversitesi'nin değil, bütün akademik camianın dünyayı tanıyan geniş bilgili çocuklarındandı. Üç dili biyografisine yazacak değil, makalelerinde ve tebliğlerinde rahatça kullanabilecek derecede bilirdi ve bu üçüne rağmen Türkçe işlek ve güzeldi.



Bugünden sonra onu artık s a d e c e anacağız; tatlı, içineleyici ama yaralaymayan üslupları latifeleriyle değil, bilgisi, isabetli muavazesi ve yazdıkları ile... 42'nci yaşında bütün zarafeti ve zekasıyla bulunduğu kuru akademik disiplin ve düzensiz korumak için didirirken güti. Doğrusu herkes onun ümitte uzaklardan geleceğini bekliyordu.

Onu dinlemeye doylanamazdı

Perşembe sabahı hayatımızın vazgeçilmez insanlarından birinin ölüm haberini, biricik kızımın duydum. Hüsrân, ölüm denen ebedi ülkenin soğukluğu bir yastan sonra insana daha da yaklaşıyor; belki de kaçınılmaz olan akıbeti hazırlayan bu gibi kayıplar.

Hiçbir konuyu ısmarlama ve etrafa yaranmak için benimsenen bir üslupla savundugu görülmüştür. Melike topluma ve top- rağına bilimsizce değil, bilgece görgülü bir seçimle bağlı gençlerdendi. Kullandığı dil, dünyalar üzerindeki gözlemleri dinlemekle doylulacak gibi değildi. Saha- sında kaleme aldıkları şimdiden li- teratürde kalıcı olmuştur.

Melike yeni Türkiye gençliği ve aydınları için model olarak gör- düğümüz bir kişiliktir. Bu modelin eksikliğini çok uzun zaman ara- maktan korkarım ve hiç şüphesiz Galatasaray gibi yeni bir tip üni- versitenin yeni kuşağının bu gibi kişiliklerle devam etmesini isterim.

CARŞAMBA 22 HAZİRAN 2011

Genç hukukçunun vedası

İnsancıl hukuk alanına eğilen sayılı uzmanlardan biriydi Doç. Melike Batur Yamaner. İdeal, kızılalın başına geçip insanların yaralarını sarmaktı. Ancak 42 yaşında kansere yenildi

Hasan AY | SABAH

Türkiye'nin insancıl hukuk alanında en çok tanınan hukuk fakültesi olan Galatasaray Üni- versitesi'nde öğretim üyesi Doç. Dr. Melike Batur Yamaner, 42 yaşında kansere yenildi. Bir gün Türk Kanun'un hükmü Yamaner'in en büyük düşüncesi olan insancıl hukuk alanına eğilen sayılı uzmanlardan biriydi Doç. Melike Batur Yamaner. İdeal, kızılalın başına geçip insanların yaralarını sarmaktı. Ancak 42 yaşında kansere yenildi.

insancıl hukuk alanına eğilen sayılı uzmanlardan biriydi Doç. Melike Batur Yamaner. İdeal, kızılalın başına geçip insanların yaralarını sarmaktı. Ancak 42 yaşında kansere yenildi.

2003'TE YAKALANDI

Karşıtının her bir üyesi, 2003'te memle- kete dönüşen Yamaner, eşi Mehmet Ali Yamaner'in de davasında tutuklu olduğu ve akademik çalışmalarına son verdiğini bildirdi. Ancak 2009'da eleştiren Doç. Dr. Yamaner, insancıl hukuk alanına eğilen sayılı uzmanlardan biriydi Doç. Melike Batur Yamaner. İdeal, kızılalın başına geçip insanların yaralarını sarmaktı. Ancak 42 yaşında kansere yenildi.

BİR hayat ölüm

Serap Amasya, "Çok vicdanlı, derin bir insandır. Hukuka meyl ve boyfere alır insanlığı daha fazla yarıncak oluy- yordu. 1969 Cennetinde doğdu. Türkiye'ye ka- dıranın ekşime de giren yamaner" diye konuştu.

İstanbul'da hayatını yitiren Yamaner, 16 Ha- ziran'da hayatını yitirdi. Galatasaray Üni- versitesi'nde öğretim üyesi Doç. Dr. Melike Batur Yamaner, 42 yaşında kansere yenildi.

Yamaner'in yakın arkadaşları Yrd. Doç. Dr. Serap Amasya, "Çok vicdanlı, derin bir insandır. Hukuka meyl ve boyfere alır insanlığı daha fazla yarıncak oluy- yordu. 1969 Cennetinde doğdu. Türkiye'ye ka- dıranın ekşime de giren yamaner" diye konuştu.



Yamaner'i sevenleri uğurladı.

İÇİNDEKİLER

Doç. Dr. Melike BATUR YAMANER Özgeçmişi VII

Cilt I

ANİ YAZILARI

İlber ORTAYLI 7
Melike

Necmi YÜZBAŞIOĞLU 9
İnsancıl Hukukun ve Cumhuriyetin Değerlerinin Yürekli Savunucusu Melike

Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ 13
İçtenlik Üzerine ya da Melike'ye Dair...

Serap AMASYA 15
Arkadaşım Melike'ye

Emre ÖKTEM..... 17
16 Haziran 2011

Birden GÜNGÖREN BULGAN 21
Melike İçin

Gülperi BAYRAK 23
Sevgili Melike Hocam

Ferda Nur GÜVENALP 25
Hocamız Doç. Dr. Melike Batur Yamaner İçin

KAMU HUKUKU

Cemal Bâli AKAL	31
La fin de l’utopie ou la liberté dans la nécessité	
Rıdvan AKIN	59
İttihat ve Terakki Hükümetleri’nin Divan-ı Harb-i Örfi’de Yargılanması ve Malta Sürgünleri (1918–1921)	
Rukiye AKKAYA KİA	121
Post Modern Zamanlarda Machiavelli Okumak	
E. Eylem AKSOY RETORNAZ	127
Mahpus Çocukların Hakları	
Burcu ALKIŞ	139
Anarşist Düşüncede Özgürlük	
Pınar ÇAĞLI	179
İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılmasında Yasallık Koşulu	
Hülya DİNÇER	227
Geçiş Dönemi Adaleti ve Toplumsal Cinsiyet: Kimin İçin Adalet, Kimin Hakikati?	
Birden GÜNGÖREN BULGAN	261
Faydacı ve Tarihçi Hukuk Okulunun İnsan Hakları Eleştirileri	
Nagehan GÜRBÜZ	303
Rawls ve Nozick’in Adalet Teorileri Açısından İnsan Onurunun Değerlendirilmesi	
Fatma Gül KARAGÖZ	325
“ <i>Hester Prynne</i> Gerçekten Yaşadı mı?”	
17. Yüzyıl <i>New England</i> Kolonileri’nde Cinsel Suçlar, Özgürlük ve Kadın	
Bleda R. KURTDARCAN	365
Küçük Kalibreli Askeri Mühimmatın Silahlı Çatışmalar Hukukuna Uygunluğu Meselesi	

İrem LAÇİN	391
Unutulma Hakkı	
Nebile Pelin MANTI	419
İspanyol İç Savaşı (1936-1939) Sırasında Muhariplik Statüsünün Tanınması Meselesi	
Ceren MERMUTLUOĞLU	443
Silahlı Çatışma Halinde İbadet Yerlerinin Korunması	
Emre ÖKTEM	461
Uluslararası Andlaşmanın İmza İle Onay Arasındaki Hukuki Rejimi	
Ezgi ÖZLÜ	505
Askerlik Hizmetine İlişkin Vicdani Ret Hakkı	
Ceren Zeynep PİRİM	537
Hans J. Morgenthau ve Uluslararası Hukuk	
Aslı TOPUKÇU	561
Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunda Sanatsal İfade Özgürlüğü	
Özen ÜLGİN	591
Fransız Anayasa Yargısında Yeni Dönem: Öncelikli Anayasallık Sorunu	
Zeynep Özlem ÜSKÜL ENGİN	621
Toplumsal ve Hukuki Açıdan Kadına Karşı Şiddet	
Şule YILDIZ	639
İnsan Hakları Bağlamında Sigara Kullanımının Sınırları	
Zülfiye YILMAZ	665
Büyük Baraj Projelerinden Kalkınma Yatırımlarına Dünya Bankası Teftiş Paneli	
Cihan YÜZBAŞIOĞLU	687
Ceza Yargılamalarının Disiplin Yargılamaları Bakımından Etkisi	

Necmi YÜZBAŞIOĞLU	717
Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Yeni Yapılanması ve İşleyişi ile Bu Süreçte Anayasa Mahkemesinin Tutumu Üzerine Bir Değerlendirme	

Cilt II

MALİ HUKUK

Hakan ÜZELTÜRK	757
Yeni Gelir Vergisi Kanunu Tasarısı Hakkında Düşünceler	

ÖZEL HUKUK

Süheylâ BALKAR BOZKURT	795
Uluslararası Özel Hukuk’ta Bitmeyen Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi, Uygulaması ve Değerlendirilmesi	

Nilüfer BATUR	863
556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK Kapsamında Tanınmış Markaların Korunması	

Nur BOLAYIR	895
Bir Karar Işığında Asliye Ticaret Mahkemeleri ile Asliye Hukuk Mahkemeleri Arasındaki Görev İlişkisinin Zaman İtibariyle Uygulanması Sorunu	

H. Murat DEVELİOĞLU	909
6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Yer Alan “Ön Ödemeli Satım Sözleşmesi” ile İlgili İsviçre Öğretisinde Yapılan Bazı Açıklamalar ve Bu Açıklamaların Türk Hukuku Açısından Kısaca Değerlendirilmesi	

Mehtap İpek İŞLETEN	927
Aile Konutu Şerhi ve Şerhin İyiniyetli Üçüncü Kişilere Etkisinin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 4.10.2006 Tarihli, E. 2006/2-591, K.2006/624 Sayılı Kararı Çerçevesinde Değerlendirilmesi	

Erhan KANIŞLI	955
Milletlerarası Tahkimde Hakem Kararları	

Başak KARAMAN	1007
<i>Iustinianus</i> 'un ' <i>Institutiones</i> 'i' ve Hukuk Eğitimi Reformu	

İsviçre Federal Mahkemesi'nin Başkasının Arazisine Kendi Malzemesini Kullanarak İnşaat Yapan Kişiyi Kanunî Bir İpotek Hakkı Tanımasına İlişkin 06.12.2007 Tarihli (BGE 134 III 147) Kararı	1069
<i>Çeviren:</i> Fahri Erdem KAŞAK	

Ozan Mert ÖNDEŞ	1073
Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği Kavramı ve Bağımsızlık Kriterlerine Bakış	

Valentin RÉTORNAZ	1131
İlâm Zamanaşımına Türk Borçlar Kanunu md. 153/6'nın Uygulanması	

Fülürya YUSUFOĞLU	1155
Jenerik İlaç ve Jenerik İlaç Ruhsat Başvurusunun Patente Tecavüz Çerçevesinde Değerlendirilmesi	

DOÇ. DR.
MELİKE BATUR YAMANER'İN
ANISINA ARMAĞAN

Cilt I

Anı Yazıları

Melike

İlber ORTAYLI*

Onu her gün özliyoruz. Öğle tatillerinde oturup okul hakkındaki, siyaset hakkındaki haberlerini dinlemeyi, değerlendirmelerini tartışmayı, Dünya politikası ve milletler ve toplumlar üzerindeki sıradan kalıpların dışındaki değerlendirmeleriyle Melike yakın arkadaşlarının hep özleyeceği biri olarak kalacak. Ama asıl ikinci bir Melike vardı; keskin mizahın, çılgın görünüşün arkasında son derece dengeli bir yapı, dışarıyı rahatsız etmeyen bir çalışkanlık, 24 saatini planlı olarak yaşayan, vaktinde görev yetiştiren bir genç alim. Bir Melike vardı; Türkiye üniversitelerinde örneği çok görülmeyen, hukukçuya gereken üç dili en iyi şekilde öğrenen, kaynaklarını günü gününe takip eden, hazırlop sloganlarla değil, hukukçunun titizliğiyle değerlendirme yapan. Bir Melike vardı, ülkesini ve ulusunu seven, çağdaş cumhuriyetin değerlerine gü-rültü çıkarmadan sahip çıkan.

Melike dünyayı bilirdi, her yerde yaşayabilir ve mutlu olabilirdi, ama Türkiye'yi seçmişti. Mecbur olduğu için Türk ve yurtsever değildi. Türkiye'yi, sadece ulusal kimliğiyle değil, severek benimseyen az sayıdaki aydınlardandı. Melike sadık bir dost, vefakâr öğrenci, sevilen ve aranan bir kişilikti. Onun aklına muhtaç olanların yaş tahdidi yoktu. Etrafla yoğun ilgilenen biriydi. Bu onun ilim hayatında da böyledir. Bir konuyu titizlikle etraflıca araştırarak yazmak onun literatürdeki katkılarından bellidir. 42 yıllık kısa ömründe üstelik ağır bir hastalıkla geçirdiği yedi yıla rağmen Melike çalışkan, zekice eleştiren, hem günlük hayatında hem de dostlar arasında mizahıyla tanınan biriydi. Şaşılabilecek şey, Melike erken yatıp erken kalkan biri olduğunu göstermezdi ama yakın dostları onun bir 19. yüzyıl Alman bilgini gibi adeta İmmanuel Kant'ın günlük yaşamı kadar sade ve disiplinli olduğunu bilirler. Meşgul olduğu konular 20. yüzyılın insan hakları ve ırkçılıkla mücadele temelindeydi. Burada

* Prof. Dr. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

siyasi bir sempati sağlama söyleminden çok ciddi hukukçu olduğu herkesin hemfikir olduğu bir konudur.

Melike'yi bilim hayatı da üniversitesi de çok özleyecek. Kısa dekan yardımcılığı döneminde gelecekte üniversitede olgun bir yönetici olacağı görülüyordu. Hayat müsaade etmedi. Bizler onu özlüyoruz ve gençlerin onun gibi olmasını istiyoruz. Çağdaş dünyayı benimseyen, bağınazlıktan uzak, ama sözde özgürlükçülüğün baskılarıyla değil mantıkla hareket eden hukukçu gençlerin içinde Melike gibilerinin olmasını diliyoruz.

İnsancıl Hukukun ve Cumhuriyetin Değerlerinin Yürekli Savunucusu Melike

Necmi YÜZBAŞIOĞLU*

Melike’yi ilk kez 1996 yılında tanıdım. O zaman İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde yeni profesör olmuştum ve “Cumhuriyetin nitelikleri” konulu doktora dersi veriyordum. Dört öğrenci benim dersimi seçmişti. Bunlardan ikisi Melike ve her zaman çok yakın arkadaşı olan Emre Öktem’di. Emre bu yıl profesör oldu, ömrü yetseydi Melike de profesör olacaktı. O yıl bugüne kadar yaptığım en verimli ve keyifli doktora derslerinden birini yaşadım. Hepsı ileride meslektaşım olan bu dört genç akademisyenle her hafta düzenli ders yaptık. Cumhuriyetin niteliklerini aralarında paylaşıp ödev olarak sunum yaptılar. Melike “İnsan haklarına saygılı devlet” ilkesini almıştı. Anlaşılan daha o zaman akademik rotasını çizmişti. Ders içtihadi hukuk ağırlıklıydı ve ödevler doğal olarak Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (Komisyon ve Divan) içtihatlarını da kapsıyordu. O zamanlar İHAM içtihatları Türkiye için yeni sayılırdı. Hepimizde onun verdiği merak, heyecan ve keyif vardı. Her sunumu ikişer hafta tartıştık. Sonunda makale olarak yayımlanabilecek kalitede sunumlar çıktığını iftiharla söyleyebilirim.

Melike ile ikinci yakından karşılaşmamız, dört yıl sonra, 2000 yılında doktora tez savunmasında oldu. Tezin konusu “Uluslararası Hukukta Düşüncüyü Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Sınırlanması Sorunu” idi ve ben de jüri üyesiydim. Belli ki Melike doktora dersinde çizdiği rotada ilerliyordu ve yine İHAM kararları ağırlıklı ve benim de keyif aldığım bir içtihadi hukuk çalışması yapmıştı. Ben de tezini gerçekten keyifle okumuş ve savunmada da keyifle eleştirmiştim. Bundan öğrenci psikolojisiyle doğal olarak alınmıştı o zaman. Aslında kendisine ne kadar değer vermiş olduğumu, bunu bana daha

* Prof. Dr. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

sonra defalarca ifade ettiği üzere, yıllar sonra kendisi de hoca olduğunda idrak edecekti.

Bir yıl sonra, 2001 yılında Melike ile aramızdan ayrılana kadar süren mesai arkadaşlığımız başladı. 2001 yılı Şubat ayında ben öğrenciliğimi ve tüm akademik aşamalarımı 28 yılımı geçirdiğim İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Galatasaray Üniversitesi Hukuku Fakültesine geçmiştim. O günlerde geçmişin burukluğu ile geleceğin heyecanını birlikte yaşıyordum. Melike ise, Galatasaray Üniversitesinin kurucuları arasında yer almış, haklı olarak geleceğe heyecanlı umutla bakan genç bir akademisyendi. Dengeli, seviyeli, makul ve zarif duruş ve davranışlarıyla hemen dikkat çekiyordu. Fakültede ve Üniversitede adeta katalizör gibiydi. Sadece kendi yaşlılarıyla değil gençlerle ve hocalarla da çok iyi ilişkiler kurabilmiş; sevgi ve saygısını herkese dağıtabilmiş ve herkesin sevgi, saygı, güven ve takdirini kazanabilmişti. Genç akademisyenlerle hocalar arasında köprü gibiydi. Doçentliğini büyük sevinç ve coşku ile kutladık.

2008'de dekan olarak görev üstlendiğimde Melike'yi daha yakından tanıma ortamı oluştu. Benim gözümde Erdoğan Bülbul'le birlikte dekan yardımcılığı yapacak en ideal kişiydi ve kendisine bu görevi üstlenmesini teklif ettim. Amansız hastalığını da o zaman öğrendim. Birkaç yıl önce ameliyat olduğunu, düzenli kontrollerini yaptırdığını, bu aşamada her şeyin iyi gittiğini, ancak bir süre daha stresten ve üzüntüden uzak durması gerektiğini söyleyerek bu görevden şimdilik affını istedi. Elbette Melike'nin sağlığı her şeyden önemliydi onu üzmemek, yormak bir yana gözümüz gibi korumalıydık. Ancak, Melike Fakülte ve Fakültenin sorunlarıyla o kadar ilgiliydi, öylesine özdeşleşmişti ki, resmi olmasa da doğal dekan yardımcısı gibiydi. Nihayet, doğum gününü fırsat bilerek ve onu yormayacağımı vaat ederek resmen dekan yardımcısı olarak atadım. Aramızdan ayrılana kadar birlikte çalıştık ve ondan sonra da yerine bir başkasını atamadım.

Melike kariyeriyle kendini kanıtlamış iyi bir akademisyen olmanın yanında çok yönlü üstün niteliklere sahip özgün bir insandı. Kariyerini yaptığı insancıl hukuk onun adeta hücrelerine işlemiş, kimliğine yansımıştı. O insanları sevdiği kadar hayvanları ve doğayı da çok severdi. Duyarlı, özverili, şefkatli, müşfikti. Sorumluluk duygusu yüksekti. Başta laiklik olmak üzere Cumhuriyetin değerlerinin cesur, kararlı, yılmaz savunucuydu. İlişkilerinde makul, ölçülü, dengeli, dikkatli, seviyeli, saygılı ve güven vericiydi. Kendisinden çok öğrencilerin, meslektaşlarının sorunlarını çözmek için uğraşırdı. Konuşmaktan çok dinlerdi; az, öz, yerinde ve etkili konuşurdu. Konuşurken

ve dinlerken karşısındakinin gözünün içine bakardı. Bu özelliği samimiye-
ti, dürüstlüğü, ciddiyeti, kararlılığı ve karşısındakine verdiği değer bir ifa-
desiydi. Düzenli bir hayatı vardı; çalışkan, zeki, saygılı, zarif, güzel insandı
Melike. Ülkemizin ve Fakültemizin ona çok ihtiyacı vardı. Amansız hastalığı
nüksedip 2011 yılında onu aramızdan aldı. Bize de yokluğuna katlanmak ve
onu ölümsüzleştirmek düştü. Umarım bu Armağanla bunu başarabilmişizdir.
Huzur içinde uyu sevgili Melike.

İçtenlik Üzerine ya da Melike'ye Dair...

Ahmet Ulvi TÜRKBAG*

“Aaaa! Rica ederim önce siz buyurun” diyen bu genç ve tatlı kızın kim olduğunu henüz bilmiyordum. Büyük, gösterişli ve ferah dekanlık odasında, genelde ‘kalıplaşmış genç kız’ tavrından farklı ve en önemlisi de bunu hiçbir gösteriş, abartı ve yapmacılığa kaçmadan, tümüyle dostça yapabilenin kim olduğunu merak etmiştim. Bana uzatılan ve ondan sonra gelmeme rağmen, sahibi tarafından bağışlanan çayı aldım. Bu tür ikram değişikliklerine sıcak bakmamakla birlikte karşımdaki bunu öyle doğal bir tavırla, sanki yıllanmış bir dostluğu paylaşıyormuşuz gibi yapmıştı ki, reddetmeyi uygun bulmamıştım. O hoş tesadüf sona ermeden Melike’nin doktora tezine noktayı yeni koymuş ve hocasına göstermeye getirmiş bir akademisyen olduğunu öğrendim. Ancak beni şaşırtan tabii ki bu değildi. Bu daha önce belki hiç görmediğim ya da benzerine pek az rastladığım bir tavır ve kişilikti. *Böyle gerçek bir içtenliği, böyle sade bir doğallığı* görmeme rağmen, insanların birbirlerinden korunmak için özenle inşa ettiği duvarları büyük cesaretle kıran, mevcut sosyal ortamın izin vermediği bu tavrı iddiasızca sürdüren meslektaşına, ilk kez karşılaşmış olsak bile rahatça *arkadaşım diyebileceğim* Melike’ye *hayretle karışık* hayranlık duymamak mümkün değildi!

“İkiz sözleşmeler!” Adaya sorduğu soru hakkında bir ipucu vermeye çalışan Melike ile bu kez de bir yüksek lisans giriş sınavı jüri heyetinde yer almaktayız. Aradan geçen yıllarla birlikte ben de İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ne geçmiştim. Bu değişiklik ilk karşılaşmamızdan yıllar sonra Melike ile beni aynı kurumun iki üyesi yapmıştı. Bu giriş sınavı, şimdi unutulmuş eski sorunların, eski üniversite yapısının, eski hocaların ve eski günlerin artık yaşanmadığını fark ettiğimiz, ama bunu kendimize dahi itiraf edemediğimiz ilginç günlerden biriydi. Her

* Prof. Dr. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Sosyolojisi ve Felsefesi Anabilim Dalı.

ikimiz de olgunlaşmış, hayatı daha farklı görmeye başlamış, en önemlisi geçmişini sorgulamayı sever olmuştuk. Aday, Melike'nin vermeye çalıştığı ipucuna rağmen soruyu bir türlü cevaplayamıyor bir yandan hatırlamaya çalışırken bir yandan da bizim ne istediğimizi keşfetmek üzere soran, biraz da ümit besleyen gözlerle bize bakıyordu. Tam bu ciddi, hatta biraz gergin anda kısık bir ses tonuyla, sanki adaya söylüyormuş gibi "hani bizim doğduğumuz yıllara yakın bir tarihte yapılmış iki BM sözleşmesi" dedim. Tabii ki Melike göndermemi anlamakta gecikmeden, abartılı bir kızgınlıkla, biraz da gülüşünü gizlemeye çalışarak "şimdi bunları karıştırmayalım, ne lüzum var, kapatalım" deyişini hiç unutmadım. Çünkü yine kendi tarzıyla, içtenlikle ve yine açık olarak beni yanıtlamıştı.

"Bonjour Hayri, bugün ne yapacağız?" diyen hayat dolu ve biraz da muzip sesini, şimdi isli ve yer yer yanmış ahşap döşemesinden gün ışığının aydınlatığı Hukuk Fakültesi sekretaryasının önünde duyduğumda Melike bu kez dekan yardımcısı olarak sabahları Hukuk Fakültesi dekanlığının hemen önündeki fakülte sekreterliğini ziyaret etmekteydi. Benim de o sıralarda, aslında tam olarak kimin tarafından çözülebileceğine karar veremediğim, yarı resmi bir sorunum vardı. Bu sorunu Melike'ye açmak ya da açmamak konusunda kararsız olmamın nedeni bunun resmi yoldan çözümlenecek bir sorun olup olmadığından emin olmayışım. Ancak sonunda Melike'ye durumu üstü örtülü olarak anlatmaya karar verdim. Ben daha söze başlamıştım ki, onun durumu anladığını, gerçek bir ciddiyetle dinlediğini fark ettim. Bu tavrına sevinmekle birlikte, onun tam olarak ne yapabileceğini bilmiyordum. Ancak çok ilginç bir şey oldu. Melike doğrudan sorunu sahiplendi ve net bir tavırla bana destek oldu. Bu gerçekten daha önce hemen hiç rastlamadığım bir davranış tarzıydı. Onun, benim sorunumla hiçbir ilgisi yoktu, bu konuda herhangi bir sorumluluğu yoktu, dekan yardımcılığı görevinin kapsamı asla bu denli geniş değildi. Ama o bu desteğinin ve yardımının ardından, beni manevi bir yük altına sokacak en ufak bir tavır takınmadı, sadece her zamanki gibi doğal ve her zamanki kadar içten davranmayı sürdürdü. Çalışma alanımın (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi) da getirdiği ayrıcalıkla kendisi ile bir gün hayat üzerine konuşurken konuyu onun desteğine getirdim, daha doğrusu getirmeye çalıştım. Melike bir kez daha beni şaşırtmayı başardı ve hayranlığımın ne denli nesnel temellere (eğer böyle bir hayranlık mümkünse(!)) dayalı olduğunu gösterdi. Önce beni geçiştirdi ve ardından aslında bu yardımı fazlasıyla hak ettiğime beni bile inandırdı.

Melike'nin içtenliği, bir duygudaşlık kabiliyeti ya da sizi anlama çabası değildi, Melike sizi, kendisi gibi algılayabildiğinden içten davranmak dışında bir seçeneği yoktu!

Arkadaşım Melike'ye

Serap AMASYA*

Melike'yi 1994'te İletişim Fakültesinde asistan olarak çalışmaya başladığı yıllarda tanıdım. O'na, "Yerin Hukuk Fakültesi, niye bize gelmiyorsun ki" dedim. Doktora yeterlilik sınavından geçtiği gündü. O gün Erdoğan Teziç Hoca ile sınavdan sonra karşılaştığımızda, "Melike'nin yeterlik sınavındaydım. Çok başarılı bir sınav verdi. Her zaman karşılaşmadığımız bir başarı" demişti. Ben de "Hocam, onu neden bize almıyoruz" dediğimde, "Tabi ki onu buraya alacağız, o Hukuk Fakültesi için büyük bir kazançtır" diye cevap vermişti.

Erdoğan Hoca haklıydı. Melike hem çok iyi bir hoca hem de çok başarılı bir akademisyen oldu. İnsancıl hukuk ve İnsan Hakları uzmanı olan Melike'ye "Tanıdığım samimi, sahici insan hakları uzmanı bir tek sen varsın" dedim. Çünkü Melike'yi karakterize eden özelliklerinden biri ilkeli ve tutarlı, iyi bir insan ve hakkaniyetli olması idi. Melike gerçekten samimi ve tutarlı bir insan hakları uzmanıydı; pırlanta, elmas gibi değerli taşlara hiç ilgi duymazdı, çünkü o taşlarda onların ışıltısını değil, çocukların kanlarını, gözyaşlarını, yaşanmamış yitik yaşamları görürdü.

Melike'nin iyiliği, merhameti, sadece insanlara değil, tüm canlılara yönelikti. Melike'yi tanıyan bilir. Mahallenin sokak kedilerinin hamisi, koruyucusu, dostu idi. O kedilerin hepsinin birer ismi vardı. Sadece şirinlik olsun diye verilmiş isimler değildi. Aksine, bu isimlendirme başkaları tarafından her an itilip kakılan o kedileri kendi özellikleri ile kişiselleştirmek içindi. Hatırlarım, bir gün "Murat" eve uğramamış, ertesi gün de ortalıkta görünmeyince, Melike günlerce Bebek sokaklarında "Murat"ı aramış, aramaları sonuçsuz kalınca da yasa girmişti. Melike sadece sokak kedilerinin değil, yağmur sonrası ortaya çıkan salyangozların da koruyucusu idi, onları tek tek alıp emin bir yere koyardı.

* Doç. Dr. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Ticareti Hukuku Anabilim Dalı.

Yaşamın güzelliği, detaylarda görülürmüş; Melike detayları fark ederdi.

Yaşam dolu, neşeli, nüktedan idi. Enerjisi o denli güçlüydü ki, değdiği her insanda farklılık yaratırdı. Çok disiplinliydi, hep acelesi hep yapacak işi vardı. Bunun için de hep program yapardı. Her yılbaşında ya da doğum günlerinde Melike, ben, İnci ve Halime bir araya geldiğimizde “Hadi kızlar bu seneki “resolution”larınız nedir, anlatın bakalım derdi”.

Ben ne kadar zamanı har vurup harman savuruyorsam Melike ise zamanını her zaman optimal bir şekilde kullanırdı. Sonunda benim zaman savurganlığıma son verme işini kendisi üstlendi. Beni aldı öyle sürükledi ki, doçentlik başvurumu kendi elleriyle yaptı.

Melike iki sene boyunca dekan yardımcılığı yaptı. İşlerin yürütülmesinde görevlerin dağıtılmasında her zaman adil ve eşitlikçi olmak için maksimum bir özen gösterirdi.

Ve sonunda bedeni çok yorgun düştü; erken yaşta veda etti, içimize içimize dokunan o yumuşak bakışlarıyla gülümseyen gözlerinden bizi mahrum bıraktı; eksik kaldık.

Nurullah Ataç der ki *”Bir insan, onu tanıyan en son insan öldüğünde gerçekten ölmüş olur”*.

Tesellim, O’nun, kıymetli eserleri vasıtasıyla, kendi ömrünü, onu yaşarken tanıyanların ömrünü aşan yıllar boyunca yaşamayı sürdürüyor olacağında.

Seni çok özliyorum arkadaşım.

16 Haziran 2011

Emre ÖKTEM*

16 Haziran, 17:00: Fotoğrafçı bir arkadaşımınla beraber Galata Dominiken Kilisesi'nin eski, muhteşem orgunun resimlerini çekiyoruz. Kusursuz bir mekanik bilgisayar var karşımızda. Beş yılda bir hurdalık olan laptop'larımızın aksine 130 yıldır mükemmel çalışıyor. Kuvvetli bir motorun kaldırıp indirdiği körükler, sayısız ses borusuna hava üflüyor. Peki körükler eskiden nasıl işliyordu? Peder Giuseppe, gemi dümenine benzer çarkı göstererek gülümsüyor. Hiç tereddüt etmeden, çarkın koluna yapışıyorum. Çeviriyorum. Bugün olanların etkisinden bir an olsun kaçmam, zihnimi uyuşturmam lazım. İyice abanıyorum. Peder Giuseppe, Cenova karnavalından neşeli havalar çalıyor. Yaşlı, usta parmakları, fildişi klavyede, ayakları ise pedallarda dans ediyor. Ben çarkı çeviriyorum. Koca kilise, borulardan yükselen şen nağmelerle sarıslıyor. Galata sokaklarını Cenova karnavalı dolduruyor. Çark, beni geçmişten uzaklaştıracağına iyice hatıralara döndürüyor. Kaderin çarkı. *Fortuna rota volvitur*.

1980, Eylül: Galatasaray Lisesi hazırlık sınıfına girdim. Yeni bir okul, yeni bir hayat. En yakın arkadaşlarımdan biri Melike. Biraz cadı, ama olsun. Tatlı cadı. 1983: Melike Almanya'ya gitti, izini kaybettim. 1990: Melike İ. Ü. Hukuk Fakültesi'nde karşıma çıktı, benden bir sınıf büyük. İdare'den çıkmış, beraber çalıştık, geçtik. 1992, Haziran: İcra İflas'a beraber çalıştık, çaktık! Eylülde mezun olmamız lazım. Bütün yaz çalışarak geçiyor. En büyük destekçilerimiz bize kurabiyeler yapan anneannem ve nefis tavuklar pişiren Melike'nin annesi. Tavuğun birazını saat tam 12:00'de pencereye gelen gri kediye veriyoruz. Dakik bir kedi, Melike terbiye etmiş. Eylül 1992: Aynı gün mezun olduk. 1994: Melike Galatasaray Üniversitesi'ne asistan giriyor. 1995: Aynı üniversiteye naklediyorum, sonra beraber İstanbul Üniversitesi doktora programına başlıyoruz. GSÜ'de beraber çalışıyoruz. Hepimizde mesleki de-

* Prof. Dr. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.

formasyon başladı. Acımasız, katı, şekilci hukukçulara dönüşüyoruz. Sadece Melike, akıntıya direniyor. Düşüncelerinde, ders anlatışında, yazdıklarında hep insani sıcaklık, şefkat, merhamet var. Hep hassas, incelikli, titiz, ciddi. Hep, insancıklar için daha fazla hak, özgürlük, mutluluk arayışında. İnsan hakları ve insancıl hukuk üzerine uzmanlaşıyor. İnsancıl hukuk? Biz akademisyenler, savaş meydanlarındaki vahşete karşı masamızdan neler yapabiliriz ki? Melike öyle düşünmüyor, çalışıyor, çabalıyor, üretiyor.

Mesleğimiz bizi tekdüzeleştiriyor, yüreklerimiz gibi yüzlerimiz de katılaşıyor. Sadece Melike hep güler yüzlü, neşeli, şakacı, hep hayat dolu. Girdiği her ortama neşe getiriyor. Öğrenciler onu bizden çok seviyor, imreniyoruz. O, hep dik duruyor, ilkelerinden tâviz vermiyor, boyun eğmiyor, dedikodu yapmıyor, fesat çevirmiyor. 1997: Melike evlendi. Kocası, kırk yıllık dostumuz gibi aramıza katıldı. Melike işte böyle melek gibi bir insanı hak etmişti. Bu devirde böyle insanlar hâlâ var mıydı? 2001: Melike ile eşzamanlı olarak doktora veriyorum. Prof. İlber Ortaylı üniversitemize naklediyor ve Melike'nin odasına yerleştiriyor. Ne bulunmaz nimet! Bir *triumviratus* oluştu, çok eğleniyoruz.

2003: Melike'nin hücreleri, bu dünyanın kirliliklerine isyan etti. Allah'ım, onu bize bağışla, daha çok genç! 2004: Melike aramıza döndü, kefeni yırttı. E tabi, Melike kanserden korkacağına kanser Melike'den korksun! Azimlidir, inatçıdır, alaycıdır, hastalıkla da alay ediyor. Fakültemize mutlu günler geri geldi. Melike ile beraber makaleler yazmaya başlıyoruz. 2007 Ocak: Aklım-daki fikirden Melike'ye bahsettim, şiddetle destekledi. 2007 Haziran: Düşün-de tabii ki Melike ve Mehmet Ali yanı başımızda. 2008: Çılgınlar gibi doçentliğe çalışıyoruz. Önce ben doçent oluyorum. Sonra Melike, ummadığı ve hak etmediği güçlüklerle karşılaşılıyor ve onları yeniyor. Ama Melike'nin stresten uzak durması, üzülmemesi ve gerilmemesi lâzım, uyuyan çılgın hücreleri canlanabilir. Aynı gün doçentlik kadrosuna atanıyoruz. 2009-2010: Melike ile beraber çalışıyor, yazıyoruz. Dekan yardımcılığına atanınca mükemmel yöneticilik yetenekleri ortaya çıktı. Neşeli, ama endişeli, gergin. Ocak 2011: Çılgın hücreler, sinsice uyanmışlar ve şarapnel gibi her yere saçılmışlar. Artık bizim de elimizdeki bütün silahları deneme zamanımız geldi. Melike'yi Milano'daki meşhur Doktor Veronesi'nin kliniğine göndereceğiz, ama temas kuramıyoruz. Derken, Veronesi'nin kardeşi, bir dostumun kapı komşusu çıkıyor. İtalya da bizim gibidir, ahbablık her şeyi halleder. Bu kadar güzel tesadüf olmaz! Ümide kapılıyoruz. O, yaşayacak.

16 Haziran 2011, 12.30: Yıldız Hamidiye Camii'nin bahçesinde fotoğraf

çekiyoruz. 1905 suikastinde 26 kişinin öldüğü meş'um avlu, yaz yağmuru altında hüznü, yemyeşil bir huzurla dolu. Bir cenaze getiriyorlar. Arabadan indirecek yeterince akraba yok. Atılıp tabutu omuzluyorum. Musalla taşına itina ile yerleştiriyoruz. Kısa bir dua. Sırtımı döner dönmez telefonum çalıyor. Birkaç saniye önce, ellerimde bir ölü vardı, şimdiyse kulaklarımda Melike'nin ölüm haberi. Birkaç saat sonra, çok eski bir kilise orgunun körüklerini şişiren çarkı çevireceğim, karnaval havaları çalacağız. 16 Haziran 2011, sürrealist bir film senaryosu gibi. Ne var ki, bu senaryoda anlatılanların hepsi fazlasıyla gerçek. Hala, rüyalarımda bir orgun çarkını döndürüyorum, ya da döndürdüğümü sanıyorum.

2012: Prof. Tavernier'ye Armağan kitabında Melike ile ortak makalemiz yayınlanacak. O bizimle sesli olarak konuşmıyor, ama bir şeyler söylemeye devam ediyor. Hep söyleyecek. Hep duyacağız.

Not: Yukarıdaki yazı, Güncel Hukuk Dergisi'nin Temmuz 2011 sayısında yer almıştı. Ortak makalemiz, ancak 2013 yılında yayınlanabildi.¹ Bu makale, profesörlük başvuru dosyama girdi. Dostluğuyla beni akademik hayatımda asla yalnız bırakmayan Melike, yine yanımdaydı.

¹ “Imprescriptibilité des crimes de guerre : réflexions à partir d'un cas concernant la Turquie” in L'homme dans la société internationale Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier Sous la coordination générale de Jean-François Akandji-Kombé, Bruylant, Bruxelles, ss. 1171-1184.

Melike İçin

Birden GÜNGÖREN BULGAN*

Melike için bir Armağın hazırlama fikri ortaya atıldıktan sonra aklıma ilk gelen düşünür Bentham oldu. Bunun nedeni Melike'nin profesörlük tezini bu konuda yazmayı düşünmesiydi. Birlikte girdiğımız derslerde Binoche ve Cléro'nun eseri olan “Bentham İnsan Haklarına Karşı”yı (Bentham contre les droits de l'homme) kaynak olarak kullanıyorduk. Melike bu eseri Türkçe'ye çevirmeyi düşünüyordu. Derste Melike faydacı okulu bense tarihçi hukuk okulunun insan hakları eleştirilerini anlatıyordum. O nedenle makalede başta sadece Bentham üzerine odaklanmayı düşündüysem de, sonra Tarihçi hukuk okulunu da katarak iki konuyu birleştirmeyi daha uygun buldum.

Melike'ye çok şey borçluyum. Bana her zaman destek oldu. Özellikle birlikte yazdığımız “Spinoza'dan Mill'e Mill'den AİHM'e İfade Özgürlüğü” makalesi bana onunla birlikte ortak bir çalışma yapma imkanı verdi. Bu alışmada Melike'nin sistematik bir şekilde konuyu ele alış biçimini ve sorunsalı net bir şekilde ortaya nasıl koyduğunu gördüm. Melike, üzerinde çalıştığı Mill ve Bentham'ı da sistematik ve net oldukları için beğenirdi.

Aynı kürsüyü, odayı onunla paylaşılabildiğim ve onunla alışabildiğim için çok şanslıyım, keşke daha fazla birlikte geçirebileceğımız zamanımız olsaydı. Her geçen gün eksikliğini daha fazla hissediyor ve bana kattıklarının ne kadar değerli olduğunu fark ediyorum...

* Yard. Doç. Dr. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

Sevgili Melike Hocam

Gölperi BAYRAK*

İlk tanışmamız, henüz İletişim Fakültesinde Araştırma Görevlisi olarak çalıştığınız dönemde Duygun Hoca ile birlikte yürüttüğünüz bir ders için Fakültemize uğradığınız zamanlara uzanır. İzleyen yıllarda Fakültemiz Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalına atanmandan sonra ise daha sık birlikte olma şansına sahip oldum.

Daha yakından tanışma fırsatı bulunduğumuz Dekan Yardımcılığı döneminde ilişkilere neşe, yakınlık ve samimiyet de eklenmişti. Sevecen, anlayışlı idin. Kah güldürerek, kah o tatlı kaprislerinle sadece benim değil, diğer sekreterya çalışanlarının da gönlünde taht kurmuştun.

İşi yürütecek kişilerle ortak karar alman, en yüksek yarara dönük işbirliğini öne çıkarman, insana verdiğin değer bizi sana bağladı.

Doğum gününü unutmak ne mümkün !!! Zorla da olsa !!! Sekreterlik olarak mutlaka doğum günü pastanı keserdik. Terazi burcunun özelliklerini taşıman nedeniyle, ölçü herkes için hep aynıydı.

Fakültemize ve Sekreterliğimize renk kattın. Yönetim Kurulları bile seninle farklı bir hava kazandı.

Ne var ki, gündelik hayatın akışı içinde yaşanan o telaşlar, gülüşler, kaygılar, mutluluklar, sesler arasında, zamanın seni bizden koparacak o noktaya doğru sinsice aktığını fark etmemişiz. Ve son yılbaşı partisi ile adeta bize veda ettin.

Fiziki bedeninin mekanını terketti, ancak gülüşlerin, sıcaklığın, insanlığın hep hafızamda ve hep yaşıyorlar.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sekreteri.

“En güzel çiçek, tez solan çiçektir.” sözü sanki senin için söylenmiş olsa da seni hiç unutmayacağım.

Huzur içinde dinlen Melike Hocam.

Hocamız

Doç. Dr. Melike Batur Yamaner İçin

Ferda Nur GÜVENALP*

(Aşağıdaki metin, 9-11 Aralık 2011 tarihleri arasında Galatasaray Üniversitesi Kampüsü'nde Doç. Dr. Melike Batur Yamaner anısına gerçekleştirilen "Güncel Krizlerde İnsancıl Hukuk İhlalleriyle Mücadele" temalı konferansın açılış konuşmasından alınmıştır)

Sayın Hocalarım, Sayın Delegeler, Değerli Konuklar,

Öncelikle Uluslararası Hukuk ve Diplomasi Kulübü'nün tüm üyeleri adına hepinize Galatasaray Üniversitesi Model Birleşmiş Milletler Eğitim Konferansı, GSMUN 2011'e hoş geldiniz diyorum.

Model Birleşmiş Milletler alanında bir eğitim konferansı düzenleme fikriyle yola çıkarak Türkiye'de bir ilki gerçekleştirdiğimiz, Şubat 2010'da ilkinin, Kasım 2010'da ise ikincisini düzenlediğimiz bu konferans bu yıl bizim için ayrı bir öneme sahip, çünkü konferansımızı geçtiğimiz haziran ayında kaybettiğimiz, Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Kürsüsü'nün bir üyesi olan ve üniversitemizin kuruluşunda da büyük emeği geçen sevgili hocamız Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'e ithaf ediyoruz. Bu yılki konferansımızın temasını da hocamızın çalışmaları paralelinde "Güncel Krizlerde İnsancıl Hukuk İhlalleriyle Mücadele" olarak belirledik. Temmuz ayından beri, üstlendiğimiz bu ağır yükün altından en iyi şekilde kalkabilmek için tüm ekip canla başla çalıştık. Şimdi hepinizin huzurunda kulüp yönetim kurulunda görev alan ve gece gündüz demeden önümüzdeki bu üç gün için çalışan, akademik ekipten ve organizasyon ekibinden tüm arkadaşlarıma ve tabii ki tüm kulüp

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencisi.

üyelerimize teşekkür etmek istiyorum. Şu anda bu salonda Türkiye'nin çeşitli şehirlerinden gelmiş lise ve üniversite öğrencilerinden oluşan 200 delege var. İnsancıl hukukla bağlantılı global sorunları tartışmak için bu kadar delegenin bugün, burada toplanmış olması gelecekle ilgili umutlarımızı daha da artırdı.

Ben Melike Hoca'dan iki sene ders aldım. Bir insanın yaptığı işi sevip sevmediğini anlamak hiç zor değildir. Hele bir öğrenci için hocasının her davranışı önemlidir. En ufak bir sevgisizlik onu dersten uzaklaştırırken, karşısındaki insanın mesleğine kendisini kattığını görmek de bir o kadar yakınlaştırır. Melike Hoca'nın yaptığı işi çok sevdiği her halinden belliydi. Biz öğrencilerini kimi zaman sınıfın kapısında karşılardı. Hepimize selam verirdi hiç sektirmeden. Adeta çekilirdiniz o sınıfa doğru, çünkü az sonra ders başladığında o yüce gönüllü insanın anlattıklarıyla bilgiye olan açlığınızı bir nebze olsun azaltabileceğinizi bilirdiniz. Onun derslerinde sadece teorik bilgiyi değil, insan olmanın gereklerini de öğrenirdiniz. Aslına bakarsanız dersinden geçmek kolay değildi, çünkü sürekli diken üstünde otururdunuz. Her an size söz verip, o an size dünyadaki en zor soruyu gibi gelecek olan bir soruyu yöneltebilirdi. Onun sorularından kurtulma imkanınız da pek yoktu. İsminizi bilmese bile, onunla göz göze gelmemeye özen gösterseniz bile, o bulurdu sizi.

Melike Hoca'nın çalışma alanlarından biri olan İnsancıl Hukuk'a gelince; Savaş Hukuku veya Silahlı Çatışma Hukuku da denilen insancıl hukuk uluslararası hukukun bir dalıdır ve silahlı çatışma hallerinde devreye girecek hukuk kurallarını düzenler. İnsancıl Hukuk'un temel belgeleri olan Cenevre ve Lahey Sözleşmeleri'nin uygulanmasını denetleyen Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin tanımına göre, İnsancıl Hukuk silahlı çatışmanın etkisini azaltmayı amaçlayan kurallar bütünüdür; bir yandan silahını teslim etmiş ya da herhangi bir nedenle savaş dışı kalmış olanları, yaralıları, hastaları, tutukluları ve silahlı çatışmaya doğrudan doğruya katılmayanları korurken; diğer yandan çatışmalarda kullanılabilecek araç ve yöntemleri de sınırlar.

Bugün pek çok kişi Birleşmiş Milletler Şartı'nın 2. maddesinde yer alan kuvvet kullanma yasağı nedeniyle savaşın kendisinin uluslararası hukuka aykırı bir durum olduğunu, böyle bir durumun meydana gelmesi halinde ne şekilde yürütüleceğinin kurallara bağlanmasının bir çelişki olduğunu söylemektedir. Melike Hoca, "Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması" adlı kitabında bu eleştirilere yanıt veriyor. İlk olarak uluslararası hukukta meşru müdafaa gibi güç kullanılmasına izin verilen durumlar olduğunu söyledikten sonra şu şekilde devam ediyor: "Uluslararası hukukun yasakladığı güç kullanma durumlarında ise seçenekler ya savaşın zaten hukuka aykırı olduğunu

kabul edip pasif kalmak ya da bu hukuka aykırı durumun yarattığı zararları en aza indirmek için gerekli düzenlemeleri yapmaktır. Televizyonda herhangi bir haber kanalını izlemek tereddütsüz ikinci seçeneğin benimsenmesi için yeterlidir. Bu satırların yazıldığı sırada Irak'ta çatışmalar devam etmektedir ve maalesef çok sayıda sivil hayatını kaybetmektedir. Gazze Şeridi'nde İsrail, içinde çocukların da bulunduğu pek çok sivil öldürerek operasyonlarını sürdürmektedir ve bunlar şu anda süregelen çatışmaların sadece birkaç tanesidir.”

Ardından şu yargıya varıyor: “İnsanlar aralarındaki sorunları barışçıl yolla çözemediklerine ve silahlara sarılmakta pek de tereddüt etmediklerine göre savaş gerçeğini kabul etmek ve bu vahşeti birtakım kurallara bağlamak gerekmektedir. Bu, insanın içinde barındırdığı çatışmanın bir uzantısıdır. Bunun sonucunda ulaşılan nokta ise savaş gerçeğini kabul edip sonuçlarının mümkün olduğunca hafifletilmesini hedeflemektedir. İşte, uluslararası insancıl hukukun çıkış noktası da budur.”

Melike Hocamız umutluydu. Savaş ve felaketler yüzünden acı çeken insanlara umut getirmişti. Bizler onun öğrencileri olarak bu umut ışığının sönmesine asla izin vermeyeceğiz. Bu dünyaya umut getirenlerden olacağız. Ancak bunu yaparken gözlerimizi gerçeklere asla kapatmayacağız. En korkunç gerçekler karşısında bile yılmadan, tartışacak, çözümler arayacağız. Yeni fikirlere açık olacağız. Galatasaray Üniversitesi Uluslararası Hukuk ve Diplomasi Kulübü olarak düzenlediğimiz bu konferans, Galatasaray Model Birleşmiş Milletler Eğitim Konferansı bunun en güzel kanıtıdır.

Hepiniz tekrar hoş geldiniz.

Kamu Hukuku

La fin de l'utopie ou la libert  dans la n cessit 

Cemal Bâli AKAL*

ÖZET

Ütopya-karşıtlığının zorunluluk içinde özgürlük ya da özerklik sorunsalı, siyasi-hukuki metinler kadar, Spinoza'ya gönderme yapan edebi metinlerde de ortaya çıkar ve bir felsefeyi yeniden ele alma imkânı sağlar. Spinoza düşüncesinin yüzyıllardır ütopik yazının aykırı esin kaynağı da olduğunu gösteren böyle sayısız örnek vardır. Tabii, bu metinlerde Spinoza'nın izlerini aramadan önce, onun formasyonunda etkili olanları da gözden geçirmek gerekebilir. Genç Spinoza'nın karşılaştığı yazarlar içinde *Satyricon*'la Petronius, şiirleriyle Lucretius, Ovidius, Horatius ve Vergilius, oyunlarıyla Plautus ve Terentius yer alır. Okuduęu barok yazarlar da şunlardır: *Tüm yapıtları*'yla G ngora, *Yergici*'yle Gracián, *Sevgi  st ne S yleşiler*'le L. Hebreo, *Şiirleri* yanında *Beşik ve Mezar*'la Quevedo, *Eşsiz Komedi*'yle Montalv n, *Reyna Ester*'in *Şiiri*'yle Delgado, * rnek  yk ler*'le Cervantes.

Anahtar kelimeler: Nécessité, Liberté, Utopie, Spinoza.

La fin de l'utopie ou la liberté dans la nécessité

ABSTRACT

The problem of freedom within necessity and of autonomy that we see in antiutopist thought also appears in certain literal texts making references to Spinoza. Hence this theme gives us an opportunity to discuss a philosophical approach within the framework of literature. There are numerous examples that show Spinoza's thought has been an anomalous source of inspiration in utopian literature for centuries. But before searching after the traces of Spinoza's thought in literary texts, we may need to remember some writers that had been influential in Spinoza's intellectual formation: Young Spinoza had read *Satyricon* by Petronius, poems by Lucretius,

* Prof. Dr. Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

Ovidius, Horatius and Vergilius, plays by Plautus and Terentius and some baroque writers like Góngora (*Complete Works*), Gracián (*the Critic*), L. Hebreo (*Dialogues of Love*), Quevedo (*Poems, The cradle and the Sepulchre*), Montalván (*Comedies*), Delgado (*Poem of Reyna Ester*), and Cervantes (*Exemplary Stories*).

Keywords: Nécessité, Liberté, Utopie, Spinoza.

Comprendre Spinoza signifie comprendre la Nécessité naturelle qui enserme l'être humain, sans pour autant sombrer dans un discours fataliste. La question est d'importance car ce penseur, qui a instauré la liberté de pensée et d'expression pour la démocratie qu'il considère comme un régime politique sans alternative, soutient dans le même temps que l'être humain n'est pas libre et rejette le libre arbitre.

En tant que texte philosophique à part, le texte de Spinoza ouvre de larges perspectives dans des domaines autres que la philosophie, et notamment la littérature, plus particulièrement en ce qui concerne la recherche de l'autonomie dans la Nécessité. Cette paternité lui a été reconnue très tôt par plusieurs auteurs et continue à lui être attribuée par les auteurs contemporains. Mais la raison essentielle pour laquelle le texte est aussi captivant réside peut-être dans le fait que Spinoza se soit constamment opposé à la philosophie traditionnelle en proposant une philosophie alternative. La philosophie de Spinoza, en effectuant une distinction entre la pensée et le monde et en soutenant que c'est le monde qui a engendré la pensée et non l'inverse, n'a certainement pas dû paraître convenable aux yeux de certains philosophes de métier dont les productions ne sortent pas de leur huis-clos. Sa philosophie se situe dans la vie. Comme la vie, elle est excessivement désordonnée, riche et mouvementée. Cette philosophie est plutôt la vie elle-même, voire même plus certainement une sorte de manuel pour la vie. Et ceux qui se sont approchés de Spinoza, et parmi eux les écrivains, auront sans doute facilement fait le choix entre "une philosophie pour tous" et "une philosophie réservée strictement aux philosophes". Le choix en question, pour les écrivains qui citent Spinoza dans leurs écrits, se résumera le plus souvent à une opposition à Kant. Dans ces textes, la concordance entre Nietzsche et Spinoza va intervenir dans un débat sans fin contre le mode de pensée kantien: une lutte entre une pensée mélancolique qui accable les êtres humains de devoirs et une pensée joyeuse qui essaye de les libérer... Cortázar pose la question "Que recherche l'être humain?" dans l'Humanité et dans *Rayuela (Marelles)*, il y répond en conversant avec son "lointain lecteur": D'après lui, si l'être humain se cherche en tant que réalité

historique, c'est en pure perte; c'est comme s'il se perdait dans un lieu dont le centre variait tout le temps et dont les contours n'existaient pas. Les Hommes tentent de cacher cette discordance par le moyen des constructions sociales, avec la société, l'Histoire, la débauche de la Renaissance, la mélancolie superficielle du Romantisme tout en poursuivant leur chemin dans la tranquillité du troupeau de mouton, la joie facile et sale du travail et des congés payés. Mais 'les chiens de garde les poursuivent'. Le *Logos* sensé distinguer ces derniers zoologiquement de l'espèce humaine est une vaste blague. Il est parfaitement ridicule de penser que les hommes puissent être capable de comprendre la totalité de ce qui les construit, dans le présent ou à un autre moment, ni qu'ils puissent le considérer comme une chose parfaitement cohérente. Et en quoi peuvent-ils croire? alors qu'ils se noient dans la dialectique judéo-chrétienne, dans la plus trompeuse des libertés. Ils ne pourront pas sortir de cette impasse en restant attachés à une dialectique fichtéenne ou aux catégories de Kant. Les devoirs, la morale, l'immoralité, l'amoralité, la justice, la générosité, l'Europe et l'Amérique, le jour et la nuit, le couple, les amis et les fiancés, l'Armée et les banques, le drapeau, l'amour et la sexualité, la masculinité et la féminité, les terres saintes, l'histoire officielle, les horizons lumineux, les lendemains prometteurs, le progrès et la civilisation... tout cela sont des choses, auxquelles on a attribué un sens matériel, exactement comme s'il s'agissait de cheveux et de dents. Et c'est bien parce qu'elles sont "ainsi" qu'elles sont transformées en des éléments qui ne se vivent pas, qui ne sont pas remis en cause, et qui tout à la fois nous englobent, nous complètent et nous renforcent. Et les hommes, un peu comme un jeu de cartes dispersé par le croupier de manière totalement aléatoire, et à cause d'un simple jeu d'illusion provenant de règles auxquelles ils ont consentis et se sont résignés, sont stoppés dans leur élan par les anneaux d'une chaîne qui en réalité n'existe pas. Devant eux se présentent deux impasses, -l'une en relation avec ce monde, l'autre avec l'au-delà- et dont ils pensent pourtant qu'elles peuvent les libérer:

- L'au-delà. L'Homme, comme un gentil toutou qui remue la queue, pense tout simplement que cette vie ingrate se retrouve aussi dans l'au-delà. Il pense qu'après avoir frappé à la porte, il va pouvoir admirer les bourgeons, s'asseoir et suivre des yeux les nuages, se promener au milieu des fleurs durant 5000 ans et peut-être même avec de la chance, si quelqu'un ne vient pas tout détruire, durant 20 000 ans.

- Ce monde-ci. Les visions cauchemardesques de Huxley ou Orwell ne vont pas se réaliser, mais ce monde mielleux va aller de mal en pis. Un monde

d'une douceur infinie convenant parfaitement à ses habitants; sans moustiques, dans lequel chacun est instruit, possède une salle de bain électronique, la télévision dans chaque pièce; qui offre aux habitants de La Havane des esquimaux et à ceux de Reykjavik des paysages tropicaux... et qui réussit parfaitement à étouffer tout mouvement de révolte.

Orwell, Boulgakov et Huxley, ont pris pour cible les régimes autoritaires qui, avec une vision de la science quelque peu naïve, avaient pour objectif de faire progresser les hommes bien malgré eux: Dans le roman anti-utopique de Boulgakov, *Coeur de chien*, le docteur Philippe Philippovitch va greffer une hypophyse humaine sur un cerveau de chien. A la fin, la créature tragi-comique et problématique devenue pour moitié humaine, ébranle la croyance aveugle ressentie par le médecin envers la science. Il va commencer à critiquer le progrès acquis en forçant les règles de la Nature plutôt que de progresser en harmonie avec cette dernière. Son ami Bormentahl va lui faire cette remarque pour lui démontrer qu'il se trompe: "Et si c'était le cerveau de Spinoza?" Mais Philippovitch n'est pas convaincu: "On pourrait greffer l'hypophyse de Spinoza ou de n'importe quel loustic et, à partir d'un chien, produire une créature d'un niveau exceptionnel. Mais pourquoi diable? On se le demande. Expliquez-moi s'il vous plaît pour quelle raison il serait nécessaire de fabriquer artificiellement des Spinoza quand il est donné à n'importe quelle bonne femme d'enfanter à n'importe quel moment? L'humanité se charge de ça toute seule, docteur, et au cours de son évolution, crée régulièrement tous les ans, à côté d'un amoncellement de nullités de toutes sortes, des dizaines d'éminents génies, fleurons du globe terrestre."¹ Cortázar explique Dans *Rayuela (Marelles)*, que le monde ne pourra pas être ainsi entravé. Les hommes tiennent le kaléidoscope à l'envers; il faut l'inverser. Il ne faut pas aller du chien vers l'homme, mais bien de l'être humain vers le chien.... afin de commencer à saisir les choses. Sinon, voir, toucher, sentir, goûter; tout cela ne sert qu'à limiter l'être humain, et on laisse de côté beaucoup de choses. Même si on a l'impression d'appréhender une chose dans sa totalité, personne ne peut passer cette frontière: on ne voit jamais la face cachée de l'iceberg. De ce point de vue, on peut savoir beaucoup de choses, ou bien on peut vivre intensément; mais le reste, cette chose que l'on ne connaît pas s'approche et se rappelle à nous. "Tu peux seulement savoir que tu ne sais rien". Pour s'en sortir, en atteignant l'indiscible, il va être nécessaire de comprendre la profonde unité, c'est à dire en définitive de parvenir à saisir le sens de la chose qui se trouve 'là-bas'.

¹ Mihail Boulgakov, *Coeur de chien*, Flammarion, Paris 1998, s. 120, 121.

Peut être bien que le concept de chien pourrait être un bon choix pour le début dès que l'homme réussit à se chercher hors de toute contingence. L'homme doit pouvoir s'isoler de son espèce et pour se rencontrer, doit choisir le chien ou bien le poisson. Echapper à l'anthropomorphisme constitue le seul moyen de rencontre possible avec les réalités comme la vie végétale ou instinctive. Ce moyen est celui qu'une voix isolée, lointaine et persistante nous invite à suivre pour tourner le dos une fois pour toutes au fait que l'on est mortel: pour comprendre et donner une définition, il sera nécessaire de s'éloigner de ce qui peut être défini et compris. Pour échapper au contrôle exercé par l'espèce sur l'être humain, il faut être transporté par les oscillations des affects, par un scepticisme intelligent et par la tolérance. Avancer dans la vie à moitié comme un philosophe, à moitié comme un clochard et réduire la totalité des mouvements vitaux à la volonté farouche de vivre. Tout simplement parce qu'il ne sera pas possible d'atteindre la réconciliation recherchée, par le seul libre arbitre, en expiant ses péchés, se perfectionnant, s'améliorant, devenant pieux, par sublimation ou purification. Là, on est, simplement. Tout comme la vie elle-même. En concevant le fait que la libération est celle de tous les hommes, jusqu'au dernier.² Huxley crée dans "*L'Ile*" une société anti-utopique et, tout en répondant à l'ensemble des auteurs utopiques, considère la question de la libéralisation, comme une marche vers une mort inévitable dans un univers déterminé complètement par les nécessités naturelles et qui se moque totalement de la libération de l'homme. Ce qui va rendre heureux les habitants de Pala et les libérer dans le cadre de ces limites, sera, contre le dualisme moderne, de connaître l'essence de l'être, de comprendre sa part dans la totalité et de l'accepter. Faute de quoi l'homme ne serait pas différent d'une cellule cancéreuse en s'anéantissant lui-même et le reste de la société: La folie d'un homme qui agit comme s'il était l'unique habitant du monde. Les habitants de Pala, en empêchant quiconque de se croire supérieur aux autres, en limitant les penchants et la volonté de puissance de certains d'entre eux, briseront aussi en même temps tout penchant utopiste. Cette société sera une société offrant à des individus quelconques la possibilité de vivre des tentatives de libéralisation: de la bouche même d'un habitant de Pala, c'est le paradis des abrutis; l'idéal des habitants de Pala est le bonheur de la majorité et la majorité sont des abrutis. Et ces abrutis, même s'ils reconnaissent la supériorité des gens instruits et croient à l'importance de leurs capacités, considèrent tout de

² Julio Cortázar, *Marelle*, Gallimard, Paris 2003, p. 227, 421, 422, 89, 517, 518, 577, 170, 27, 26, 519, 464.

même leurs propres talents comme ayant au moins la même valeur. Mais le plus important est qu'en dépit des différences dont on vient de parler, ce qui est donné à chacun à Pala est de valeur équivalente. Quant à ce qui est donné, ce ne sont pas des biens modernes trompeurs; ce sont, d'un point de vue immanent, des biens qui vont permettre de développer un concept de l'homme capable de se surpasser. Connaître l'essence de l'être, c'est atteindre la réalité. Dans leur livre, qui repose sur le principe d'indépendance corporalo-intellectuelle de chaque habitant individuellement et qui présente le moyen d'atteindre la connaissance de l'être qui permet à l'homme de se connaître, deux sages, un humaniste occidental non dogmatique et un bouddhiste tantrique croyant à la valeur des sciences appliquées, tout en mélangeant le bouddhisme et le spinozisme, vont faire référence à deux reprises au texte de Spinoza: il y est d'abord précisé qu'au fur et à mesure que l'individu découvre les liens entre sa personnalité et tous les aspects de ses expériences, il s'approche de la conscience de l'être même; puis il y est écrit que plus le corps sera capable de faire de choses, plus l'intelligence se perfectionnera également. La question à se poser ici, même si on ne rencontre pas dans le livre de Huxley les objectifs utopiques dans leur sens habituel, est de savoir si cette mentalité anti-utopique correspond ou non à la pensée de Spinoza.³ Balibar y répond en disant que Spinoza est "l'anti-Orwell". Dans 1984, Orwell arrive à soutenir le fait que la propagande politique crée une langue artificielle qui anéantit la liberté de pensée. Spinoza s'oppose à une telle anti-utopie. D'après lui, il est impossible que les mots soient placés sous l'emprise d'une censure sémantique absolue, tout comme la dissolution de l'individualité dans la masse ou celle de la masse dans l'individualité, est impossible.⁴ Pour Spinoza, ce n'est pas la masse mais la *Multitude* qui ne peut être séparée de ce qui est personnel et de ce fait il reste étranger à toute sorte d'utopie, qu'elle soit positive ou non.

Le premier chapitre du *Tractatus politicus* est un chapitre qui montre comment Spinoza s'oppose à la recherche de "tout autre monde" et du "meilleur des mondes": la politique est une "mise en pratique" et une "expérimentation"; ce n'est pas une représentation "susceptible de n'être appliquée qu'à

3 Aldous Huxley, *Ada*, Yol, İstanbul 1983, p. 106, 292, 188, 209, 225, 268, 269, 49, 95. Les renvois de Huxley à Spinoza sont fréquents. Par exemple, dans *Time must have a stop*, après avoir fait un renvoi à l'interprétation de Spinoza de la compassion, il affirme que la compassion lorsqu'elle se transforme en passion n'est plus quelque chose de désirable (Aldous Huxley, *Time must have a stop*, Sun Dial Press, New York 1947, p. 301).

4 Etienne Balibar, "Spinoza, l'anti-Orwell. La crainte des masses", *Politique et Philosophie avant et après Marx*, Ens, Paris 1997, p. 98.

un pays utopique”. Lui ne croit pas “à la possibilité de définir un régime qui n’a pas encore été testé” et c’est bien pourquoi il ne tente pas de proposer quelque chose qui soit “nouveau ou encore inconnu en politique”. Dans la philosophie de Spinoza, qui est une philosophie de la Nécessité, l’être humain, soumis aux déterminations de la nature et de la société, peut jouir d’une autonomie reposant sur l’acceptation générale de ces déterminations. Cette pensée rejette l’ordre idéal et la recherche même d’un ordre idéal, simplement parce que l’ordre universel et la raison universelle sont inaccessibles et il est vain d’en espérer une aide quelconque au nom de l’ordre humain. Il reste alors un ordre aux proportions modérées, convenable pour les sociétés humaines réelles, qui assure l’équilibre de chaque passion de manière réciproque sans pour autant oublier quelque élément humain que ce soit. De plus, la pensée de Spinoza est d’un certain point de vue intemporelle: cette pensée politique atemporelle qui vise à guider les passions existantes et qui existeront toujours, qui n’a pas d’objectif, qui est sans sujet et a-historique, n’autorise pas la conception d’un futur idéal. En définitive, on ne trouve chez Spinoza aucune leçon ni aucun maître susceptible d’enseigner une quelconque organisation sociale idéale. D’après Moreau, selon Spinoza, tous les “genres de Cités” possibles ont été expérimentés; tout comme les moyens par lesquels diriger la *Multitude*. Le concept d’expérimentation de cette pensée ne laisse aucune place aux constructions utopiques.⁵ Macherey soutient que Spinoza, suivant les leçons qu’il a tirées de l’expérience, affirme la nécessité de considérer les hommes “comme ils sont” (*ut sunt*) plutôt que de remplacer de manière imaginaire “celle qui existe en réalité” (*ea quae revera est*) par “une nature humaine qui n’existe nulle part” (*humana natura quae nullibi est*). Il ajoute ici le réalisme anthropologique au réalisme politique. Les sociétés sont telles que nous le montre l’expérience et il est vain de les imaginer autrement. Car les hommes qu’elles font vivre ensemble ne suivent pas un idéal “précepte rationnel” (*dictamen rationis*) de comportement. Dans la logique utopiste, un tel précepte est sensé résoudre tous les problèmes du pouvoir politique, voire même en fait supprimer la nécessité de ce pouvoir. Mais dans la réalité, les individus sont dirigés “par la puissance de leurs affects” qui coïncide à leur *Conatus*, c’est à dire leur penchant naturel à “persévérer dans leur être”.⁶ Negri pense que Spinoza a élaboré une vraie “désutopie”. Mais il ajoute que cette anti-utopie peut constituer une philosophie de l’avenir, qu’il est possible

5 Pierre-François Moreau, *Spinoza. L’Expérience et l’éternité*, Puf, Paris 1999, p. 484.

6 Pierre Macherey, *Avec Spinoza*, Puf, Paris 1992, p. 114.

de la penser en tant que nécessité historique. Pour lui, la pensée de Spinoza est aussi une vraie philosophie de la transition vers une société reposant totalement et de manière radicale sur la liberté. Après avoir dit cela, Negri ne pourra s'empêcher de poser la question suivante: Cela ne donne-t-il pas un contenu utopique à la désutopie?⁷ Misrahi soutiendra qu'il est possible en dernier recours de comparer chez Spinoza et plus particulièrement dans le *Tractatus politicus*, la recherche de l'institution politique la meilleure, la plus libre, stable, puissante, rationnelle, la plus cohérente, avec la notion d'utopie et il va pour illustrer cette affirmation souligner le fait que c'est dans le cadre même de la conception monarchique que la pensée du futur démocratique commence à être définie. Peut-être est-ce également cette mentalité utopique qui explique pourquoi Emmanuel Sièyes s'est inspiré de Spinoza dans sa conception de la constitution politique moderne.⁸

La problématique de l'autonomie ou bien de la liberté dans la nécessité de la pensée anti-utopique va apparaître dans d'autres textes littéraires qui feront aussi référence à Spinoza et permettront ainsi d'étudier de nouveau une philosophie dans un cadre littéraire.⁹ Il existe de nombreux exemples qui prouvent que la pensée de Spinoza a été durant des siècles la source d'inspiration des écrits utopiques. La production littéraire française a produit plus particulièrement entre le XVIème et le XVIIIème siècle ce type d'oeuvres rappelant Spinoza et son *Tractatus theologico-politicus*. Les plus importants sont les livres de Fontenelle, Veiras, Patot.

7 Antonio Negri, *L'Anomalie Sauvage*, Puf, Paris 1982, p. 264, 334, 282, 334.

8 Robert Misrahi, *L'Etre et la joie. Perspectives synthétiques sur le spinozisme*, Encre Marine, La Versanne 1997, p. 436, 455, 457.

9 Bien entendu, avant de rechercher les traces de la pensée de Spinoza dans les écrits littéraires, il peut être utile de jeter un coup d'oeil sur les auteurs qui ont eu une influence sur la formation de Spinoza. Omero Proietti affirme que parmi les auteurs qu'a étudié le jeune Spinoza lors de son éducation à l'école de Franciscus van den Enden, on trouve tout à la fois Petrone avec le *Satyricon*, les poésies de Lucrèce, Ovide, Horace et Virgile, les pièces de Plaute et Terence (Omero Proietti, "Le Philodenis de Franciscus van den Enden et la formation rhétorico-littéraire de Spinoza", *Cahiers Spinoza* 6, Réplique, Paris 1991, p. 57-59, 62, 64, 76). Saverio Ansaldi va quant à lui citer les oeuvres et auteurs baroque lus par Spinoza: *Les oeuvres complètes* de Luis de Góngora, *Le critique* de Baltasar Gracián, *Dialogues sur l'amour* de Léon l'Hebreu, les oeuvres et poésies de Quevedo et *Le Berceau et la tombe* de Francisco de Quevedo, la *Fameuse comédie* de Pérez de Montalbán, *Le poème à la Reine Esther* de Pinto Delgado, les *Nouvelles exemplaires* de Saavedra de Cervantes (Saverio Ansaldi, *Spinoza et le baroque. Infinité, désir, multitude*, Kimé, Paris 2001, p. 13)...

Dans l'*Histoire des Ajaoiens* attribuée à Fontenelle, les Ajaoiens n'ont besoin ni du Livre Saint ni des Codes de Loi écrits. Ils suivent juste quelques principes fondés sur la Nature et la raison. Pour eux, la Nature est parfaite, tant du point de vue de son essence infinie que de celui de son existence. Ses lois ne varient pas, les changements ont toujours lieu selon les mêmes principes, et rien ne peut changer le cours naturel des choses. Et la Nature, d'un point de vue spinoziste, c'est Dieu. Dans ce cadre, cette société considère que les cérémonies religieuses sont inutiles, qu'elles ne font qu'attiser les superstitions et qu'elles servent de viles aspirations politiques. Pour les Ajaoiens, la notion d'immortalité de l'âme est insensée et même ridicule. Cette idée provient d'une part de ce que les hommes se font de la sainteté une conception qui leur convient et d'autre part parce qu'ils ont imaginé le soi-disant Dieu à leur image. Les fourbes politiques ont inventé cette idée pour maintenir constamment les hommes dans l'inquiétude du futur. En réalité, plutôt que de l'immortalité de l'âme, il faudrait mieux parler d'une raison commune à toutes les créatures mais qui se complexifie ou bien se simplifie en fonction des genres. Et comme pour tous les êtres animés, chez l'homme aussi cela disparaît avec la mort.¹⁰

Tant Israël que Vernière vont soutenir que l'*Histoire des Sévarambes* de Veiras fait partie des écrits utopistes spinozistes. Selon d'autres auteurs, ce livre décrit une société présentant des ressemblances avec la structure théocratique du temps de Moïse et il est possible également d'établir un lien presque point par point entre les Sévarambes et les descriptions faites dans le chapitre XVII du *Tractatus theologico-politicus*. Et cette société utopique, sous l'administration du leader Sevarias, va présenter une forte dévotion à une religion d'Etat dont le socle est constitué par le maintien des libertés dans un sens spinoziste. Rosenberg, dans son introduction, va affirmer qu'il s'agit là du premier texte utopiste qui considère l'homme tel qu'il est, d'une manière qui rappelle celle de Spinoza. Quoi qu'il en soit, il semble plus facile de faire un renvoi non pas directement à Spinoza, mais plutôt de manière générale à la mentalité moderne anti-religieuse de l'époque. Avec toute la hardiesse sur ce sujet, le XVIII^{ème} siècle provoque de manière sérieuse les siècles futurs. Il n'est par ailleurs pas certain que Veiras ait bien maîtrisé la pensée de Spinoza.¹¹ Rosenberg va également affirmer dans son "Introduction" au livre de

¹⁰ Fontenelle, *Textes Choisis. Histoire des Ajaoiens*, Editions Sociales, Paris 1967, p. 69, 71, 73, 74.

¹¹ Denis Veiras, *L'Histoire des Sévarambes*, Honoré Champion, Paris 2001, p. 153-188, 236-

Patot que ce dernier, tout comme Veiras et Foigny, a été influencé par le roman utopique du hollandais Hendrik Smeeks intitulé *Beschrijvinge von het magtig koningrijk Krinke Kesmes* (*Description du pays du Puissant Krinke Kesmes*) et que par ailleurs, il renvoie directement à la pensée de Spinoza en ce qui concerne des sujets tels que l'immortalité de l'âme ou l'existence de Dieu. Il ne faut pas oublier non plus que Patot est un français vivant dans les 'Provinces Unies'¹²: Patot présente des penchants spinozistes dans les chapitres VI à XI, XIV et XV de son livre, "*Voyage et aventures de Jacques Massé*". Le héros du roman s'aperçoit que les valeurs en cours dans la société idéale qu'il a atteinte par hasard ne correspondent pas à celles qui sont mises en oeuvre dans sa propre société. Dans cette société utopique, un homme de religion et un juge avec lesquels il discute, vont lui dire qu'ils croient à une force qui ne va subir aucun changement et qui existe par nécessité. Etant donné qu'ils croient qu'il est impossible de créer une chose à partir de rien, ils considèrent comme absurde l'idée de l'existence d'une volonté créatrice, comme celle de sa liberté. Le fait que l'étranger qui vient dans leur pays croit aux Miracles, à la Résurrection et à l'Immortalité de l'âme leur paraît totalement insensé. De plus, rien n'est en soi bon ou mauvais. Ce qui introduit ces notions, ce sont les règles que la société s'impose à elle-même. Après avoir quitté le pays de l'utopie, le héros du roman va rencontrer dans une prison de Goa un chinois qui va lui dire que les différences religieuses entre les hommes ne sont pas importantes et que seule compte la charité et qu'enfin si on laisse de côté la Sainte Trinité, le vrai enseignement de Jésus n'est rien d'autre que cela. Jacques va poursuivre son voyage et tomber entre les mains des corsaires. Cette fois, il va rencontrer un Gascon converti à l'Islam qui va lui apprendre qu'il n'y a aucune indécence à ce qu'un homme intelligent se comporte selon les règles religieuses en vigueur dans le pays dans lequel il vit. Ce gascon va ajouter que d'après lui, on rencontre dans l'Ancien testament et dans le Nouveau, comme dans tous les Livres Saints, de très nombreux passages qui ont été écrits bien avant la date à laquelle on dit qu'ils ont été écrits et qui ne sont pas avérés. Alors que la réalité est toujours simple et naturelle: La Nature, contrairement aux Miracles du Livre Saint, s'est toujours présentée telle qu'elle est, en tant que Nécessité. Si Spinoza avait pensé qu'enseigner était quelque chose de

257, 32, 45 Jonathan I. Israel, *Radical Enlightenment. Philosophy and the Making of Modernity 1650-1670*, Oxford University Press, New York 2001, p. 591.

12 Simon Tyssot de Patot, *Voyages et aventures de Jacques Massé*, Universitas, Oxford 1993, p. 21.

respectable, il leur aurait enseigné cela. Mais même s'il ne l'a pas enseigné, il l'a quand-même écrit. Et le reste est l'autre Fable des Abeilles. Ce texte, que le Gascon transmet d'un philosophe arabe, surpasse à la fois l'auteur et son oeuvre: Un roi puissant qui contrôle tout sur une île de l'Océan interdit aux abeilles de son pays de faire du miel à partir d'une fleur particulière. Et il fait cela uniquement dans le but de voir si elles sont capables ou non de lui obéir. Mais lorsque quelques abeilles, malgré l'interdit, font du miel à partir de ces fleurs, le roi se met en colère et pense tout d'abord à les anéantir totalement, mais une fois son courroux passé, il envoie son fils chéri comme intermédiaire parmi elles afin d'obtenir un compromis. Bien entendu, il donne auparavant à son fils l'apparence d'une abeille. Le fils pénètre dans l'une des ruches les plus sauvages du pays et demande aux abeilles d'obéir à l'ordre de son Père. Mais les abeilles se moquent d'abord de lui puis le tuent. Le fils mort en tant qu'abeille retourne auprès de son père et, prenant sur lui leur pêché, lui demande la miséricorde pour les pauvres abeilles au nom desquelles il est mort. Le père pardonne aux abeilles qui vouent une dévotion au Fils. Pendant ce temps, des guêpes qui se sont infiltrées dans le nid des abeilles interprètent les choses différemment et décident de l'expliquer longuement aux abeilles. Mais comme les explications et commentaires de chaque guêpe sont tous différents les uns des autres, il y a des abeilles qui ne les croient pas. Les guêpes menacent ces incrédules de les punir une fois mortes. D'après elles, même si le corps retourne à la terre après la mort, étant donné que leur bourdonnement est différent du corps, il peut soit être puni éternellement, soit au contraire être sans cesse récompensé. Alors que le bourdonnement des abeilles obéissantes se fera entendre dans le Palais du Seigneur de façon à ce qu'Il soit heureux, celui des abeilles récalcitrantes sera dirigé dans une caverne et aura une mauvaise sonorité, souffrira énormément et sera transi de froid. Les guêpes continuèrent ainsi à effrayer les abeilles avec de telles inventions, à les rendre dépendantes car cela leur permettait de se nourrir sans travailler en utilisant les abeilles. Les guêpes, lorsque l'une des abeilles continuait à vaquer à ses occupations sans s'occuper d'elles, finissaient, en excitant les autres abeilles, par la faire assassiner. Mais il y avait également souvent des bagarres entre les guêpes de ruches différentes. A ce moment là, les guêpes soutenaient qu'elle connaissaient mieux que quiconque la Volonté et les Ordres du Seigneur et en affirmant que le bourdonnement de celles qui se battaient en son nom irait directement au Palais, elles envoyaient leurs abeilles sur celles qui obéissaient à leurs rivales. Et pour être plus convaincantes, elle affirmaient qu'elles avaient reçu ces ordres directement de la bouche du Seigneur ou bien encore qu'elles

avaient été écrites sur de la cire. C'est pourquoi d'une part un grand nombre d'abeilles moururent dans ces innombrables conflits de croyances qui n'en finissaient pas et d'autre part la vie des abeilles devint de plus en plus intolérable et insensée. Par exemple, les guêpes, soutenant qu'il s'agissait de la volonté du Seigneur, leur interdisait certains jours de travailler et de faire du miel mais les y autorisaient d'autres jours.¹³

A la même époque, Mandeville écrit lui aussi un autre conte des Abeilles.¹⁴ Même si aucun lien entre Mandeville et Spinoza n'a été établi, on peut trouver dans *La Fable des Abeilles* (*The fable of the bees*) l'opposé Spinoziste de l'utopie: Il s'agit cette fois d'une ruche bien administrée, économiquement opulente, puissante militairement. Il n'y a aucun problème dont elle pourrait se plaindre. Et pourtant, certaines abeilles vont tout de même se plaindre en mettant en avant le fait qu'il n'y a pas d'égalité dans la ruche, que certaines abeilles ne sont pas vertueuses, qu'il existe un malaise social à quoi il faut ajouter les guerres, etc. Un jour Dieu installe un dirigeant dans la ruche conforme aux principes moraux qu'ils souhaitaient et qui met en place un ordre idéal égalitaire. Mais en peu de temps, cette organisation idéale et morale devient la cause de leur paupérisation, du fait qu'ils vont vivre un effondrement sur tous les plans. Dans le sens spinoziste, la recherche d'un système idéal, n'est une recherche convenable ni aux abeilles de Mandeville ni aux hommes.

La société que décrit Foigny dans son étonnant livre *La terre australe connue*, est totalement peuplée d'hermaphrodites. Foigny critique l'organisation sociale dans laquelle il vit, de même que ses valeurs, par le moyen d'une société utopiste, tout en affirmant que l'existence d'une société idéale est tout à fait impossible. Cette position, sous ses deux aspects, est complètement spinoziste. Il est possible de surmonter la domination de l'absurdité et des superstitions grâce à une mentalité critique; mais aucune société ne peut ignorer le caractère contingent des humains et donc leur impossibilité d'être parfaits. Le héros hermaphrodite de ce roman, qui est arrivé dans ce pays à la suite d'un hasard, va recevoir une leçon spinoziste de la part des habitants qui se nomment "hommes complets" puisqu'ils possèdent les attributs des deux sexes, et plus particulièrement de la part d'un sage: Avant toute chose, il est impossible de séparer le corps de l'esprit. Ensuite, ce qui fait qu'un homme

13 Simon Tyssot de Patot, *Voyages et aventures de Jaques Massé*, Universitas, Oxford 1993, p. 88, 90, 99, 175, 176, 185, 187, 189-192.

14 Pierre-François Moreau, "Société civile et civilisation", *Histoire des Idéologies* 3, Hachette, Paris 1978, p. 27.

est “complet” est qu’il soit purifié des passions, alors que les “demi-hommes” qui n’ont qu’un organe possèdent un savoir primaire et trompeur, qui ne leur permet pas de voir où se trouve leur vrai désir ni leur vrai intérêt. Et en ce qui concerne la croyance, celle des “hommes complets” repose sur “le silence en matière de croyance”. Il n’y a là-bas aucune cérémonie religieuse ni aucune discussion au sujet de la religion. Une seule chose peut être sue en ce qui concerne l’incompréhensible: c’est la Nécessité qui explique le fait que rien ne pourrait être autrement. On ne parle pas au sujet de cette Force Incompréhensible car pour ce faire, il faudrait être Infinie comme elle. Plutôt que de dire des mensonges ou des aberrations, il faut laisser chacun libre de penser comme il l’entend et se taire. Qui peut affirmer qu’il connaît plus de choses qu’un autre à son sujet? Qui peut soutenir qu’il s’intéresse à l’humanité? C’est cela la Nécessité ou en d’autres termes “la liberté qui se trouve dans la cause universelle à laquelle chacun est rattaché de la même manière”.¹⁵

Dans les *Lettres persannes*, Montesquieu suit également la logique des romans utopiques lorsqu’il critique par le moyen des Autres, la société dans laquelle il vit. En consacrant les lettres XI-XIV à l’histoire des Troglodytes vivant dans la liberté et la solidarité, il donne un exemple typique de description de société idéale. Usbek et Rica, les auteurs de la plupart des lettres, vont parfois critiquer d’une voie railleuse et parfois approuver les systèmes sociaux, religieux, et politiques institués tant par les orientaux que les occidentaux, de même que leurs attitudes et manières de pensée étonnantes. Ce qu’ils vont critiquer, c’est l’importance exagérée donnée aux principes formels religieux, l’approche anthropomorphique du concept de Dieu, l’irrationnalité des Miracles contenus dans le Livre Saint. En outre, les renvois à la nécessité qui encercle l’être humain et la satire de tout despotisme vont faire penser que l’oeuvre de jeunesse de Montesquieu a probablement été écrite sous l’in-

¹⁵ Gabriel de Foigny, *La terre australe connue*, STFM, Paris 1990, p. 83, 92, 93, 100, 108, 109, 113, 114, 120, 122, 124. Le livre de Foigny nous rappelle immédiatement celui d’Ursula K. LeGuin, *La main gauche de l’obscurité* (*The left hand of darkness*). Une société dans laquelle n’existe pas de distinction entre hommes et femmes, dans laquelle les humains se transforment périodiquement en homme et en femme, va dépasser un dualisme qui détermine essentiellement la distinction âme/corps et homme/femme. Si l’on se remémore la pensée de Spinoza, effaçant la distinction traditionnelle entre l’âme et le corps, alors cette métaphore de l’hermaphrodite permettra de réunir le corps et l’esprit. Foigny, tout comme LeGuin, grâce à une fiction au delà des genres, critique la société qui détermine les individus en les distinguant par catégorie sexuelle (Reyda Ergün-Cemal Bâli Akal, “Kimlik Bedenin Hapishanesidir”, *Kimlik Bedenin Hapishanesidir*, Bilgi, İstanbul 2014, p. 6).

fluence du *Tractatus theologico-politicus* et également aussi de celle de l'*Ethica*. Vernière affirme que le terme “spinoziste” apparaît une fois dans le livre, dans la Lettre LXXV.¹⁶ Usbek, en donnant l'exemple de l'occidental dont les pensées vont varier constamment en fonction d'influences diverses explique qu'il pourra être selon le contexte “spinoziste, socinien, catholique, impie ou dévot”. Mais le style rappellera constamment Spinoza: Dans la Lettre XVII, il écrit que l'on décide de la propreté ou de la saleté d'une chose en fonction de ses sensations, que les choses ne sont ni sales ni propres en elles-mêmes. Du fait que les choses ont une influence qui varie en fonction de chaque individu, ce que quelqu'un considérera comme propre ou bien, un autre le trouvera sale ou mauvais. Et cela, d'après Usbek, et selon un commentaire spinoziste, enlève son sens à toute interprétation d'un bien ou mal universel. Rica va lui se moquer dans la Lettre XXIV du rite de l'eucharistie et de la sainte trinité en disant qu'un grand magicien dénommé Pape avait fait croire aux hommes que le Un était devenu trois, que ce qu'ils mangeaient n'était pas du pain, ni ce qu'ils buvaient du vin. Et les critiques, qui ne sont pas limitées au christianisme mais sont dirigées vers la religion en général, continuent: alors que Rica, dans la Lettre XXIX, dit que personne ne peut rivaliser avec les Chrétiens pour s'égorger les uns les autres, que l'on brûle énormément ceux qui sont accusés d'être hérétiques, Usbek quant à lui affirme dans la Lettre XLVI que les pratiques religieuses ne pourront pas être meilleures en-soi. On croit que Dieu a demandé à ses fidèles de les appliquer. Mais, du fait que les directives changent dans chaque religion, on ne peut pas savoir quelles sont celles que Dieu a réellement désiré. C'est pourquoi, d'un point de vue spinoziste, il n'y a qu'une seule chose qui soit sûre quant à ce que Dieu veut réellement de la part des hommes: vivre dans la société comme un homme bon, sans nuire à autrui. Dans la Lettre LXXXIV, Usbek écrit que les théologiens présentent Dieu comme un être qui utilise sa force sans pitié, qu'ils affirment que c'est Lui qui fait les choses qu'ils ne font pas pour ne pas le mettre en colère et qu'ils le parent des défauts dont ils punissent les hommes. Ceci constitue aussi une critique de Spinoza qui blâme les interprétations anthropomorphistes de Dieu. L'approche concernant les questions de gouvernement sont aussi spinozistes: Usbek, en disant dans la Lettre XXIII que la modération dans le gouvernement va développer le pays, prend comme exemple les Provinces Unies: malgré une population importante, les terres de Hollande ne sont pas fertiles. Mais la liberté et l'égalité ont attiré les étrangers vers ce pays, et ces

16 Paul Vernière, *Spinoza et la pensée française avant la révolution II*, Puf, Paris 1954, p. 449.

derniers ont augmenté le niveau de prospérité. Alors que l'on constate l'inverse dans les pays où règne un pouvoir arbitraire. De nouveau, Usbek dans la Lettre LXXXI affirme que le gouvernement le meilleur apparaît lorsque les hommes sont dirigés selon leurs penchants naturels. A l'inverse, sous un régime absolu transformant le prince en Loi, le contrôle ne sera pas du tout facile. Comme Spinoza le pense aussi, la contrainte ouvre la voie au désespoir, le désespoir à la révolte. Usbek, en rappelant la conception spinozienne de l'homme, encerclé par la Nécessité et n'étant pas "un empire dans un empire", va écrire ceci dans la Lettre LXXVI: les hommes ne prennent pas conscience de leur petitesse. Ils pensent qu'ils occupent une place importante dans l'univers. Alors que tous les hommes, tout comme le monde sur lequel ils vivent et des centaines de millions de mondes, ne sont rien d'autre qu'un petit atome dans l'univers. Ensuite, on trouve une définition de la liberté et de l'amitié qui conviendrait à Spinoza: après avoir affirmé que l'amitié facilitait la vie, qu'elle donnait de la joie aux hommes, qu'elle permettait à la libre pensée de s'exprimer, Usbek dans la Lettre XXXIV écrit que le fait de laisser dans un statut inférieur ou en esclavage certains individus dans les sociétés non égalitaires, engendre un pessimisme général et que les notables aussi partagent cette affliction générale. Et qu'on le veuille ou non, l'interprétation de Montesquieu concernant la liberté d'expression va immédiatement rappeler Spinoza: alors que Rica parle de deux types de pensée dans la Lettre CXLIV, il précise son point de vue en affirmant que dans la première, c'est la logique de "ce que je dis est vrai puisque je l'ai dit" qui prévaut, alors que dans la seconde, c'est la logique de "ce que je n'ai pas dit n'est pas vrai puisque je ne l'ai pas dit" qui prévaut. La première phrase, en dépit de son entêtement est positive, car les opinions personnelles sont soutenues. Et cela est une bonne chose pour celui qui explicite son opinion. Quant à la seconde affirmation, il y réside une logique totalement contraire à la pensée de Spinoza. Car on attaque ici les opinions des autres et ici c'est ce qui est bien pour tous les hommes qui est attaqué¹⁷: l'expression libre des pensées.

Effrayé par la hardiesse des *Lettres Persanes*, Montesquieu va essayer de construire un mur infranchissable entre lui et le spinozisme en disant ce qui suit dans le *Traité des devoirs* lu à l'Académie de Bordeaux en 1725: "Cependant un grand génie m'a promis que je mourrai comme un insecte. Il cherche à me flatter de l'idée que je ne suis qu'une modification de la ma-

¹⁷ Montesquieu, *Oeuvres complètes*, Firmin Didot, Paris 1883, p. 52, 13, 17, 21, 30, 58 83, 56, 57, 53, 23, 103.

tière... Selon lui je ne suis point un être distingué d'un autre être; il m'enlève tout ce que je me croyais de plus personnel. Je ne sais plus où retrouver ce moi auquel je m'intéressais tant; je suis plus perdu dans l'étendue qu'une particule d'eau n'est perdue dans la mer. Ce même philosophe veut bien en ma faveur détruire en moi ma liberté. Il m'ôte le motif de toutes mes actions et me soulage de toute la morale. Il m'honore jusqu'au point de vouloir que je sois un très grand scélérat sans crime et sans que personne ait le droit de le trouver mauvais. J'ai bien des grâces à rendre à ce philosophe". Selon Montesquieu, tout comme Descartes, Leibniz ou Malebranche, Spinoza ne peut être qu'un poète. "La beauté de son système" philosophique "abuse" ceux qui le lisent avec des "figures illusoires".¹⁸ Mais se débarrasser de Spinoza ne sera pas chose aussi facile. Parce qu'ensuite il y a *l'Esprit des lois*. Le livre, qui explique que les hommes sont limités dans les nécessités de leur époque et les conditions qui les entourent, que même les grands hommes ne sont rien d'autre que des produits des conditions qui les créent, en définitive que même Dieu mais aussi ses propres créatures, ne peuvent intervenir directement dans le cours l'histoire, fera face à des réactions sérieuses. Selon certains, l'auteur de *l'Esprit des lois* est un pur représentant de l'athéisme de Spinoza. Montesquieu s'inquiète de nouveau et en écrivant immédiatement la *Défense de l'Esprit des lois*, tente de fuir l'ombre de Spinoza: Selon lui, le spinozisme c'est de l'athéisme et en plus du fatalisme. Ceux qui critiquent Montesquieu ont entendu Spinoza dire qu'un principe nécessaire et aveugle dirige l'univers et cela leur est suffisant. A chaque fois qu'ils rencontrent quelqu'un qui, comme Montesquieu, parle de la "nécessité", ils pensent qu'ils sont face à Spinoza. Mais Montesquieu n'a-t-il pas affirmé, en attaquant l'athéisme, qu'il est absurde de soutenir que tous les événements auxquels on assiste dans le monde sont l'oeuvre d'un fatalisme aveugle.¹⁹ Malgré toutes ces explications anti-spinozistes ferventes, Montesquieu ne va pas être convaincant car dans son livre transparaît une représentation de l'homme dont la liberté est limitée face à la nécessité.²⁰ Car même ses adversaires savent que Spinoza n'est pas un fataliste aveugle et qu'il expose, par la Nécessité, la richesse infinie de la vie qui enserre les humains.

18 Paul Vernière, *Spinoza et la pensée française avant la révolution II*, Puf, Paris 1954, p. 451-454.

19 Paul Vernière, *Spinoza et la pensée française avant la révolution II*, Puf, Paris 1954, p. 460, 462.

20 Montesquieu, *Oeuvres complètes*, Firmin Didot, Paris 1883, p. 530, 529.

Parmi les écrivains qui ont fait allusion à Spinoza dans leurs romans, il y a aussi Voltaire et Diderot; avec deux héros qui se ressemblent: Candide et Jacques. En réalité, Voltaire ne cite pas du tout Spinoza dans *Candide*, mais les questions qu'il pose, à lui-même et à ses lecteurs, font immédiatement penser à Spinoza.²¹ Candide, dans son périple depuis la Westphalie jusqu'au Paraguay en poussant jusque dans l'Empire Ottomane, recherche les réponses les plus adéquates à ses questionnements sur "les raisons et les causes, le mal du point de vue moral et physique, la liberté et la nécessité". Son ami le philosophe Pangloss lui répond invariablement la même chose. Puisque tout a été conçu bien avant nous, la manière dont chaque chose se termine est la meilleure fin qui puisse être: 'tout est pour le mieux dans le meilleur des mondes'. Après avoir vécu une suite de mésaventures, Pangloss, harcelé par Candide, répondra, [en ayant recours à Leibniz] que Leibniz ne pouvait pas se tromper, quand il affirmait que l'ordre du monde préétabli est la meilleure chose qui soit. L'ennemi de l'ennemi de Voltaire peut-être Spinoza. Qu'il le veuille ou non, le fait de s'opposer à Leibniz va rapprocher Voltaire de Spinoza. Mieux encore, la voie proposée par Voltaire à Candide par le truchement d'un vieux sage turc peut être considérée comme 'spinosiste'. Plutôt que de perdre du temps avec des questions philosophiques sans réponses comme par exemple sur l'ordre préétabli de l'univers, il vaut mieux que chacun cultive son jardin.²² Voltaire va écrire dans sa *Lettre à d'Alembert*, "Je ne connais que Spinoza qui ait bien raisonné mais personne ne peut le lire".²³ Vernière affirme quant à lui qu'à la suite de *Candide*, "Voltaire se trouvait étrangement libre et disponible".²⁴ Ses positions ouvertement opposées à Spinoza avant *Candide* vont ensuite peu à peu s'adoucir, commencer à lui être plus favorable.

Même si Diderot semble plus proche de Spinoza que Voltaire, on ne peut pas dire qu'il l'ait très bien compris non plus. Le héros de son roman *Jacques le fataliste* est redevable de son destin aux leçons de son capitaine. En tant que 'spinoziste' ce dernier répète continuellement à Jacques que tout ce qui lui

21 On retrouve cette inspiration spinosiste dans le livre de Sarane Alexandrian, "Soixante sujets de romans au goût du jour et de la nuit", lorsqu'elle aborde Candide et Voltaire dans l'un de ses résumés de thèmes de romans (Sarane Alexandrian, *Satış garantili altmış roman konusu*, Doğan, İstanbul 2003, p. 95).

22 Voltaire, *Les romans de Voltaire. Candide*, Gallimard, Paris 1961, p. 239, 245.

23 François Bénichou, "Du Spinosisme en littérature", *Magazine littéraire* 370, Paris 1998, p. 56-59.

24 Paul Vernière, *Spinoza et la pensée française avant la révolution II*, Puf, Paris 1954, p. 507.

arrive ici-bas, en bien comme en mal, est écrit là-haut. Dans ce roman, c'est donc le capitaine 'spinoziste' qui a pris la place du Pangloss 'leibnizien'. Et Jacques, son élève, qui respecte scrupuleusement les leçons de son capitaine et les contraintes de son milieu, en ne faisant aucune différence entre le vice et la vertu, en ignorant le sens des mots 'punition' et 'récompense', en étant certain de ne pas trouver ce que l'on appelle la liberté puisque son futur est déjà tout tracé et en étant enfin persuadé que l'homme ne peut réaliser que ce qui a auparavant été prévu pour lui, est sensé illustrer de nouveau Spinoza. Et vers la fin du roman, le 'pauvre fataliste', selon les termes de Diderot, allongé dans une cellule obscure les pieds et les mains enchaînés, va se rappeler les principes philosophiques de son capitaine.²⁵ Il paraît évident que l'auteur se moque ici du principe de 'fatalité'; mais même si par certains cotés –l'affirmation de l'autonomie dans la Nécessité, le rejet de la dichotomie entre le Bien et le Mal, le refus de l'utilisation de termes tels que 'punition' et 'récompense'– on est proche de Spinoza, ni le personnage du capitaine ni même celui de Jacques n'illustrent correctement sa pensée. Ici apparaît de manière très nette la différence essentielle entre la 'nécessité' et la 'fatalité'. Spinoza est le penseur de la Nécessité ; toutefois, il ne pense pas que le destin de l'homme soit prédéterminé et sa pensée n'a aucun rapport, de près ou de loin, avec le fatalisme. Burbage et Chouchan, après avoir précisé d'une part qu'il serait exagéré d'affirmer l'existence du "spinozisme de Diderot" et d'autre part que l'on ne peut pas arriver à une telle affirmation si l'on s'en tient aux articles 'Spinoza' et 'Spinozisme' de l'Encyclopédie, soutiendront que ces difficultés proviennent peut être du fait qu'on confronte à Diderot "un Spinoza qu'il ne connaissait pas".²⁶ Mais même Diderot, en son temps, n'aura pas échappé à l'accusation de 'spinoziste'.

Immédiatement après avoir donné cette précision, Zaoui note que le Marquis de Sade est l'un de ceux qui, par le contenu de leurs écrits, tant philosophiques que littéraires, ont été accusés de 'spinozisme'.²⁷ Carrasco, va

²⁵ Diderot, *Jacques le fataliste*, Gallimard, Paris 1959, p. 15, 20, 182, 183, 285.

²⁶ Frank Burbage/Nathalie Chouchan, "A propos du rapport Diderot-Spinoza. Spinozisme et matérialisme chez Diderot", *Spinoza au XVIIIe Siècle*, Méridiens Klincksieck, Paris 1990, p. 173, 174, 175, 177.

²⁷ De même, Zaoui va ajouter que Victor Hugo, avec son approche immanente, Marcel Proust, avec son approche substantielle dans ses oeuvres non pas uniquement créées sur l'idée du temps perdu ou du souvenir, mais fondées aussi sur une activité intellectuelle, Samuel Beckett enfin avec son approche de la Nécessité -et ce plus particulièrement dans *Molloy*- qui rappelle la situation des bourgeois intellectuels hollandais du XVIIème siècle et qui tend à faire glisser vers l'inhumain l'Irlandais de son époque, sont tous les trois des spinoziens (Pierre Zaoui,

soutenir que Spinoza a dépassé la question du mal par une interprétation matérialiste qui permet de le considérer comme athée et immoral; il ajoutera, en faisant référence à Justine et probablement au début du livre, que le Marquis de Sade l'a aussi interprété ainsi.²⁸ Malinowski-Charles affirme que Sade cite Spinoza dans L'histoire de Juliette ou les prospérités du vice, par l'intermédiaire de Mme Delbène qui donne à Juliette des "leçons de philosophie". Mme Delbène dira que les trois philosophes qu'il apprécie sont Spinoza, Vanini et Mirabaud: "Nourris-toi sans cesse des grands principes de Spinoza, de Vanini, de l'auteur du Système de la nature, nous les étudierons, nous les analyserons ensemble, je t'ai promis de profondes discussions sur ce sujet, je te tiendrai parole, nous nous remplirons toutes deux l'esprit de ces sages principes. S'il te survient encore des doutes, tu me les communiqueras, je te tranquilliserai; aussi ferme que moi, tu m'imiteras bientôt, et, comme moi, tu ne prononceras plus le nom de cet infâme Dieu que pour le blasphémer et le haïr". Selon Malinowski-Charles, il n'est pas important de savoir si Sade a vraiment lu ou non Spinoza; entre Sade et Spinoza il existe des divergences, mais aussi des ressemblances frappantes sur certains sujets, tels que le concept de la nature ou l'immortalité de l'âme.²⁹ Et Citton affirme que ceux qui soutiennent que Sade est le représentant le plus important du spinozisme au XVIII^e siècle, se fondent sur *La philosophie du boudoir*. Mais pour lui, il existe une différence fondamentale entre Spinoza et Sade. "L'amoralisme sadien érige l'état primitif de guerre en horizon ultime, accepté dans sa brutalité chaotique, alors que toute la tension du spinozisme consiste à favoriser les processus constitutants par lesquels les égoïsmes peuvent former des dispositifs d'interaction moins mutilants et plus universellement émancipateurs". Toutefois il faut se garder "de se faire une idée trompeusement angélique, excessivement consensuelle et trop platement bourgeoise de la réflexion éthique spinoziste".³⁰

"Spinoza: Des artistes sans esthétique", *Quel Avenir pour Spinoza?* Kimé, Paris 2001, p. 230, 247, 238, 239).

28 Mariano Pérez Carrasco, "La virtud de los impíos. Hacia una interpretación materialista del sistema de la Sustancia", *Las aventuras de la inmanencia*, Cuadernos de Nombres, Córdoba de Argentina 2002, p. 187; Marquis de Sade, *Les infortunes de la vertu*, 10/18, Paris 1965, p. 21, 22.

29 Syliane Malinowski-Charles, "Nature, désir, plaisir: Une lecture spinoziste de Sade", *18^e Siècle*, Puf, Paris 1969, p. 406, 407, 411, 412, 414; Marquis de Sade, *Histoire de Juliette ou les prospérités du vice*, 10/18, Paris 1997, p. 30.

30 Yves Citton, *L'Envers de la liberté. L'invention d'un imaginaire spinoziste dans la France des Lumières*, Amsterdam-Paris 2006, p. 301, 302, 311, 312.

Pour Flaubert, tout comme pour Spinoza, Dieu ne se préoccupe pas du destin des hommes; le discours du Diable aussi, qui tente de faire sortir du droit chemin Antoine dans *La tentation de Saint Antoine*, est bien celui de Spinoza. Le duo Antoine/le Diable nous rappelle aussi le duo Faust/Mephisto du Goethe spinozien. Ce Diable est panthéiste et ne fait pas de bouffonneries sataniques, il philosophe intelligemment. Le Dieu de Spinoza ou celui du Diable est un Dieu qui ne se préoccupe pas du Mal. Il ne se préoccupe pas de réparer constamment le monde comme on corrigerait une oeuvre imparfaite. Le Diable va questionner Antoine de cette manière: "Penses-tu qu'il soit continuellement à rajuster le monde comme une oeuvre imparfaite, et qu'il surveille tous les mouvements de tous les êtres depuis le vol du papillon jusqu'à la pensée de l'homme?" Ce Dieu n'est pas un Dieu dont on peut qualifier les actes de 'bons' ou 'mauvais'. Le bien et le mal, le plaisir et la douleur, la mort et la naissance ou encore le jour et la nuit sont spécifiques aux humains; spécifiques à un intérêt particulier, dans un coin de l'univers, dans un lieu spécial. Ce Dieu n'est pas un Dieu qui aime, se met en colère ou qui souffre; il n'a pas de vertus, il n'est ni bon, ni juste, ni généreux. C'est l'être unique, une seule substance et penser quelque chose au delà de cela serait penser un Dieu au delà de Dieu, un être au delà de lui-même. La volonté et la substance sont une seule et même chose et une autre volonté ne peut exister, simplement parce qu'il n'y a pas d'autre substance. Elle est infinie et nécessaire et elle n'a aucun objectif. Donner un but à Dieu signifie le limiter. Il reste qu'il n'existe pas non plus quelque chose comme le vide ou le néant, il n'y a que des corps qui se meuvent sur le sol stable de l'univers. Et si l'univers avait été une chose limitée, il ne serait pas l'univers, mais un corps. L'univers n'a pas de frontières et il est immanent à Dieu. Ce n'est ni telle ou telle partie du vide, telle ou telle étendue, c'est l'infini. Antoine non plus ne réussira jamais à conceptualiser l'univers dans sa totalité; c'est aussi la raison pour laquelle il n'arrivera jamais à comprendre le pourquoi de la divinité, ni à avoir une compréhension juste de Dieu. Et il ne pourra même pas affirmer que l'univers est infini parce que pour cela, il aurait fallu qu'il fasse ce qu'il n'a pas pu faire, c'est à dire concevoir l'Infini.³¹ Antoine souffre pour rien car la force au nom de laquelle il souffre se moque de cette douleur. Ou plutôt elle ne se rend même pas compte de l'existence de cette douleur.

³¹ Gustave Flaubert, *La tentation de Saint-Antoine*, Garnier Flammarion, Paris 1967, p. 225, 224, 223, 222, 226.

La pensée de la Nécessité correspond à ce que recherche Althusser chez Spinoza: la différence entre d'une part un monde, à l'intérieur duquel ne règne que l'auto-développement de l'efficacité, qui n'a ni 'voie' précisée à l'avance, ni sens, ni guide, ni dirigeant, et d'autre part un monde orienté par un sujet volontaire (Dieu ou bien chaque homme), un dirigeant agissant en toute connaissance de cause, suivant un projet précis. Dans "L'Unique tradition matérialiste –Spinoza, Machiavel", Althusser va s'exprimer ainsi: "Dans cette fantastique philosophie de la nécessité du factuel dépouillé de toute garantie transcendante (Dieu) ou transcendantale (le 'je pense') je retrouvais une de mes vieilles formules. Je pensais alors usant d'une métaphore qui vaut ce qu'elle vaut, qu'un philosophe idéaliste est comme un homme qui sait d'avance *et* d'où part le train dans lequel il monte *et* où va le train: quelle est sa gare de départ et sa gare de destination... Le matérialiste au contraire, est un homme qui prend le train *en marche* (le cours du monde, le cours de l'histoire, le cours de sa vie) mais sans savoir d'où vient le train ni où il va. Il monte dans un train de hasard, de rencontre, et y découvre les installations *factuelles* du wagon et de quels compagnons il est *factuellement* entouré, quelles sont les conversations et les idées de ces compagnons et quel langage marqué par leur milieu social (tout comme les prophètes de la Bible)".³² Comme Ramond le précise, il s'agit de la différence entre deux visions du monde distinctes: 1. un monde dirigé selon un projet, des directives précises, par un sujet volontaire ou un chef (Dieu ou bien n'importe lequel d'entre nous). 2. un monde sans guide ou sans dirigeant, sans "signification" ni "direction" précisées à l'avance et à l'intérieur duquel règne uniquement l'auto-développement de

32 Louis Althusser, "Tek Materyalist Gelenek. I. Spinoza", Marx'tan Spinoza'ya Spinoza'dan Marx'a, der. Eylem Canaslan-Cemal Bâli Akal, Dost, Ankara 2013, p. 184. Althusser a écrit à propos de son livre *L'Avenir dure longtemps* "ce qui suit n'est ni journal, ni mémoires, ni autobiographie. Sacrifiant tout le reste, j'ai seulement voulu retenir l'impact des affects émotifs qui ont marqué mon existence et lui ont donné sa forme". Dans ce livre, qui est un type de *Confessions*, Althusser considère sa vie, son corps et sa pensée, en tant que spinoziste et il écrit d'ailleurs ce qui suit au sujet de la pensée de Spinoza: "Rien de plus matérialiste que cette pensée sans origine ni fin. Je devais plus tard en tirer ma formule de l'histoire et de la vérité comme procès sans sujet (originaire, fondateur de tout sens) et sans fins (sans destination eschatologique préétablie)... J'aimais aussi citant Dietzgen, qui avait devancé Heidegger qui l'ignorait, (dire) que la philosophie était "der Holzweg der Holzwege", 'le chemin des chemins' qui ne mènent nulle part, sachant aussi que Hegel avait auparavant forgé la prodigieuse image d'un chemin qui marche tout seul, ouvrant sa propre voie au fur et à mesure de son avancée dans les bois et les champs" (Louis Althusser, *L'Avenir dure longtemps*, Broché, Paris 1993, p. 38, 237, 238).

l'efficacité.³³ Fraisse soutient que Spinoza s'oppose à toutes les explications d'ordre finaliste, que ce soit en ce qui concerne les comportements humains, la genèse d'événements naturels ou encore l'interprétation du monde en tant que création divine. L'illusion qui apparaît dès que l'être humain cherche à se donner un sens en fonction d'une finalité quelconque, donne lieu à l'apparition d'une autre illusion, celle de la liberté. Cette illusion provient de ce que l'homme ne connaît pas les causes exactes de ses actes. La soi-disant liberté que l'homme va d'abord s'attribuer avant de l'attribuer à la nature et enfin à Dieu, va déterminer les jugements de valeurs, aussi insensées que leurs propres sources d'inspiration. Dans ce sens, la compréhension spinoziste de l'univers, en se détachant d'un simple panthéisme, va faire intervenir la Nécessité plutôt que l'immanence et va laisser de côté d'une part une finalité liée à la création, un "meilleur" théorique déduit de la Nature et d'autre part la possibilité de faire appel à un 'anthropocentrisme' dans l'interprétation des événements. Cette compréhension correspond aussi à la mise à l'écart de toutes les idées concernant l'autonomie de l'esprit. Cela signifie que la finalité des conduites humaines dans la société est déterminée par la nature, c'est à dire limitée par la conservation de l'être. C'est pourquoi la nature ne privilégie d'aucune façon l'être humain mais elle distingue chaque être humain par sa singularité. Le naturalisme de Spinoza est en même temps une philosophie de cette singularité. C'est pourquoi Spinoza va également rejeter toute généralisation qui ne prendrait pas en compte la personne.³⁴ Ceci va introduire l'idée de l'autonomie personnelle de chaque être humain face à la Nécessité et en lieu et place d'une liberté abstraite. Le Diable explique à Antoine qu'il passe une épreuve qui n'a pas de sens, qu'il ne peut y avoir aucun maître pour cette épreuve, que lui seul est capable de décider s'il peut ou non succomber aux tentations qui lui sont présentées dans ce contexte sans valeur et que la liberté ne peut pas être autre chose que cela.

Et le diable se transformera parfois en savant chinois. Au XVIII^{ème} siècle, on remarquera que la philosophie orientale a des accointances avec celle de Spinoza. Le Marquis d'Argens dans son roman *Lettres chinoises*, parle d'un Chinois qui, lors d'un voyage en France, perçoit le lien existant entre Spinoza et Confucius: D'après Siou Tchéou, la pensée de Spinoza montre que les Eu-

33 Charles Ramond, "Ne pas rire mais comprendre. La reception historique et le sens général du spinozisme", *Spinoza. Kairos 11*, Presses Universitaires du Mirail, Toulouse 1998, p. 118, 119.

34 Jean-Claude Fraisse, *L'Oeuvre de Spinoza*, Vrin, Paris 1978, p. 360-367.

ropéens croient à une force céleste matérielle et aveugle, qui dirige le monde, donne la vie à toutes les créatures et qui agit toujours selon un ordre précis. Spinoza et ses disciples, tout comme les Chinois, appellent Dieu une substance unique composée de l'ensemble des êtres animés. Il n'est pas nécessaire de chercher très longtemps. Même quelques propositions de *l'Ethique* suffisent à rassurer complètement Siou Tchéou. La substance spinozienne est la source qui ordonne l'univers; de plus le penseur prouve cela grâce à une précision géométrique admirable. A partir de là, cela signifie que les missionnaires chrétiens ont mentis aux Chinois en soutenant que leurs sentiments et leurs attitudes étaient irrecevables et par ailleurs ils ont omis de leur parler de Spinoza et de ses disciples. De ce Spinoza qui aurait même pu montrer une autre voie aux Chinois qui parfois se dévergondaient alors qu'ils pensaient simplement décorer leurs Dieux avec de superbes attributs. Lorsqu'il retourne dans son pays, Siou Tchéou décide d'emmener avec lui *l'Ethique* en tant que nouvelle bible et d'enseigner aux Chinois cette nouvelle loi dont les Jésuites n'avaient dit mot.³⁵

A l'inverse, Bouvard et Pécuchet se verront dans l'obligation de renoncer à étudier Spinoza en Europe: Dans *Bouvard et Pécuchet*, Flaubert va partir de l'histoire de deux héros comiques qui essayent de lire *l'Ethique* et en sont bouleversés, ce qui lui permet, en expliquant Spinoza et donc par la même occasion *l'Ethique*, de mettre en avant son interprétation du philosophe. Contre ces modernes qui sont obligés d'être de semi-intellectuels, pleins de projets qui partent dans tous les sens sans en concrétiser aucun:

Bouvard imagina que Spinoza peut-être lui fournirait des arguments et il écrivit à Dumouchel pour avoir la traduction de Saisset.

Dumouchel lui envoya un exemplaire, appartenant à son ami le professeur Varelot, exilé au 2 Décembre.

L'Ethique les effraya avec ses axiomes, ses corollaires. Ils lurent seulement les endroits marqués d'un coup de crayon, et comprirent ceci:

'La substance est ce qui est de soi, par soi, sans cause, sans origine. Cette substance est Dieu. Il est seul l'étendue, et l'étendue n'a pas de bornes. Avec quoi la borner? Mais, bien qu'elle soit infi-

³⁵ Paul Vernière, *Spinoza et la pensée française avant la révolution II*, Puf, Paris 1954, p. 353, 354.

nie, elle n'est pas l'infini absolu, car elle ne contient qu'un genre de perfection, et l'absolu les contient tous'

Souvent ils s'arrêtaient pour mieux réfléchir. Pécuchet absorbait des prises de tabac et Bouvard était rouge d'attention.

-Est-ce que cela t'amuse?

-Oui! Sans doute! Va toujours!

'Dieu se développe en une infinité d'attributs, qui expriment, chacun à sa manière, l'infinité de son être. Nous n'en connaissons que deux: l'étendue et la pensée. De la pensée et de l'étendue découlent des modes innombrables, lesquels en contiennent d'autres. Celui qui embrasserait, à la fois, toute l'étendue et toute la pensée n'y verrait aucune contingence, rien d'accidentel, mais une suite géométrique de termes, liés entre eux par des lois nécessaires'.

-Ah! Ce serait beau! dit Pécuchet.

'Donc il n'y a pas de liberté chez l'homme, ni chez Dieu'.

-Tu entends! s'écria Bouvard.

'Si Dieu avait une volonté, un but, s'il agissait pour une cause, c'est qu'il manquerait d'une perfection. Il ne serait pas Dieu. Ainsi notre monde n'est qu'un point dans l'ensemble des choses, et l'univers, impénétrable à notre connaissance, une portion d'une infinité d'univers, émettant près du nôtre des modifications infinies. L'étendue enveloppe notre univers, mais est enveloppée par Dieu, qui contient dans sa pensée tous les univers possibles, et sa pensée elle-même est enveloppée dans sa substance'.

Il leur semblait être en ballon, la nuit, par un froid glacial, emportés d'une course sans fin, vers un abîme sans fond, et sans rien autour d'eux que l'insaisissable, l'immobile, l'éternel. C'était très fort. Ils y renoncèrent. Et désirant quelque chose de moins rude, ils achetèrent le Cours de philosophie à l'usage des classes par M. Guesnier.³⁶

Mais de nouveau le Diable va les chatouiller et ils expliqueront à un religieux auquel ils auront exprimé leurs doutes concernant la religion, qu'ils

³⁶ Gustave Flaubert, *Bouvard et Pécuchet*, Le livre de Poche, Paris 1959, p. 211, 212.

ont appris cela de Spinoza. Et lorsque le prêtre s'exclama en tombant de sa chaise: "L'avez-vous lu?", ils s'en sortirent en répondant "Dieu m'en garde!", mais dans le même temps, ils reconnaîtront qu'ils ne sont pas de bons lecteurs de Spinoza. Et lorsqu'ils essayeront de se rattacher à la science face à une croyance dont ils doutent, le religieux va une nouvelle fois leur clouer le bec: "Monsieur, on n'est pas savant si l'on n'est Chrétien".³⁷

La manière dont Flaubert se moque d'une forme de diffusion du savoir rappelle, sur un tout autre plan, le jeune étudiant, héros du roman de Oğuz Atay, *Korkuyu beklerken (En attendant la peur)*. Un savoir futile qui sépare tout en deux catégories et qui s'impose pourtant aux étudiants pour réussir aux examens: "Balzac et Stendhal étaient deux grands romanciers français. C'étaient les écrivains romantiques d'un pays où vivaient quarante deux millions de personnes. Il y a deux types de romans: romantique ou réaliste. Il ne faut pas croire ceux qui vous disent que Balzac était un réaliste; le vrai réaliste était Zola, il a été empoisonné au gaz. Et Balzac s'est empoisonné à force de boire dix mille tasses de café; il était endetté, et comme moi, il n'avait pas réussi à devenir célèbre en free-lance; Kafka aussi a échoué dans la fonction publique. Il y avait toujours deux portes dans les maisons dans lesquelles Balzac emménageait, de façon à pouvoir échapper aux créanciers. (ce que je comprends parfaitement). La Grèce antique n'est pas mal non plus. Il y avait Aristote par exemple, (et qui d'autre?) ah oui! Platon, qui lui aussi, avait une théorie de l'Etat, et puis il a écrit un livre intitulé *L'Etat* (C'était très bien que je sois inscrit aux Cours par correspondance. Et si seulement j'avais pu me trouver aussi à la cérémonie de remise des diplômes!?). Quant à la philosophie, même si on peut la diviser en plusieurs branches, en fait celles-ci se résument à deux catégories, le spiritualisme et le matérialisme. Dans la première, il n'y a pas de matière, dans la deuxième, si. Le plus grand philosophe est Kant et il ne s'est jamais marié. Il y a d'autres grands philosophes aussi: Hegel, Spinoza et Descartes. Ce dernier doutait de tout. Il y a deux Bacon; Francis Bacon n'est pas français, il est anglais. Si Bacon n'avait pas existé (quel Bacon?), les sciences seraient restées bien en arrière. Je dois parler de moi aussi. J'ai plutôt tendance à préférer les spiritualistes; mais il m'est arrivé de soutenir le matérialisme et l'une de ses branches, le matérialisme dialectique en m'énervant contre des personnes qui avaient des attitudes romantiques: thèse, anti-thèse, synthèse. Hahaha. Marx est aussi en même temps un

37 Gustave Flaubert, *Bouvard et Pécuchet*, Le livre de Poche, Paris 1959, p. 277-279, 325.

philosophe (pour le moment ça suffit sur le sujet)".³⁸ Autrement dit, si l'on est suffisamment inculte, on peut entrer directement à l'université sans suivre les cours par correspondance, et même, si on le désire, poursuivre sur le chemin de l'inculture et devenir universitaire. Et on continue à interpréter le monde en séparant d'abord le corps et l'esprit puis ensuite en séparant en deux catégories tout ce à quoi on est confronté. A propos, Ivan Illitch est-il Spinoziste?

Un autre écrivain influencé par la pensée de Spinoza et qui à son tour a sans aucun doute influencé Flaubert, est Goethe. Même Dumesnil soutient que Goethe a plus été la source d'inspiration pour *L'Education sentimentale* que pour *La tentation de Saint Antoine*, il faut admettre qu'il s'agit en fait d'une influence à caractère général. D'après Dumesnil, la *Tentation de Saint Antoine* était plus Spinozienne dans sa première version. Elle se terminait sur le fou-rire du diable. Dans la dernière version pourtant, on s'aperçoit que l'écrivain a adopté une position plus respectueuse par rapport aux thèmes religieux. La raison en est que Flaubert a lu Spencer entre temps. Dans ce cadre, Dumesnil va dire que *Bouvard et Pécuchet* est venu compléter le premier livre. Dans le sens où, au premier livre dans lequel la qualité absolue du religieux est considérée avec suspicion, vient s'ajouter le second livre qui fera douter, lui, de la force absolue du savoir. Le scepticisme de Flaubert va prendre dans *L'Education sentimentale* et *Madame Bovary*, une dimension plus large en incluant la vie entière: "Es-tu sûr de ce que tu vois? Es-tu sûr de ta vie? Il n'y a peut être que le néant". Selon Dumesnil, désormais ce chemin est celui qui, en passant par Spinoza, mène à Nietzsche.³⁹

Trad. Marie Hélène Saulner

38 Atay, *Korkuyu beklerken*, May, İstanbul 1975, p. 79. Quant à Balzac, il est suffisamment tranquille pour ne pas avoir à se soucier de ce type d'angoisses. Il ne va pas oublier de présenter ses respects à Spinoza dans *La cousine Bette*. Ainsi Venceslav qui soutient que les divers chapitres de la Bible ont été écrits à des époques différentes, va-t-il, à partir de là, s'exclamer "Le grand et immortel Spinoza, si naïvement rangé parmi les athées" (Balzac, *La cousine Bette*, Gallimard, Paris 1963, p. 234, 235). Balzac nous rappelle ainsi immédiatement Alain. Parce que c'est lui qui a dit que Spinoza était le seul philosophe qui pouvait être comparé à Balzac (André Comte-Sponville, "Le Dieu et l'idole. Alain et Simone Weil face à Spinoza", *Spinoza au XXe Siècle*, Puf, Paris 1993, p. 13, 14).

39 René Dumesnil, *Gustave Flaubert. Hayatı ve eseri*, MEB, İstanbul 1950, p. 262, 324, 325. Dimitri Sergeyevitch Merejkovsky va parler de Spinoza dans un cadre qui nous rappelle l'opposition dont il vient d'être question, dans son roman qui décrit une partie de la vie de Pierre le Grand. On y expose la résistance des Raskolnik qui se sont brûlés eux-mêmes au moment où le Tzar torture, puis tue son fils Alexis qui l'avait trahi. Pierre le Grand, en fermant le patri-

archat de Moscou, place à la tête de la hiérarchie ecclésiastique le Saint Synode qui se trouvait sous son autorité propre, et va mater impitoyablement la révolte des hommes de religion et de leurs partisans qui avaient suivi cette décision. Il est évident que le pouvoir absolu de Pierre le Grand qui a fait accepter par la force les réformes pro-occidentales, un régime séculier et la primauté absolue de la science, ne correspond pas du tout à la pensée de Spinoza. Mais on ne peut pas dire non plus qu'un ancien Raskolnik, et opposant à Pierre le Grand, soit plus proche de lui. Tikhon, le spécimen sauvé par hasard alors qu'il se trouvait au sein du groupe fanatique des Raskolnik qui se sont brûlés. Il va poursuivre sa quête de la 'vraie religion', et, en passant d'un mysticisme à l'autre, va s'apercevoir que Spinoza a écrit ce qui suit et sombrer alors dans l'effroi: Dès lors que l'on croit aux miracles comme fondement de la religion, cette croyance ne peut avoir pour source que l'ignorance, l'origine de toutes les formes de méchanceté; et par ailleurs, la croyance de ce type ne peut être que superstition. Surtout, attendre de l'amour de la part de Dieu est parfaitement insensé. Parce que selon Spinoza "Dieu n'aime –au sens propre du terme- personne et ne hait personne. Car Dieu n'est affecté d'aucun sentiment de joie ni de tristesse, et par conséquent il n'aime non plus personne et ne hait personne" (*Ethica*, Proposition XVII, Corollaire, Trad. Roland Caillois).

İttihat ve Terakki Hükümetleri'nin Divan-ı Harb-i Örfi'de Yargılanması ve Malta Sürgünleri (1918–1921)

Rıdvan AKIN*

ÖZET

Türk siyasal tarihinde Mütareke Dönemi olarak anılan dönem bir siyasal hesaplaşmaya sahne olmuştur. Bu hesaplaşmanın yöneldiği temel hedef savaş boyunca ülkeyi yöneten İttihat ve Terakki hükümetleri olmuştur. İttihatçıların iktidardan çekilmesi, işgalci müttefik güçler koalisyonunun desteğini alan yeni iktidar sahiplerine bir cadı avı fırsatı yaratmıştır. Bu sürecin ana aktörleri ise Damat Ferit Paşa hükümetleri ve Hürriyet ve İtilaf Partisi olmuştur.

İttihatçılar, savaş suçlusu ilan edilerek, Divan-ı Harb-i Örfide yargılandılar. Gıyaben yargılanan bazıları hakkında mahkûmiyet kararları verildi. Yargılamalar çoğunlukla Ermeni tehcirinin bir kırıma dönüştürüldüğü iddiasına dayanıyordu. Yargılamalar devam ederken İngilizler uluslararası bir savaş suçları mahkemesi kurmak ve bu mahkemede zanlıları yargılamak iddiasıyla başta Sait Halim ve Talat Paşa hükümeti üyeleri, senatör, mebus, komutan ve mülki idare amirlerini Malta Adası'na sürgün ettiler.

Bu uygulamalar aşamalı olarak 1920 sonbaharına kadar sürdü. Son Damat Ferit hükümetinin istifasıyla Divan-ı Harb kararları temyize açıldığında birçok kararın keyfi olarak verildiği anlaşıldı. Malta sürgünleri ise Ankara hükümetinin ilkeli ve tavizsiz tutumu sonucunda, başta Yarbay Rawlinson'un olmak üzere, Anadolu'da rehine olarak tutulan İngilizlerle İnebolu limanında mübadele edilerek özgürlüklerine kavuştular.

Anahtar kelimeler: İttihat ve Terakki, Mütareke dönemi, Divan-ı Harb-i Örfi, Malta sürgünleri, İnebolu mübadelesi.

* Prof. Dr. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

The Trial of Union and Progress Governments in the Court Martial and the Malta Exiles (1918-1921)

ABSTRACT

The so-called Armistice period in the Turkish political history has witnessed a political showdown between the political rivals. The main objective of this conflict had brought the former Union and Progress governments to justice that ruled the country during the World War I.

Pulling the Unionists out of power, by support of occupying allied forces, the new political holders had gotten a witch hunt opportunity. The main actors of this process had become the government of DamatFerit Pasha and Liberty and Alliance Party.

During this period, members of Union and Progress were defined as war criminals to be tried in the court martial. Some of the suspects were tried and convicted in absentia. Most of the vanguard figures were tried in present. Allegations, for the most part, had been relied on the fact that Armenian deportation had been transformed into Armenian slaughter.

While proceedings had been kept going, the British High Command exiled some of the alleged suspects to Malta Island including Sait Halim and Talat Pasha government's members, senators, deputies, commanders and public administrators of the former era so as to prosecute before an international war crimes tribunal.

These practices gradually continued until the resignation of last Damat Ferit Pasha's government in the autumn of 1920. After the fall of pro-British Damat Ferit cabinet, court-martial decisions had been opened to appeal and it was understood that many convictions had proved to be a very arbitrary ground.

As for the Malta exiles, as a result of uncompromising and determined attitude of Ankara government, they were liberated by exchange with the all the interned British nationals in Anatolia, including Colonel Rawlinson at the port of İnebolu.

Keywords: Committee of Union and Progress, Armistice period, court Martials, Malta exiles, İnebolu exchange.

GİRİŞ

Bu makalede bir siyasi hesaplaşma dönemi ele alınmaktadır. Bu hesaplaşma, Osmanlı Devleti'nin dağılma sürecine koşut gerçekleşmiştir. Mondros'tan Mudanya Mütarekesi'ne kadar devam eden bu sürece pek çok olay damgasını vurmuştur.

Birinci Dünya Savaşı yıllarında iktidarda bulunan İttihat ve Terakki hükümetlerinin yargılanması ve Malta sürgünleri bu yazının temel ilgi alanını oluşturmaktadır. Her iki olayın da ilk büyük global savaşa son veren Paris

Bariş Konferansları bağlamında ele alınması doğru olur. Çünkü hem İttihatçıların Divan-ı Harb-i Örfi'de yargılanması hem de Malta sürgünleri olayının Osmanlı Devleti'ni Sevres Barışı'nı imzaya zorlayan savaş sonu uluslararası konjonktür ile doğrudan bağlantısı vardır.

Bu makalenin en önemli aktörleri İttihat ve Terakki hükümetleri ve İttihatçılardır. Bilindiği üzere, İttihat ve Terakki Cemiyeti Jön Türk Devrimini gerçekleştiren siyasal partinin adıdır. Bu parti II. Abdülhamit monarşisine karşı uzun bir mücadeleden sonra Kanun-u Esasi'nin iadesini sağlamıştır. Meşrutiyet terminolojisinde “Hürriyetin İlanı” diye anılan 10 Temmuz İnkılabı (23 Temmuz 1908) ile başlayan yeni siyasal süreç Mütareke'ye kadar on yıl sürmüş, Osmanlı Devleti'nin dağılması ile son bulmuştur. Bu kısa zaman dilimi içinde özerk statü ile yönetilen Girit, Bosna-Hersek “hâkimiyet-i siyasiye” ile bağlı oldukları imparatorluktan kopmuşlar; Bulgaristan ve Arnavutluk bağımsızlığını ilan etmiştir. Üç büyük savaş; Trablusgarp, Balkan ve Birinci Dünya Savaşı, Osmanlı Devleti'nin beşeri ve maddi kaynaklarını büyük ölçüde yitirmesine neden olmuştur.

Dönemin iç siyasal dinamikleri temel olarak başat parti İttihat ve Terakki ile muhalefetteki Hürriyet ve İtilaf çatışması ekseninde cereyan etmiştir. 1913 Babıalı Baskınından sonra İttihat ve Terakki tam anlamıyla iktidara gelmiş; Hürriyet ve İtilaf Partisi pasifize edilmiş; bu tarihten sonra açık muhalefet dönemi sona ermiştir.

1908, 1912, 1914 Mebusan Meclisi seçimleri ile üç dönem parlamento toplanmış, ağır siyasal koşullar nedeniyle Osmanlı parlamentosu kesintili çalışmış, savaş yıllarında ülke çoğunlukla kanun-u muvakkat rejimi ile yönetilmiştir.

Kıbrıslı Mehmet Kamil Paşa Hükümeti'nin Balkan Harbi'nde “mülkü satıyor” gerekçesiyle bir hükümet darbesiyle görevden uzaklaştırılmasından sonra İttihat ve Terakki'nin “denetleme iktidarı dönemi sona ererek mutlak iktidar dönemi başlamıştır. Bu anlamda iki gerçek İttihat ve Terakki hükümeti vardır: Sait Halim Paşa Hükümeti ile Talat Paşa Hükümeti.

Bu hükümetlerin ana gündemi Birinci Dünya Savaşı olmuştur. Osmanlı Devleti'nin İttifak cephesinden taraf olması bu hükümetler döneminde gerçekleşmiş; ordular Basra, Kanal, Sarıkamış, Galiçya, Çanakkale, Filistin cephelelerinde savaşmıştır. Sadrazam Sait Halim Paşa'nın 1917'de istifası üzerine, Mütarekeye kadar ülke Talat Paşa kabinesi tarafından yönetilmiştir.

31 Mart olayından sonra (13 Nisan 1909) bir Meclis-i Umumi-i Milli kararı ile tahta çıkarılan Sultan Mehmet Reşat'ın 1918 Temmuzunda ölümü

üzerine Veliaht-ı Saltanat Vahdettin Efendi, Kanun-u Esasi gereği padişah olmuştur. Sultan Mehmet Vahdettin Osmanogulları hanedanının son hükümdarıdır. Tahta çıktığında, kısıtlı iktidarının sınırları, selefi Sultan Reşat devrinde olduğu gibi, İttihat ve Terakki yönetimi tarafından çiziliyordu. Usul gereği yeni sultana istifasını sunan Talat Paşa bir kez daha hükümeti kurma görevini aldı. Bu son Talat Paşa Hükümeti, İttifak Cephesi'nin çöküş dönemine tesadüf etmiştir.

Gerçekten de 1918 yılı sonbaharı bir dizi önemli gelişmeye sahne olacaktı. Bunlar sırasıyla, Almanya'nın Spartakist hareketi ve Kiel ayaklanması ile savaş dışı kalması, Macarların Mihaly Karoly önderliğinde Krizantem Devrimini gerçekleştirmesi, bir süre sonra Bolşevikleri örnek alan Macar Sovyet Cumhuriyeti'nin kuruluşu, Avusturya-Macaristan İmparatorluğu'nun dağılması, Balkan Cephesinde müttefiklerin Franchet Desperey komutasında Bulgar cephesini çokartması ve Filistin'de General Allenby kuvvetlerinin Osmanlı ordusunu "dağılmanın eşiğine" getirmesidir. Bu reel-politik karşısında, Talat Paşa muhtemel bir mütareke anlaşmasını müzakere edebilecek partiler üstü bir hükümetin kurulmasına olanak sağlamak üzere sadareten çekilmiştir.

İttihat ve Terakki Hükümeti'nin İktidardan Çekilmesi

Talat Paşa'nın istifasından sonra Mareşal Ahmet İzzet Paşa (Furğaç) hükümeti kurma ile görevlendirildi. Yeni hükümetten iki önemli görevi yerine getirmesi bekleniyordu: Müttefikleri mütarekeye razı edecek arabulucular bulmak ve savaş döneminde işlendiği iddia edilen suçları soruşturmak.

İzzet Paşa kabinesi partiler üstü bir görünüm vermek üzere kurulmuşsa da İttihatçılığı malum olan Fethi Bey (Dâhiliye) Rauf Bey (Bahriye), Cavit Bey (Maliye) ve eski Şeyhülislam Hayri Efendi (Adliye) nazırlığına getirilmiş olmaları hükümete İttihat ve Terakki'nin artçı kabinesi izlenimi veriyordu.¹ Bu nedenle yeni hükümeti geçiş dönemi kabinesi olarak nitelemek doğru olacaktır. İzzet Paşa Hükümeti'nin güven oylamasına 131 üye katılmış, 121 lehte, 10 çekimser oyla hükümet göreve başlamıştır.²

Mondros Mütarekesi'nin yürürlüğe girmesiyle İtilaf donanmasının İstanbul'a gelmesi, ülkenin I. Dünya Savaşına sokularak savaştan mağlubiyetle çıktığını berrak bir şekilde ortaya koyuyordu. Sabık iktidara yönelik büyük

¹ TUNAYA, 1989, s. 545.

² KOCAOĞLU, 2006, s. 35, 39, 41.

bir öfke vardı. Bütün bunların yanı sıra halkın ekonomik ve sosyal sıkıntılar içinde bulunması, kamuoyunda İttihat ve Terakki hükümetlerinden hesap sorulması beklentisini yükseltiyordu.

İttihatçılara karşı oluşan iç tepki Dünya Savaşı'nın galibi İtilaf blokunun yarattığı emperyalist dış baskılarla birleşince, sabık yönetimin sorgulanması talebi başka bir platforma çekilecekti. Eski devrin mağduru Hürriyet ve İtilâf Partisi mensupları bu özel konjonktürü siyasi bir fırsat olarak değerlendirdiler. İttihatçılara karşı gelişen tepkiyi oldukça büyüttüler. Sait Halim ve Talat Paşa hükümetleri döneminde sadrazamdan en alt seviyedeki memura kadar bütün kamu görevlileri suçlu olarak ilan edildi.

İtilaf devletlerinin en çok duyarlı olduğu konu İttihat ve Terakki hükümetinin uyguladığı Ermeni Tehciri kararıydı. Bu nedenle, 13 Ekim 1918 günü göreve başlayan Ahmet İzzet Paşa hükümetinin ilk kararlarından biri sabık hükümetin bir kanun-ı muvakkat ile yürürlüğe koyduğu tehcir kararını ve sonuçlarını ortadan kaldırmak oldu.³ Ayrıca, geri dönecek Ermeniler için her türlü tedbir alındı. Hükümet, kamulaştırılmış Ermeni emlak bedellerinin de geri ödenmesine karar verdi.⁴ Alınan bu kararlar, Ermeniler arasında sevinç gösterileri ile karşılandı. Ermeni Patriği, Adliye ve Mezâhib Nezaretine gönderdiği bir yazı ile hükümete şükranlarını ilettili.⁵

Yeni hükümet, Ermenilerle ilgili bir dizi karar aldıktan sonra, 30 Ekim 1918'de şartları son derece ağır bir mütareke imzaladı. İttihat ve Terakki Cemiyeti Mondros Mütarekesi'nin yürürlüğe girmesinden hemen sonra 1-4 Kasım 1918 tarihleri arasında son kongresini toplayarak kendini feshetme kararı aldı.⁶ Parti önderleri fesih kongresinden sonra bir Alman denizaltısı ile yurt dışına çıktılar.⁷

3 Ordu, kolordu ve tümen komutanlarına “casusluk ve hıyanetlerinden dolayı köy ve kasaba halkını sevk ve iskan yetkisi” veren düzenlemenin içeriği için bkz. “Vakt-i Seferde İcraat-ı Hükümete Karşı Gelenler İçin Cihet-i Askeriyece İttihaz Olunacak Tedabir Hakkında Kanun-ı Muvakkat”, **Takvim-i Vekayi** sayı: 2189, 19 Mayıs 1331, 1 Haziran 1915. **Düster İkinci Tertip**, C.V, s. 609; ayrıca bkz. **Ermeni Komitelerinin Emelleri ve İhtilal Hareketleri (İttihat ve Terakki Raporu) Beyaz Kitap**, İstanbul, Kaynak Yayınları, 2006 s. 273; SELVİ, 2003, s. 70.

4 **Osmanlı Belgelerinde Ermenilerin Sevk ve İsyanı**, Ankara, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı Yayını, 2007, s.396.

5 ATA, 2005, s. 523.

6 KOCAOĞLU, 2006, s.198.

7 İttihat ve terakki önderlerinin yurtdışına çıkmalarına fesih kongresinde karar verildiği iddiası için bkz. SOKU, 2010, s. 77.

Ateşkesin yürürlüğe girmesinden sonra, İtilaf Devletleri İstanbul'u fiilen işgal ederek, neredeyse tüm resmî kurumlara el koydu. Hükümet ve idareye buyurgan bir edayla talimatlar vermeye başladı. Hiç kuşku yok ki bu tavır devletin hükümranlılığının sona ermesi anlamına gelmekteydi. Oysaki Osmanlı Devleti "kayıtsız şartsız bir teslim anlaşması" değil; şartları ağır da olsa bir ateşkes (silah bırakışması) imzalamıştı. Özellikle İngilizler, İttihatçıların cezalandırılmaları hususunda hükümete ve Sultan Vahdettin'e baskı yapmaya başladılar.⁸

Müttefik donanması 13 Kasım 1918 günü İstanbul limanına gelerek fiili işgali başlattı. İşgalden iki gün önce Ahmet İzzet Paşa Hükümeti'nin görevden ayrılmasıyla sadarete getirilen Ahmet Tefvik Paşa (Abdülhamit döneminde uzun süre Londra sefirliği yapmıştı) sabık iktidar dönemi uygulamalarını araştırmak üzere Tetkik-i Seyyat komisyonlarının kurulmasına karar verdi.⁹ Daha sonra Dahiliye, Bahriye ve Harbiye nezaretlerinin her biri için ayrı ayrı komisyonlar kurulmasına karar verildi.¹⁰ Bunlara bir de özellikle Tahsisat-ı Mesture Komisyonu eklenecekti. Çünkü Teşkilat-ı Mahsusa'ya bu ödenekten usulsüz bir şekilde kaynak aktarıldığı iddiaları vardı.¹¹

Bu gelişmeleri "Ermeni Tehciri" sırasında savaş suçu işleyenleri tespit etmek ve sorgulamak amacıyla Tehcir ve Taktili İnceleme Heyetleri oluşturulması izledi.¹² Kurulan heyetlerde özellikle Ermeni üye bulunmasına özen gösterildiği dikkat çekmekteydi. Tahkik Heyetleri on farklı bölgeye ayrılarak, Anadolu'nun değişik vilayetlerine gönderildiler.¹³ 7 Aralık 1918 tarihinde Heyetlerin kuruluşu ile ilgili olarak bir Meclis-i Vükela kararı (Bakanlar Kurulu kararnamesi) çıkarıldı.¹⁴

Sabık İaşe Nazırı Kara Kemal Bey'in savaş yıllarında gıda üretim ve dağıtım sorunlarını çözmek amacıyla kurduğu Milli Mahsulat, Milli İthalat, Milli Mensucat şirketlerine ve Milli Kalkınma Bankasına el konuldu; 30 Aralık 1918'de İaşe Nezareti lağvedilerek, İaşe Müdüriyeti Umumiyesine dönüş-

⁸ ATA, 2005, s.523.

⁹ KOCAOĞLU, 2006, s.187.

¹⁰ KOCAOĞLU, 2006, s.191-192.

¹¹ KOCAOĞLU, 2006, s.197.

¹² KOCAOĞLU, 2006, s. 194-197.

¹³ ATA, 2005, s.524.

¹⁴ TUNAYA, 1989, s.557.

türüldü.¹⁵ Tevfik Paşa Hükümeti, yurtdışına kaçan İttihat ve Terakki önderleri ile ilgili olarak, “firari paşaların emval ve nukuduna” el koyma kararı verdi.¹⁶

Sabık Hükümetin Mebusan Meclisi Beşinci Şubesinde Sorgulanması

Bu aşamada Talat Paşa'nın iktidar mevkiini terk etmesiyle sessizliğe bürünen Osmanlı parlamentosunda siyasi bir canlanma görüldü. Üçüncü Dönem Osmanlı Mebusan Meclisi olan bu meclis savaş yıllarında kesintili çalışmış, ülke daha ziyade iktidar tarafından çıkarılan hükümet kararnameleri veya kanun-u muvakkatlerle yönetilmişti.

İttihatçıların düşüşü ile birlikte ilk hareketlenme Mebusan Meclisi'nin gayrimüslim üyelerinden gelecekti. Dikkat çekici bir şekilde İzzet Paşa kabinesine çekimser oy verenler Rum mebuslardı. Güven oylamasının ardından Aydın Mebusu Emanuelidi Efendi ve iki Rum mebus arkadaşı verdikleri ortak önerge ile hükümet-i sabıkanın cezalandırılmasını istediler. Karahisarı Şarki Mebusu Yanko Efendi Ayvalık Rumları'nın tehciri sırasında yapıldığını ileri sürdüğü suiistimalleri meclis gündemine getirdi. Çatalca Mebusu Türkididis ve Tekirdağ mebusu Temistokli efendiler Edirne ve Çatalca'da tehcirin uygulanma biçimini sorgulayan önergeler verdiler. Öte yandan Kozan Mebusu Nalbandyan Efendi, “Neronların vahşiliğini gölgede bırakan eylemlerinden” bahsederek İttihat ve Terakki'yi suçlayanlara katıldı.¹⁷

Mebusan Meclisi'nin 2 Kasım 1918 tarihli oturumunda, Agop Efendi (Maraş), Onnik İhsan (İzmir), Artin Boşgezenyan (Halep), Medeyan Efendi (Erzurum), Dikran Barsamyan (Sivas) ve Matyos Nalbantyan (Kozan) gibi Ermeni mebuslar Dahiliye Nazırı Fethi Bey'e “tehcir suçlarına” ilişkin bir soru önergesi verdiler.¹⁸ Soru önergesi Nazır Fethi Bey tarafından yanıtlandı.

Üçüncü Dönem Mebusan Meclisi'nin son meclis araştırması önergesi Trabzon Mebusu Hafız Mehmet Bey ve arkadaşları tarafından verildi. Burada “Harb-i Umumiye girişimizin dayandığı belgelerin incelenmesi için on bir mebustan oluşan bir tahkik heyeti kurulması” istenmiş, yapılan oylama sonucunda önerge üç oy farkla kabul edilmiştir. Meclis İçtüzüğü uyarınca çekilen kura sonucu araştırma görevi Beşinci Şube'ye verilmiştir.

¹⁵ TUNAYA, 1989, s.557.

¹⁶ KOCAOĞLU, 2006, s. 200.

¹⁷ TUNAYA, 1989, s. 547.

¹⁸ KARACAKAYA, 2001, s. 141.

Bu önerenin kabulünden sonra 28 Ekim 1918 tarihinde Divaniye Mebusu Fuat Bey, “Sait Halim ve Talat Paşa kabinelerinin Divan-ı Ali’ye sevk hakkında” on maddelik bir önerge (takrir) vermiştir.¹⁹ Savaş dönemi siyasi sorumlularının Divan-ı Ali’ye gönderilmeleri teklifi ise soruşturmaların bitmesinden sonraya bırakılmıştır.²⁰

Mebusan Meclisi Beşinci Şubesi ilk toplantısını, İttihat ve Terakki önderlerinin ülkeyi terk etmesinden dört gün sonra, 6 Kasım 1918 de yapmıştır.²¹ Sabık iktidarı soruşturmakla görevli Beşinci Şube üyelerinden bazı ilginç simalar vardır. Örneğin: kâtip üye Şemsettin Bey (Günaltay, Cumhuriyet dönemi başbakanlarından), İlyas Sami (Muş, birinci mecliste de mebus) Agop Hırlakyan (Maraş) Viktor Bey (İstanbul).²²

Beşinci Şube, eski sadrazam Sait Halim Paşa’nın da aralarında bulunduğu on dört eski nazır ile birlikte İttihat ve Terakki’nin siyasi sorumlularını sorgulamıştır. Eski sadrazamın dışında, Çürüksulu Mahmut (Nafia Nazırı) İbrahim Bey (Adliye Nazırı) Ahmet Şükrü Bey (Maarif Nazırı, İzmir suikastı davasında maslup) Ahmet Nesimi Bey (Hariciye Nazırı) Abbas Halim Paşa (Nafia Nazırı) Halil Bey (Eski Meclis-i Mebusan Reisi, Cumhuriyet döneminde mebus) Cavit Bey (Maliye Nazırı, İzmir suikastı davasında maslup) Ali Münif Bey (Yegena, Nafia Nazırı), Mustafa Şeref Bey (Ticaret ve Ziraat Nazırı), İsmail Canbulat (Dahiliye Nazırı, İzmir suikastı davasında maslup) Hüseyin Haşim Bey (Posta Telgraf Nazırı), Kara Kemal Bey (İaşe-i Umumiye Nazırı, İzmir suikastı davası sanığı, intihar etti). Bu isimlerin dışında Sait Halim ve Talat Paşa kabinelerinde şeyhülislamlık yapmış olan Hayri Efendi ve Musa Kazım Efendi şube tarafından sorguya çekilmişlerdir. Sorgulamalarda daha ziyade savaş yıllarında gerçekleşen suiistimaller ile tehcir meselesi gündeme gelmiştir.²³

Beşinci Şube 39 günlük bir çalışmadan sonra son toplantısını 19 Aralık’ta

19 TUNAYA, 1989, s. 548; GÜRÜN, 2005, s.343.

20 **MMZC, Devre III**, içtima: 5, Celse: 1, 1334, Ankara, TBMM Matbaası, 1993, s.75-77.

21 TUNAYA, 1989, s. 548.

22 KOCAOĞLU, 2006, s. 223.

23 Beşinci Şube tutanakları için bkz. “Meclis-i Mebusan Encümen Mazbataları Sait Halim ve Talat Paşalar kabinelerinin Divan-ı Aliye sevkleri hakkında Divaniye Mebusu Fuad Bey merhum tarafından verilen takrir üzerine bera-yı tahkikat kur’a isabet eden Beşinci Şube tarafından icra olunan tahkikat ve zapt edilen ifadat /Beşinci Şube. İstanbul: Meclis-i Mebusan Matbaası, 1334 (1918).

yapmış; 21 Aralık 1918'de Mebusan Meclisi'nin padişah iradesi ile feshi üzerine araştırma kadük olmuş, sonuçlandırılmamıştır.²⁴

Müttefik Baskısı Altında Tutuklamaların Başlaması

Mebusan Meclisi soruşturmalarına paralel olarak, işgalci İtilaf devletlerinin baskısı altında İstanbul ve Anadolu'da giderek yaygınlaşan bir tutuklama kampanyası başlatılmıştır. Tutuklamalar ya Osmanlı hükümeti görevlileri ya da İtilâf Devletlerinin kendi görevlileri aracılığıyla gerçekleştiriliyordu. Tutuklamalara azınlıkların büyük destek verdikleri, bu sürecin her aşamasında işgal güçlerinin İtilâf Devletleri'nin yanında tutum takındıklarını belirtmek gerekir.

Bu konuda İngiltere Büyükelçiliği dragomanı (tercüman) olan Andrew Ryan, eski Bitlis ve Musul vilayetleri müfettişi Mihran Boyacıyan, Diyarbakırlı Hagop Minas Berberyan, Dr. Armaneg, Urfalı Abu Hayatyan, Sivaslı Eghia Bakkalyan, Kırşehirli Aram Toşbikiyah gibi Ermenilerle birlikte İngiliz yüksek komiserliğine bir kara liste sundular. Tutuklamalarda büyük ölçüde hazırlanan bu liste etkili oldu.²⁵

1918 Kasımı sonunda bir kısım İttihatçı tutuklanınca, halk arasında, bunların 1500-2000 kişilik listenin başındakiler olduğuna dair söylentiler çıkmıştır.²⁶ Bu rakamları, içeride ve dışarıda İttihatçılara karşı oluşturulan siyasî linç havasının abartılı sonuçları olarak görmek gerekir. Çünkü mütareke atmosferi içinde, İttihatçıların “burunlarının kırılması” gerektiğini söyleyen çok sayıda Hürriyet ve İtilâf partizanı mevcuttu; iktidarı tam olarak ele geçirmek için de sabırsızlanıyorlardı.

Tutuklamalar genel olarak “Ermeni Tehciri” ile ilişkilendiriyordu. Ermenilerin tehcir ve “kıt'ali” iddiasıyla, ilk tutuklama 5 Kasım 1918 tarihinde gerçekleşmiştir. Söz konusu kişi, savaş yıllarında Diyarbakır valiliği yapmış olan Dr. Reşit Bey'dir.²⁷ Takip eden günlerde tutuklamalar artarak devam etmiştir. 9 Ocak 1919 tarihine gelindiğinde, Divan-ı Harb-i Örfi'nin elinde Ermeni meselesinden dolayı suçlanan 130 kişilik bir liste oluşmuş bulunmaktaydı.²⁸ Bu listedeki kişiler ele geçtikçe tutuklanmaktaydılar.

24 TUNAYA, 1989, s. 549.

25 ŞİMŞİR, 2003, s. 5-6.

26 YALMAN, 1997, s. 409.

27 BİLGİ, 1997, s. 115.

28 **Tasvir-i Efkar**, 9 Kanun-ı Sani 1335 (1919), no. 2616.

Ayrıca, Hürriyet ve İtilâf Fırkası'nın siyaseten tasfiye etmek istediği her-keşe yönelik olarak “Ermeni tehciri”, “katl”, “karaborsacılık yapma”, “Erme-ni mallarını alma” veya sadece “İttihatçılıkla malum olma” gibi iddialar öne sürdüğü de bir gerçektir.²⁹

Tutuklama furyası İttihat ve Terakki seçkinlerine yönelmeden önce sa-vaş döneminde önemli görevlerde bulunmuş mülkive askeri kadroları hedef almıştı. Bu kapsamda 5 Ocak'ta Kırklareli Mutasarrıfı Hilmi Bey, 6 Ocak'ta Çorum Jandarma Komutanı Mehmet Tevfik Bey, 7 Ocak'ta Eski Yozgat Mu-tasarrıf Vekili ve Boğazlıyan Kaymakamı Kemal Bey, 14 Ocak'ta Sivas eski valisi Sabit Bey, 18 Ocak'ta Musul eski valisi Memduh Bey tutuklandılar. Bu arada Vehip (Kaçi) Paşa'nın 15 Ocak 1919 da yargılanmasına karar verildi. Arkasından Diyarbakır mebusları Fevzi ve Zülfü Beyler 16-19 Ocak tarihleri arasında tutuklandılar. Bu arada, Dr. Reşit Beyin 25 Ocak 1919 tarihinde tu-tuklu bulunduğu Bekirağa Bölüğü'nden³⁰ kaçması Tevfik Paşa Hükümeti'ni daha sıkı tedbirler almaya sevkedecekti.

Nitekim 30 Ocak 1919 gecesi ani bir baskınla eski nazır ve önde gelen İttihatçılardan 34 kişi tutuklanmıştır.³¹ Tutuklananların içinde siviller şu isim-lerden oluşuyordu. 1- Eski Dahiliye Nazırı İsmail Canbolat, 2- İaşe Nazırı Ke-mal Bey, 3- Meclis-i Mebusan eski Reisi Hacı Adil Bey, 4- İstanbul Mebusu Karasu Efendi, 5- Meclis-i Mebusan eski birinci reisi Hüseyin Cahit (Yalçın), 6- Merkez-i umumi üyelerinden Ziya Gökalp Bey, 7- İttihat ve Terakki Cemiyeti Kâtib-i Umumisi Midhat Şükrü (Bleda), 8- İzmir Valisi Rahmi Bey, 9- Lazistan Mebusu Sudi Bey, 10- Karesi Mebusu Hüseyin Kadri Bey, 11- Er-zurum Mebusu Hüseyin Tosun Bey, 12- Bursa Mebusu Rıza Bey, 13- Teced-düt Fırkası meclisi idare üyelerinden Tevfik Rüştü Bey (Aras) 14- Diyarbakır Valisi Bedrettin Bey, 15- Muhacirin İdaresi müdür muavini Veli Necdet Bey, 16- İttihat ve Terakki murahaslarından Ferit Bey, 17- Esnaf Cemiyeti Katib-i Umumisi Selahaddin Bey, 18- Merkez-i umumi kâtiplerinden Salim Bey, 19- Siyasi Polis müdürü Tevfik Hadi Bey, 20- Boğazlıyan Kaymakamı Faik Bey, 21- Enver Paşa'nın kethüdası (yardımcısı) Derviş Efendi, 22- Edirne mebusu Hacı Adil Bey, 23- Erzurum mebusu Vasfi Bey, 24- İttihat ve Terakki Mer-kez-i Umumi azasından Dr. Rusuhi Bey, 27- Rüşumat müdürlerinden Salim

²⁹ ATA, 2005, s. 525.

³⁰ Harbiye Nezareti bahçesinde tutuklu ve hükümlülere ayrılmış bina; günümüzde İstanbul Üni-versitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi olarak kullanılmaktadır.

³¹ **Vakit**, 1 Şubat 1335 (1919), no. 459.

Bey, 28- Darulfünun riyaziye hocalarından mühendis Şakir Bey, 29- Memur Selahaddin Bey. Askerler ise, 30- Süleyman Numan Paşa, 31- Mahmut Kâmil Paşa, 32- Cevat Bey, 33- Vasfi Bey, 34- Kaymakam Ağâh Bey idi.³²

Bu tutuklamalar gerçekleştirilirken Ahmet Tevfik Paşa Hükümeti'nin hâlâ görevde olduğu hatırlanmalıdır. Tevfik Paşa Mebusan Meclisi'nin 21 Aralık 1918'de feshinden sonra görevden istifa etmek istemiş, Sultan Vahdetin istifayı kabul etmemiş, 12 Ocak'ta hükümetinde değişiklikler yaparak 3 Mart 1919'a kadar sadareti sürdürmüştür. Tevfik Paşa'dan sonra Damat Ferit Paşa hükümeti kurmakla görevlendirilmiştir.

Divan-ı Harb-i Örfilerin Kuruluşu ve Hukuki Dayanağı

Osmanlı Devleti'nde sıkıyönetim (örfi idare) günümüze yakın anlamıyla ilk kez Kanun-u Esasi ile düzenlenmişti. Örfi idare “Kavanin ve nizamat-ı mülkiyenin muvakkaten tatili” anlamına geliyordu. Kanun-u Esasi, örfi idare ilan edilen yerlerin “nizamat-ı mahsus ile idare olunacağını” belirtilmişti. Yani bu bir sıkıyönetim rejimi idi ve esas itibarıyla sivil yönetim ve hak ve özgürlüklerin geçici bir süre durdurulması demekti. Dayandığı temel ise Kanun-u Esasi'nin 36. ve 113. maddeleriydi.³³

Kanun-u Esasi'nin 23. maddesi günümüzdekine benzer şekilde doğal yargıç ve kanuni yargı yerini tanımlıyordu.³⁴ Ancak 113. madde olağanüstü haller rejimini bir istisnai hal olarak düzenlemişti. Anayasada örfi idare ilan edilen yerlerin “kanun-u mahsus” ile yönetileceği hükmüne yer verilmişti. Yani sıkıyönetim rejimi altında temel hak ve özgürlüklerin bir süre için durdurulması mümkündü.

Meşrutiyetten mütarekeye kadar örfi idare mevzuatı çok sayıda kanun, kanun-ı muvakkat, kararname ve zeyiller ile birçok değişikliğe uğramıştı; bu konudaki ilk düzenleme 2 Ekim 1877 tarihli idare-i örfiye kararnamesiydi ki³⁵ 22 Mayıs 1940 tarihli örfi idare yasasına kadar yürürlükte kaldı.³⁶

Örfi İdare Kararnamesi'nin 3. maddesi uyarınca “hükümet-i mülkiyenin haiz olduğu vezâifhükümet-i askeriye” geçiyor; örfi idarenin ilanı ile bir

³² KOCAOĞLU, 2006, s. 216.

³³ KÖKSAL, 2001, s. 157.

³⁴ ATA, 2004, s. 312.

³⁵ **Düstur Birinci Tertip**, C. II, s. 72-73.

³⁶ KÖKSAL, 2001, s.158.

“fevkalade hal rejimi” uygulanmaya başlanıyordu. Adli yetkiler de, adliye-den, askeri mahkemelere (Divan-ı harb) devrediliyordu. Fakat adi suçlar bu kapsamda değildi.³⁷

İstanbul ve Taşrada Kurulan Divan-ı Harb-i Örfler

Hükümet 2 Ekim 1877 tarihli örfi idare kararnamesine dayanarak 18 Aralık 1918’de ilk Divan-ı Harb-i Örfi’nin kurulmasını kararlaştırdı.³⁸ İlgili Mec-lis-i Vükela kararı (Hükümet Kararnamesi) Örfi İdare Kararnamesi’nin yanı sıra, Çeteler Kanununun 25. maddesine de atıfta bulunuyordu.³⁹

Bu kararlar padişah tarafından onaylandıktan (irade-i seniyye iktiran et-tirildikten) sonra yürürlüğe girmekteydi. Dersaadet (İstanbul) Divan-ı Harbi ilk kurulduğunda başkanlığına Ferik Mahmut Hayret Paşa getirildi. Bunu, 8 Ocak 1919’da İstanbul’da Birinci, İkinci ve Üçüncü Divan-ı Harb-i Örfi mah-kemelerinin kurulması izledi. İstanbul Birinci Divan-ı Harbi’nin başkanlığı-na Erkan-ı Harb Mirlivası Ahmet Esat Paşa, İkincisinin başkanlığına Süvari Mirlivası Mustafa Hacı Paşa, Üçüncüsünün başkanlığına ise Divan-ı Temyiz-i Askeri üyesi Miralay Musa Kazım Bey getirildiler.⁴⁰

Dersaadet Divân-ı Harb-i Örfisi, Tahkik Heyetleri’nin kendilerine gön-derdiği evrakları inceleyip, gerekli gördüğü kişileri tutuklatmaya başladı. İlk tutuklamalar, Trabzon tehcirinde suçlu görülen Acente Mustafa, eski valiler-den Muammer, Atıf ve Memduh Beyler, Yozgat Jandarma Tabur Kumandanı Tevfik Bey, eski Bursa valisi Ali Osman Bey, İttihat ve Terakki Cemiyeti Bur-sa murahhası Konyalı İbrahim ve Belediye reisi Ahmet Muhtar Beyler başta olmak üzere, 9 Ocak 1919 tarihi itibarıyla 130 kişi tutuklanmıştır. Suçlu ol-duğu düşünülen diğer kişilerin listesi yapılarak tutuklanması kararlaştırılmış-tır. Tutuklananların gönderildiği yer ise meşhur Bekirağa Bölüğü olacaktı.⁴¹ İstanbul Divan-ı Harb-i Örfi’sinde yargılamalara 5 Şubat 1919’da Boğazlıyan eski kaymakamı Kemal Beyin duruşması ile başlamıştır.⁴²

İstanbul’da kurulan bu olağanüstü mahkemeleri, başka vilayetlerde ku-rulan divan-ı harbler izleyecek, İzmir, Bursa, Tekfurdağı, Edirne, Samsun,

37 KÖKSAL, 2001, s. 163.

38 ATA, 2004, s. 309-31; KÖKSAL, 1996, s. 54.

39 KARACAKAYA, 2001, s. 149.

40 TAŞER, 2005, s. 49-50.

41 **Vakit**, 9 Kanunu Sani 1335 (1919), no. 436.

42 TUNAYA, 1989, s. 558.

Ayıntap vilayet ve müstakil sancaklarında yargılama heyeti adli ve askeri üyelerden oluşan yeni Divan-ı Harb-i Örfiler kurulacaktır.⁴³

Buna göre, 20 Ocak 1919 tarihinde oluşturulan mahkemelerin yetki alanları şu şekilde kararlaştırılmıştır: İzmir Divân-ı Harbi İzmir vilâyetiyle Antalya ve Menteşe Livâları; Tekfurdağı (Tekirdağ) Divân-ı Harbi Edirne vilâyetiyle Kale-yi Sultaniye Livâsı (Çanakkale); Bursa Divân-ı Harbi Bursa vilâyeti ile Karasi Livâsı; Antep Divân-ı Harbi Adana vilâyeti ile Urfa ve İçel Livâları; Samsun Divân-ı Harbi Samsun Livâsı; Bâyezid Divân-ı Harbi Bâyezid Livâsı; Van Divân-ı Harbi Van vilâyeti sınırları içinde yetkili olacaklardı.⁴⁴

Divan-ı Harb Mevzuatında Yapılan Değişiklikler

İlke olarak Divan-ı Harb-i Örfiler, önce askeri ceza yasasını, orada konuyla ilgili bir düzenleme bulunmuyorsa mülki yasaları davaya uygulamakla mükellefti.⁴⁵ 1 Eylül 1910 tarihli kanun-ı muvakkat ile Örfi İdare Kararnamesi'ne bir zeyl yapılarak Divan-ı Harblerde bir başkan ile dört üye ve bir müddei umumi (savcı) bulunması, üyelerden ikisinin askeri memurlardan (yargıç değil) ikisinin de adliye memurlarından olmak üzere atanmaları usulü benimsenmişti.⁴⁶ Kanun iddia makamının yanı sıra, yargılama heyetine yardımcı olmak üzere adliye memurlarından oluşan üç kişilik bir heyet-i tahkikiye (soruşturma kurulu) kurmuştu. Heyet-i tahkikiyelerin usul hukukuna göre vazifeleri sorgu yargıçlığı ile aynı konumdaydı.⁴⁷

Anadolu'da Müdafaa-ı Hukuk Hareketi'nin başlaması, bunu takiben Damat Ferit Hükümeti'nin düşürülmesine yönelik Heyet-i Temsiliye kararları, İstanbul Hükümeti'nin 18 Eylül 1919 tarihli yeni bir kararname çıkarmasına yol açtı. Bu kararname ile, Divan-ı Harb teşekkülünde radikal değişiklikler yapıldı. Yargılama heyeti tamamen “erkân ve ümera-yı askeriyeden” oluşturuldu. Bunun yanı sıra aza mülazımlığı (vekil üyelik) ihdas edilerek yargılamanın kesintiye uğramaması sağlanmış oluyordu. Kararname asil ve yedek üyelerin atanmalarını padişah iradesine (onayına) bağlıyor, İstidlal Komisyonu ve Tahkik Heyetleri kaldırılıyor, savcılık ve sorgu hâkimliği getiriliyordu. Savcı ve sorgu yargıçlarını önerme yetkisi ise Adliye Nezareti'nde bırakılıyordu.

⁴³ KOCAOĞLU, 2006, s. 231.

⁴⁴ ATA, 2004, s. 311,

⁴⁵ KÖKSAL, 2001, s. 164.

⁴⁶ KÖKSAL, 2001, s. 167.

⁴⁷ KÖKSAL, 2001, s.166-167.

24 Kasım 1919 tarihli hükümet kararnamesi ise savcılık ve sorgu yargıçlarının adliyeden atanması uygulamasını lağvetti. Böylece, Divan-ı Harb-i Ör-filer tamamen askeri görünümlü bir mahkemeye dönüştürülmüş oluyorlardı.⁴⁸

Mebusan Meclisi İngilizler tarafından baskına uğradıktan ve padişah iradesi ile feshedildikten sonra TBMM'nin toplanması üzerine Damat Ferit Hükümeti Divan-ı Harb mevzuatını bir kez daha değiştirdi. 23 Nisan 1920 tarihli yeni kararnameye göre Divan-ı Harb'in üyelerini belirleme ve atama yetkileri tamamen Harbiye Nezaretine veriliyordu.⁴⁹ Hatta usul hukuku açısından daha da ileri gidilerek yargılamanın aleniyeti kaldırıldı ve avukat bulundurma hakkı iptal edildi. Bu son kararnamenin 3. maddesi ile Divan-ı Harblerin görev alanı “tehcir, taktıl, isyan, alenen gasp ü garep, tahrib-i bilad, Devlet-i Osmaniye'nin emniyet-i dâhiliye ve hariciyesini ihlal” suçları ile sınırlandırıldı.⁵⁰

Divan-ı Harb Kararlarına Temyiz Yolunun Açılması

Tecrübeli devlet adamı eski sadrazam Ahmet Tevfik Paşa, 21 Ekim 1920 itibarıyla üçüncü ve son kez sadarete getirildi. Bu görevlendirmenin arkasında Ankara'da TBMM'nin kuruluşu ve İstanbul Hükümeti'nin hükümranlık alanının İzmit-Çatalca arasına sıkışmış olmasıydı. Türkiye'yi artık fiilen Anadolu Hükümeti temsil ediyordu. Damat Ferit Paşa'nın istifasıyla göreve gelen Tevfik Paşa Hükümeti Divan-ı Harblerde uygulanmakta olan yargılama usulünden ve verilen kararlardan duyulan geniş rahatsızlık karşısında, sanıklara temyiz hakkı sağlayan bir düzenleme yaptı. Özellikle yargılamadaki usulsüzlüklerinin şiddetli tepkilere neden olması bu kararın alınmasında etkili olmuştu. Nitekim, Meclis-i Vükelâ'da bu karar alınırken, bazı mahkemelerde verilen hükümler kastedilerek; “ne erbâb-ı hukuku, ne de amme vicdanını tatmin eden bir isabet-i kanuniye görülemediği için Divân-ı Harb-i Örfî Kararlarının temyiz edilmesinin”, gerçeğin ortaya çıkması için gerekli olduğuna dikkat çekilmişti.

Bu kararın alınmasından sonra Temyiz Heyeti geçmiş dosyaları inceleyerek birçok usulsüzlük tespit etmiştir. Kimi güvenlik güçlerinin amirlerinin gözüne girmek veya terfi alabilmek için tutukladıkları kişilerden işkence yoluyla ifade almaları, mahkemelerin bu ifadelere dayanarak karar vermesi Divân-ı

⁴⁸ KÖKSAL, 2001, s.168.

⁴⁹ **Divan-ı Harb-i Örfilerin Teşkilat ve Vezaifi Hakkında Kararname**, Takvim-i Vekayi, 1336, no.3837.

⁵⁰ KÖKSAL, 2001, s. 168.

Harb-i Örfilerin nasıl çalıştığını kanıtlamaktadır. Örneğin, Urfa Mutasarrıfı Nusret Bey hakkında önce hapis, sonra idam cezası veren iki ayrı hüküm dosyası bulunduğu bu temyiz evresinde ortaya çıkarılmıştır.⁵¹

İttihat ve Terakki Hükümetlerinin Divan-ı Harb-i Örfi'de Yargılanmasının Hukuka Uygunluğu

Mütareke döneminin önemli gelişmelerinden biri siyasal içerikli yargılamalar olmuştur. Bu yargılamalar, askeri ve mülki bürokrasinin yanısıra İttihat ve Terakki hükümetlerini de kapsamış, Damat Ferit'in sadareti döneminde en yoğun biçimde yaşanmıştır.

Şaşırtıcı bir şekilde eski yönetiminin yargılanması önerisi, Sadareten 1917'de istifa ettikten sonra Ayan Meclisi (Osmanlı Senatosu) üyeliğın dönen Sait Halim Paşa'dan gelmiştir. Paşa, savaş dönemi uygulamalarını yargılamak üzere bir Divan-ı Ali (Yüce Divan) kurulmasını gündeme getirmiştir.⁵² Fakat Ayan Meclisi, Divan-ı Ali sürecini başlatma konusunda yetkisizdi. Bu konuda Osmanlı parlamentosunda yetkili olan Meclis, Meclis-i Mebusandı.

Divan-ı Ali'ye sevk süreci, Mebusan Meclisi Beşinci Şube soruşturması ile devam ederken, Sultan Vahdettin'in Meclisi feshi ile akamete uğradı. Tevfik Paşa Hükümeti, İttihat ve Terakki yöneticilerinin Divan-ı Ali yerine Divan-ı Harbi Örfi'de yargılanmalarına karar verdi.

Oysaki Mebusan Meclisinde 25 Kasım 1918'de verilen bir önerge ile kamu görevlilerinin olağanüstü bir mahkemede yargılanabilecekleri genel kabul görürken, sabık iktidarın yargılanması söz konusu olunca, Musul Mebusu Fazıl Bey, "Vükela-yı Devlet" için fevkalade mahkeme (olağanüstü mahkeme) kurmanın Kanun-u Esasi'nin 89. maddesine aykırı olduğunu belirtmişti.⁵³

Gerçekten de, Örfi İdare Kararnamesi'ni 3 Temmuz 1909 tarihi itibarıyla tadil eden yasa, Mebusan ve Ayan Meclisi üyelerini yasama dokunulmazlıkları nedeniyle Divan-ı Harb yargılamasından muaf tutmuş bulunmaktaydı.⁵⁴ O halde, mebus olanların Meclis feshedildiğine göre mebuslukları düşmüş, yasama dokunulmazlıkları kalkmıştı; ama, tutuklanarak Divan-ı Harbe çıkarılanlar arasında eski sadrazam Sait Halim Paşa dâhil olmak üzere Ayan

⁵¹ ATA, 2004, s.323.

⁵² **Meclis-i Ayan Zabıt Ceridesi**, D.III, İ: 5, C: 1, Ankara, 1991, s. 68.

⁵³ ATA, 2004, s. 309.

⁵⁴ KÖKSAL, 2001, s. 165.

(Senato) üyeleri bulunmaktaydı. Ayan Meclisi üyeleri “layenazil ve kayd-ı hayat” (hayat boyu azledilemez) statüde idiler. Kanun-u Esasi’nin⁵⁵ 30. ve 31. maddeleri vükelanın (bakanların) siyasal sorumluluğunu düzenlemekte⁵⁶ ve Yüce Divana sevk sürecini tanımlamaktaydı.⁵⁷

Kanun-u Esasi’ye göre Mebusan Meclisi üye tam sayısının üçte ikisi ile Yüce Divana sevk edilen “vükela-yı devlet”, Divan-ı Ali’nin Daire-i İthamiyesinde üçte iki ile alınan kararla Divan-ı Hüküm sevk edilirdi. Haklarındaki işlemlerin buna göre yürütülmesi gerekirdi.

Divan-ı Ali’ye sevk edilen Vükela-yı Devlet hakkında verilen kararlar kesin hüküm niteliği taşır; dolayısıyla temyiz mercii yoktur. Divan-ı Ali iki daireden oluşmaktaydı: Daire-i İthamiye ve Daire-i Hüküm. Daire-i İthamiye (Suçlama Dairesi) üç Ayan üyesi, üç Divan-ı Temyiz ve İstinaf üyesi, üç Şura-yı Devlet üyesinden; Divan-ı Hüküm ise (Yargılama Kurulu) yedi Ayan, yedi Divan-ı Temyiz ve İstinaf ve yedi Şura-yı Devlet üyesinden oluşur. Daire-i İthamiye 10 üye, Divan-ı Hüküm 21 üyeden oluşur. Bütün üyeler, mensubu oldukları kurum üyeleri arasından kura ile seçilip atanırlardı.⁵⁸

Sonuç itibariyle, sabık İttihat ve Terakki hükümetleri, iddia olunan cürümlerden dolayı Divan-ı Harb’de (sıkıyönetim askeri mahkemesi) değil Divan-ı Ali’de (Yüce Divan) yargılanmaları gerekirdi. Hatta Sultan Vahdetin dahi başlangıçta bu görüşteydi. Dönemin siyasal koşulları, işgal yönetiminin baskısı altında zorlama bir kararname ile geçmiş dönemin bütün sorumlularını bir olağanüstü hal mahkemesi olan Divan-ı Harb’in önüne sanık olarak çıkarmıştı. Eski Sadrazam Sait Halim Paşa’nın vekili Celalettin Arif Bey, müvekkilinin “vükela-yı devletten olmak” sıfatıyla doğal yargı yerinin Divan-ı Harb değil Divan-ı Ali olduğunu ileri sürmüştü de talebi mahkemece reddedilmiştir.⁵⁹

55 “Kanunu Esasi, 7 Zilhicce 1293 (23 Aralık 1876)”, Düstur Birinci Tertip, C.IV, s.1–40.

56 MADDE 30. Vükela-yı Devlet memuriyetine müteallik ahval ve icraattan mesuldür.

57 MADDE 31. Mebusan âzasından biri veyahutr birkaçı (...)Vükela-yı Devletten bir zat hakkında mes’uliyeti mucip şikâyet beyan ettiği halde (...) (takrir) âzayı mevcudenin sülûsan ekseriyeti mutlakasile kabul olunur ise muhakeme talibini müş’ir mazbatası Makam-ı Sadarete takdim ile ledelarz müteallik olacak irade-i seniye üzerine keyfiyet Divan-ı Âliye havale olunur.

58 Kanunu Esasi’nin 94 ve 95. maddeleri.

59 Sait Halim Paşa’nın avukatı Celalettin Arif Bey TBMM’nin ilk İkinci Başkanı’dır. Mustafa Kemal Paşayla görüş ayrılığına düşerek TBMM’nin Roma temsilciliğine atanmıştır. (TAŞER, 2005, s. 62-63.)

Siyasal sorumluluğu olan hükümet üyelerinin yanısıra, geçmiş dönemin mülki idare amir ve memurların “vazife-i memuriyetlerinin ifası sırasında hadis olan cürümlerinden dolayı icra-yı muhakemeleri” için “lüzum-u muhakeme” kararı gerekliydi.⁶⁰ İlgili kanun-u muvakkat kaymakam ve mutasarrıfların yargılanması için gerekli olan lüzum-u muhakeme kararının Meclis-i İdare (il veya ilçe idare kurulu) tarafından alınmasını ve Şura-yı Devlet onayını gerekli kılıyordu.⁶¹ Valiler için ise yargı yeri Temyiz Mahkemesi (Yargıtay) ceza dairesiydi.⁶²

Rütbe ayrımı gözetmeksizin bütün askerlerin vazifeleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı yargılanmaları ise doğal olarak Divan-ı Harb'de gerçekleşecekti.⁶³

Aliye Divan-ı Harb-i Örfisi'nin Kuruluşu

Mütarekede kurulan Divan-ı Harbler içinde en meşhuru İttihat ve Terakki hükümetini yargılayan İstanbul Aliye Divan-ı Harb-i Örfisi'dir. O tarihte Mabeyn Başkâtibi olan Ali Fuat Türkgeldi hatıralarında, Vahdetin'in sonradan “Fevkalade Divan-ı Harb” kurulmasına ikna olduğunu yazmaktadır.⁶⁴

Sait Halim ve Talat Paşa kabinelerinin yargılanmaları hususunda İzzet Paşa döneminde başlayan müttelik baskısı Tevfik Paşa'nın birinci sadareti döneminde daha da arttı. Bu baskılar iktidarı almak isteyen Hürriyet ve İtilaf'ın talepleri ile aynı doğrultuda birleşince, devrik iktidarın bütün kadrolarıyla birlikte Divan-ı Harb-i Örfi aracılığı ile yargılanması kararlaştırıldı. 1913 Babıali Baskını ile tasfiyeye uğrayan Hürriyet ve İtilafçılar, şimdi bu konjonktürden yararlanmak istiyorlardı.

Tevfik Paşa baskılara daha fazla dayanamayarak istifa edince Damat Ferit Paşa uzun süredir heyecanla beklediği hükümeti kurma görevini aldı. Yeni sadrazamın göreve başlarken nasıl bir anlayış içinde olduğunu göstermek bakımından kabinesinde bakanlık yapmış Mehmet Tevfik Bey hatıralarında

60 “Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu-ı Muvakkat”, **Takvim-i Vekayi**, no. 1751, 24 Şubat 1329.

61 “Memurin Muhakematı Hakkında Kanun-u Muvakkat”, m.107.

62 “Lüzumu muhakemesi karargir olan valilerin muhakemesi mahkeme-i temyiz ceza dairesinde ve derece-i saniyede heyeti umumiyesinde icra olunur.” m.108.

63 1869 (1286) tarihinde “Askeri Ceza Kanunname-i Hümayunu” Divan-ı Harblerin kuruluşuna esas teşkil eden kanundur.

64 ATA, 2004, 310.

Damat Ferit politikasını “İttihat ve Terakki Fırkası’nın aleyhinde olduğumuzu galip devletlere göstermek, harb mücrimlerini cezalandırmak, memurlar arasında İttihat ve Terakki’nin adamlarını tasfiye etmek” olarak tanımlamasına dikkat çekmek gerekir.⁶⁵

Damat Ferit Hükümetinin kurulması ile birlikte, Hayret Paşa Divan-ı Harbi lağvedilerek⁶⁶ İttihat ve Terakki hükümet erkânını yargılayacak olan Aliye Divan-ı Harb-i Örfisi 8 Mart 1919 tarihli İrade-i Seniye ile kuruldu.⁶⁷ Divanın başkanlığına Ali Fevzi Paşa getirildi; onun görevden çekilmesi üzerine 19 Mart’ta Mustafa Nazım Paşa bu göreve getirildi.⁶⁸

“İrade-i Seniye-i Padişahi ile Teşekkül Eden Divan-ı Harbi Örfinin” yargılama heyeti şu şahıslardan oluşuyordu. Başkan Ferik Nazım Paşa, üye Mirliva Zeki Paşa, üye Mirliva (Nemrut) Mustafa Paşa, üye Miralay Recep Ferdi Bey, savcı Mustafa Nazmi Bey.⁶⁹ Kararnameye göre mahkeme kararları kesin olacak ve temyiz başvurusunda bulunulamayacaktı.⁷⁰ Bu arada, Savcılık Birinci Muavinliğine Haralambos Efendi, sorgu yargıçlıklarına Eski Halep mebusu Artin Boşgezenyan ile Misak Megaryan ve Dimitraki efendiler gibi gayrimüslimlerin atanmaları dikkat çekiciydi.⁷¹

Bu gelişmelere paralel olarak 10 Mart 1919 tarihinde eski sadrazam, nazır (bakan), mebus ve gazeteci olmak üzere 22 kişi tutuklandı. Şöyle ki, 1- Dr. Fazıl Berki Bey (eski Çankırı mebusu, İttihat ve Terakki Merkez Komitesi üyesi), 2- Sait Halim Paşa (eski Sadrazam), 3- Müştak Bey (Ayan Başkâtibi), 4- Reşat Bey (eski Polis Müdüriyeti Siyasi Şube Müdürü), 5- İzzet Bey (İttihat ve Terakki Merkez-i umumi üyesi), 6- Musa Kazım Efendi (eski Şeyhülislâm), 7- Halil Bey (Meclis-i Mebusan Reisi, eski Şûra-yı Devlet Reisi, Adliye Nazırı, Mentеше Mebusu), 8- Salah Cimcoz Bey (Gazeteci, İstanbul Mebusu,

65 BİREN, 1993, s. 137.

66 SORGUN, 1998, s.294.

67 8 Mart 1335 tarihinde ve irade-i seniye-i hazret-i padişahiye iktiran eden kararname ile müteşekkil “Divanı-ı Harb-i Örfi Muhakematı Zabıt Ceridesi” (Takvim- Vekayi) ilavesi olarak yayınlanmıştır.

68 KOCAOĞLU, 2006, s. 232.

69 KOCAHANOĞLU, 1998, s. 501.

70 Mirliva Mustafa Paşa Nemrut Mustafa Paşadır. Urfa Mutasarrıfı Nusret Beyin idam kararını veren heyetin başkanı idi. Bursa Valiliği de yaptı. Ankara Hükümeti’nin Büyük Zafer’den sonra “vatana ihanetten” vatandaşlıktan çıkardığı 150’likler listesinin 31. sırasındadır. KOCAHANOĞLU, 1998, s.42.

71 TUNAYA, 1989, s. 561.

Türk Sosyalist Partisi Lideri), 9- Rifat Bey (Ayan Reisi, eski Maliye Nazırı), 10- Ali Münif Bey (Eski Beyrut Valisi eski Nafia Nazırı, eski Dâhiliye Nezareti Müsteşarı), 11- Fethi Bey (Eski Dâhiliye Nazırı), 12- Hasan Fehmi Bey (Eski Sinop Mebusu), 13- Sapançalı Hakkı Bey (İstiklâl Gazetesi sahibi), 14- Şükrü Bey (Eski Maarif Nazırı), 15- Ahmet Emin Bey (Vakit Gazetesi sahibi ve Başyazarı), 16- Habip Bey (Eski Bolu Mebusu), 17- Osman Bey (Dâhiliye Nezareti Hukuk Müşaviri), 18- İbrahim Bey (Eski Adliye Nazırı, Ayan üyesi), 19- Fuat Bey (Eski Telefon İdaresi Müdürü), 20- Hilmi Bey (Eski Ankara mebusu), 21- Celâl Nuri Bey (İleri Gazetesi sahibi ve Başyazarı), 22- Ahmet Nesimi Bey (Eski Hariciye Nazırı).⁷²

Bu kapsamda, Enver Paşa'nın amcası Halil Paşa ile değişik vilâyetlerde valilik yapmış olan Atıf Bey ve Cemal Oğuz Beyler 4 Nisan 1919 tarihinde tutuklanacaklardı.⁷³ Daha önce ve sonra tutuklananlarla birlikte sayı daha da artacaktır. Tutuklanmaları kararlaştırılmış olan gazeteci Yunus Nadi ile eski Maliye Nazırı Cavit Bey ise teslim olmayarak saklanıyorlardı. Cavit Bey yurtdışına çıkacak, Yunus Nadi Bey ise Anadolu'ya geçecektir.

İttihatçıların Divanı Harbte Yargılanması

Aliye Divan-ı Harb-i Örfisinin İttihatçıları yargılaması üç başlık altında incelenebilir. Birinci grupta vicahen yargılanan eski sadrazam ve nazırlar vardır. Bunlar, Sait Halim Paşa, eski şeyhülislam Musa Kazım ve Hayri Efendiler, Halil Bey, İsmail Canbolat, Halil Bey, Ali Münif Bey, Şükrü Bey, Kara Kemal Bey, Rifat Bey, Mustafa Şeref Bey, Abbas Halim Paşa'dır. Bu gruba dâhilolan Enver, Talat ve Cemal Paşalar gıyaplarında yargılandılar.

İkinci grupta mebuslar vardır: Vicahen yargılananlar, Küçük Talat (Muşkara), Rıza Bey, Mithat Şükrü (Bleda), Ziya Gökalp, Cevat Bey (Paşa), Atıf Bey'dir. Gıyabında yargılanan mebuslar ise Dr. Nazım, Dr. Bahaettin Şakir, Rusuhi Bey ve Aziz Efendiler olmuştur.

Üçüncü gruptaise İttihat ve Terakki Cemiyeti'nin katib-i mesulleri (sorumlu bölge sekreterleri) vardır. Bunlar sırasıyla, Dr. Besim Zühtü (Bursa) Avni Bey (Manisa) Abdülgani Bey (Edirne), Mehmet Cemal Bey (Halep) Hüseyin Cevdet Bey (Mirgün şubesi) gibi isimler bulunmaktaydılar.

Temel suçlamanın “Ermeni tehcir ve taktili, harb cürümleri, harb suiisti-

⁷² **Yeni Gün**, 11 Mart 1335 (1919), no. 187.

⁷³ **Tasvir-i Efkar**, 9 Kanun-ı Sani 1335 (1919), no. 2616.

malleri” olduğu iddianame 27 Nisan 1919 da okunmuş⁷⁴ son suçlama 3 Haziran 1919 tarihinde gerçekleşmiştir. İddianamede Talat, Enver, Cemal, Dr. Nazım, Dr. Bahaettin Şakir, Atıf, Rıza, Cevat ve Aziz Beyler asli fail olarak gösterilmiş; Mithat Şükrü, Dr. Rusuhi, Küçük Talat (Muşkara), Ziya Gökalp, Kara Kemal, Ahmet Nesimi, Şükrü Bey, Halil Bey, Sait Halim Paşa ise fer'an zimethal (ikinci derecede sorumlu) olarak suçlanmışlardır.⁷⁵ Yargılamalar 27 Nisan-26 Haziran 1919 arasında sürmüş ve kararlar 5 Temmuz'da verilmiştir.⁷⁶

İttihatçı liderlerin yargılanmasına başlandıktan sonraki ilk celsede; eski Sadrazam Sait Halim Paşa, eski Hariciye Nazırı ve Meclis-i Mebusan Reisi Halil Bey (Menteşe), eski Hariciye Nazırı Ahmet Nesimi Bey, eski Adliye Nazırı İbrahim Bey, İttihat ve Terakki Merkez-i Umumi üyelerinden Talat Bey (Küçük Talat), Rıza Bey, Mithat Şükrü Bey, Ziya Gökalp Bey, Atıf Bey, eski İâşe Nazırı Kemal Bey, eski Maârif Nazırı Ahmet Şükrü Bey ve eski Merkez Kumandanı Cevat Bey hazır bulunmuşlardır. “Paşa”lık unvanları geri alınan ve “efendi” olarak zikredilen Talat Paşa, Enver Paşa, Cemal Paşa ile Dr. Nazım, Dr. Bahaettin Şakir, Dr. Rusuhi ve Emniyet-i Umumiye eski müdürü Aziz Efendiler ise firarda olmaları sebebiyle giyaben yargılanmışlardır.

Yargılamalar devam ederken, 28 Mayıs 1919 günü, bir İngiliz subayı, Yüksek Komiserlikten getirdiği bir listeyi Harbiye Nezareti'ne sunarak, Bekırağa Bölüğü'nde tutuklu bulunan eski nazır, sadrazam ve önde gelen İttihatçılardan 67'sinin Malta Adası'na götürüleceğini bildirmiştir.⁷⁷ Devletler Hukuku'nun ve Osmanlı hükümrânlığının apaçık ihlali olan bu girişim zamanın Hükümeti tarafından hiçbir tepki görmemiştir.

Yargılamaların devam ettiği Divan-ı Harb de ise bu durum “İngiltere devlet-i fahimesince” Malta'ya sürüldüklerinden, dosyalarının ayrılmasına karar verilmesi ile sonuçlanmıştır. Fakat dava açılmadan Almanya'ya firar eden İttihatçıların yargılanmalarına giyaplarında devam edilmiştir.⁷⁸ Bu gelişme üzerine Divan-ı Harb yargılamalarına 3 Haziran 1919 tarihinden itibaren geride kalan İttihatçılarla devam edilmiştir. Bunlar; eski Şeyhülislâm Musa

⁷⁴ GÜRÜN, 2005, s. 345.

⁷⁵ TUNAYA, 1989, s. 563.

⁷⁶ İttihat ve Terakki ana davasında (28 Nisan-5 Temmuz 1919) toplam 14 duruşma yapılmıştır. Bkz. DADRİAN 2005, s. 306.

⁷⁷ Ana davanın tutanakları için bkz. DADRİAN ve AKÇAM, 2010 s. 227-597.

⁷⁸ TUNAYA, 1989, s. 562.

Kâzım Efendi, eski Posta, Telgraf ve Telefon Nazırı Hüseyin Haşım Bey ve eski Ayan Reisi (Senato başkanı) Rifat Bey'dir.⁷⁹

İttihat ve Terakki'nin vilâyetlerdeki temsilcisi durumunda olan Kâtib-i Mesullerin davasına 21 Haziran 1919 tarihinde başlanmıştır. Bu davada; Kastamonu Kâtib-i Mesulü Hasan Fehmi Efendi, Bolu Kâtib-i Mesulü Dr. Midhat Bey, Bursa Kâtib-i Mesulü, Dr. Ahmet Mithat Bey, Eskişehir Kâtib-i Mesulü Dr. Besim Zühdü Bey, Manisa Kâtib-i Mesulü Avni Bey, Edirne İttihat ve Terakki müfettişi Abdülgani Bey, Teceddüt Fırkası (İttihat ve Terakki'nin feshinden sonra kurulan fırka) Beyoğlu Kâtib-i Mesulü Selahattin Bey, İttihat ve Terakki Cemiyeti Mirgün Şubesi kâtip vekili Hüseyin Cevdet Bey ve Halep Kâtib-i Mesulü Mehmet Cemal Bey yargılanmıştır.⁸⁰

Divan-ı Harb Yargılamalarında Teşkilat-ı Mahsusa Faaliyetlerinin Ele Alınması

Teşkilat-ı Mahsusa faaliyetleri daha Mebusan Meclisi Beşinci Şube soruşturmalarında üzerinde önemle durulan bir konu olarak dikkat çekmişti.⁸¹ İttihatçıları yargılayan Divan-ı Harb, çoğunlukla Teşkilat-ı Mahsusa eliyle gerçekleştirildiği iddia edilen Ermeni kırımını soruşturmaya odaklanmış görünüyordu. İddia makamı Teşkilat-ı Mahsusa'nın İttihat ve Terakki genel merkeziyle ilişkisini kanıtlanmaya çalışmıştır.⁸² Yargılama heyeti örgütün Enver Paşa'ya bağlı, tahsisat-ı mestureden ödenek alan gizli bir örgüt olduğu kanısında iken, zanlılar, örgütün hafi (gizli) bir kuruluş olmadığı, Harbiye Nezareti'ne bağlı çalışan özel bir birim olduğu ifade etmişlerdir. Divan-ı Harb Başkanı ise örgütü öfkeli bir dille Dr. Nazım ve şürekâsı olarak suçlamakta bir sakınca görmemiştir. Tek başına bu tutum bile mahkemenin adaleti tecelli ettirmekten ziyade İttihatçıları cezalandırma misyonu ile görevlendirildiğini göstermektedir.⁸³ İttihat ve Terakki taşra kâtib-i mesulleri (bölge sorumlu sekreterleri) Teşkilat-ı Mahsusa ile işbirliği yaparak Ermeni tehcirini "Ermeni kırımına" dönüştürmekle suçlanmışlardır.⁸⁴

79 İki ana dava var; yargılama tutanakları için bkz 1. İttihatçılar davası KOCAHANOĞLU, 2007, s. 3-305. 2. İttihatçılar davası KOCAHANOĞLU, 2007, s. 310-450.

80 Katib-i mesuller davası, KOCAHANOĞLU, 2007, s.460-493.

81 STODDARD, 2003, s. 43-44.

82 TUNAYA, 1989, s. 275.

83 TUNAYA, 1989, s. 281.

84 TUNAYA, 1989, s. 281.

Bir başka suçlama konusu ise muharebe alanında mahkûmları kullanmaları olmuştur. Bu konuyla ilgili olarak hükümetin yaptığı düzenleme “Darülharbe Gidecek Eşhas Hakkında Takibat ve Mücazatın Teciline Dair Kanun” başlığını taşıyor ve savaşta yararlık gösterecek mahkûmların affını vaat ediyordu. Bu nedenle iddianamede, mahkûmların hukuka aykırı bir şekilde kullanıldıklarını gündeme getirilecektir.⁸⁵

Sait Halim Paşa komisyona verdiği ifadede kendi sadareti döneminde Teşkilat-ı Mahsusa üzerinde bütçe kontrolü olmadığını ifade etmiştir.⁸⁶ Örgütün tahsisat-ı mestureden (örtülü ödenek) beslendiği hatta savaş yıllarında Alman askeri misyonunun örgüte dört milyon mark kaynak tahsis ettiği iddia edilmiştir.⁸⁷

Teşkilat-ı Mahsusa'nın Enver Paşa'ya sadakatle bağlı çoğu maceracı karakterde insanlardan oluşan Batı tarzı bir çeşit “force special” olduğu ileri sürülmüştür.⁸⁸ Verilen ifadelerden örgütün kökeninin Süleyman Askeri Bey tarafından Balkan Savaşı sürerken kurulan Garbi Trakya Hükümet-i Muvakatesine kadar gittiği anlaşılmaktadır. Enver Paşa'ya bağlı bir özel harekât birimi izlenimi veren örgütün, başkanlarının sırasıyla Süleyman Askeri, Halil Paşa, Cevat Bey (sonra Paşa) ve Hüsamettin Ertürk olduğu, Ermeni kırımı ile ilişkilendirilen Vilayat-ı Şarkiye sorumlularının ise Dr. Bahaettin Şakir ve Ruşeni Beyler olduğu anlaşılmıştır.⁸⁹

Örgüt içinde Dr. Bahattin Şakir'in en etkili bir sima, hatta Genelkurmay ve Harbiye Nezareti üzerinde büyük nüfuz sahibi olduğu öne sürülmüştür.⁹⁰ Savaş bittikten sonra Hüsamettin Ertürk'ün Enver Paşa tarafından Teşkilat-ı Mahsusa'nın başına getirildiği ifade edilmiştir.⁹¹

Örgütte Eşref ve Hacı Sami Beyler dışında, Ömer Naci, Eyüp Sabri, Bingazi mebusu Yusuf Şetvan, yer aldığı, Suriye bölgesinden Sabancalı Hakkı ve İzmitli Mümtaz Beylerin, Kuşçubası Eşref'in Hicaz bölgesinden sorum-

85 **Düstur İkinci Tertip**, C. IX, s.94-95; TUNAYA, 1989, s. 285.

86 STODDARD, 2003, s.44.

87 STODDARD, 2003, s.53; Hikmet Çiçek bu bilgilerin yer aldığı Stoddard'ın doktora tezinin CIA'nin desteği ile hazırlandığını ileri sürüyor. ÇİÇEK, 2004, s. 110-111.

88 STODDARD, 2003, s.130.

89 TUNAYA, 1989, s. 278.

90 Ali İhsan Sabis Paşa hatıralarında bunu doğruluyor. Bkz. SABİS, 1943, s. 64-65; ayrıca bkz. DADRİAN, 2005, s. 130.

91 TUNAYA, 1989, s. 290-291.

lu olduğu ileri sürülmüştür. Dünya Savaşı yıllarında Kuşçubaşı Sami Bey'in Filistin ve Mısır bölgesinin sorumlusu olduğu⁹² Süleyman Askeri Bey'in ise Irak bölgesinde İngilizlere karşı çalışmalar yaptığı verilen ifadelerden anlaşılmaktadır.⁹³

Teşkilat-ı Mahsusa'nın geniş bir faaliyet alanı olduğu aşağıdaki örneklerden anlaşılmaktadır: Örneğin, Bingazi Mebusu Yusuf Şetvan Bey 1918'de Şeyh Ahmet el Sunusi'yi bir Alman denizaltısı ile Anadolu'ya geçirmiştir. Kuşkusuz bu operasyonda Şeyh'in İslam dünyası üzerindeki etkisinden yararlanmak düşüncesi yer almış olmalıdır. Yine Mısır'dan din adamlarını hanedana ait Dalaman Çiftlikleri'ne getirilmişlerdir.⁹⁴ Rauf Bey (Orbay) ve ünlü İttihatçı Hatip Ömer Naci'nin İran içlerinde faaliyetlerde bulundukları, bu faaliyetlerin amacının İngilizlerin İran üzerinden Bakü petrollerine ulaşmasının engellenmesi olduğu tahmin edilebilir.

Kuşçubaşı Eşref'in Bombay'a gizlice gönderilmesi Teşkilat-ı Mahsusa'nın yerine göre özel harekât grubu, yerine göre karşı casusluk örgütü olarak çalıştığını kanıtlar niteliktedir.⁹⁵ Bu arada, Mili Mücadele'de Kuva-yı Milliye döneminin etkili isimleri Çerkes Ethem, Reşit ve Tefik Beylerin de bu örgütte bulunduklarına işaret etmekte yarar vardır.⁹⁶

Sonuç itibariyle, Aliye Divan-ı Harb-i Örfisi 5 Temmuz 1919'da kararlarını açıklamıştır. Buna göre, firarda bulunan Talat, Enver ve Cemal Paşa ile Dr. Nazım Mülkiye Ceza Kanununun 45. ve 55. maddeleri uyarınca idam cezasına çarptırılırken,⁹⁷ Cavit, Mustafa Şeref, eski Şeyhülislam Musa Kazım Efendi on beş yıl kürek (hapis) cezası ve medeni haklardan ıskatla cezalandırılmıştır.⁹⁸ Sultan Vahdettin eski şeyhülislam Musa Kazım Efendi'ye verilen cezayı “nefy-i muvakkat” yani geçici sürgün cezasına çevirmiştir.⁹⁹ Eski Pos-

92 STODDARD, 2003, s. 87.

93 STODDARD, 2003, s.101.

94 TUNAYA, 1989, s.287.

95 TUNAYA, 1989, s. 289.

96 TUNAYA, 1989, s. 292.

97 EYİCİL, 2004, s. 179- 180; DADRİAN, 2005, s. 215; TAŞER, 2005, s. 58-59.

98 TUNAYA, 1989, s. 565; BAL, 2003, s.117.

99 Musa Kazım Efendi, Meşrutiyetin ilanından sonra (1908) İbrahim Hakkı Paşa, Küçük Sait Paşa, Sait Halim Paşa ve Talat Paşa kabinelerinde dört kez şeyhülislam olarak görev yaptı. Aliye Divan-ı Harb-i Örfisinde İttihat ve Terakkinin önde gelen öteki üyeleriyle birlikte yargılandı ve 15 yıl kürek cezasına çarptırıldı. Cezası Sultan Vahdettin tarafından Edirne'de sürgüne tahvil edildi; 1920 yılında sürgünde vefat etti.

ta, Telgraf ve Telefon Nazırı Hüseyin Haşım Bey ile eski Âyan Reisi Rıfat Bey ise beraat etmişlerdir.¹⁰⁰

Bu yargılamalar sonucu; Kastamonu Kâtib-i Mesulü Hasan Fehmi Efendi ile Bolu Kâtib-i Mesulü Dr. Mithat Bey 10'ar sene kürek cezasına çarptırılmışlardır. Edirne İttihat ve Terakki müfettişi Abdülgani Beyin davası ise, Edirne tehciri davası devam ettiğinden, söz konusu dava içinde yargılanmasına karar verilmiştir. Manisa Kâtib-i Mesulü Avni Bey'e dokuz ay hapis cezası verilmiş, fakat yattığı süre dikkate alınarak tahliye edilmiştir. Avni Bey, iç borçlanma tahvillerinin kaydı için oluşturulan komisyondaki görevi sırasında bazı kişileri dövdüğü ve kanunsuz olarak hapsedtiği gerekçesiyle cezalandırılmıştır.¹⁰¹

Diğer sanıklar; Beyoğlu Kâtib-i Mesulü Hasan Selahattin Bey, Eskişehir Kâtib-i Mesulü Dr. Besim Zühtü Bey, İttihat ve Terakki Cemiyeti Mirgün Şubesi kâtip vekili Hüseyin Cevdet Bey, Halep Kâtib-i Mesulü Mehmet Cemal Bey, Konya Kâtib-i Mesulü vekili Abdülkadir Efendi, Kastamonu Kâtib-i Mesulü vekili Münir Bey, Karahisar-ı Sahib Tasfiyesi Komisyonu eski başkanı Âgah Bey ve Karahisar-ı Sahib eski Tasfiye Memuru Hayreddin Bey'in delil yetersizliğinden beraatlerine karar verilmiştir.¹⁰²

Önemli Tehcir Davaları

Bu davalara esas teşkil eden "Ermeni tehciri" olayı, Kilikya (Çukurova) ve Vilayat-ı Sitte (altı vilayet) Ermenilerinin kamu gücüyle yaşadıkları yerlerden çıkarılarak ordunun denetim ve gözetimi altında sevkedilmeleri ve tahsis edilmiş bölgelerde iskânları anlamına gelmektedir. Yeni iskân alanları Halep vilayeti, Zor sancağı, Suriye sancağı, Musul vilayeti ve Bağdat vilayeti olmuştur.¹⁰³ Tehcir edilen nüfusun livalara göre dağılımı¹⁰⁴, ve Ermeni emval-i metrukesi içinde olup da istimlak olunan arazi ve çiftliklerin dökümü Talat Paşa'nın evrak-ı metrukesinde mevcuttur.¹⁰⁵

Bu davalar içinde kamuoyunda en çok tepkiyle karşılanan Yozgat Tehciri davasıdır. Bu davada Boğazlıyan Kaymakamı ve Yozgat Mutasarrıf ve-

¹⁰⁰ **Takvim-i Vekayi**, 13 Temmuz 1335 (1919), no. 3597.

¹⁰¹ **Vakit**, 6 Kanûn-ı Sani 1337 (1921), no. 1105.

¹⁰² **Vakit**, 9 Kanûn-ı Sani 1336 (1920), no. 781.

¹⁰³ BARDAKÇI, 2008, s. 83.

¹⁰⁴ BARDAKÇI, 2008, s. 105-139.

¹⁰⁵ BARDAKÇI, 2008, s. 97-102.

kili Kemal Bey'in dışında Yozgat Evkaf Memuru Feyyaz Ali Bey ve Yozgat Jandarma Kumandanı Binbaşı Tevfik Bey yargılanmışlardır¹⁰⁶ Davaya 5 Şubat 1919 tarihinde başlanmıştır. Divan-ı Harb, Boğazlıyan eski kaymakamı Kemal Beye idam cezası vermiş ve bu ceza 10 Nisan 1919 tarihinde infaz edilmiştir¹⁰⁷ Tevfik Bey fer'an zimethal olduğu gerekçesiyle 15 yıl kürek cezasına çarptırılmıştır. İki sanık beraat etmiştir.

Bir başka dava, Mamûratülaziz Tehciri Davasıdır. Bu davaya 30 Temmuz 1919 tarihinde başlanmıştır. Bu davada; İttihat ve Terakki Cemiyeti Merkez-i Umumi Üyelerinden Teşkilâtı Mahsusa başkanı Dr. Bahaeddin Şakir, İttihat ve Terakki Cemiyeti Elâzığ Katib-i Mesulü Resneli Nazım Bey, eski Harbiye Nazırı Müsteşarı ve Üçüncü Ordu Kumandanı Mahmut Kâmil Paşa, Elâzığ Polis Müdürü Reşat Bey, eşraftan Mahmut, Halil, Bekir, Jandarma yüzbaşılardan Kâzım ve Ethem, Mülâzim Mehmet Ali, Salih ve Şevki, Harputlu Hacı Kerim, Komiser Adıgüzel, Mehmet, Adıyamanlı Bedri, vilâyet valisi Sabit Bey, Maarif Müdürü Ferit Bey, eski mebuslar Safvet ve Mehmet Sait Efendiler, Dersim mebusu Nuri Bey ve Harput Kaymakamı Asım Bey yargılanmışlardır.¹⁰⁸

Yargılamalar sonucunda; Dr. Bahaettin Şakir gıyabında idam cezasına çarptırılmıştır.¹⁰⁹ Resneli Nazım Bey'e Bahaeddin Şakir'e yardım ve yataklık etmekten gıyabında 15 yıl kürek cezası verilmiştir. Bu davada Deyr-i Zor Mutasarrıfı Zeki Bey, 28 Nisan 1920 tarihinde gıyabında idam cezasına çarptırılmıştır.¹¹⁰

Aynı davada Dersim Mebusu Mehmet Nuri Bey ve Elâzığ Maarif Müdürü Ferit Beyler delil yetersizliğinden beraat etmişlerdir. Diğer sanıklardan, Vali Sabit Bey ve Kaymakam Asım Bey İngilizler tarafından Malta'ya sürülmüş olduklarından davaları ayrılmıştır. Mebus Mehmet Sait Efendi ile Safvet Efendilerin davalarının ayrılmasına karar verilmiştir.¹¹¹ Bayburt tehciri davasında yargılamaya 16 Mart 1920 tarihinde başlanmıştır;¹¹² bu davada en önemli olay, Urfa Mutasarrıfı Nusret Bey'in Bayburt kaymakamlığı sırasında-

106 BİLGİ, 1999, s. 93-94.

107 MÜCELLİTOĞLU, 1968, s. 1156-1171.

108 Tasvir-i Efkâr, 1920, no.2797.

109 DADRİAN ve AKÇAM, 2010, s. 699.

110 İkdam, 1 Mayıs 1335 (1919), no. 8337.

111 Alemdar, 14 Kanûn-ı Sani 1336 (1920), no. 394.

112 Alemdar, 16 Mart 1336 (1920), no. 454.

ki tehcir suçlarına göz yumduğu gerekçesiyle idam cezasına çarptırılmasıdır. Yargılamaların gizli olduğu bu dönemde, 4 Temmuz 1920 tarihinde Divân-ı Harb Nusret Bey'e 15 sene kürek cezası vermiş, hüküm okunmuştur.¹¹³ Başkan Nemrut Mustafa Paşa karara muhalif kalan mahkeme üyelerinden birini azlettirmiş, ilâve şahitler dinletmek suretiyle kararın idam olarak değiştirilmesini sağlamıştır, böylece, bir şahıs hakkında aynı suçtan iki ayrı hüküm mazbatasını düzenlenmek gibi bir hukuk garabetine yol açılmış, idam kararı 5 Ağustos'ta infaz edilmiştir. Tevfik Paşa sadrazam olduktan sonra Divan-ı Harb yargılamalarına temyiz yolu açılmış, verilen eski hükümler yeniden incelenmiş; Nemrut Mustafa Paşa Divan-ı Harbi'nin yaptığı bu hukuk hilesi ortaya çıkarılmış, Mustafa Paşa ve üyeler hapis cezasına çarptırılmışlardır. Ancak Sultan Vahdettin Mustafa Paşa'yı affetmiştir.¹¹⁴ Aynı davada, Teşkilât-ı Mahsûsacılardan firari Erzurumlu Mehmet Necati de gıyaben yargılanmış ve idam cezasına çarptırılmıştır.¹¹⁵

Trabzon Tehcir Davası'nda, Trabzon Gümrük Müdürlerinden Mehmet Ali Bey, tüccardan Acente Mustafa Efendi, Otelci Niyazi Efendi, Topçu binbaşılığında emekli Yusuf Rıza Bey, Trabzon Polis Müdürü Nuri Bey, Jandarma müfettiş muavini kaymakam Talat Bey, Trabzon Sıhhiye Şube Müdürü Ali Saip Bey sanık olarak yargılanmışlardır. Trabzon valilerinden Cemal Azmi Bey ve İttihat ve Terakki delegesi Nail Bey ise firarda olduklarından gıyaben yargılanmışlardır.¹¹⁶ Yargılama sonucunda vali Cemal Azmi Bey ile İttihat ve Terakki delegesi Nail Bey gıyaben idam cezasına çarptırılmışlardır. Trabzon Gümrük Müdürü Mehmet Ali Bey'e 10 yıl kürek cezası verilmiştir. Trabzon Polis Müdürü Nuri Bey; bir yıl hapis ve iki yıl memuriyetten mahrumiyet cezasına çarptırılmıştır. Acente Mustafa Efendi'ye; bir yıl hapis cezası verilmiştir. Jandarma müfettişi muavini kaymakam Talat Bey ile Otelci Niyazi Efendiler ise beraat etmişlerdir.¹¹⁷

Erzincan Tehcir Davası'nda ise, eski Erzincan Mutasarrıfı Memduh Bey, Hafız Abdullah Avni Efendi, eski Erzincan mebusu Halet Bey, Erzincanlı Hacı Vahidzâde Rıza Efendi, aşiret reislerinden Yusuf, Erzincanlı jandarma çavuş Arslan ve Erzincan'ın Pülümür kazasından nahiye müdürü ve aşiret reisi Kakü adlı kişiler yargılanmışlardır. Yargılamalarda aleniyet ilkesine uyul-

113 **Vakit**, 17 Teşrin-i Sani 1336 (1920), no. 1057.

114 ATA, 2004, s. 320.

115 **Vakit**, 9 Kanun-ı Evvel 1336 (1920), no. 1077.

116 TÜFEKÇİ, 2001, s. 10.

117 **Takvim-i Vekayi**, 1 Haziran 1335 (1919), no. 3563.

madığı dönemde verilen kararlara göre; eski Erzincan Mutasarrıfı Memduh Bey İngilizler tarafından Malta'ya götürülmüş olduğundan davası ayrılmıştır. Sanıklar Hafız Abdullah Avni Efendi, eski Erzincan mebusu Halet Bey, aşiret reisleri Yusuf ve Kakü ile jandarma çavuşu Arslan idam cezasına çarptırılmışlardır. Ancak bunlar içinde sadece Hafız Abdullah Avni tutuklu bulunduğundan cezası infaz edilmiş, diğerleri firarda olduklarından gıyaben idama mahkûm edilmişlerdir.¹¹⁸

Bir başka dava Büyükdere Tehciri davasıdır. Birinci Dünya Savaşı'nın başladığı günlerde, İstanbul Boğazı'nın girişinde bir semt olan Büyükdere'de meskûn Rumların nakledilmesi kararı alınmıştır. Rus donanması boğazı bombalamakta olduğundan burada yaşayan Rumların nakli kararlaştırılmıştır. Bu nedenle bu dava Büyükdere Tehcir Davası adıyla anılır. Bu davada, Büyükdere merkez memuru Kerim Bey, Büyükdere muhtarı Laz Celâl Efendi, eşraftan Selânikli Refik Hıfzı Bey ve Hâfız Mahmut Efendi yargılanmışlardır. Yargılama sonucunda, söz konusu kişilere yönelik suiistimal iddiaları kanıtlanamamış, beraatlerine karar verilmiştir.¹¹⁹

Amasya Ermenilerinin tehciri sırasında bazı suiistimaller meydana geldiği iddiasıyla açılan Amasya Tehciri davasında, sanık olarak; Amasya eski Mutasarrıfı Sırrı Bey, jandarma kumandanı Binbaşı Tevfik Bey ve Amasya eşrafından Hasan Bey yargılanmışlardır. Yaklaşık bir buçuk yıl süren bu davada, herhangi bir suç unsuru bulunamamış; 9 Aralık 1920 tarihinde davanın düşmesine karar verilmiştir.¹²⁰

Edirne Tehciri Davası'nda, daha önce İttihat ve Terakki Kâtib-i Mesuller davasında yargılanan, ancak Edirne Tehciri Davası devam ettiği için yargılaması burada devam ettirilen Edirne İttihat Terakki Kâtib-i mesulü Abdülgani Bey ile Rifat Bey ve mülazım Kasım Efendi yargılanmışlardır. Yargılanma sonucunda, söz konusu şahısların herhangi bir suçu sabit olmadığından beraatlerine karar vermiştir.¹²¹

Karamürsel Tehciri Davası'nda, İmam Selahattin, İsmail ve Ali Beyler yargılanmışlardır. Söz konusu şahısların hepsi delil yetersizliğinden beraat etmiştir.¹²² Sivas ve Koçhisar Tehciri Davası'nda ise eski Koçhisar Kaymakamı

118 ATA, 2005, s. 533.

119 ATA, 2011, s. 186.

120 **Vakit**, 9 Kanun-ı Evvel 1336 (1920). no. 1077.

121 **Vakit**, 6 Kanûn-ı Sani 1337 (1921), no. 1105.

122 **Vakit**, 19 Kanûn-ı Sani 1336 (1920), no. 792.

Nabi Bey, Sivas jandarma kumandanı Binbaşı Ali Şefik Bey ile tüccardan Balizâde Ömer Raif Bey yargılanmışlardır. Yargılama sonucunda söz konusu şahısların beraatlerine karar verilmiştir.¹²³

Divân-ı Harb-i Örfilerde gerçekleştirilen tehcir yargılamaları 1921 yılının son aylarına kadar devam etmiştir. Ancak bu yargılamaların biçim ve içeriği Damat Ferit Paşa'nın iktidardan düştüğü 1920 sonbaharından sonra değişmiş, Ahmet Tevfik Paşa'nın son sadaretinde aleni yargılama ilkesine uyulmuş ve temyiz yolu açılmıştır.

Divan-ı Harb Yargılamalarının Bilançosu

16 Aralık 1918 tarihinde İstanbul'da, sonra Anadolu'nun değişik vilâyetlerinde kurulan Divân-ı Harb-i Örfî mahkemelerindeki görülmüş davaların şöyle bir bilançosunu yapmak mümkündür.¹²⁴ Aliye Divan-ı Harb-i Örfisinde görülen İttihat ve Terakki mensupları ana davasında, sanıklardan çoğu yargı-lamanın ortasında Malta'ya sürgün edildiklerinden, sadece dokuz kişi karar aşamasına kadar yargılanmış, bunlardan beş tanesi gıyaben idama mahkûm edilmiş, ikisi hakkında gıyaben hapis cezası verilmiş, bir tanesine verilen hapis cezası sürgün (nefy) cezasına çevrilmiştir. Diğer iki kişi ise beraat etmiştir. İttihat ve Terakki Kâtib-i Mesuller davasında; on iki kişi yargılanmış ve tamamı beraat etmiştir.

Yozgat Tehciri davasında dört kişi yargılanmış, bir kişi idam edilmiş, bir kişi on beş yıl kürek cezasına çarptırılmış, ikisi beraat etmiştir. Trabzon Tehciri davasında sekiz kişi yargılanmıştır. Bunlardan ikisi gıyaben idama mahkûm olmuş, üç kişi hapis cezası almış, üç kişi beraat etmiştir. Büyükdere Tehciri davasında dört kişi yargılanmış ve hepsi beraat etmiştir.

Elâzığ Tehciri (Mamuratelaziz) davasında toplam yirmi iki kişi yargılanmıştır. Bunlardan biri gıyaben idam cezası almıştır. Bir başka zanlı hapis cezası almıştır. İki kişi hakkında beraat kararı verilmiştir. Geriye kalanlardan iki kişinin İngilizler tarafından Malta'ya sürülmüş olması; on altısı mahkemeye getirilememesi sebebiyle haklarında herhangi bir karar verilmemiştir. Bu davada Deyr-i Zor Mutasarrıfı Zeki Bey gıyaben idama mahkûm edilmiştir.¹²⁵

Erzincan Tehciri davasında yedi kişi yargılanmıştır. Bunlardan bir kişiye

¹²³ **Vakit**, 6 Şubat 1337 (1921), no. 1136.

¹²⁴ ATA, 2005, s. 536-538.

¹²⁵ DADRİAN ve AKÇAM, 2010, s. 715-716.

vicahen, dört kişiye gıyaben idam cezaları verilmiştir. Bir kişi beraat etmiş, diğer bir kişi de İngilizler tarafından Malta'ya götürüldüğü için yargılanamamıştır.

Bu davada, Urfa Mutasarrıfı Nusret Bey, idam cezasına çarptırılmış ve cezası infaz edilmiştir. Bu dava da bir kişi de gıyaben idam cezasına çarptırılmıştır. Amasya Tehciri davasında üç kişi yargılanmış, üçü de beraat etmiştir. Edirne Tehciri davasında 3 kişi yargılanmış, yargılananların hepsi beraat etmiştir.

Karamürsel Tehciri davasında yargılanan üç kişi de beraat etmiştir. Sivas ve Koçhisar Tehciri davasında da yargılanan üç kişi hakkında beraat kararı verilmiştir. Diğer küçük tehcir davalarında ise beş kişi yargılanmış, biri hapis cezası almış, diğerleri beraat etmişlerdir. Sonuç itibariyle, tehcir davalarında üçü vicahen olmak üzere, on altı kişi idam cezasına çarptırılmış ve üç kişinin cezaları infaz edilmiştir. Bunlar; Boğazlıyan Kaymakamı Kemal Bey, Urfa Mutasarrıfı Nusret Bey ve Erzincan'da otelcilik yapan Hafız Abdullah Avni'dir. Geriye kalan on üç kişinin idam kararları gıyaben verilmiştir. Üçü gıyaben olmak üzere dokuz kişiye hapis cezası verilmiştir. Otuz beş kişi ise beraat etmiştir. Mahkemelerde yargılanmak üzere adı geçen üç kişinin İngilizler tarafından Malta'ya sürülmesi, on altısının da mahkemeye getirilememeleri veya ölmüş olmaları sebebiyle haklarında herhangi bir karar verilmemiştir.

Burada yapılan bilanço'ya İngilizlerin Malta Adası'na götürmüş oldukları İttihat ve Terakki mensupları dâhil edilmemiştir. Çünkü sanıklar yargılanmanın ortasında alınıp götürülmüşlerdir. Aliye Divan-ı Harb-i Örfisi sürgün edilen sanıkların dosyalarının davadan ayrılmasına karar vermiş; bu kişiler için gıyabî yargılama kararı almamıştır.

Bunların dışında, tutuklanarak Bekirağa Bölüğü'ne tehcir suçlaması ile getirilen, Diyarbakır eski Valisi Dr. Reşit Bey önce firar; sonra intihar etmiştir.¹²⁶ Talat Bey (Küçük Talat) ile Halil Paşa da (Kut) hapisten kaçmıştır. Bir kişi de hapisanede ölmüştür. On dokuz kişi doğrudan doğruya, otuz dört kişi kefaletle, bir kişi de talimatla serbest bırakılmıştır.

¹²⁶ Bekirağa Bölüğünün ilk tutuklularından Diyarbakır eski Valisi Dr. Reşit Bey cezaevinden kaçmayı başarmıştı. İngiliz Yüksek Komiseri Calthorpe, Reşit Bey'in kaçışından Osmanlı Hükümetinin sorumlu olduğunu bildirmişti. İstanbul Basını'nın Tevfik Paşa hükümetine ağır eleştiriler yağdırması üzerine, tüm güvenlik güçleri seferber edildi; Beşiktaş Nişantaşı yokuşunda güvenlik güçleri tarafından sıkıştırılan Dr. Reşit Bey intihar edecektir. ŞİMŞİR, 2003, s. 8.

Ortaya çıkan hükümler, çoğunlukla Tahkik Heyetlerinin hazırlamış olduğu raporlar ve bu raporlara dayanarak iddianame hazırlayan savcılarının istekleri doğrultusunda sonuçlanmıştır. Birçok vakada isnatların kesin kanıtlara değil karineye dayandığı anlaşılmaktadır. Anadolu'nun birçok yerinde Tahkik Heyetlerinin birkaç gayrimüslimin ifadesine dayanarak Divân-ı Harb-i Örfî'ye raporlar verdiği görülmüştür.

Divan-ı Harblerde ağır hükümlerin verilmesinde iktidar partisi Hürriyet ve İtilâf'ın sabık iktidar İttihat ve Terakki'ye karşı olan düşmanlığı kendini hissettirmektedir. Sonuç itibariyle, İtilâf Devletleri'nin hükûmete ve mahkemelere yaptığı baskıya mütareke hükümetlerinin aczi ve rövanşist tutumları eklenecek olursa, cezaların adil bir yargılamanın ürünü olduğunu ileri sürmek imkânsızdır.

Malta'ya Sürgün Fikrinin Ortaya Çıkışı

İstanbul'daki işgal kuvvetleri komutanı Amiral Carlthorpe 1919 Ocak başında İngiliz Dışişleri Bakanlığına “suçlu oldukları kuşku götürmeyen kişilerin tutuklanarak yargılanmalarını” talep eden bir yazı göndermişti.¹²⁷ Aynı yazıda Carlthorpe tutuklanacak kişilerin “sürgün” edilecekleri yer olarak Malta'yı öneriyordu.¹²⁸ Bu istek gündeme getirildiğinde Osmanlı Hükümeti çoktan savaş dönemi kabinelerini kovuşturmaya başlamış bulunmaktaydı. Ancak İngilizler tutuklama ve yargılamaları uluslararası hukuka aykırı bir şekilde kendileri yapmak istiyorlardı. Sürgün kararını hızlandıran iki önemli gelişme oldu: Boğazlıyan Kaymakamı Kemal Bey'in 10 Nisan'da idamı karşısında oluşan infial ve İzmir'in 15 Mayıs'ta işgali.

O tarih itibariyle, Bekirağa Bölüğündeki tutuklu sayısı 250'ye ulaşmış bulunmaktaydı. Sürgün kararını hızlandıran başka bir neden ise İstanbul'da yapılan gösterilerdi. Teşkilat-ı Mahsusa ileri gelenlerinden Albay Hüsamet-tin Ertürk sürgün sürecini şöyle anlatmaktadır. İzmir'in işgalini haber alan ve yer yer protesto mitinglerine kalkışan İstanbul halkı, önce Fatih Belediye Dairesi önünde toplanmış, sonra Bekirağa Bölüğü üzerine yürüyerek siyasi mahkûmları oradan kurtarmağa karar vermişti. Şehrin ana caddelerinde “her türlü toplantının idamla cezalandıracağını ilan eden yaftalara” rağmen Sultanahmet Meydanında yüz bine varan bir halk kitlesinin toplanması engellenememişti. Meydanda konuşan hatiplerin ateşi ile coşan gençler Divanyolu üze-

¹²⁷ SONYEL, 1976, s. 18.

¹²⁸ TUNAYA, 1999, s. 47.

rinden Beyazıt meydanına doğru yürüyüşe geçtiler ve Harbiye Nezareti'nin demir kapılarını zorlamaya başladılar. Bekirağa Bölüğü açılmak üzereydi ki Sultan'ın orada bulunduğu haberi yayıldı ve kalabalık duruldu. Ancak siyasi tutukluların İstanbul'da daha fazla barındırılmayacağı anlaşılmıştı. Halkın galeyana kapılacağını düşünen İngilizler, asker ve sivil tutukluların tamamını Malta'ya gönderme kararı aldılar. Bu konuda Amiral Webb'den General Milne'ye gönderilen 20.5.1919 tarihli yazıda tutukluların Türk hükümetinin rızası olmaksızın Malta'ya götürülmeleri istenecekti.

28 Mayıs 1919: Sürgünlerin Başlaması

Malta Adası'nın ilk sürgünü aslında 29 Mart 1919 günü gönderilen eski Altıncı Ordu komutanı Ali İhsan Paşa (Sabis) oldu. Ali İhsan Paşa Musul'da mütareke hükümlerine uymamak için uzun süre direndiğinden İngilizler tarafından kara listeye alınmıştı. Bu arada komutanını terk etmek istemeyen emir eri İbrahim Ahmet de onunla birlikte Malta Adası'nın gönüllü sürgünü olacaktı.¹²⁹

28 Mayıs 1919 günü, İngiliz Genel Karargâhı'ndan Harbiye Nezareti'ne gönderilen bir İngiliz binbaşısı, elindeki listede isimleri bulunan ve birçoğu Aliye Divan-ı Harb-i Örfisi'nde yargılanmakta olan altmış yedi kişinin teslimini talep etti. Bu kişiler İttihat ve Terakki ara davasında yargılanmaktaydılar. Tutukluların bulunduğu Bekirağa Bölüğü'nün kapısına beş tane de nakliye aracı getirilmişti. İstanbul Muhafızı Seyyit Paşa da hazır bulunduğu halde tutuklular otomobillere dolduruldu. İngiliz askerlerinin muhafazası altında Galata'da Arapyan Hanı'na ve biraz sonra Limanda bekleyen İngiliz Princess Ena gemisine götürüldüler. Gemi, akşama doğru harekete geçerek sürgünleri Malta'ya götürecekti.

Bunların önemli bir kısmı İttihat ve Terakki önderleri idi. İçlerinde eski sadrazam Sait Halim Paşa, Mithat Şükrü Bleda, Hacı Adil Bey, Ziya Gökalp, Halil Menteşe, Kara Kemal, Ali Münif (Yeğena) Ahmet Şükrü, Ağaoğlu Ahmet, Hüseyin Tosun Bey, Mahmut Kamil Paşa gibi birinci sınıf sayılan sürgünler vardı. Princess Ena Gemisi bu isimleri Limni Adası'nın Mondros Limanı'nda¹³⁰ bırakarak gerisini 2 Haziranda Malta'ya ulaştırdı.¹³¹ Mondros'ta bırakılan on iki kişinin de 18 Eylül'de Malta'ya götürülmeleri ile adadaki

¹²⁹ ŞİMŞİR, 2003, s. 18.

¹³⁰ ŞİMŞİR, 2003, s. 22.

¹³¹ TUNAYA, 1999, s. 48; ŞİMŞİR, Malta, s. 121-122.

sürgün sayısı doksan bire ulaştı. Bu isimler sürgün sürecinin ilk dalgasını oluşturacaklardı.

18 Mart 1920'de Sürülenler

Bu ilk dalga Mustafa Kemal Paşa'nın Anadolu'ya geçtiği tarihlerde gerçekleşmişti. Sadaret görevi Damat Ferit Paşa'nın uhdesinde bulunuyordu. İkinci sürgün dalgası ise İstanbul'un müttefikler tarafından resmen işgal altına alındığı 1920 Mart'ında yaşanacaktı.

22 Haziran 1919'da Amasya Bildirgesi'yle başlayan İstanbul Hükümeti'ne başkaldırı, 23 Temmuz Erzurum, 4 Eylül Sivas kongreleri ile milli kurtuluş mücadelesine dönüştü. 11 Eylül'de ülke ölçeğinde bir örgüt kurulmuş olacaktı: Anadolu ve Rumeli Müdafaa-ı Hukuk Cemiyeti. Örgütün yönetim kurulu (Heyet-i Temsiliye) bütün Anadolu'da devlet yönetimine el koydu. Mülki ve askeri bürokrasiyi kendisine bağladı. Bu girişim gerçekte İstanbul'daki Damat Ferit Hükümetini iktidarsız bırakma yönünde atılmış başarılı bir hamle idi.

Yükselen Müdafaa-ı Hukuk direnişi karşısında sonuncu Damat Ferit Paşa Hükümeti istifa etmek zorunda kaldı. Yerine kurulan Ali Rıza Paşa Hükümeti'nin Heyet-i Temsiliye ile Amasya mülakatında vardıkları anlaşma neticesinde Sultan Vahdettin tarafından 21 Aralık 1918'de feshedilen Osmanlı Mebusan Meclisi'nin toplanmasını sağlamak üzere seçimlerin yapılmasına karar verildi. 12 Ocak 1920'de İstanbul'da çalışmalarına başlayan Dördüncü Dönem Meclisi'nin Müdafaa-ı Hukukçu siyasi karakteri işgal güçlerinin ve özellikle İngilizlerin hoşuna gitmeyecekti. 16 Mart 1920 günü İngilizler Osmanlı Parlamento'sunu bastılar ve İstanbul'un resmen işgal edildiğini Hükümete bir nota ile bildirdiler.¹³² İstanbul'un işgal altına alınmasından sonra tutuklanan Ayan ve Mebusan Meclisi üyeleri, 18 Mart günü Bombay gemisi ile Malta'ya götürüldüler. Bu kişiler Faik Bey (Kaltakkıran), Rauf Bey (Orbay), Mehmet Şerefettin (Aykut), Kara Vasıf, Numan Usta, Ali Çetinkaya, Mersinli Cemal Paşa, Tahsin Bey (Uzer), Celal Nuri Bey (İleri) gibi yeni seçilmiş mebuslardı. Bunların yanı sıra sürgüne Osmanlı Senatosu üyesi Çürüksulu Mahmut Paşa da gönderildi.

Seçilmiş mebusların bir kısmının Malta'ya sürülmeleri, başkentin işgal altına alınması, Parlamantonun çalışamaz hale gelmesi, Ankara'da yeni bir

¹³² 13 Kasım 1918'de müttefik donanmasının İstanbul'a gelmesi fiili (de facto) işgal dönemini başlatmıştı. 16 Mart 1920 notası ile müttefikler İstanbul'u resmen (de jure) işgal altına alarak bütün devlet dairelerine el koydular.

meclis kurulmasını kolaylaştıracaktı. Mebusan Meclisi seçimlerinde Erzurum mebusu seçilmesine rağmen İstanbul'a gitmeyen ve 27 Aralık 1919'dan beri Ankara'da bulunan Müdafaa-ı Hukuk Heyet-i Temsiliyesi Başkanı Mustafa Kemal Paşa'nın 19 Mart 1920 tarihli "Ankara'da salahiyet-i fevkaladeyi malik bir meclis(in), umur-u milleti tedvir ve murakabe etmek üzere içtima" edeceği çağrısı¹³³ Türkiye Büyük Milet Meclisi'ne giden yolu açıyordu. Meclis-i Mebusan baskınından kurtulan mebuslardan 69'u Ankara Konvansiyonu'nun doğal üyesi sayıldıklarından Birinci Dönem TBMM'ye katılacaklardır.¹³⁴

Daha Sonra Sürülenler

Diledikleri içerikte bir barış anlaşmasını imza etmeye sorun çıkartacağı düşünülen parlamenterlerin sürgün edilmelerinden, Sevr Anlaşmasının imzalanmasına kadar geçen sürede "soykırım suçlusu" oldukları iddiası ile birkaç grup daha değişik tarihlerde Malta'ya sürgün edildiler.

Önce, 31 Mayıs 1920'de Siyasî Polis Müdürü Mustafa Reşat Bey, Hacı Ahmet Bey, Mustafa Abdülhâlik Bey (Renda), Erkân-ı Harbiye Birinci Şubeden Yarbay Basri Bey, Ağâh Bey, eski IX. Ordu Komutanı Yakup Şevki Paşa (Sübaşı), Murat Bey, Antep Milletvekili Ali Cenani Bey, Andavallı Mehmet Ağa, Süleyman Faik Paşa, Ali Nazmi Bey sürgün edildiler. Bu kişilerden Yakup Şevki Paşa, "Mütareke hükümlerine direnmek", diğerleri "Osmanlı Hristiyanlarını öldürmek" iddiası ile tutuklanmışlardı.¹³⁵ Tutuklama ve sürgün dalgaları 7-13 Haziran, 6-9 Ağustos, 12-20 Eylül, 2-5 Ekim 1920 tarihleri arasında devam etmiş, son iki sürgün 20 Kasım 1920'de gerçekleştirilmiştir. Mustafa Reşat Bey, hatıralarında sürülmeden önce Adliye Nezâreti binasında eski adliye memurlarından Halep eski mebusu Artin Boşgezenyan tarafından sorguya çekildiğini söylemektedir.¹³⁶ Yukarda değinildiği üzere azınlıklar sürgün listesi oluşturma konusunda İngilizlerle yoğun işbirliği halindeydiler.

¹³³ TUNAYA, Karakter, s. 209, 210.

¹³⁴ TUNAYA, 1999, s. 219-220.

¹³⁵ Taner Akçam, Cumhuriyetin kurucu kadrosu ile Malta'ya sürgün edilen isimler arasında devamlılık ilişkisi kuruyor. Örneğin, Atatürk döneminin İçişleri Bakanı Şükrü Kaya'nın o tarihte İskân-ı Aşair ve Mühacirin Müdürü, TBMM Başkanı Abdülhalik Renda'nın eski Bitlis ve Halep valisi, Antep mebusu Ali Cenani Bey'in daha sonra Ticaret Vekili, Diyarbakır Mebusu Piriñcizade Feyzi Bey'in Nafia Vekili olduklarını kanıt olarak ileri sürüyor. AKÇAM, 2010, s. 339-340. Benzer bir görüş için bkz. HÜR, 2012, s. 185-193.

¹³⁶ BALTAOĞLU, 1998, s. 213, 326.

Sonuç itibariyle, bu sonuncularla birlikte, Ermeni tehcir ve taktili suçlaması ile Malta'ya gönderilenlerin sayısı yaklaşık elli kişiye ulaşmıştır.¹³⁷

Sürgünlerin Kimlikleri

İngilizler tarafından savaş suçlusu veya siyasi suçlu görülerek Malta'ya sürgün edilen mebus, ayan üyesi, vükela (bakanlar kurulu) üyesi ve eski sadrazam gibi siyasal seçkinler şunlardır:

Ali Çetinkaya (Afyon mebusu), İsmail Müştak Mayakon (eski mebus), Ali Seyyit Bey (Ayan Meclisi üyesi) Mehmet Şerafettin (Aykut) Avukat, Gazeteci, IV. Dönem Meclis-i Mebusan'ında Edirne Mebusu ve Misak-ı Milli'yi okuyan kişi) Kara Vasıf (Karakol Cemiyeti'nin kurucusu ve Sivas Kongresi Heyet-i Temsiliye üyesi, Sivas mebusu, Köstenceli Numan Usta (İstanbul mebusu), Zeytinburnu Fabrikasında Ustabaşı), Celal Nuri İleri (Gelibolu Mebusu, İleri gazetesi başyazarı), Ali Cenani Bey (Eski Halep ve Antep mebusu), İlyas Sami Efendi (Muş mebusu), Ahmet Şükrü Bey (eski Maarif Nazırı, eski mebus), Kara Kemal (İttihat ve Terakki Hükümeti İaşe Nazırı), Sait Halim Paşa (eski Sadrazam), Ziya Gökalp (Ergani-Maden eski Mebusu, Darülfünun hocası), Faik Kaltakkıran (Mebus) Hasan Tahsin Uzer (mebus ve eski Şam ve Erzurum valisi), Hüseyin Rauf Orbay (eski Bahriye Nazırı, Sivas mebusu) Mehmet Ubeydullah Hatipoğlu (eski İzmir mebusu, ittihatçı), Abbas Halim Paşa (Eski Nafia Nazırı, Bursa valisi, Sadrazam Sait Halim Paşa'nın kardeşi) Ahmet Ağaoğlu (eski Afyon mebusu, Darülfünun hocası, yazar, Ali Münif Bey (Yeğena) (eski Nafia Nazırı), Hacı Adil Bey (eski Mebus), Halil Men-teşe (eski Mebusan Meclisi Başkanı), İsmail Canbulat (eski Dâhiliye Nazırı), Sabri Bey (Toprak) (Saruhan Mebusu), Mithat Şükrü Bleda (eski Maarif Nazırı, Burdur Mebusu, İttihat ve Terakki Genel Sekreteri), Rıza Hamit Bey (Eski Bursa Mebusu), Pirizade İbrahim (Ayan Meclisi üyesi ve Adliye Nazırı), Hayrullah Bey (Şurayı Devlet Reisi, Nazır), Salah Cimcoz (İstanbul Mebusu), Süleyman Sudi Bey (Tokat Mebusu) Ahmet Muammer Bey (eski Sivas ve Konya valisi, Sivas mebusu), Ahmet Nesimi Bey (eski Hariciye Nazırı) Ali Fethi Okyar (eski Dahiliye Nazırı, Sofya sefiri, mebus) Atıf Bey (Ankara mebusu), Dr. Fazıl Berki Bey (eski Çankırı mebusu), Habip Bey (Bolu mebusu), Hasan Fehmi Tümerkan (Sinop mebusu) Ürgüplü Mustafa Hayri Efendi (eski Şeyhülislam, vükela meclisi üyesi), Hüseyin Cahit Yalçın (İstanbul eski mebusu, gazeteci), Hüseyin Kadri Bey (Karesi mebusu).

¹³⁷ ŞİMŞİR, 2003, s.34.

Mebuslardan bazıları İttihat ve Terakki'nin iktidarda bulunduğu III. Dönem, bir kısmı ise IV. Dönem Mebusan Meclisi üyesidirler. Malta'ya sürgün edilen IV. Dönem üyesi mebuslar TBMM'nin doğal üyesi sayıldıklarından İnebolu mübadelesinden sonra TBMM'ne katılacaklardır.

İkinci grupta mülki idare amirleri, vali, mutasarrıf, kaymakam ve emniyet mensupları gelir. Bunların çoğu İngilizler tarafından “tehcir ve taktil zanlısı” olarak görülenlerdir.

Sırasıyla, Ahmet Faik Bey (eski İstanbul Emniyet Müdürü, Bağdat Vali Muavini), Faik Bey (eski Merzifon kaymakamı), Hilmi Bey (Kırklareli Mutasarrıfı), İbrahim Bedrettin Bey (Diyarbakır Valisi), Mehmet Sabit Sağıroğlu (eski Sivas Valisi) Memduh Bey (eski Musul Valisi), Mustafa Asım Bey (eski Of Mutasarrıfı) Rahmi Bey (Arslan) (eski İzmir Valisi), Şükrü Bey (Kaya) Mülkiye Müfettişi, Aşair ve Muhacerat Umum Müdürü, Cumhuriyet döneminde İçişleri Bakanı), Tahir Cevdet Bey (eski Ankara Valisi), Tevfik Hadi Bey (Siyasi Polis Müdürü), Veli Necdet Bey (Dahiliye Nazırlığı Müsteşarı), Zekeriya Zihni Bey (eski Edirne Valisi), Mehmet Muammer İra (İstanbul Polisi Siyasi Kısım Müdürü), Süleyman Nazif (eski Musul ve Bağdat valisi, yazar), Mustafa Reşat Bey (İstanbul Siyasi Polis Müdürü), Mehmet Atıf Bey (eski Ankara valisi), Mustafa Abdülhalik Renda (eski Halep, Bitlis ve Beyrut Valisi; Kazım Özalp'ten sonra TBMM Başkanı).

Bir başka sürgün grubu ise Kars'ta kurulan Şura Hükümeti üyeleri olacaktır. Bu kişilerin sürgün edilme nedeni şöyle açıklanabilir: Mondros Mütarekesi'nin hükümleri Osmanlı ordularının Elviye-i Selase'den (Kars, Ardahan, Batum) geri çekilmelerini zorunlu kılmıştı. Gerekçesi ise bu livaların 1878 Osmanlı-Rus savaşında kaybedilmiş olmasıydı. Bolşevik Devrimi'nden sonra Osmanlı Orduları Bakü'ye kadar ilerlemelerine rağmen savaş öncesi sınırlara çekilmek durumundaydılar. Ordunun çekilmesinden sonra bölgeye Ermeni unsurlarının hâkim olmasına engel olmak için çeşitli Şura Hükümetleri kurulmuştu. Bunlardan en büyüğü Kars'ta kurulan Maveray-ı Kafkas Şura Hükümetiydi. 5 Kasım 1918'de kurulan Şura yönetimi, üçüncü toplantısında anayasa ve bayrak ilan ederek hükümet teşkilatı kurdu. Kars Şurası'nın önce Hükümet-i Muvakkate, sonra cumhuriyet ilan ettiği bölgede 1,7 milyon insan yaşamaktaydı. İngiliz generali Thompson 16 Nisan 1919'da Kars'ı işgal ederek Şura Hükümetini lağvetti, hükümet üyeleri enterne edilerek Batum'a götürüldüler. 2 Haziran 1919 tarihinde İstanbul üzerinden Malta'ya sürgün edildiler.¹³⁸

138 GÖKDEMİR, 1989, s. 90.

Bundan sonra İngilizler Kars'ta altı Türk, bir Rum, bir Malakandan oluşan kukla bir yönetim kurdular. Bir süre sonra Ermeni generali Oseibyan ve Taşnak önderlerinden Garganov Kars hükümet binasını işgal ettiler. Bölge hâkimiyeti Kazım Karabekir'in Kars'ı geri aldığı tarihe kadar Ermenilerin eline geçti. Sadece Oltu ve Kağızman'da bulunan şuralar bırakıldı, diğerleri lağvedildi. Malta'ya sürülen bu özerk yönetimin yöneticileri şunlardır: Cihangirzade İbrahim Bey (Şura Hükümeti Başkanı), Alibeyzade Mehmet Bey (Kars valisi), Cihangirzade Hasan Han (Savunma Bakanı), Cihangirzade Aziz Bey (Adalet Bakanı), Mehmetoğlu Muhlis Bey (Posta Telgraf İşleri Genel Müdürü) Matvey Radjinski (Rus Şura üyesi), Musa Salah Bey (Polis Müdürü), Pavlo Camusev (Rum Şura Üyesi), Tevhidüddin Mamiloglu (Emniyet Müdürü, Orenburglu Kazak Türkü), Stefani Vafiades (Rum Şura Üyesi, Sosyal Yardım Bakanı), Yusufoglu Yusuf Bey (Şura Üyesi, Tarım Bakanı).

Bir başka grup ise, gazeteci yazar ve sivil toplum örgütü önderlerinden oluşmaktaydı. Bunlar Müdafaa-ı Hukuk düşüncesine yakın görüldüklerinden Malta'ya sürüldüler. Örneğin Milli Kongre inisiyatifi önderlerinden ünlü göz hekimi ve Profesör Esat Paşa (Işık) bu isimlerin başında gelir. Diğerleri ise Ahmet Emin Yalman (Gazeteci), Ebuzziyazade Velit Bey (Gazeteci), Enis Avni (Aka Gündüz, yazar), Hüseyin Cahit Yalçın (eski mebus, Tanin Gazetesi başyazarı), Mehmet Kamil Bey (Musullu gazeteci), Hüseyin Tosun Bey'dir (Milli Telgraf Ajansı sahibi ve müdürü).

İngilizler açısından kendilerine sorun çıkarabilecek önemli bir grup da Birinci Dünya Savaşı'nda aktif olarak orduya komuta etmiş komutan ve subaylardır. Bu grupta yer alan isimler ve görevleri şunlardır: Ali İhsan Paşa (Sabis, Altıncı Ordu komutanı), Süleyman Faik Paşa, Süleyman Numan Paşa (Ordu Sıhhiye Müfettişi), Mahmut Kamil Paşa (Eski Üçüncü. Ordu Komutanı) Cevat Paşa (Çobanlı, Harbiye Nazırı ve Genelkurmay Başkanı), Ali Sait Paşa (Akbaytogan, Yemen'de Kolordu Komutanı), Rafet Paşa, Dr. Abdüsselami Paşa (Eski Yemen Komutanı), Yakup Şevki Paşa (Subaşı, Dokuzuncu Ordu Komutanı), Mürsel Paşa (Bakü, Mirliva), Cemal Paşa (Mersinli, İkinci Ordu komutanı, Ali Rıza Paşa Hükümetinde Harbiye Nazırı) Çürüksulu Mahmut Paşa (Sait Halim Kabinesinde nazır, Ayan üyesi).

General rütbesinin altındaki ordu mensupları ise şunlardır; Abdülgani Bey (Yarbay), Ahmet Cevat Bey (miralay, İstanbul Merkez Kumandanı), Ahmet Haydar Bey (Binbaşı), Ahmet Tevfik Bey (miralay), Celal Bey (miralay), Cemal Efendi (Yüzbaşı), Dr. Halil Bey (Yüzbaşı), Hazım Bey (Binbaşı), İbrahim Hakkı Bey (Binbaşı) Mazlum Bey (Binbaşı), Mehmet Tevfik Bey (Yar-

bay, Kaymakam), Mümtaz Bey (emekli yarbay), Nevzat Bey (yüzbaşı), Ömer Bey (binbaşı), Sami Bey (mirliva), Mehmet Arif Bey (Binbaşı), Nuri Bitlisi (Çavuş), Basri Bey (yarbay, Cevat Paşa'nın damadı), Kazım Bey (mirliva), Ahmet Şevket Bey (miralay, İstanbul Müstahkem Mevki Komutanı), Şerafettin Efendi (Yüzbaşı), İbrahim Ahmet (Ali İhsan Paşa'nın emir onbaşı).

Bunun dışında İttihat ve Terakki yönetimi ile ilişkisi olan veya tehcir ve taktik zanlısı olarak görülen kişiler de Malta'ya sürgün edilmişlerdir. İsim listesi şöyledir: Hacı Ahmet Bey (Sivas İttihat ve Terakki Delegatesi), Hoca Rifat Efendi (İttihat ve Terakki İzmit temsilcisi), Ferit Bey (İttihat ve Terakki Genel Sekreteri), Gani Bey (İttihatçı), Hacı Ahmet Paşa (Son surremini, Enver Paşa'nın babası), Yusuf Ziya Bey (Emekli Binbaşı, İttihat ve Terakki Üyesi), Acenta Mustafa (Kırzade Trabzon tehciri zanlısı, tüccar), Hilmi Abdülkadir, İslam Ali, Mehmet Bey (Eczacıbaşı, Antep tehciri zanlısı), Kemal Bey; diğerleri ise Andavallı Mehmet Ağa, Murat Bey, Ağâh Bey, Ali Nazmi Bey, Mehmet Nazım Bey, Süleyman Necmi Bey, Sefer Bey, Burhanettin Hakkı Bey, Mehmet Nuri Bey, Mehmet Rifat Bey, Cemal Oğuz Bey, Macit Bey (Divanı Muhasebat memuru).

Son grupta ise, Teşkilat-ı Mahsusa ve Karakol Örgütü mensubu oldukları için Malta'ya sürgüne gönderilenler vardır. Kuşçubası Eşref ve Albay Galatalı Şevki Bey gibi, Sivas mebusu Kara Vasıf karakol örgütü kurucularından olmakla birlikte mebus sıfatıyla parlamentonun basılması ile Malta'ya götürülmüştü. Mütareke'nin ilan edilmesi ile birlikte İngilizler tarafından enterne edilen Medine müdafii Fahrettin Paşa (Türkkan)¹³⁹ ile Ermeni taktik ile suçlanan Diyarbakır mebusları Zülfü (Tigrel) ve Pirinçcizade Feyzi Beyler önce Mısır'da (Nil civarında) bulunan Şeyd-Beşir esir kampına götürülmüşlerdi; buradan Malta'ya nakledildiler.¹⁴⁰

Sürgünler aralıklı olarak 1919 Mart'ından 20 Kasım 1920'ye kadar devam etti ve sayı 144'e ulaştı. Sürgünler içinde Sadrazamlık, şeyhülislamık, nazırlık, Osmanlı Mebusan Meclisi Başkanlığı, Ayan Meclisi Başkanlığı, genelkurmay başkanlığı, ordu kumandanlığı yapmış üst düzey devlet adamlarının yanı sıra gazeteci, yazar ve öğretim üyeleri de vardı. Son iki sürgün Mehmet Adil ve Mehmet Rüştü Beyler 20 Kasım 1920'de Malta'ya götürülmüşlerdir.

¹³⁹ Medine savunması ile ünlü Fahrettin Paşa Mısır esir kampında yedi ay tutulduktan sonra Malta'ya götürüldü. ŞİMŞİR, 1972, s. 135.

¹⁴⁰ YALMAN, 1997, s. 523.

Sürgünlerin Yargılanmaları Sorunu

İngilizler, Mondros Mütarekesi'nden itibaren, ateşkes hükümlerini ihlal etmek, Hristiyanlara kötü muamele etmek, Ermeni tehcir ve taktili iddialarını gündeme getirdiler. Malta sürgününü “insanlığa karşı işlenmiş” suçları yargılama niyetiyle meşrulaştırmak istediler.

Başlangıçta bu suçları işlediklerini düşündükleri herkesi kendi mahkemelerinde yargılamak istiyorlardı.¹⁴¹ Ancak zamanın uluslararası hukuku açısından bile buna imkân yoktu. Çünkü Osmanlı Devleti bir kayıtsız şartsız teslim anlaşması değil, ateşkes imzalamıştı. Savaştan mağlup çıkmış, egemen bir devlettir. İleri sürülen isnatlar ne olursa olsun “zanlıları” kendi mahkemelerinde yargılama hakkı vardı.

Dahası, bu iddialarla ilgili olarak Tevfik Paşa Hükümeti'nin Hariciye Nazırı Reşit Paşa, 18 Şubat 1919 tarihinde Danimarka, Hollanda, İspanya ve İsveç hükümetlerine bir mesaj göndererek işlendiği ileri sürülen savaş suçlarını araştırmak üzere bir uluslararası komisyon kurmak istediklerini duyurmuştu. Bu çağrısı ile Osmanlı Hükümeti, her ülkeden iki hukukçu üyenin bulunacağı uluslararası bir komisyon kurulmasına öncülük etmek istiyordu. Ne ilginçtir ki bu mesajın ilgili ülkelere ulaşmasını İngiliz Yüksek Komiserliği engelledi. Anlaşılan, galip devlet olarak, tarafsız bir kurulu bu işe karıştırmak istemiyorlardı.¹⁴²

Bu bağlamda, İstanbul Divan-ı Harbi'nde yargılanmakta olan İttihat ve Terakki önderleri Bekiraga'dan alınarak Malta'ya götürülünce, Fransız Yüksek Komiseri Defrance olayı İngiltere Hükümeti nezdinde protesto etti. Fransa Türk suçlularını ancak Türk makamları yargılayabilir düşüncesindeydi.¹⁴³ Bu çıkış Müttefik blokunun barış müzakereleri döneminde dağılabileceğinin göstergesiydi. Ne ilginçti ki böyle bir tepki Osmanlı Hükümeti'nden gelmeyecekti. Hatta hükümet yetkilileri, muhaliflerini İngilizlere teslim edip kurtulmak düşüncesindeydiler.

17 Aralık 1919'da İngiliz Savaş Bakanlığı, Malta sürgünleri ile ilgili bir bildiri yayınladı. Bildiriye göre sürgünler bir uluslararası mahkemede yargılanacaklardı. Bu karar mütareke hükümlerini uygulamakla görevli generaller Milne, Allenby ve Marshall'e de bildirilecekti.¹⁴⁴

¹⁴¹ ŞİMŞİR, 1972, s. 253.

¹⁴² GÜRÜN, 2005, s. 344.

¹⁴³ ŞİMŞİR, 2003, s. 20.

¹⁴⁴ ŞİMŞİR, 1972, s. 253.

Bu arada sürgünler Malta Valisi Plumer'a ne ile suçlandıklarını sorgulayan dilekçeler yağıdırıyorlardı. Bunun üzerine Plumer İstanbul'daki İngiliz Yüksek Komiserliğe ve Londra'ya, "Burada tutuklu bulunan 115 Türk'ün ne ile suçlandıklarını ve ne zaman yargılanacaklarını bilmek istediklerini" bildirdi.¹⁴⁵

Sonunda sürgünlerin Malta Valisi ve İngiliz hükümetine verdiği dilekçeler işe yaradı. Dışişleri Bakanlığı tutuklular hakkında bir an önce delillerin toplanmasını ve iddianamenin hazırlanmasını istedi. Konu Avam kamarasında da tartışıldı. Milletvekilleri Herbert ve Guinness insanların suç isnat edilmeksizin bir yıldan fazladır tutuklu bulunmalarının İngiliz adaleti ile bağdaşmadığını ileri sürdüler.

Bundan sonra, sürgünleri yargılayacak kanıt bulma çabası İngilizlerin yoğun mesai harcadığı bir faaliyet oldu. Çünkü bulunacak kanıtlar hazırlanacak iddianameye dayanak olacaktı. Bunun için İstanbul ve Londra'da hummalı bir faaliyet yürütüldü.¹⁴⁶

Kanıt arama faaliyeti çoğunlukla Ermeni kırımını iddiaları üzerinde yoğunlaşacaktı. Fakat bu araştırmalar anlamlı bir sonuca ulaşamayacaktı. İstanbul'daki İngiliz Yüksek Komiserliği suç kanıtı bulmanın önündeki zorlukları şöyle ortaya koyacaktı: 1) Merkezi hükümet veya valilik yetkilileri tarafından bu konuda çıkarılan emir veya talimatlarla ilgili herhangi bir Türk dokümanı sağlamak zordur. 2) Müttefik hükümetler zanlılarının yargılanmalarına katılmakta tereddüt içindedirler. 3) Ortadoğu'daki diğer yetkililer sürece kayıtsızlık içindedirler. 4) Vilayetlerde Ermeni nüfusun büyük kısmı ve Ermeni aydınları yok edilmiştir. 5) Ortaya çıkıp kanıt sunabilecek kişilerin yeterli kamu güvenliği yoktur. Müttefiklerimizin bu konudaki niyetlerine güvenilememektedir. 6) Malta'daki tutukluların eninde sonunda salıverileceğine dair duyumlar vardır.

Sonuç itibariyle, İngilizler Osmanlı arşivlerinde geniş çaplı araştırmalar yaptırmışlardır. Buna rağmen, Malta tutukluları hakkındaki suçlamaları ispat edebilecek nitelikte yeterli kanıt ortaya çıkarılamamıştır. Bunun üzerine ABD'den yardım istenmiş; suçlamalara dair ellerindeki bilgilerin gönderilmesini istemişlerdir. ABD yetkilileri ellerinde Ermeni Soykırımının olduğunu gösterir hiçbir resmi belgenin olmadığını bildirilmiştir. ABD arşiv raporlarında; Washington nezdindeki İngiliz Büyükelçisi R.C Craigie'in 13

¹⁴⁵ ŞİMŞİR, 1972, s. 264.

¹⁴⁶ YEGHİAYAN, 2007, s. 397-403.

Temmuz 1921'de Lord Curzon'a gönderdiği mesajda şöyle dediği anlaşıyor: "Malta'da tutuklu bulunan Türkler aleyhine delil olarak kullanılabilecek hiçbir şey olmadığını bildirmekten üzüntü duyuyorum. Söz konusu raporlar, Türkler hakkında Majesteleri Hükümeti'nin halen elinde bulunan bilgilerin takviyesinde yararlı olabilecek delilleri ihtiva eder görünmemektedir". Yani ABD'den arşivlerinden delil sağlama girişimi de başarıya ulaşamayacaktır.

Araştırma, soruşturma, kanıt arama sürecinin sonunda, İstanbul'da Harrington tarafından toplanabilen deliller Londra'ya gönderildi. Bu deliller 56 iddianame hazırlanmasına esas teşkil edecekti. Fakat iddianamelerde gösterilen deliller çoğunlukla azınlık şahitlere, İngiliz subaylarının ifadelerine ve Ermeni ve Rum patrikhanelerinin raporlarına dayanmaktaydı.

10 Mart 1921 tarihi itibarıyla bitirilen iddianamelere göre, Mersinli Cemal Paşa, Kuvayı Milliye'ye yardım ve yataklık etmekten, Şevket Bey, Akbaş Cephaneliği baskınından, Cevat Paşa sınır güvenliğini ihlal etmekten, Yakup Şevki Paşa Kars Şurasını organize etmek ve Kars telsiz istasyonunu tahrip etmekten suçlu görülüyorlardı. Diğer sürgünler için de aşağı yukarı benzer iddialar söz konusu idi.¹⁴⁷

İngilizler Malta sürgünlerini yargılasalar bile cezaları infaz etmelerinin mümkün olmadığını bir süre sonra anlayacaklardı. Öncelikle Ermeni Tehciri gerçekleştirilirken, Osmanlı Devleti'nin siyasi, idari ve askerî kadroları bütünüyle uygulamanın parçası olmuştu. Yani, eğer varsa, ortada kolektif olarak işlenmiş bir suç vardı. Buna rağmen yine de sürgünleri bireysel suçlarından dolayı yargılamak mümkün olabilirdi. Ancak bunun için Türk tarafı ile yoğun işbirliği gerekmekteydi. Halbuki Damat Ferit hükümetinin düşürülmesinden sonra göreve gelen Türk hükümetlerinin böyle bir işbirliği içine girmeleri siyasi konjonktür nedeniyle artık söz konusu bile edilemezdi.

Ankara Hükümetinin Sürgünlerle ilgili tutumu

Malta sürgünlerinin durumu Amasya Mülakatı günlerinde Heyet-i Temsiliye üyeleri ve İstanbul Hükümeti temsilcileri arasında görüşülen konulardan biri olmuştu. Taraflar arasında imzalanan metne gizli bir dördüncü madde eklenmişti. Buna göre; Malta'ya sürülmüş olan Türkler'in eğer suçları varsa yargılanmak üzere İstanbul'a getirilmeleri yoluna gidilecekti. Amasya Protokolü'nde Devletin egemenliği yönünden, Osmanlı vatandaşlarının Osmanlı

¹⁴⁷ ŞİMŞİR, 1972, s. 267.

topraklarında yakalanıp İngiliz mahkemelerinde yargılanmalarının kabul edilemez olduğu belirtilmişti.¹⁴⁸

Ali Rıza Paşa hükümeti kurulup, Osmanlı Mebusan Meclisi seçimleri ile IV. Dönem Meclis toplanınca, Malta sürgünleri gündeme geldi. Çorum Mebusu İsmail Kemal Bey “Malta’ya sevk olunan rical ve evlad-ı vatanın ecanibe suret-i teslimlerinin hükümetten sual olunması hakkında” bir önerge verdi.¹⁴⁹ Sürgünlerden sabık Şeyhülislam Hayri Efendi ile İbrahim Bey Ayan Meclisi üyeliği statüsünü sürdürüyorlardı. Bu nedenle benzer bir girişim Ayan Meclisi kanadında da söz konusu oldu.¹⁵⁰ Osmanlı Parlamentosu’nun İstanbul’da açıldığı günlerde İngilizler sakıncalılar listesini genişletmeye devam ediyorlardı. Yüksek Komiser’in belirlediği listedeki yüz yetmiş üç kişiden sekseni, İstanbul’un resmen işgal atına alınmasından sonra İngilizler tarafından tutuklandı. Bunların bir kısmı Müdafaa-ı Hukuk yanlısı mebuslardı. Tutuklananlar Malta’ya götürüldüler. Bu gelişmeler üzerine Müdafaa-ı Hukuk Heyet-i Temsiliyesi başta Yarbey Rawlinson ve diğer subaylar olmak üzere Anadolu’da bulunan tüm İngilizlerin tutuklanması talimatını verdi.

Ankara’da TBMM’nin kurulması İstanbul Divan-ı Harb-i Örfisinde devam eden yargılamaların sertleşmesine neden oldu. Hatta Mustafa Kemal ve diğer Müdafaa-ı Hukuk önderleri 11 Mayıs 1920’de gıyaplarında idam cezasına çarptırıldılar. Sabık Urfa Mutasarrıfı Mehmet Nusret Bey’in 5 Ağustos 1920’de Divan-ı Harb tarafından idam edilmesi ve 15 Malta sürgününün İstanbul’a getirilerek aynı akıbeti uğrayacağına dair haberlerin Ankara’ya ulaşması üzerine, 11 Ağustosta TBMM Hükümeti, ‘tehcir vesaire’ dolayısıyla İstanbul Hükümetince kurulan Divan-ı Harb-i Örfi’yi lağvettiğini ilan etti. TBMM Başkanı Mustafa Kemal Paşa, 12 Ağustos’ta tehcir suçlamasıyla ‘vatan evlatları’ idam edilecek olursa, Yarbey Rawlinson ve diğer İngiliz tutukluları asacaklarını ilan etti. Rawlinson Doğu Anadolu ve Kafkaslar’da mütareke hükümlerinin uygulanması göreviyle Erzurum’da bulunuyordu. Malta’dakilere karşı rehin olarak bizzat Kazım Karabekir tarafından tutuklanmıştı. Tehditler yerini bulmuş olmalıydı ki bu tarihten sonra İstanbul Divan-ı Harbi’nde idam kararı verilmedi, yeni tutuklamalar olmadı. Son Damat Ferit Paşa Hükümeti’nin 17 Ekim 1920’de istifasıyla İngilizlerin eli iyice zayıfladı.¹⁵¹

148 DOĞANAY, 2000, s. 70.

149 TUNAYA, 1999, s. 49.

150 MAZC, D. IV, toplantı yılı: 1, oturum:4, 1336, s. 14-17; Takvim-i Vekayi no. 3758’e ek olarak yayınlanmıştır.

151 Atatürk’ün Milli Dış Politikası: Cumhuriyet Dönemine Ait 100 Belge, s. 169.

TBMM’de tartışılan konulardan biri de Malta’ya sürülen Dördüncü Dönem Osmanlı Mebusan Meclisi üyelerinin statüsü olacaktı. Heyet-i Temsiliye’nin çağrısı ile Ankara Meclisi’nin kurulmasından sonra bu üyeler bu TBMM’nin doğal üyesi sayıldılar. Malta sürgünü mebuslarda buna dâhil edildi. İstanbul Hükümeti sürgünlerin maaşlarını kesme kararı verirken; Ankara Hükümeti 1 Ağustos 1920’de Malta’da tutuklu bulunan mebuslar Rauf Bey, Kara Vasıf, Şeref Bey, Faik Bey, Tahsin, Feyzi Bey, Zülfü Bey, Mersinli Cemal Paşa, Numan Usta, Ali Çetinkaya ve Celal Nuri Beylere maaş tahakkuk ettirilmesine karar verdi. Bu mebuslar, İnebolu mübadelesinden sonra TBMM’ye takdim edilerek göreve başlayacaklardı.¹⁵²

Malta’da Yaşam Koşulları ve Sürgünlerin Esaret Karşısındaki Tutumları

Malta’daki yaşam koşullarını hatıratlardan anlıyoruz. Fakat Malta hatıralarını yazanların sayısı çok değildir. Sürgünler arasında Celal Nuri İleri, Hüseyin Cahit Yalçın, Ahmet Emin Yalman, Ahmet Ağaoğlu gibi üstat gazetecilerinin yanı sıra Aka Gündüz, Süleyman Nazif gibi edebiyatçılar, Ziya Gökalp gibi düşünce adamları vardı. Bunların içinde birkaçı dışında sürgün günlerini ayrıntılı biçimde yazan olmamıştır.

Örneğin, Süleyman Nazif, 1923 yılında yazdığı bir mektupta hayat hikâyesini anlatırken Malta’yı gezip gördüğü diyarlar arasında sayar, sürgünden hiç söz etmez. Ertesi yıl yayınladığı “Malta Geceleri” kitabında ise yalnızca şiirlerine yer vermiştir. Ahmet Emin Yalman’ın “Malta adasındaki defterleri tüketecek kadar yazmıştı” dediği Celal Nuri İleri’nin Malta defterleri yayınlanmamıştır. Buna karşılık Ziya Gökalp’in “Limni ve Malta Mektupları”, sürgün hayatının canlı bir tasviridir. Bunun yanı sıra Hüseyin Cahit Yalçın ve Ahmet Emin Yalman, Rauf Orbay hatıralarında Malta’da geçirdikleri dönemin koşullarından ayrıntılı bahsederler.

Sürgünler Malta’da iki yerde muhafaza altına tutulmuşlardır. İlk götürüldükleri yer Polverista Kışlasıdır. Polverista ile ilgili olarak, Mustafa Reşat Bey, Ziya Gökalp, Ali İhsan Sâbis hemen hemen aynı sözlerle “Polverista karargâhı, iki üç odalı ve içinde mutfakları da bulunan apartman daireleri biçiminde ve aileli İngiliz küçük zabıtlar için yapılmış bir kışla idi. Etrafı üç kat

¹⁵² TUNAYA, 1999, s.77-78. Malta’ya sürülmüş bulunan mebusların statüsü için bkz. “Malta’ya Nefyolunan Meclis-i Mebusan Azası Hakkında 31 Temmuz 1336 Tarihli 28 Sayılı TBMM Kararı”, *Düstur, Üçüncü Tertip* C.I, s.40.

tel örgü ile çevrilmiş ve örgülerin dışında çepeçevre nöbet yerleri tesis edilmiş olup bunlar, halis İngiliz ve Londra askerlerden mürekkepti. Essex, Vessex, Sussex ve Canterbury alaylarına mensup erler tarafından beklenmekte idi. Kışlanın civarında Karargâh Komutanlığı Dairesi ve askerlerin ikametine bir de mahsus lokal vardı” biçiminde tasvir etmektedirler.¹⁵³

İlginç bir şekilde, Ziya Gökalp, Polverista'dan yazdığı mektuplarda Kışlayı mükemmel bulur: “Bulunduğumuz yer, Malta'daki üserâ karargâhlarının en iyisidir. Burası zabıtlere ve küçük zabıtlere aileleriyle oturmak üzere yapılmıştır. Bina üç kattır. Her katta on daire vardır. Demek ki otuz aile burada barınabilir. Her dairede iki üç oda ile bir banyo odası vardır. El yıkamak, banyo etmek için daireden çıkmaya hacet yok. Daima akan musluğu var. Her taraf elektrikle mücehhez. Demek ki Avrupa'daki büyük otellerden birinin içindeyiz.” Tabii bu şartların yanında tel örgülerle çevrili ve şartları çok kötü esir kamplarında olanlar da var ki bunlar da Paşa seviyesinin altındaki Türk askerleridir”¹⁵⁴ demektedir.

Malta Adası İngiltere'nin Kıbrıs'tan sonra Akdeniz'deki ikinci üssüydü. Savaş sırasında ele geçen esirler Mısır, Kıbrıs ve Malta'da esir kamplarında tutulurlardı. Polverista bir esir kampı değildir. Bir kışladır. Sürgünler adaya ulaştığında Polverista Kışlası'nda İngilizlere esir düşmüş kırk elli kadar Alman deniz subayı da bulunmaktadır.¹⁵⁵ Kışla şöyle anlatılıyor: “Her katında takriben her biri lâ-akal iki parçadan mürekkep olmak üzere on daire, önlerinde kışlanın bir ucundan öbür ucuna kadar imtidât eder. Şehre nazır, önü parmaklıklı ve musakkaf bir gezinti ile icâp eden yerleri hâvi idi. Yer katında parmaklık, odaların önündeki gezintiyi değil, avluyu içten ayırıyordu. Kışlaya hariçten kilitli kapıdan girilmiyor, bir parmaklıktan giriliyordu.”¹⁵⁶

Kimi hatıralarda kullanılan “Malta Zindanları” ifadesi olaya trajik bir boyut katmaktaysa da, bu yargı Gökalp'in mektuplarında anlattıkları ile pek çok yerde çelişmektedir. Gökalp'in yazdıklarından İngilizlerin sürgünlere, savaş esiri muamelesi yapmadıkları anlaşılıyor. Muhtemeldir ki sürgünlerin büyük bir çoğunluğu seçkin insanlar olduklarından dolayı özel muamele yapılmaktadır. Bu arada adada Osmanlı askerlerinin tutulduğu esir kampları da bulunmaktadır. Oradaki koşulların bambaşka olduğu tahmin etmek herhalde güç değildir.

153 MİMAROĞLU, 1946, s. 86.

154 TANSEL, 1945, s. 43; TETİK, 2004, s. 86.

155 BAL, 2003, s. 296.

156 Ubeydullah Efendi, Malta, s.156.

Mesela 25 Haziran 1919'da Limni'den yazdığı mektupta, Ziya Gökalp ilk izlenimlerini şöyle anlatıyor: “Burada karyola ve yatak takımı verdiler. Çamaşır yıkayan var. Hamam var. Denize de girebiliriz. Her türlü ihtiyacımızı veriyorlar. Maddi bir sıkıntımız yoktur. Parayı bazı fazla şeyler almak için kullanıyoruz. Mübahasemiz ilme, edebiyata, felsefeye dairdir. Burada bir darülfünun hayatı yaşıyoruz. Etrafımızda renk renk kır çiçekleri açılıyor. Önümüzde koyun sürüleri otlanıyor. Tarla kuşlarının ötüşlerini dinliyoruz. Hâsılı güzel bir tabiatın çerçevesinde yaşıyoruz”.¹⁵⁷

Gökalp'in 8 Ocak 1920'de, nakledilecekleri Yeni Verdala Kışlasından yazdığı mektuptan koşulların daha da düzeldiğini görüyoruz. “İki geceden beri Yeni Verdala'dayız. Şimdiye kadar ikamet ettiğimiz binalar içinde en iyisi budur. Bu da Polverista gibi daire dairedir; fakat buradaki her dairenin hususi banyosu, musluğu içinde bir odası olmaktan fazla abdesthanesi de içersindedir. Hem çok temizdir. Zemini de parke taşlarla döşenmiştir. Hâsılı bu bina Avrupa otellerinden farksızdır.”¹⁵⁸ demektedir.

Anlaşılabileceği gibi sürgünlerin yaşadıkları mekândan yana dertleri yoktur; vatan hasreti dışında bir “çile”den söz etmek zordur. Ziya Gökalp'in 13 Eylül 1920 tarihli mektubunda “Burası sıcak memleket olduğu için, sıcak memleketlere mahsus bütün ağaçlar ve çiçekler burada kolayca yetişir. Serbest zamanımı ekseriyetle bu bahçelerde geçirmeğe karar verdim.... Dün sinemaya gittim. Burada birçok sinemalar var. Vakit geçirmek için sinemaya gitmek de fena değil. Çünkü burada gezilecek yerler sayılı. ... Bir gün de, Cahit Beylerin (Hüseyin Cahit Yalçın) oturduğu Medine kasabasına gideceğim.”¹⁵⁹ Oraya şimendiferle gidilir. Burası küçük bir ada olduğu halde içinde şimendiferi, tramvayları, vapurları, asansörü, hâsılı her türlü nakliyat vasıtaları var. Deniz banyolarını bıraktım. Şimdi şehirde sıcak banyolara gideceğim”.¹⁶⁰ Bütün bu ifadelerden sürgünlere izin günleri verildiği, bu günlerde adada gezip dolaşmanın, sinemaya, tiyatroya, kütüphanelere gitmenin, denize girmenin serbest olduğu anlaşılmaktadır.

Halil Menteşe'nin hatıraları da Gökalp'i doğrular niteliktedir: “İlk aylarda sıkı bir inzibat altında tutulduk. Ayda bir arabalar gelir, öndeki araba-

¹⁵⁷ TANSEL, 1945, s. 8.

¹⁵⁸ TANSEL, 1945, s. 139.

¹⁵⁹ Hüseyin Cahit Yalçın'ın hasta bir kızı vardır. Malta Valisi'ne defalarca başvuruda bulunur. Nihayet, Hüseyin Cahit Bey'e ailesini Malta'ya getirme ve birlikte Polverista dışında ayrı bir evde oturma izni verilmiştir. YALMAN, 1997, s. 570.

¹⁶⁰ TANSEL, 1945, s. 435.

da bir zabıt, arkadaki bir zabıt, halk ile temas ettirmeden deniz kenarına kadar götürürler, orada biraz güneş ve hava alırdık, arzu edenlerimiz denize girerlerdi. Birinci İnönü Zaferi bu çemberi yırttı, günde on beşer kişilik gruplar halinde sabah şehre gidip akşam dönmek müsaadesi çıktı. İkinci İnönü Zaferi'nden sonra arzu edenlerin geceleri operaya gitmekte serbest oldukları bildirildi".¹⁶¹

Polverista ve sonra Yeni Verdala kışlasında günlük hayata ilişkin ise şunlar söylenmektedir: Sanki başında Ziya Gökalp'in bulunduğu bir Dar'ül-fünün'a dönmüştü kamp mahalli. Çürüksulu Mahmut Paşa'dan başlayarak, Mersinli Cemal Paşa'ya kadar bütün yaşlı-başlı devlet ricali, namdar kumandanlar, ellerinde birer defter ve kalem, üstadın etrafında toplanırlar ve haftalarca derslere devam ederlerdi".¹⁶² Sürgünlerin İstanbul ve Anadolu'yla en önemli bağlantısı ise doğal olarak gazetelerdir.¹⁶³

Malta Sürgünlerinin ülkelerinden, ailelerinden uzakta birbirinden farklı ruh halleri içinde bulunduklarını görüyoruz. Örneğin Sait Halim Paşa'nın yadırganacak bir tutum içinde olduğunu söylemek yanlış olmaz. Sait Halim daha Limni'de iken Haziran 1919'da İngiliz komutan Bloomberg'e hitaben bir mektup yazmıştır. İngiliz hükümetine, kendisini dönemin hükümetinden (Damat Ferit'i kastediyor) kurtardığı için şükranlarını ifade etmiş, savaş esiri muamelesi görmek istemediğini, Osmanlı Devleti'nin dışında özgürce yaşamak istediğini ifade etmiştir.¹⁶⁴ 20 Temmuz'da ise Lloyd George hitaben; İngiltere'nin Müslüman dünyasının gelişmesine katkısından söz eden bir mektup kaleme almıştır.¹⁶⁵

Eski İzmir Valisi Rahmi Bey gibi bazıları ise "İngiliz yanlısı olduklarını kanıtlamaya çalışmakta", bir takım kişileri araya koyarak kişisel kurtuluş çareleri aramaktadırlar.¹⁶⁶ Fethi Bey ise İngiliz hukuk ve demokrasi anlayışına hitap etmeyi tercih etmekte, kendisinin savaş suçlusu olmadığını kanıtlamaya çalışmaktadır.¹⁶⁷

¹⁶¹ Halil Mentеше'nin Anıları, 1986, s. 240.

¹⁶² YALMAN, 1997, s. 583.

¹⁶³ Halil Mentеше'nin Anıları, 1986, s.240.

¹⁶⁴ ŞEYHUN, 2003, s. 126.

¹⁶⁵ Bilal Şimşir eski sadrazamın bu tutumunu "omurgasızlık" olarak yorumluyor. ŞİMŞİR, 1972, s. 256-262; Karşı görüş için bkz. ŞEYHUN, 2003, s.127.

¹⁶⁶ Tanin,16. Mayıs 1946.

¹⁶⁷ SARIHAN, 1996a s.223; Fethi Bey'in Malta dilekçe ve mektupları için bkz. BALKAYA, 2005, s. 41-57.

Cenubi Garbi Kafkas Hükümeti cumhurbaşkanı Cihangiroğlu İbrahim Bey, TBMM'ye müracaat ederek ekonomik durumunun kötülüğünden söz etmekte ve para talebinde bulunmaktadır.¹⁶⁸ Sabık Seyhülislam ve Adliye Nazırı Hayri Efendi, Ayan Meclisi'ne hitaben bir dilekçe yazmakta ve haksız yere sürgüne gönderildiğinden söz etmektedir. Yine yüz on altı sürgün bir araya gelerek, İtilaf devletleri dışişleri bakanlarına ortak bir mektup yazarak serbest bırakılmalarını istediler. Yani sonuç itibarıyla kimisi esaret hayatına onurlu bir şekilde direnmeye çalışırken bazıları çeşitli formüllerle kurtuluş çareleri aramaktadırlar.

Malta'dan Kaçanlar

Adadan ilk kaçış olayı, 14 Aralık 1920 tarihinde gerçekleşecekti. Malta Valisi Plumer Londra ve İstanbul'a gönderdiği telgraflarda iki Türk siyasi suçlunun kaçtığı duyuruyordu. Bu kişiler Eski Van, Adana ve Ankara Valisi Tahir Cevdet Bey ile Trabzonlu Tacir (Acenta) Kırzade Mustafa Bey idi.¹⁶⁹

Malta'dan kaçmayı başaran diğer 17 sürgünün öyküsü ilginçtir. Bu grubun kaçışı Sakarya Savaşı günlerine tesadüf etmiştir. Firar planının mimarı sabık İaşe Nazırı Kara Kemal Bey'dir. Ali İhsan Paşa hatıralarında "İttihatçı nazırlardan Kara Kemal'in komiteci ruhu ve kafası imdadımıza yetişti" demektedir.

Kara Kemal İtalya'da bulunan arkadaşları vasıtasıyla birkaç İtalyan gemici ile temas sağlar. İtalyanlarla anlaşılır ve Tricotti adında küçük bir hayvan nakliye gemisi ayarlanır. Bir Maltalının yardımı ile kaçış planının ayrıntıları düzenlenir. Tricotti gemisi Tunus'tan sığır yükleyerek Malta Adası'na gelir; Marsa Siroco adındaki denetimin az olduğu limana sığırları boşaltmak için yanaşılır. Bir Maltız, polis kılığına girerek, o gün izinli olarak dışarı çıkmış bulunan sürgünleri üç grup halinde gemiye bindirir. Tricotti gemisi, 6 Eylül 1921 akşamı Malta'dan ayrılır. Sicilya Adası'nın Doğu kıyılarından Kuzeye doğru ilerleyen vapur, 7 Eylül akşamı Messina'nın karşısında bir küçük bir kasabaya yanaşır. Kafiledekiler, ertesi günü oradan Napoli'ye, 9 Eylül günü de Roma'ya varırlar. TBMM eski İkinci Başkanı Celaleddin Arif Roma'da Ankara Hükümeti'nin temsilcisi olarak bulunmaktadır. Kendilerine pasaport sağlanır. Firari sürgünlerden çoğu Almanya'ya gider; Ali İhsan Paşa ise 25 Eylül 1921 sabahı İtalyan denetimindeki Kuşadası'na varır. Daha sonra Milli Mücadele'ye katılacak ve Birinci Ordu komutanlığına getirilecektir.

¹⁶⁸ SARIHAN, 1996a, s. 464.

¹⁶⁹ ŞİMŞİR, Malta, s. 343; YALMAN, 1997, s. 615-618.

Plana dâhil olarak Malta'dan kaçmayı başaran on yedi kişi şu isimlerden oluşmaktaydı: Ali İhsan Paşa, Sabit Bey, Nevzat Bey, Bedrettin Bey, Macit Bey, Muammer Bey, Gani Bey, Ahmet Bey, Memduh Bey, Faik Bey, Şükrü Bey¹⁷⁰, Feyzi Bey, Kara Kemal, Tahsin, Bey, Necmi Bey, Mahmut Kamil Paşa ve İstanbul Siyasi Polis Müdürü Mustafa Reşat Bey.¹⁷¹

Rauf Orbay, Kara Vasıf gibi sürgünler, İngilizlere söz verdiklerini söyleyerek plana iştirak etmezler. Kaçanlar genelde kurtuluş umutları en az olan, haklarında ağır suçlamalar bulunan sürgünlerdir. Bu sırada İngilizlerin sarsılmasına yol açan ikinci önemli bir gelişme daha oldu. Bu, Türk Ordusu'nun Sakarya Savaşı'nı kazandığına dair Anadolu'dan gelen zafer haberi olacaktı.

Mübadeleye İlk Adım: Serbest Bırakılanlar

TBMM Hükümeti ile İngiltere arasında sürgünlere ilişkin ilk görüşmeler Londra Konferansı sırasında gündeme gelecektir. Bu görüşmelerde TBMM Hükümeti'ni Hariciye Vekili Bekir Sami (Kunduh) Bey, İstanbul Hükümetini Hariciye Nazırı Mustafa Reşit Paşa temsil etmiştir.¹⁷² Milli Mücadele kadrolarının her askeri başarısından sonra İngilizler konuyu daha ciddiyetle gündemlerine almak zorunda kalmışlardır. İngilizler baştan itibaren şu üç grup sürgünü, serbest bırakmamak düşüncesindeydiler: Ermeni tehcir ve taktili ile suçlananlar, savaş sırasında İngiliz esirlere kötü davrananlar, serbest bırakılmaları halinde Anadolu ordusuna katılabilecek komutanlar.

TBMM Hükümeti Londra Konferansı'ndan itibaren ileri sürdüğü tez, Malta'ya sürgün edilen tüm Osmanlı tebaasının, Anadolu Hükümeti'nin rehin olarak elinde tuttuğu İngiliz tebaası ile “*tüme tüm ilkesi*” çerçevesinde mübadele edilmesi idi. Yani İngiltere'nin uluslararası hukuka aykırı bir şekilde Malta'ya götürdüğü bütün Türkler, Ankara Hükümeti'nin rehin olarak tuttuğu bütün İngilizlerle mübadele edilecekti. İngilizler buna razı olmamakla birlikte, tehlikeli görmedikleri 40 Malta sürgününü bir anlaşma zemini yakalayabilmek için jest olarak serbest bırakmaya karar verdiler.

İngiltere, daha Londra Konferansı öncesinde Sabık Şeyhülislam Hayri Efendi'yi sağlık nedenleri ile 8 Kasım 1920'de serbest bırakmış bulunmaktaydı.¹⁷³ Bunun ardından, Edirne mebusları Mehmet Şeref (Aykut) ve Faik

170 Şükrü Bey'in (Kaya) Almanya'nın Halep konsolosu Röessler'e “Ermenisiz bir Ermenistan tasavvur ediyoruz” dediği iddiası ile ilgili olarak bkz. DADRİAN, II, s. 133-134.

171 ŞİMŞİR, 1972, s. 439, ALİ İHSAN SABİS, 1943, s. 33-36.

172 ŞİMŞİR, 1972, s. 396.

173 SARIHAN, 1996a, s. 276.

(Kaltakkıran) Beylerle, İttihat ve Terakki Katib-i Mesulü Mithat Şükrü Bey 24 Mart 1921'de bırakıldılar. Eski Adliye Nazırı İbrahim Saip Pirzade, Eski Nafia Nazırı Abbas Halim Paşa, Eski Sadrazam Said Halim Paşa ile İstanbul Mebusu ve Gazeteci Hüseyin Cahit (Yalçın) Bey kendi imkânlarıyla Malta'dan 29 Nisan 1921'de ayrıldılar.¹⁷⁴ Geriye kalan 33 kişiyi de bir İngiliz gemisiyle İtalya'ya gönderdiler. Bu grubun içinde Ali Fethi Bey, İsmail Canbolat, Rahmi Bey, Ferit Bey (Tek) Ubeydullah Efendi, Salah Cimcoz, Ahmet Nesimi Bey, Ziya Gökalp, Hacı Adil, Halil Mentеше, Ahmet Şükrü Bey, Ağaoğlu Ahmet Bey ve Cenub-i Garb-i Şura Hükümeti üyeleri bulunmaktaydılar.¹⁷⁵

Bu isimlerden Türkiye'ye dönen sadece yirmi bir kişi olmuştur. Bunlar Toronto Limanı'ndan Frenc Ferdinand vapuruyla 19 Mayıs 1921 günü İstanbul'a geldiler. Yirmi bir kişi içinden Kars Şura Hükümeti üyesi olan dokuzu İstanbul'da kalmayarak aynı vapurla ertesi gün Batum'a hareket ettiler. Sonuç itibariyle, İngilizlerin Malta'dan salıverdiği toplam kırk sürgünden Türkiye'ye dönen sadece on iki, bunların içinden Anadolu'ya geçen ise birkaç kişi olacaktır.

İngilizler bu grubu serbest bıraktıktan sonra Ankara Hükümeti'nin elinde tutsak tüm İngilizlerin salıverilmesini beklemeye başladılar.¹⁷⁶ Ancak TBMM Hükümeti tüm sürgünlerin bırakılacağına dair teminat almadan buna yanaşmayacaktır.

Bu arada, Hint Müslümanları Komitesi adı altında Türkiye'ye gelen İngiliz casusu Mustafa Sagir'in Yüksek Komiser Horace Rumbold'un girişimlerine rağmen Ankara İstiklal Mahkemesi tarafından idama mahkûm edilmesi ve cezanın 24 Mayıs 1921'da infaz edilmesi mübadele müzakerelerinin kesintiye uğramasına yol açacaktı.¹⁷⁷

Bu soğuk rüzgârlara rağmen, TBMM Hükümeti bir karşı-jest yapma ihtiyacı duydu. Anadolu'da bulunan İngiliz tutsaklarından on ikisini serbest bırakma kararı verdi. Onu Antalya, ikisi Trabzon Limanı'ndan olmak üzere on iki İngiliz 1921 Temmuz başında serbest bırakıldı. Fakat bu serbest bırakılanlar İngiltere'nin asıl beklediği isimler değildi. Türklere esir düşmüş İngiliz askerleriydi. Tutsaklar içinde, İngiliz aristokrasisine mensup, büyük biraderi Lordlar Kamarası üyesi olan Yarbay Rawlinson ve Yüzbaşı Campbell gibi

¹⁷⁴ ŞİMŞİR, 1972, s. 367-369; JAESCHKE, 1989, s. 145.

¹⁷⁵ ŞİMŞİR, 1972, s. 418-420.

¹⁷⁶ SÜRMEİ, 2003, s. 69.

¹⁷⁷ SONYEL, 1986, s. 148-149.

isimler yoktu. Londra, nasıl Anadolu' da aktif rol oynamayacak kırk sürgünü seçip ayırmakta titiz davranmışsa, Ankara da aynı özeni on iki tutsak seçiminde göstermiş oldu. Bundan sonra Ankara'yla ilişkiler tekrar kesildi.¹⁷⁸

Mübadele Müzakereleri

Londra Konferansına Sadrazam Tevfik Paşa'nın yanı sıra, İtalyan Hükümeti'nin aracılığı ile TBMM temsilcisi de dolaylı bir şekilde davet edilmişti. 17 Şubat 1921'de İngiliz Avam Kamarası'nda Malta sürgünleri ve Türklerin elinde rehin bulunan İngilizler konusu görüşüldü. Bazı üyeler İngiliz sempatanlarının bile neden sürgün durumunda olduğunu sordular. Hükümet sözcüsü bu konunun Doğu barışının bir parçası olduğunu söyledi. Demek ki İngiltere, sürgünleri istediği şartlarda bir anlaşmayı kabul ettirebilmek için koz olarak kullandığını itiraf ediyordu. Hükümet, Malta Sürgününü bir sindirme hareketi olarak hesaplamış, barış konferansında İngiltere'nin pazarlık gücünü arttıracığını düşünmüştü.

Londra Konferansı'nın bir bölümü mübadele ilkelerinin tartışılması ile geçti. Ancak Hariciye Vekili Bekir Sami Bey (Kunduh) aldığı kesin talimata rağmen "tüme tüm ilkesini"¹⁷⁹ savunmakta zayıf kaldı. Anadolu'da tutsak tüm İngiliz rehinelere karşılık, Malta sürgünlerinden elli dördünün salıverilmesini, geri kalanın yargılanmak üzere Malta'da alıkonulmasını kabul etti. 8 Mayıs 1921'de, Bekir Sami Bey, Londra'da İngilizlerle (ayrıca Fransız ve İtalyanlarla) Ankara'nın onayını almadan antlaşmalar imzaladığı gerekçesiyle Hariciye Vekâleti'nden alınınca İngilizler muhatapsız kaldılar.

Mustafa Sagir'in idamından sonra kesintiye uğrayan görüşmeler, General Charles Harrington'un Mustafa Kemal ile görüşmek istemesi ile yeni bir boyut kazandı. Öneriye göre Harrington İstanbul'dan Ajax zırhlısı ile İnebolu'ya gelecek ve görüşmeler gemide yapılacaktı. Mustafa Kemal, görüşmeyi mütefrik işgal güçlerinin Türkiye'yi tahliyesi şartına bağladı. Ama görüşmenin taraflar arasında alt seviyede gerçekleşmesine imkân sağladı. Bunun üzerine Binbaşı Douglas Henry, 10-13 Haziran 1921 tarihleri arasında, İnebolu'da Refet Paşa ile görüştü.¹⁸⁰ Bundan sonra araya Büyük Yunan Taarruzu girdi. TBMM ordusunun, Sakarya Meydan Muhaberesi'nden zaferle çıkması üzerine İngiltere, Türklerin istediği şartlarla mübadeleye razı olma noktasına bir

¹⁷⁸ SÜRMELİ, 2003, s. 70.

¹⁷⁹ ŞİMŞİR, 2003, s. 45.

¹⁸⁰ MANGO, 1999, s. 369.

adım daha yaklaştı; İstanbul Hükümeti aracılığıyla Ankara ile bir kez daha ilişki kurmak istediler.¹⁸¹

Lord Curzon, Horace Rumbold'a 19 Eylül'de mübadele görüşmeleri konusunda tam yetki verdi.¹⁸² Ankara ise İstanbul'daki gayri resmi temsilcisi Osmanlı Hilal-i Ahmer Cemiyeti İkinci Başkanı Hamit (Hasancan) Bey'e İngiliz Yüksek Komiserliği'yle konuyu müzakere etmek üzere tam yetki verdi. Görüşmeler 23 Ekim 1921 tarihinde yapılan anlaşmayla sona erdi.¹⁸³ Anlaşma Ankara Hükümeti'nin "tüme tüm mübadele" ilkesini kabul ediyordu. Mübadelenin 30 Ekim 1921 günü İnebolu limanından yapılması kararlaştırıldı.¹⁸⁴

Lord Curzon parlamentoda çıkan tartışmalar üzerine, Kemalistlerce rehin tutulan İngilizlere karşı tüm Malta tutuklularının serbest bırakılmasının kabulünü "Bir İngiliz'in bir gemi dolusu Türk'e bedel olduğunu" söyleyerek meşrulaştıracaktır.¹⁸⁵

İngilizlerin sürgünleri "yargılama ve cezalandırma" fikrinden uzaklaşarak, Ankara Hükümetinin elinde bulunan rehinelerle mübadeleyi kabul etmelerinin birkaç temel nedeni vardır: Birincisi, Milli Mücadele'nin Yunanistan eliyle yenilgiye uğratılamayacağını anlaşılması. İkincisi, İngiltere'de artık savaşın sona erdiğine ilişkin sosyal ortam. Üçüncüsü, Türklerin elinde bulunan İngilizlerden bazılarının mensup olduğu aristokrat ailelerin hükümete baskıları. Rehineler içinde özellikle Yarbay Rawlinson nüfuzlu bir aileye mensuptu. Ayrıca, İngiliz parlamentosunda bir kardeşi vardı. Bu Türklerin elinde önemli bir koz olacaktır. Anadolu'da ondan başka 28 İngiliz daha bulunmaktaydı.¹⁸⁶ Rawlinson Erzurum'da tutuklandıktan sonra Kazım Karabekir'e bir mektup yazarak sürgünler konusunda arabuluculuk etmek isteğini bildirmişti. Bu mektup 18 Temmuz 1920'de TBMM genel kurulunda okunmuş, müzakere edilmişti.¹⁸⁷

¹⁸¹ SÜRMELİ, 2003, s. 70.

¹⁸² 29 Eylül'de TBMM'de sürgünlerle ilgili gizli bir celse yapıldı. Hariciye Vekili Yusuf Kemal Tengirşek "Malta'da 75 kişinin kalıyor, bunlardan elli birini vermek istiyorlar. Geriye kalan on altı kişiden sekizi daha önce kaçmış, vermek istemedikleri sekiz kişi var" açıklamasını yapmıştı. TBMMGZC, C. II, ss. 242-245.

¹⁸³ ŞİMŞİR, 2003, s. 45.

¹⁸⁴ ÖZDEMİR, 1990, s. 325.

¹⁸⁵ DADRİAN II, s. 211-212.

¹⁸⁶ ÖZDEMİR, 1990, s. 324.

¹⁸⁷ ALTINTAŞ, 2008, s. 90.

İnebolu Mübadelesi

Taraflar mübadeleye nezaret etmek üzere, kendi heyetlerini oluşturdular. 26.10.1921'de Hamit Bey, İnebolu'ya gelerek İngiliz mübadele heyetinin isimlerini Milli Müdafaa Vekâletine bildirdi. Listeye göre, İngiliz Heyetinde General Franks, büyükelçilik ataşe militeri Albay Baird, Yüzbaşı Armstrong, Binbaşı Johnson ve Hintli askerler için Yüzbaşı Nige Han (Chide Han) hazır bulunacaktı.¹⁸⁸

Türk heyeti ise, Ayan Meclisi üyesi Ferik Hüsnü Paşa'nın başkanlığında İrtibat Subayı Binbaşı Kemal ile Milli Müdafaa Vekâleti'nin İnebolu'da görevlendireceği bir subay ve Samsun'dan Rawlinson ile birlikte İnebolu'ya gelecek olan Bahriye Yüzbaşısı Rıza Bey'den oluşacaktı. Ayrıca, Trabzon'da mübadele heyeti başkanlığını Deniz Nakliye Kumandanı Fahri Bey yapacak, Fırka Erkân-ı Harb Başkanı ve Dr. Nihat Bey de heyette bulunacaktı. Zonguldak'ta ise, Liman Başkanı Selahattin Bey heyete başkanlık edecek ve Kastamonu Havalisi Komutanlığını refakatlerine iki subay tayin edecekti.¹⁸⁹

Yüzbaşı Campbell 12 Ekim'de Kayseri'den İnebolu'ya, Erzurum'da tutulan Yarbay Rawlinson ise 14 Ekimde Trabzon'a getirildi. 1, 10 ve 21 Ekim tarihli notalardaki şartlarla tüme tüm esasına göre mübadele gerçekleştirilecekti.¹⁹⁰ 30 Ekim 1921'de bir destroyer Trabzon'a, başka bir destroyer de Zonguldak'a giderek Anadolu'dan limanlara getirilmiş olan İngiliz esirlerini İnebolu'ya getirecekti. 31 Ekim 1921'de bu gemilerle birlikte, İngiliz mübadele heyetini ve Türk esirlerini getiren gemiler İnebolu'da birleşmiş olacaktı. İnebolu'da önce Malta sürgünleri teslim olunacak ve karaya çıkarılacak, ardından İngiliz Yüzbaşısı Campell ve diğer sivil İngiliz rehinelere teslim edilecekti. Mübadele sırasında nezaketle davranılacak, ancak İngiliz heyetinden bir istek gelirse, yalnız heyetten olanlar karaya çıkarılacaktı.¹⁹¹

Sürgünler nihayet 25 Ekim 1921 günü 17'si Krizantemum, 42'si Montenol gemileriyle yolculuk etmek üzere Malta'dan ayrıldılar. Ahmet Emin Bey (Yalman) o gün yaşananları şu sözlerle anlatıyor: "... Tahliye edileceğimiz geçen Mart nihayetinde tebliğ olunmuştu. Artık bu defa şüpheye mahal yok gibi görünüyordu. Hâlbuki bugün, yarın intizarıyla daha altı ay kaldık. Eylül'ün

¹⁸⁸ ÇAPA, 1989, 405.

¹⁸⁹ ÇAPA, 1989, s. 405.

¹⁹⁰ ÇAPA, 1989, 404.

¹⁹¹ ÇAPA, 1989, 404.

2'sinde yeni tebligat vuku buldu. Teşrin-i evvelin1'inde (Montenol) isminde bir gaz yağı vapuruyla yola çıkacağımız en kat'ı bir şekilde bildirildi. Eşyamızı topladık, hazırlandık. Fakat sonra Teşrin-i evvelin 25'ine kadar intizarın cehennemden gelen tadını tada tada günleri, saatleri, dakikaları saydık.¹⁹²

25 Ekim günü saat beşte Krizantemum gemisi önde Montenol gemisi arkada olmak üzere yola çıkarılan sürgünler Mataban burnuna kadar iki gün süren fırtınalı bir havada seyahat ettiler. Krizantemum gemisinde birinci sınıf olarak ayrılan ve çoğunluğu paşalardan oluşan on yedi kişinin seyahat koşulları, Montenol gemisindekilere nazaran daha iyiydi. Onlar iki gün süren fırtınalı havada kamaralarda kalırken, Montenol gemisindekiler güverte üzerinde hazırlanan tentelerin arasında şiddetli fırtınaya maruz kalarak yolculuk ettiler.

Meşakkatli bir yolculuktan sonra İstanbul'a ulaşan sürgünlerin izlenimlerini Trabzon Eski Rüsumat Müdürü Mehmet Ali Bey şöyle dile getiriyor: "İstanbul göründü. Gemiler Haydarpaşa önünde demir attı. Bizi limana sabahleyin soktular ki ziyaretçiler az gelsin diye. Hava yağmurlu olmasına rağmen gemilerimizin etrafını kayıklar, motorlar aldı. Hatta istimbotlar ve şirket vapurları aldı. Herkes hasretliğine kavuşacaktı." İngilizler, gemilere yalnız Hamit Bey ile Anadolu Ajansı'ndan Sırrı Bey'in çıkmasına izin verdiler. Sürgünler, yolculuk sırasında yaşadıkları kötü koşullarla ilgili hazırladıkları tutanakları Hamit Bey'e verdiler.¹⁹³ Bir İngiliz istimbotu gemilerin etrafında dolaşıyor, kimseyi yaklaştırmıyordu. Anaların evlatlarıyla, çocukların babalarıyla, bir saat olsun konuşmasına izin vermediler. Lakin İngilizce bilen bir hanım İngilizlere kayıktan: "Siz medenisiniz! Bu hal size yakışır mı? Bunu vahşiler bile reva görmez. Bu kadar vakit hapsettiğiniz ailelerimizle şimdi görüşmeye bile izin vermiyorsunuz, bunlar artık serbesttirler. Bu yaptığınız insaniyet mi?" diye haykırdı.¹⁹⁴

Mehmet Ali Bey hatıralarında İstanbul Limanı'nda olanları şöyle anlatıyor: Vapura girebilen bir memur bey kağıt ve zarflar dağıttıktan sonra ailelerimize yazdırılan mektuplarımızı aldı. İki saat kadar kaldık. İstanbul'da ikameti uzatmamak için vapur mürettebatına gelen erzakı yüklü istimbotu bile gemiye bağladılar. Yükünü yolda giderken boşalttılar. Yunan zırhlılarının İstanbul önünde durması herkesin kanına dokundu. Bütün Malta garipleri "Yuha!

¹⁹² YALMAN, 1997, s. 670.

¹⁹³ ÇAPA, 1989, s. 403.

¹⁹⁴ SÜRMELİ, 2003, s. 78.

Kahrolsun Yunan, Kato Grek” diye bağıldılar. Bu galeyanımıza Maltızlar bile iştirak etti. Ahalimizin hali gözleri yaşartıyordu. Kayıkçılar bile yanımızdan geçerken kürekleri bırakıyorlar. “Yaşasın Millet” diye bağınıyorlardı.¹⁹⁵

Çevredeki kayıklarda bulunan İkdam muhabiri birinci sınıf sürgünlerin bulunduğu Krizantemum gemisi güvertesinde görünenleri şöyle anlatıyor: “Evvla uzun boyu, giydiği açık renk ceket ve haki pantolonu ile Ali Sait Paşa nazarımıza çarptı. İşte biraz toplanmış vücudu ve göğsünün üstünde sallanan dürbünü ile esbak Erkan-ı Harbiye Reisi ve Harbiye Nazın Cevat Paşa... Yanında esbak Harbiye Nazın Isparta Mebusu Cemal Paşa gülümseyerek duruyor. Daha ileride açık renk pardösüsü ile Sivas Mebusu esbak Bahriye Nazın Rauf Bey, Ayan azası Seyid Bey, Mirliva Süleyman Faik Paşa ve römorkörden bağırان ailesinin sözlerini anlamaya çalışan Dr. Abdüsselam Paşa, saç beyazlanmış Dr. Esat Paşa, mütebessim çehresiyle Dr. Süleyman Numan Paşa, metin bir tavırla duran Yakup Şevki, Refet ve Mürsel Paşalar, Mustafa Abdülhalik ve oldukça şişmanlanmış bir halde Mithat Şükrü Bey tanınıyor. En arkada saç sakalı ağarmış Süleyman Nazif Bey görünüyor.”¹⁹⁶ Tedricen gemiler etrafındaki römorkörler, motorbotlar, sandallar çoğalıyordu. Otuzu mütecaviz küçük büyük istimbot ve motorbot, dört büyük römorkör ve Şirket-i Hayriye'nin 56 numaralı vapuru sürgünleri taşıyan gemilerin etrafında birer daire teşkil etmişti. “Dokuzu on geçe evvela Krizantemum arkasından Montenol hareket ettiler. Motorlar, istimbotlar ve römorkörler vatana kavuşanları uğurlamak için Ortaköy önlerine kadar takip ettiler. Vapurlar boğazın dirseğini döndükten sonra ayrıldılar.”¹⁹⁷

Bu arada, Yarbay Rawlinson ve arkadaşlarını İnebolu'ya getirmek üzere, 28 Ekim 1921 Cuma günü, Ataşe militer Albay Baird ile Kızılay murahhası Ali Macit Bey, Somme adlı İngiliz gemisiyle Trabzon'a hareket ettiler; fırtınalı bir yolculuktan sonra 30 Ekim'de Trabzon'a vardılar. Buradan Rawlinson'u alan Heyet, 31 Ekim sabahı İnebolu'ya ulaştı.¹⁹⁸

Diğer yandan, 29 Ekim'de, İngiliz mübadele heyeti, Centaur gemisiyle İstanbul'dan yola çıktı. Heyetin görevi Zonguldak'taki İngiliz esirlerini aldıktan sonra, İnebolu'ya giderek mübadeleyi gerçekleştirmekti. Zonguldak'ta, heyete teslim edilecek 18 kişi vardı. Bunlardan dördü teslim edildi. Geri kalan

¹⁹⁵ SÜRMELİ, 2003, s. 78.

¹⁹⁶ SÜRMELİ, 2003, s. 77-78.

¹⁹⁷ SÜRMELİ, 2003, s. 77.

¹⁹⁸ ÇAPA, 1989, s. 407.

on dört kişi henüz getirilememişti, bu heyetin İnebolu'dan dönüşünde teslim edilmeleri kararlaştırıldı.¹⁹⁹ Trabzon'a giden heyet İnebolu'ya döndüğü zaman, İstanbul'dan sürgünleri mübadeleye getiren İngiliz gemileri de limana gelmişti; ancak, hava mübadele için müsait değildi.²⁰⁰

Sürgünler İnebolu'ya ulaştığında, Rawlinson'u taşıyan Somme gemisi ile İngiliz mübadele heyetini taşıyan Centaur gemisi limandaydı. Sahilde ise büyük bir kalabalık toplanmış mübadeleyi beklemekteydi.²⁰¹

Ali Macit Bey, Centaur gemisinden gönderilen motor ile İngiliz mübadele heyetinin bulunduğu zırhlıya geçti. Ne var ki, görüşmeler sırasında Heyet başkanı Franks ile İngiliz esirlerinin sayısında ihtilâfa düşüldü. İngiliz Heyeti, elindeki listeye göre sekiz subay, dört er, altı Hintli askeri istiyordu. Hâlbuki İnebolu'da iki subay ve üç er vardı. Rawlinson ve maiyetindeki İngiliz askerler ise Trabzon'dan gelen Somme gemisindeydi.²⁰² Nihayet heyetler arasındaki anlaşmazlık giderildi; teslim ve tesellüm belgeleri imza edildi. İngiliz Yüzbaşı Campbell, maiyeti ve iki sivil İngiliz Centaur gemisine teslim edildi.

İnebolulu kayıkçılar kötü hava koşullarına rağmen Malta sürgünlerini karaya çıkarmaya muvaffak oldular.²⁰³ Aynı gün Türk heyeti başkanı Hüsnü Paşa, Ankara'ya "Taraflar arasında anlaşmazlık giderilmiştir. Misafirlerimiz karaya çıkmaya başlamışlardır. Arada hiçbir ihtilâf kalmamıştır; elimizdeki üç İngiliz esir kendilerine teslim edilmiştir" diyordu.²⁰⁴ İlk önce Cevat Paşa ile Rauf Bey karaya çıktılar; onları diğerleri izledi. Bütün sürgünler İnebolu sahiline çıkarıldıktan sonra hep birlikte İnebolu Gençler Mahfiline geçtiler.

Bir kısım sürgün, önce İstanbul'daki ailelerinin yanına dönmeyi tercih etti. Bu isimler, Süleyman Nazif Bey, Ayan üyesi Seyit Bey, Celal Nuri(İleri) Bey, Aka Gündüz, Yarbay Adil Bey, Binbaşı Burhaneddin Bey, Numan Usta, İzmitli Rıfat Hoca, Muammer Bey, Mithat Şükrü Bey (Bleda) ve Ahmet Emin (Yalman) idi.²⁰⁵ İnebolu'da bulunan Paguet ve Lloyd vapurları yola çıktığından İngiliz gemisinde kalmayı ister istemez göze aldılar ve mübadele edilen

199 ÇAPA, 1989, s. 407.

200 ÇAPA, 1989, s. 410, 415.

201 ORBAY, 2003, s. 462-463.

202 ÇAPA, 1989, s. 407.

203 "Osmanlı ve İngiliz Üserasının Mübadelesi", *Osmanlı Hilal-i Ahmer Mecmuası*, 15 Aralık 1921, no.4.

204 ÇAPA, 1989, s. 408.

205 ŞİMŞİR, 1972, s. 404.

İngilizlerle birlikte İstanbul'a gittiler. Diğerleri, Kastamonu üzerinden Ankara'ya doğru yola çıktılar.²⁰⁶

Rauf Bey (Orbay), hatıralarında “Vatan toprağına İnebolu'da bastık. Hüsnü kabul gördük. M. Kemal Paşa'nın “Hoş geldiniz” telgrafıyla karşılandık” yazmaktadır.²⁰⁷ Orbay, 11 Kasım'da Ankara'ya ulaşmış, 17 Kasım'da Nafia Vekili²⁰⁸, 1 Mart 1922'de Meclis İkinci Başkanı, 12 Temmuz'da ise 244 sayılı yasa gereğince İcra Vekilleri Heyeti Reisi seçilmiştir.²⁰⁹ Kısa bir süre sonra, İstanbul'a gidenlerden İleri gazetesi başyazarı Celâl Nuri (İleri), yazar Enis Avni (Akagündüz) ve mebus Numan Usta Milli Mücadeleye katılmak üzere Anadolu'ya geçtiler.

Öte yandan, TBMM Hükümeti, sürgünlerin nakli, iâşe ve iskân masraflarının Milli Müdafaa Vekâletince karşılanmasına; ordu mensuplarına, rütbe-lerine göre birer maaş verilmesine karar vermiştir. Sivil memurlarla mebuslar hakkında, ait oldukları bakanlıklarca, bu tarzda kararlar alınmıştır. Asker olanlar Anadolu'da istedikleri yerlere gidebilecekler, ancak gelecek emri bekleyeceklerdi. Her birinin gideceğı yere kadar, rütbesine uygun harcırah verilecekti.²¹⁰ Hükümet ayrıca emekliliğı hak etmiş olanlara aylık tahakkuk ettirileceğini, istedikleri yere gidebilecekleri tebliğ etmiştir.

İnebolu'dan ayrılan İngilizler ise, 2 Kasım'da, Zonguldak'a uğrayarak buradaki son sivil mübadilleri de alarak akşamüstü İstanbul'a vardılar.²¹¹ Hilal-i Ahmer Cemiyeti tarafından mübadele işlemine nezaret etmek üzere görevlendirilen Ali Macit Bey, Rawlinson'u taşıyan Centaur gemisiyle İstanbul'a geri döndü. Rawlinson mübadele sırasında yaşadıklarına hatıralarında şöyle yer vermektedir. “... Gurubuma ilaveten, Konya'daki istihbarat subayımız olan ve biz Erzurum'da tutuklandığımızda o da orada tutuklanan Yüzbaşı Campbell ve İngiliz olmadıkları kesin olmasına rağmen, İngiliz olduklarını iddia eden iki sivil kişiyi aldık, İstanbul'a derhal hareket ettik. İstanbul'a vardığımızda kendisini daha önce savaş sırasında tanıdığım Müttefik Karargâhı Personel Başkanı Albay Gribbon gemiye gelerek bizi karşıladı.²¹²

206 PEKER, 1955, s. 383.

207 ÖZDEMİR, 1990, s. 325.

208 AKIN, 2001, s. 135. NUTUK, 1989, s. 420.

209 KARAİBRAHİMOĞLU, 1968, s. 61; TBMMZC, C. XXI, , s. 359.

210 ÇAPA, 1989, s. 406.

211 ŞİMŞİR, 2003, s. 47-48.

212 SÜRMELİ, 2003, s. 57.

İngiliz Dışişleri Bakanı Lord Curzon da Avam Kamarası'nın 9 Kasım 1921 tarihli oturumunda mübadelenin tamamlandığını, Yarbay Rawlinson, Yüzbaşı Campbell ve Teğmen Bowring ile diğer İngilizlerin serbest bırakıldıklarını açıklamıştır.²¹³

SONUÇLAR

Mütareke dönemi pek çok siyasal gelişmenin yaşandığı bir zaman dilimi olmuştur. İttihat ve Terakki hükümetlerinin yargılanması ve Malta sürgünleri olayı bunlardan ikisidir. “Harp Kabinelerinin İsticvabı”²¹⁴ süreci önce Mebusan Meclisi Beşinci Şubesinde bir soruşturma ile başlamış, Sait Halim ve Talat Paşa kabinelerinin Divan-ı Ali’ye sevkini amaçlanmıştı. Ancak bu girişim Meclis’in feshi ile akamete uğradı. Bununla eşzamanlı bir başka gelişme ise Ermeni Tehciri sırasında işlendiği iddia edilen savaş suçlarının kovuşturulmasıydı. Salt bu konuyla ilgilenmek üzere Divan-ı Harbi Örfiler yetkili kılındı. Bu özel yargı yerlerinde asker üyelerin yanısıra sivil üyeler de bulunuyordu. Yargılama heyeti ve iddia makamına yardımcı olmak üzere, ülke bölgelere ayrılarak Tahkik Heyetleri gönderildi. Bir devrin siyasal sorumlularının yargı önüne çıkarılması olarak başlayan süreç hızla bir cadı avına dönüştü. Savaş boyunca suskunluğa bürünen muhalif Hürriyet ve İtilaf cephesi, İttihat ve Terakki’nin iktidardan düşüşünü bir rövanş fırsatı olarak değerlendirdi. Ahmet İzzet Paşa ve Tevfik Paşa hükümetlerinin samimi hukuki mülahazalarla başlattıkları süreç, müttefik işgal güçlerinin desteği ile Damat Ferit hükümetleri döneminde sulandırılarak sabık iktidarın tasfiyesi amacına hizmet etmeye başladı. Bu konudaki kırılma noktası eski hükümet üyelerinin tutuklanması oldu. Mülki ve askeri kamu görevlilerinin Divan-ı Harb’de yargılanması hukuki bir tartışma yaratmazken, Yüce Divan’da yargılanması gereken eski hükümet mensupları Aliye Divan-ı Harb-i Örfisi adıyla kurulan Birinci İstanbul Askeri Sıkıyönetim Mahkemesi’ne sevk edildiler. Mahkemenin yetkisizliğine yapılan itirazlar kabul görmedi. Yargılamaların temelini savaş suçları oluşturuyordu. Zanlıların çoğunluğu vicahen, İttihat ve Terakki genel merkez üyelerinin firari üyeleri gıyaben yargılandılar. Yargılamalar Harbiye Nezareti’nde (Savunma Bakanlığı) yapılıyor, zanlılar Bekirağa Bölüğü’nde tutuklu bulunuyorlardı.

213 SARIHAN, 1996b, s. 137; JAESCHKE, 1989, s. 166.

214 Bu ifade 1930’lar Türkiye’sinde yayınlanan bir kitabın adıdır. Bu tarihten sonra Jön Türk literatüründe yaygın olarak kullanılmıştır. Bkz. **Harp Kabinelerinin İsticvabı: Hatıralar-Vesikalar II**, İstanbul, Vakıf Matbaası, 1933.

Yargılamalar devam ederken İngiliz işgal yönetimi, tutuklulardan önemli bir kısmını uluslararası bir savaş suçları mahkemesinde yargılanacakları gerekçesiyle, Malta'ya götürdü. Osmanlı Hükümeti bu konuda sadece bilgilendirildi, onayı alınmadı. 28 Mayıs 1919'da gerçekleştirilen bu tasarruf zamanın uluslararası hukuk anlayışına dahi aykırı idi. Ne ilginçtir ki operasyona tepki Osmanlı Hükümetinden değil Fransa'dan geldi. Osmanlı yurttaşları, haklarındaki iddialar ne olursa olsun ancak Osmanlı mahkemelerinde yargılanmalıydılar. İngilizlerin bu şekilde başlattıkları sürgün furcası, siyasal elit içinde muhtemel bir barış anlaşmasına direnebilecek bütün odakların tasfiyesine dönmüştü. Malta'ya sürgün uygulamaları 18 Mart 1920'de yeni seçilmiş Osmanlı Mebusan Meclisi üyelerine yöneldi. Osmanlı Parlamentosu İngiliz baskınına uğradı. "Milliyetçi" olarak nitelenen on dört mebus Malta'ya gönderildi. İngilizlerin tutuklama, sürgüne gönderme politikası o yılın sonbaharına kadar genişleyerek devam etti. İlginç bir şekilde, Dünya'da parlamentonun ve demokrasinin beşiği sayılan İngiltere seçilmiş mebusların bulunduğu başka bir ülkenin parlamentosunu basmış oluyordu.

Tutuklama, baskı ve Malta'ya sürgün siyaseti Müdafaa-ı Hukuk hareketinin meşruiyetini pekiştirmek ve TBMM'nin toplanmasına uygun ortam yaratmak gibi paradoksal bir sonuç doğurdu. Başlangıçta, savaş esiri muamelesi gören Malta sürgünleri, TBMM ordusunun her başarısından sonra biraz daha rahat koşullara kavuştular. Sürgünlerin uluslararası savaş suçları mahkemesinde yargılanmaları gerektiği tezi müttefiklerinden destek görmedi. Suçlamalara destek olabilecek yeterli kanıt bulunamadı. Sürgünlerin bir kışlada tutukluk durumu zaman içinde gevşeyerek, Ada'da belli koşullarla serbestçe dolaşabilen rehineler rejimine geçildi. Londra Konferansı'nda ilk kez ele alınan Malta sürgünlerinin akıbeti kesintili olarak müzakere konusu oldu. Ankara Hükümeti'nin elinde rehine olarak tutulan Yarbay Rawlinson ve diğer İngilizlere karşılık, tüm Malta sürgünleri İnebolu'da mübadele edilerek özgürlüklerine kavuştular.

Sonuç itibariyle, Mütareke ile başlayan devr-i sabık yaratma ve İttihatçı avı, müttefik işgal güçleri desteğinde Divan-ı Harb-i Örfi yargılamaları ve Malta sürgünü ile devam etti. Bu politikaların temel doğrultusunun "Doğu Sorunu"nu İngiliz çıkarlarına uygun şekilde çözmek olduğu anlaşıldı. Divan-ı Harb yargılamalarının "siyasallaşmış yargı anlayışının" erken bir örneği olduğu, "adil yargılama ilkesine" uyulmadığı ortaya çıktı. Hatta bazı yargıçlar mahkûm oldular. Malta sürgünleri ise Ankara Hükümeti'nin kararlı tutumu sayesinde mübadele edilerek Milli Mücadele'ye katıldılar.

KAYNAKÇA

- AKÇAM, Taner ve Ümit KURT: **Kanunların Ruhu: Emval-i Metruke Kanunlarında Soykırım İzini Sürmek**, İstanbul: İletişim Yayınları, 2012.
- Akçam, TANER: “**Ermeni Meselesi Hallolunmuştur**”: **Osmanlı Belgelerine Göre Savaş Yıllarında Ermenilere Yönelik Politikalar**, İstanbul: İletişim Yayınları, 2009.
- AKÇAM, Taner: **1915 Yazıları**, İkinci Baskı, İstanbul, İletişim Yayınları, 2010.
- AKIN, Rıdvan: **TBMM Devleti: Birinci Meclis Döneminde Devlet Erkları ve İdare**, İstanbul, İletişim Yayınları, 2001.
- Alemdar**, 14 Kanûn-ı Sani 1336 (1920), no. 394
- Alemdar**, 16 Mart 1336 (1920), no. 454.
- ALTINTAŞ, Ahmet: **Belgelerle Milli Mücadele Döneminde Esirler**, Ankara, Anekdote Yayınları, 2008.
- ATA, Ferudun, “Divân-ı Harb-i Örfî Mahkemelerinde Ermeni Tehciri Yargılamalarına İstatistiksel Bir Bakış (1919-1921)”, **Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi**, sayı 62, cilt 25, Temmuz 2005.
- “Divan-ı Harb-i Örfî Yargılamalarında Ermeni Tehciri Yargılamaları”, **Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi**, no. 15, Güz, 2004.
- İşgal İstanbul’unda Tehcir Yargılamaları**, İkinci Baskı, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2011.
- ATATÜRK, Kemal: **Nutuk (1919-1927)**. Ankara, TTK Basımevi, 1989.
- Atatürk’ün Milli Dış Politikası: Cumhuriyet Dönemine Ait 100 Belge**, Ankara, 1992.
- BAKAN, Mustafa: “Milli Mücadele Yıllarında Elviye-i Selase ve Batum”, **Turkish Studies**, C.3, no.7, 2008.
- BAL, Mehmet Akif: **Bekirağa ve Malta Anıları (1919-1921)**, İstanbul, Ark Yayınları, 2003.
- BALKAYA, İhsan Sabri: “Ali Fethi Okyar’ın Bekirağa’dan Malta’ya Uzanan Hapis Hayatına Kaleminden ve Hatıralarından Bir Bakış”, **Atatürk Dergisi**, C. 4, sayı:3, Erzurum, 2005.
- BALTAOĞLU, Ali Galip: **Atatürk Dönemi Valileri** Ankara, Ocak Yayınları, 1998.
- BARDAKÇI, Murat: **Talat Paşa’nın Evrak-ı Metrukesi**, İstanbul, Everest Yayınları, 2008.
- BİLGİ, Nejd: **Ermeni Tehciri ve Boğazlıyan Kaymakamı Mehmed Kemal Bey’in Yargılanması**, Ankara, KÖK Sosyal ve Stratejik Araştırmalar Vakfı, 1999.

Dr. Mehmet Reşid Şahingiray Hayatı ve Hâtıraları, İzmir 1997.

BİREN, Mehmet Tevfik: **Bir Devlet Adamının Mehmet Tevfik Bey'in (Biren), II. Abdülhamit, Meşrutiyet ve Mütareke Devri**, Hatıraları, hazırlayan: Rezan Hülmen, C.II, İstanbul, Arma, 1993.

ÇAPA, Mesut: "Sakarya Savaşından Sonra İmzalanan Türk-İngiliz Esir Mübadelesi Anlaşmasının Uygulanması ve Belgeler", **Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü, Atatürk Yolu Dergisi**, C.I, S. 3, Ankara, 1989.

ÇİÇEK, Hikmet: **Dr. Bahattin Şakir**, İstanbul, Kaynak Yayınları, 2004.

DADRİAN, Vahank, ve Taner AKÇAM (derleyenler): **"Tehcir ve Taktik": Divan-ı Harb-i Örfi zabıtları: İttihad ve Terakki'nin yargılanması: 1919-1922**, İkinci Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2010.

DADRİAN, Vahank: **Türk Kaynaklarında Ermeni Soykırımı Toplu Makaleler II**, çeviri: Attila Tuygan, İstanbul, Belge Yayınları, 2005.

DOĞANAY, Rahmi: "Milli Mücadele'de Türk-İngiliz Esir Değişimi", **Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 10, S. 1, Elazığ, 2000.

Düstur Birinci Tertip, C. II.

Düstur, Birinci Tertip, Cilt IV.

Düstur, İkinci Tertip, Cilt V.

Düstur İkinci Tertip, C. IX.

Düstur Üçüncü Tertip, C. I.

Ermeni Komitelerinin Emelleri ve İhtilal Hareketleri (İttihat ve Terakki Raporu) Beyaz Kitap, İstanbul, Kaynak Yayınları, 2006.

EYİCİL, Ahmet: **Doktor Nazım Bey**, Ankara, Gün Yayıncılık, 2004.

GÖKDEMİR, Ahmet Ender: **Cenûb-i Garbi Kafkas hükûmeti**, Ankara, 1989.

GÜRÜN, Kamuran: **Ermeni Dosyası**, İstanbul, Remzi Kitabevi, 2005.

(The Armenian File: The Myth of Innocence exposed, London, Nicosia, İstanbul, Rustem & Bro and Weidenfeld & Nicolson Ltd, 1985.)

Harp Kabinelerinin İsticvabı: Hatıralar-Vesikalar II, İstanbul, Vakıf Matbaası, 1933.

HALAÇOĞLU, Yusuf., Sürgünden Soykırıma: Ermeni İddiaları, İstanbul, Babıali Kültür Yayıncılığı, 2006.

"Osmanlı ve İngiliz Üserasının Mübadelesi", **Osmanlı Hilal-i Ahmer Mecmuası**, 15 Aralık 1921, no.4.

HÜR, Ayşe: **Öteki Tarih**, C. II, İstanbul, Profil yayıncılık, 2012.

İkdam, 1 Mayıs 1335 (1919), no. 8337.

- JAESCHKE, Gottard: **Türk Kurtuluş Savaşı Kronolojisi-Mondros'tan Mudanya'ya Kadar**, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1989.
- KARACAKAYA, Recep: **Kaynakçalı Ermeni Meselesi Kronolojisi (1878-1923)**, İstanbul, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı yayınları 2001.
- KARAİBRAHİMOĞLU, Sacit: **Türkiye Büyük Millet Meclisi**, Ankara, 1968.
- KOCAHANOĞLU, Osman Selim: **Divan-ı Harb-i Örfi Muhakematı Zabıt Ceridesi, Tehcir Yargılamaları (1919), Takvim-i Vekayi'den Tam Metin**, İstanbul, Temel Yayınları, 2007.
- İttihat ve Terakki'nin Sorgulanması ve Yargılanması (1918-1919) Beşinci Şube Tahkikatı- Teşkilat-ı Mahsusa- Ermeni Tehciri- Divan-ı Harb-i Örfi Muhakematı**, İstanbul, Temel Yayınları, 1998.
- KOCAOĞLU, Bünyamin: **Mütarekede İttihatçılık, İttihat ve Terakki Fırkasının Dağılması, (1918-1920)**, İstanbul, Temel Yayınları, 2006.
- KÖKSAL, Osman: "Osmanlı Devletinde Sıkıyönetim ile İlgili Mevzuat Üzerine Bir Deneme", **Journal of the Center for Ottoman Studies**, 2001.
- Tarihsel Süreci İçinde Bir Özel Yargı Yeri Olarak Divanı Harb-i Örfiler,(1877-1922)**, Basılmamış Doktora Tezi, Ankara, 1996.
- MANGO, Andrew: **Atatürk**, London, John Murray Publishers, 1999.
- MAZC, D. IV, toplantı yılı: 1, oturum:4, 1336; Takvim-i Vekayi no. 3758'e ek olarak yayınlanmıştır.
- Meclis-i Ayan Zabıt Ceridesi**, D.III, İ: 5, C: 1, Ankara, 1991.
- Halil Mentеше'nin Anıları**, İstanbul, Hürriyet Yayınları, 1986.
- MİMAROĞLU, Mustafa Reşat: **Gördüklerim ve Geçirdiklerim, İkinci Kitap**, Ankara, T.C. Ziraat Matbaası, 1946.
- MMZC, **Devre III**, içtima: 5, Celse: 1, 1334, Ankara, TBMM Matbaası, 1993.
- MÜCELLİTOĞLU, Çankaya, Ali: **Yeni Mülkiye Tarihi ve Mülkiyeliler**, Cilt III, Ankara, 1968.
- ORBAY, Rauf: **Siyasi Hatıralar**, İstanbul, Örgün Yayınevi, 2003.
- Osmanlı Belgelerinde Ermenilerin Sevk ve İsyanı**, Ankara, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı Yayını, 2007.
- ÖZDEMİR, Ahmet: "Savaş Esirlerinin Milli Mücadeledeki Yeri", **Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü, Atatürk Yolu Dergisi**, yıl: 1990, C. II, S. 6, Ankara, 1990.
- PEKER, Nurettin: **İstiklal Savaşının Vesika ve Resimleri**, 1955.
- SABİS, Ali İhsan: **Harp Hatıralarım**, C. I, İstanbul, İnkılap Kitabevi, 1943.

- Said Halim ve Talat Paşalar kabinelerinin Divan-ı Aliye sevkleri hakkında Divaniye Mebusu Fuad Bey merhum tarafından verilen takrir üzerine bera-yı tahkikat kur'a isabet eden Beşinci Şube tarafından icra olunan tahkikat ve zapt edilen ifadat / Beşinci Şube. İstanbul, Meclis-i Mebusan Matbaası, 1334 (1918).
- SARIHAN, Zeki: a) **Kurtuluş Savaşı Günlüğü, Cilt III**, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1996. b) **Kurtuluş Savaşı Günlüğü, Cilt IV**, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1996.
- SELVİ, Haluk: **Birinci Dünya Savaşından Lozan'a Ermeni Sorunu**, Sakarya, SAÜ yayınları, 2003.
- SOKU, Ziya Şakir: **Yakın Tarihimizin Üç Büyük Adamı: Talat, Enver, Cemal Paşalar**, İstanbul, Kaknüs Yayınları, 2010.
- SONYEL, Salahi: "Malta'ya Sürgün Edilen Türk Aydınları", **Toplumun Sesi**, Mayıs 1976.
- Türk Kurtuluş Savaşı ve Dış Politika**, C.II, Ankara, 1986.
- SORGUN, Taylan: **Mütareke Dönemi ve Bekirağa Bölüğü**, Kamer Yayınları, 1998.
- STODDARD, Philip H.: **Teşkilat-ı Mahsusa**, İstanbul, Arba Yayınları , 2003.
- SÜRMELİ, Serpil: "Malta sürgünlerinin Yurda Dönüşü", **Atatürk Dergisi**, C. III. S. 4, Erzurum, Atatürk Üniversitesi Yayınları, 2003.
- ŞEYHUN, Ahmet: **Said Halim Pasha, Otoman Stateman-Islamist Thinker 1865-1922**, İstanbul, Isis Press, 2003.
- ŞİMŞİR, Bilal: **The Deportees of Malta and the Armenian Allegations**, Ankara, Ministry of Foreign Affairs, second edition, Ankara, Etki Yayıncılık, 2003.
- Malta Sürgünleri**, Milliyet Yayınları, İstanbul, Yelken Matbaası, 1972.
- "Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu-ı Muvakkat", **Takvim-i Vekayi**, no. 1751,24 Şubat 1329.
- Takvim-i Vekayi**, 1 Haziran 1335 (1919), no. 3563
- Takvim-i Vekayi**, 13 Temmuz 1335 (1919), no. 3597
- Takvim-i Vekayi, 1336, no.3837**: Takvim-i Vekayi, 26 Nisan 1336 (1920) no.3837.
- TANSEL. FA: **Ziya Gökalp Külliyyatı-I, Limni ve Malta Mektupları**, Ankara, TTK yayınları, 1965.
- Tasvir-i Efkâr**, 9 Kanun-ı Sani 1335 (1919), no. 2616.
- Tasvir-i Efkâr**, 30 Temmuz 1336 (1920), no. 2797.
- TAŞER, Pınar: **Mütareke Döneminde Divan-ı Harb-i Örfiler (1918-1922)**, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, 2005.

- TBMM Zabıt Ceridesi**, Devre I, C.XXI, 1338, Ankara, TBMM Matbaası, 1961.
- TBMMGCZ**, C.II, 29.9.1337, İ:83, Ankara; İş Bankası Kültür Yayınları, 1985.
- TETİK, Ahmet: “Malta’dan Esir Mektupları”, **Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi**, C. 20, S: 58, Mart 2004.
- TUNAYA, Tarık Zafer: “Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti’nin Kuruluşu ve Siyasi Karakteri”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, XXIII, no.3-4, (1957).
- Türkiye’de Siyasal Partiler, Mütareke Dönemi 1918-1922**, C. II, (Genişletilmiş Baskı), İstanbul, İletişim Yayınları, 1999.
- Türkiye’de Siyasal Partiler**, C. III, İstanbul, Hürriyet Vakfı Yayınları, 1989.
- TÜFEKÇİ, Zeynep: **Trabzon ve Çevresinden Yapılan Ermeni Tehciri ve Yargılamalar**, Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2001.
- Vakit**, 9 Kanunu Sani 1335 (1919), no. 436
- Vakit**, 1 Şubat 1335 (1919), no. 459.
- Vakit**, 9 Kanûn-ı Sani 1336 (1920), no. 781.
- Vakit**, 19 Kanûn-ı Sani 1336 (1920), no. 792.
- Vakit**, 17 Teşrin-i Sani 1336 (1920), no. 1057
- Vakit**, 9 Kanun-ı Evvel 1336 (1920). no. 1077.
- Vakit**, 6 Kanûn-ı Sani 1337 (1921), no. 1105.
- Vakit**, 6 Şubat 1337 (1921), no. 1136.
- VARTKES, Yeghiayan: **Malta Belgeleri: İngiltere Dışişleri Bakanlığı “Türk Savas suçluları” Dosyası**, İstanbul, Belge Yayınları, 2007.
- YALMAN, Ahmet Emin: **Yakın Tarihte Gördüklerim ve Geçirdiklerim, 1888-1922**, Hazırlayan: Erol Şadi Erdiç, İstanbul, Pera Yayınları, 1997.
- Yeni Gün**, 11 Mart 1335 (1919), no. 187.

Post Modern Zamanlarda Machiavelli Okumak

Rukiye AKKAYA KİA*

*“Devletler, “pater nostra” duası ile idare edilmez”.*¹

Machiavelli, History of Florance

Siyasal kötülüklerin örneklerini vererek, bu kötülüklerin bir iktidarı kurmak ve devam ettirebilmek için ne kadar yararlı olduğunu samimiyetle anlatan Machiavelli idi. Bu kötü yöntemleri açıklamakla, öğütlemekle suçlandı hep. “Devletler “pater nostra” duası ile idare edilmez” diyordu. Çünkü yaşamı boyunca tanık olduğu siyasal olaylar, O’nu “iktidar”ın kayrasının “iyi” ve “erdemli” olanda değil; “güç” ve “akıl” ile bezenmiş stratejilerde olduğunu görmesi için yeterli olmuştu. Bu tanıklıklardan yola çıkarak özel bir düşünce biçimini, daha öncekilerin süslü üslubuna başvurmadan ortaya koydu. Burada da siyasi mekanizmanın işlevini tarih içinde arayan; önce yükselip sonra gözden düşmüş bir bürokrat, bir vatansever, oyun yazarı ve tarih anlatıcısı olan Niccolo Machiavelli’den değil “Machiavellizm” den yani özel bir düşünce tarzından bahsetmekteyiz. Ne ki bu özel düşünce biçimi ile O ne bir ideolog ne de bir siyaset kuramcısı olarak anılır. İnsanları, sözleri ile değil yaptıkları

* Prof. Dr. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

¹ Modern dönemi selamlarken devletin “doğal olmadığını” söyleyen ama Orta Çağ’lı daimarlarını tam olarak kesemeyen Machiavelli, kafaların en karışık olduğu zamanlarda, siyasi iktidara ilişkin sözlerini hiç esirgmeden yazan, sürgündeki bir eski bürokrat idi. Çok okundu, çok eleştirildi. Ama onu en çok eleştirenler en sıkı Machiavelistler oldular. Örneğin Saint-Barthélémy katliamı korkunç bir olaydır; ama asıl korkunç olan tüm Protestanların kellerinin kesilememesidir diyen Naudé, Machiavelli’den daha Machiavelist değil midir? (Gaetano Mosca, Siyasi Doktrinler Tarihi, Varlık Yayınları, İstanbul, s.113)

ile değerlendirmek gerektiğini öğütleyen; “siyasetin” asıl uğraşının devleti “iyi” yapma işi olmadığını, devleti “güçlü” yapma uğraşı olduğunu söyleyen tehlikeli kitapların yazarı Machiavelli bir “Machiavelist” değildi. Çünkü başarılı işler yapmak isteyen bir hükümdarın ağzının sıkı olması gerektiğini; hükümdarların gerçek niyetlerini asla açıklamaması gerektiğini öğütlediği halde; kendisi dolaysız biçimde açık sözlü ve dürüst idi. Siyaseti bir “sanat” olarak açıklamakla birlikte, O bu sanatın, gerekli yeteneğe sahip olan kişiler tarafından nasıl icra edileceğine dair dersler veriyordu.

Eskiler; bize, toplumların belli bir evrim sürecini geçirdikten sonra olgunlaşarak devlete ulaşıldığını söylüyordu. Bu erek, tamamen doğa kuralları içinde işleyen hem amaç hem ilk neden idi. Modernler ise devletin neden tahakkümcü olduğunu, tahakkümün sınırlarını ve meşruiyetini sorgulamaktan geri durmadılar. Elbette insan hakları ve siyasi iktidarın yönetilenlere karşı sorumluluğu ilkesi, modern dönemin bir kazancı oldu. Hobbes’çu yaklaşım, modern dönemin devletini, güvenlik ilkesine bağlayarak meşrulaştırdı ise de günümüzde devleti belirleyen temel ilke, işleyen bir hukuk düzeni ve hukuksal güvenlikti. Çünkü belirsizliğin ya da “kaos”un ya da herkesin herkesle savaşının açığa çıkardığı “korku” siyasal dokunun kaynağı haline geldiğinde, sonsuzca emretme iktidarını tekeline alanların yaydığı “korku”yu bertaraf etmenin yani o gücü sınırlandırmanın biricik yolu “hukuki güvenlikti”. Bu yüzden Bauman da “güvensizlik duygusunun” büyücülerin, rahiplerin, siyasal kâhinlerin rollerini şekillendiğini söylemekte bir sakınca görmez. (Zygmunt Bauman, *Yasa Koyucular ile Yorumcular, Çeviren Kemal Atakay, Metis Yayınları, İstanbul, 2003, s. 18*). Kaderi denetim altına alan bir büyücü ya da yabani otların istilasına uğramış bir tarlanın verimini arttırmak için bir bahçıvan..modern siyasi iktidar tam da bu modeldir. Tüm modern siyasal söylemleri biçimlendiren “vahşi, kötü, kısa” yaşama karşılık güvenliğin talep edilmesi eğretilmesi..Rönesasın geçiş çizgisi altında, çözülen cemaatten kopan insanların normalleşmesi için uygulanacak bir formül. “..... korkunç varsayımsal tabii hal üzerinden üretilen “sözleşme” ve güvenlik adına her şeyi yapabilecek güçle donatılan “despot”... (Bauman, s. 68-69).

Ama biz biraz daha gerilere giderek sağlam bir devlet dokusunun ancak “iyi yasalar” ve “iyi ordular” ile yaşayabileceğini söyleyen Machiavelli’ye de bakmak ihtiyacı duyuyoruz. Çünkü onda yararcı ve zamane gerçeklerine açıklık getiren bir siyasi üslup olsa da bazı görüşleri yaşadığı dönemi çoktan aşmıştır. Zaten kırılmış olan bir yumurtayı yemede acele eden aç bir insanı kim suçlayabilir diye sorar gibidir Machiavelli. Karmaşanın, siyasi istikrarsızlığın

getirdiği güvensizlik konusunda, son derece açık sözlüdür: “bir kere toplumsal dönüşüm(ü) işine girdiğiniz zaman, ne pahasına olursa olsun onu devam ettirmelisiniz: Beceriksizce davranmak, geri çekilmek, endişe ve kuşkuya yenilmek- bu ise “seçilmiş” davanıza karşı ihanet etmektir.” (İsiah Berin, Kirpi ile Tilki, Seçme Makaleler, Çevirenler Mete Tunçay-Zeynep Mertoğlu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 175). Hedefe varmak için her tür kişisel endişeden arınmak, sebatlı olmak gerekir. Çünkü geri çekilmek, geri çekilecekmiş gibi görünmek, kafası karışık olmak Prens’i beceriksizliğe götürecektir. Yarı yolda durmak, zayıflık işareti olduğundan, sonuç toplumu her iki dünyanın da en kötüsüne mazhar olmasıdır. O zaman, Prens halkının kendisine duyduğu güveni boşa çıkarmayacak her yolu deneyebilir. Ama insan daha yola çıkarken bu iki dünyadan birini seçmiş olmalıdır. Biri Plâtoncu erdemli ve iyi eğitilmiş seçkin yöneticinin, erdemli bir toplum yarattığı dünya (Berlin, s.176); diğeri bunun doğru olmadığına inanılan, “güç”ün güdümündeki gerçek siyasal yaşamdır.

Machiavelli, Prens’in ahlakı ve kişisel tercihleri ile kamusal çıkarlar arasına tam bir duvar örer. Kişisel olarak iyi tercihleriniz olabilir, hatta iyilik bile yapabilirsiniz. Ancak toplumun gözünde kötü ve değersiz görünen işleri bırakın başkaları yapsın, onlar suçlansın. Gücünüze ortak olabilecek kişileri ve odakları yok edin, ortalığı toz duman bürüdüğünde Prens gerekli gördüğü kişilerin kellelerini alarak zaferini tazeleyecektir. Çünkü halk, intikamı ve güveni, özgürlüğe yeğ tutar (Berlin, s. 178).

Böylece, cumhuriyeti ve vatan sevgisini öven Maciavelli de tıpkı Hobbes gibi –farklı kaynaklardan hareket etmesine rağmen- “güven” kavramını öne çıkarır. Bu, siyasi iktidarı elinde bulunduran ve siyasal dengeleri yerli yerinde tutma becerisini gösteren yöneticiye duyulan güvendir. “...kişinin ülkesinin korunması bir sorun olduğu zaman, adaletli ya da adaletsiz, merhametli ya da gaddarca, övgüye değer ya da rezilce olup olmamasına bakılmamalıdır. Bunun yerine her türlü vicdanı, tereddüdü bir yana bırakarak, ülkesinin yaşamını ve özgürlüğünü koruyacak herhangi bir planı sonuna kadar takip etmelidir.” (Machiavelli, Titus Livius’un İlk On Kitabı Üzerine Söylevler, Çeviren Alev Tolga, Say Yayınları, s.501.) Siyasal çekişmelerin yarattığı karmaşaya karşılık, bir kez daha güven veren despotun gücü bu ifadelerle kutsanır. Ama burada bitirmek Floransalı Sekreter’e ilişkin söylenebilecekleri yarıda bırakmak olacaktır. Machiavelli, Prens’in saygın ve kalıcı bir iktidarı gerçekleştirmek için yönetilenlerin rızasını öne çıkarmak, bu rıza alanının genişletilmesini istemektedir. Bir taraftan da insan doğasının getirdiği zafiyetleri daima

dikkate almak gerektiğini söyler; “Prens’i sevmeli mi yoksa ondan korkulmalı mıdır?” Korku iktidarı sağlamlaştırmaya daha elverişli bir duygudur, zira halk ile Prens arasındaki “minnet” bağı, korkunun yanında son derece zayıftır. Üstelik “çıkarlar” söz konusu olduğunda sevgi kolayca yok oluverir. (Machiavelli, Hükümdar, Çeviren Selahattin Bağdatlı, Sosyal Yayınlar, İstanbul, 1985, s.80). Yani korku, sevgiden daha etkili bir duygudur. Ancak bu korku, halkının Prens’e kin beslemesine vardıracak kadar yoğun olmamalıdır. O zaman Prens, halkının kendisini sevmesinden memnuniyetini arada bir gösterirken, aynı zamanda sık sık ama dozunda korkutacak icraatlarda bulunmayı ihmal etmemelidir. Memnuniyet getiren işler de ayardınca yapılmalıdır. Prens, halkına iyiliklerini sergilerken, “büyükleri” çileden çıkarmamaya özen göstermelidir. Bununla birlikte; bir Prens kimden, neden, niçin ve ne kadar korktuğunu asla belli etmemelidir. Çünkü düşmanlarınız sizin gözlerinizdeki korkuyu gördüklerinde, zayıf yönlerinizi çabucak anlar ve sizden istediğinden daha fazlasını koparmak için uğraşır. Bu yüzden Prens, elden çıkardıklarını fedakârlık duygusu ile değil, karşı tarafın güç kullanması sonucu adeta kaçınılmaz bir zorunluluk olduğunu halkına göstermelidir. Prens, halkına şahsi düşmanları ile nasıl mücadele ettiğini anlatmaktan da çekinmemelidir. Düşman saflarında bulunanların bazılarını çeşitli ayrıcalıklar ya da ödüller vererek bu safları seyrekleştirmek ve zayıflatmak da pekâlâ mümkündür. (Machiavelli, Söylevler, s. 268).

Reel politikanın acımasızlığını; siyasal toplumu bir arada tutmanın, iktidarı tek başına sıkıca sahiplenmenin güçlüğü; insan doğasının zavallı yönlerini bize bir bir anlattığı için, hiç dolambaçlı yollara sapmadan; “...amacım okuyucuya yararlı şeyler söylemektir. Hayalden çok gerçeğin ardına düşmek bana daha uygun geliyor. Birçok kişi gerçekte hiç var olmamış Cumhuriyetler ve hükümdarlıklar anlatmışlardır” (Machiavelli, Hükümdar, s.74) dediği için suçlanmayı hak etmiyor Machiavelli. Tersine kendimizle baş başa kaldığımız zamanlarda kayıp kelimelerle inşa etmeye çalıştığımız siyasi konjonktür ve icraatlar bağlamını açıklıyor. Öyle ya “hükümdar”ın bizzat kendini süslü kelimelerle anlatmaya ihtiyacı olmaz, gücünü ve hedefini yaptıkları ile ortaya koyar. Prens’in pek çok ahlaki niteliğe sahip olması şüphesiz ki arzulanır. Ama gerçekte bunların tam tersini-ama nefret uyandırmadan- icra etmesi gerekir. Prens iktidar yolunda bu ahlaki ilkelere uyup uymadığı ikincil bir sorundur.

Çelişkili bir biçimde akıllıca mücadele ile elde edilen ve başarılı olan siyasi iktidar olgusunu açıklarken kadere, şansa inanmıştır Machiavelli. Devletler dua ile yönetilmezler derken; Pres’in, kaderin daima yaver gitmesi dua

etmesini önermiyor mu acaba? Buradaki amacın Prens'in inançlarına ya da manevi dünyasına ilişkin olmadığı açıktır. Devletler, dua ile değil yasa ile yönetilirler. Kadere ve şansa fazlaca güvenen Prens, şansını onu terk ettiğinde mahvolur. (Machiavelli, Hükümdar, s.116) Bu yüzden kaderin daima iyi fırsatlar getirmeyeceği hesaba katılmalı ve ölçülü olunmalıdır. Dua'ya gelince.. Prens dua ederek kendi gücünü değil, ancak "dua"nın kurumsallaştığı yapıları güçlendirmiş olur. Tam da bu yüzden devletini sağlam temeller üzerine kurmak ve kalıcı olmak istiyorsa Prens, "iyi yasalar" yapmalıdır.

Mahpus Çocukların Hakları

E. Eylem AKSOY RETORNAZ*

ÖZET

Bir çocuğun hürriyetinden yoksun bırakılması pek çok sorunu beraberinde getirmektedir. Bu çalışmanın amacı, uluslararası düzenlemeler ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihadı, ışığında çocuk mahpusların haklarının incelenmesidir.

Anahtar Kelimeler: Çocuk mahpuslar, hapis cezası, insan hakları.

The Rights of Juvenile Detainees

ABSTRACT

The juvenile detention generates a lot of problems. This study deals with the rights of juvenile detainees in the light of international standards and European Court of Human Rights' case-law.

Keywords: juvenile detainees, imprisonment, human rights.

Giriş

Bir çocuğun hürriyetinden yoksun bırakılması pek çok sorunu beraberinde getirmektedir. Bu sorunlara ilişkin çözüm önerileri uluslararası metinlerin konusunu oluşturmaktadır.

1989 Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, 1985 Birleşmiş Milletler Çocuk Adaleti Uygulamaları için Asgari Standart Kurallar (Pekin Kuralları), 1990 Birleşmiş Milletler Özgürlüğünden Mahrum Edilen Çocukların Korunması için Kurallar (Havana Kuralları), 1990 Birleşmiş Milletler Çocuk Suçunun Önlemesi için Yönlendirici Rehber Kuralları (Riyad Kuralları), 2010 Birleşmiş Milletler Kadın Mahpuslara Uygulanacak Standart Kurallar ve Ka-

* Yard. Doç. Dr. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

dın Suçlulara Uygulanacak Hapis Dışı Önlemlere İlişkin Kurallar (Bangkok Kuralları) ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 11 Ocak 2006 tarihli ve (2006)/2 nolu Avrupa Cezaevi Kuralları mahpus çocuklara ilişkin kurallar içermektedir. Bu metinlerin ortak noktası çocukların özgürlüğünden mahrum edilmesinin başvurulacak son yöntem olması gerektiğine işaret etmeleridir¹. Çocuk özgürlüğünden yoksun kılındığı takdirdeyse söz konusu mahrumiyet süresi mümkün olduğunca kısa olmalıdır.

Bu çalışmada, yukarıda belirtilen uluslararası metinler, mahpus çocukların hakları açısından incelenecektir.

Hemen belirtmek gerekir ki, mahpus bireyler ister tutuklu, ister hükümlü olsunlar tıpkı mahpus olmayan bireyler gibi insan haklarının süjesidir. Modern ceza infaz hukuku anlayışı uyarınca hükümlüler yalnızca gidip gelme hürriyetinden yoksun kılınmıştır. Anayasal haklarından ve uluslararası sözleşmelerde güvence altına alınan diğer haklarından faydalanmaya devam ederler².

Mahpus hakları konusunda özellikle İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) içtihadı başta olmak üzere uluslararası standartların getirdiği temel ölçüt, mahpusun hak ve özgürlüklerinin hapis cezasının kendi doğasından kaynaklanan sınırlamalar dışında herhangi bir sınırlamaya tabii olmamasıdır³. Ulusal mercilerin mahpusların haklarının korunması hususunda gerekli düzenlemeleri yapmak ve önlemleri almakla yükümlüdürler.

Çocuk mahpus da tıpkı özgür bireyler gibi hak ve hürriyetlerinden faydalanmaya devam eder.

Çocuk mahpuslar yetişkinlerden daha hassastır ve korunmaya muhtaçtır⁴. Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza ve Muamelenin Önlenmesi Komitesi'nin de belirttiği gibi devletler, çocuk mahpusların temel hak ve hürriyetlerinin korunmasına özel bir önem göstermek zorundadırlar⁵.

1 1989 Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi m.37/b; BM Pekin Kuralları, m.19; BM Havana Kuralları, m.1; BM Riyad Kuralları; BM Bangkok Kuralları, 2006 Avrupa Cezaevi Kuralları, m.35.1.

2 AKSOY RETORNAZ, Emine Eylem, "Özürü Hükümlünün Cezasının İnfazı ve İnsan Hakları", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009/2, s. 54-55.

3 İHAM, *Golder / Birleşik Krallık*, no: 4451/70, 21.02 1975.

4 DEMİRBAŞ Timur, *İnfaz Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 387.

5 CPT Standartları, <http://www.cpt.coe.int/lang/tur/tur-standards.pdf>, (Erişim Tarihi, 04.05.2014).

Çocuk mahpuslara ilişkin uluslararası metinler bu özen yükümlülüğü çerçevesinde incelendiğinde çocuk mahpusların temel hak ve özgürlüklerinin bazı ilkeler ışığında korunması gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

Bu ilkelerden ilki, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesi uyarınca daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insanın çocuk sayılacağı ilkesidir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yaş küçüklüğünü düzenleyen 31. maddesinde ceza sorumluluğunun 12 yaşında başladığının kabul edilmesinin bu ilkeyle bağdaşıp bağdaşmadığı sorusu akla gelebilir. İHAM, İngiltere'ye karşı verdiği *T ve V* kararlarında İngiltere'de 10 olan ceza sorumluluğu yaşını İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) 3. maddesinde yer alan işkence yasağı kapsamında incelemiş ve Avrupa Konseyine üye devletlerde ceza sorumluluğunun başlama yaşıyla ilgili ortak bir düzenleme olmadığı gerekçesiyle, İngiliz hukukundaki düzenlemeyi işkence yasağına aykırı bulmamıştır⁶.

Çocuk mahpuslara ilişkin ikinci ilke ise, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinin 1. fıkrası uyarınca cezanın infazına ilişkin her aşamada cezaevi makamları tarafından çocuğun yüksek yararının göz önünde bulundurulması gerekliliğidir. Çocuğun yüksek yararı bir şemsiye hak ve genel ilke niteliğindedir⁷.

Çocuğun yüksek yararı ilkesi, mahpus çocuğun haklarının korunması bakımından özel bir önem taşımaktadır. Cezanın infazında özellikle mahpus çocuğun yaşam hakkının korunması, insan onuruna uygun koşullarda barınma hakkı, ailesiyle görüşme hakkı, ayrımcılık yasağı, psikolojik ve sosyal destek ve eğitimden faydalanma hakkı, sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı çocuğun yüksek yararı ilkesiyle bağlantılıdır.

Çocuk Mahpusun Yaşam Hakkının ve Ruhsal ve Fiziksel Bütünlüğünün Korunması

Yaşam hakkı hükümlü ve tutuklular ile gözaltında bulunan kişiler bakımından özel bir öneme sahiptir. İHAS'nın yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesi uyarınca bu kişiler içinde bulundukları hassas durum nedeniyle devletin

6 İHAM, *T / Birleşik Krallık*, no. 24724/94; İHAM, *V / Birleşik Krallık*, no. 24888/94, 16.12.1999.

7 Çocuk Adalet Sisteminde Çocuğun Yüksek Yararı Politika Belgesi, Ankara, 2012, http://www.ihop.org.tr/dosya/cocukadalet/Politika_Cocuk-adalet-sisteminde-yuksek-yarar.pdf (Erişim tarihi 04.05.2014).

denetimi ve gözetimi altındadır. İHAM'ın yaşam hakkıyla ilgili içtihadı uyarınca devletin mahpusun yaşamının ve ruhsal ve fiziksel bütünlüğünün korunması konusunda pozitif bir yükümlülüğü vardır⁸. Bu yükümlülük gereği, eğer bir mahpusun intihar eğilimi varsa devlet gerekli önlemi almak zorundadır. İHAM mahpusun intiharıyla ilgili olarak 24 saat boyunca hükümlüyü gözetim altında tutmak ve kesici ve delici maddeler, kemer, altın zincir gibi şeylerden arındırmak gibi önlemlerin alınıp alınmadığının yanı sıra intihar riskini en aza indirmek için gerekli olan standart tedbirlerin gereği gibi uygulanmış olup olmadığını araştırmaktadır⁹.

İHAM, 9 Ekim 2012 tarihinde verdiği *Çoşelav / Türkiye*¹⁰ kararında çocuk mahpusun intihar etmesini önleyecek gerekli tedbirlerin alınmamış olması nedeniyle yaşam hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Başvuruyu Bilal Çoşelav'ın ailesi yapmıştır. Bilal Çoşelav ilk kez 16 yaşında Kars Cezaevi'nin çocuk koğuşunda hapis cezasını çekmekteyken, avluda kendini asarak intihara teşebbüs etmiştir. Olay yerine gelen infaz koruma personelinin müdahalesiyle kurtarılmış ve bu olayın ardından çocuk koğuşuna geri dönmüştür. Cezaevi müdürü tarafından alınan bir ifadede, Bilal Çoşelav'ın cezaevi yaşamına adapte olmakta zorlandığını ve psikolojik sorunlar yaşadığını ifade ettiği bildirilmiştir. İntihar girişimi nedeniyle, Bilal Çoşelav hakkında disiplin soruşturması başlatılmış, ancak disiplin kurulu herhangi bir ceza uygulanmasına karar vermiştir. Kurul, Bilal Çoşelav'a "diğer mahkûmlara kötü örnek olduğunu" söylemiş ve onu "söz konusu şeyleri" tekrarlaması halinde daha ağır bir muameleye tabii tutulacağı hakkında uyarmıştır.

Bu olayı takiben, Çoşelav aşırı dozda ilaç alarak bir başka intihar girişiminde daha bulunmuş ve sonrasında Erzurum cezaevinin çocuk bölümüne nakledilmiştir. Aynı koğuştan bir başka çocuk mahpusun cezaevi müdürüne yapmış olduğu bir beyan üzerine Bilal Çoşelav bu sefer aynı cezaevinin yetişkin koğuşuna nakledilmiştir. Birçok defa yetkililerle görüşmeye çok acil ihtiyacı olduğunu belirtmesine rağmen kendisine özel durumundan dolayı yeterli ve gerekli özen gösterilmemiştir. Uzun bir süre sonra cezaevi müdürünün yardımcısıyla görüşmesinin ardından bir başka koğuşa nakledilme talebini belirtmiş olsa da bu talebi reddedilmiş ve kendisi aynı gün bir başka intihar girişiminde daha bulunarak hücresinin duvarlarına başını defalarca vurarak yaralanmıştır. Önceki intihar girişimlerinde de olduğu üzere yalnız revire gö-

8 İHAM, *Paul ve Audrey Edwards / Birleşik Krallık*, no: 46477/99, 14.03.2002.

9 İHAM, *Jasinska / Polonya*, no: 28326/05, 01.06.2010.

10 İHAM, *Çoşelav / Türkiye*, no: 1413/07, 09.10.2012.

türülerek pansumanı yapılmış ve tekrar hücresine geri götürülmüştür. Bunun üzerine de birkaç saat sonrasında kendisini hücresindeki demir parmaklıklara asmış ve soruşturma raporuna göre boğularak ölmüştür. Ailesi oğullarının ölümünü takip eden günden tam on üç gün sonra bilgilendirilmiştir.

İHAM, Türk makamlarının başvuranların oğlunun ağır psikolojik sorunlarına kayıtsız kalmalarının yanı sıra, herhangi bir tıbbi veya psikolojik destek vermeksizin yetişkinliklerle bir arada tutarak ruh halinin kötüye gidişinden ve sonuçta intihara sürüklenmesinden sorumlu olduklarına karar vermiştir.

Devlet çocukların yaşam haklarının yanı sıra fiziksel ve ruhsal bütünlüklerini de korumakla yükümlüdür. BM Havana Kuralları uyarınca fiziksel, ruhsal ve ahlaki bütünlükleri ve sağlıkları korunmalıdır. Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi de aynı yükümlülüğü vurgulamaktadır.

Çocuğun ruhsal ve fiziksel bütünlüğünün korunması şiddet ve kötü muamele iddiaları söz konusu olduğunda daha da önemli olmaktadır. Dünyada olduğu gibi maalesef Türkiye’de de çocuk hapisaneleri şiddet olaylarına sahne olmaktadır. Bu şiddet içeren fiiller ceza infaz personeli ve çocuk mahpuslar arasında olduğu kadar mahpusların birbiri arasında da yaşanmaktadır.

Nitekim, Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi 2012 yılında Türkiye’deki çocuk cezaevlerine yaptığı ziyaretlerde Ankara Sincan Çocuk Ceza İnfaz Kurumunda ve Gaziantep Cezaevi çocuk koğuşunda kalan çocuk mahpusların kötü muamele ve şiddetten yakındıklarını tespit etmiştir¹¹. Komite, her iki ceza infaz kurumunda da, ceza infaz personelinin, bazen bireysel, bazen toplu olarak atılan dayaağın, çocukların kötü davranışlarına karşı, özellikle de çocuk mahpuslar arasında kavga çıktığında, en uygun cevap olarak değerlendirdiğini tespit etmiştir. İşkenceyi Önleme Komitesi, çocuklara kötü muamelede bulunulmasını engellemek için ceza infaz personeline çocuklara verilecek bedensel cezaların hiçbir surette kabul edilemeyeceği ve bu cezaları uygulayanlar hakkında gereğinin yapılacağı hususunda açık bir mesaj verilmesini istemiştir.

Mahpuslar arası şiddet olaylarının da yaşandığına dikkat çeken İşkenceyi Önleme Komitesi, bu tür olayların engellenmesi için iki katı çaba gösterilmesini istemiştir.

Çocuk cezaevlerinde şiddet eylemlerine son vermek için BM Havana Kurallarında tavsiye edildiği üzere koğuşlarda kalan çocuk sayısı azaltılma-

¹¹ CPT/Inf (2013) 27, <http://www.cpt.coe.int/documents/tur/2013-27-inf-eng.pdf>. (Erişim Tarihi 04.05.2014)

lı ve çocukların ortak alanlardan ve ziyaretçi kabulünden uygun bir şekilde faydalanmaları koşuluyla tek kişilik odalarda kalmaları sağlanmalıdır. Ayrıca çocuk hapisanelerinde görev yapan ceza infaz personeline şiddet konusunda hassasiyetlerini geliştirecek ve şiddet içeren olaylara doğru müdahale etmelerini sağlayacak özel bir mesleki eğitim verilmelidir. İntihara eğilimli çocuk mahpuslara müdahale de mutlaka bu eğitimin bir parçası olmalıdır.

Çocuk Mahpusların İnsan Onuruna Uygun Cezaevi Koşullarında Barınması

Çocuk mahpusların insan onuruna uygun cezaevi koşullarında barınma haklarının temini ruhsal ve bedensel bütünlüklerinin korunmasının bir parçasıdır.

BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 37. maddesi uyarınca özgürlüğünden yoksun kılınan çocuğa insan onuruna uygun bir biçimde davranılmalıdır. BM Havana Kuralları da özgürlüğünden yoksun bırakılan çocukların insan onurunun ve sağlığının gerektirdiği bütün imkân ve hizmetlerden yararlanma haklarının altını çizmektedir.

İHAM'ın mahpusun barınma koşullarıyla ilgili içtihadı uyarınca, mahpusun insan onuruna uygun olmayan koşullarda barındırılması bir insan hakkıdır¹². Mahpusta kaygı, aşağılanma ve aşağılık hissi yaratan barınma koşulları İHAS'ın 3. maddesinde güvence altına alınan işkence, kötü muamele ve onur kırıcı muamele yasağına aykırılık teşkil eder.

Bu kapsamda, çocuk mahpuslar yetişkin mahpuslardan ayrı tutulmalıdırlar¹³. 2006 Avrupa Cezaevi Kuralları da aynı ilkeyi içermektedir. Söz konusu ilkeler ışığında, çocuk mahpusların yetişkin ceza infaz kurumlarının bir bölümünde barındırılması uygulamasından vazgeçilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi standartları uyarınca, çocukların uyuma ve yaşama bölümleri yeterli büyüklükte, iyi aydınlatılmış ve havalandırılmış olmanın yanı sıra, yeterli mobilyaya sahip, iyi dekore edilmiş ve yeterli görsel uyaranlara sahip olmalıdır. Aksi yönde ciddi güvenlik nedenleri mevcut değilse çocukların makul sayıda kişisel eşyayı yanlarında bulundurulmasına izin verilmelidir. Bütün çocuklara normal yemek zamanlarında, beslenme, temizlik ve sağlık standartlarına uygun şartlarda hazırlanan, yeterli ka-

12 İHAM, *Kalashnikov /Rusya*, no: 47095/99, 15.07.2002.

13 ÖZBEK Veli Özer, *İnfaz Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s.160.

lite ve miktarda yemek verilmelidir. İhtiyacı olan çocuklara giysi verilmelidir.

TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, 29.01.2014 tarihinde kabul ettiği raporunda Antalya L Tipi Ceza İnfaz Kurumu'nda barındırılan çocukların ayakkabı ve giysi ihtiyaçlarının karşılanmamış olması bir eksiklik olarak değerlendirilmiştir¹⁴. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun (CGTİHK) 64. maddesinde belirtildiği üzere, muhtaç hükümlülere talepleri hâlinde, iklim ve sağlığa uygun giysilerin kurum idaresi tarafından verilmesi gerekmektedir. Cezaevi idaresinin olanaklarının yetersiz olması halinde, diğer kamu kurumları ve gönüllü kuruluşlarla işbirliği içerisinde ihtiyaçlar karşılanmalıdır.

Ayrımcılık Yasağı

Suç işleyen kız çocukların durumu sayılarının azlığı nedeniyle ayrı bir önem arz etmektedir. Her ne kadar çocuk mahpuslara ilişkin kurallarda çocukların yetişkinlerden ayrı yerlerde tutulması gerektiği CGTİHK'da belirtilse de, kız çocukları yetişkinlerle aynı koşullarda barındırılmaktadır¹⁵.

Kadın mahpuslara ilişkin 2010 tarihli BM Bangkok kurallarının 36 ilâ 39. maddesi kız çocuğu mahpuslara ilişkindir. Bu kurallar uyarınca cezaevi makamları kız çocuk mahpusların özel nitelikli ihtiyaçları konusunda her türlü tedbiri almalıdır. Söz konusu kurallar kız çocuklarının ayrımcılığa uğramamaları gerekliliği ve erkek çocuk mahpuslara tanınan tüm haklardan eşit biçimde yararlanmaları gerektiğinin altını çizmektedir.

Çocuk Mahpusun Ailesiyle Görüşme Hakkı

Avrupa İşkenceyi önleme Komitesi, özgürlüğünden mahrum edilen bireyin dış dünyayla temasını devam ettirmesine oldukça önem vermektedir. Buradaki temel prensip, dış dünyayla teması desteklemektir. Bu tür temaslar konusundaki herhangi bir kısıtlama, sadece ciddi düzeyde güvenlik endişelerine veya mevcut kaynaklarla ilgili sıkıntılara dayalı olmalıdır. Mahpusun aile ilişkilerini korumasını, İHAS'ın özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında bir hak olarak kabul etmekle birlikte, mahpusa yapılan ziyaretlerin sıklığına

14 TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, Antalya İlindeki Ceza İnfaz Kurumları İnceleme Raporu, http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2014/antalya_infaz_kurumlari.pdf (Erişim Tarihi 04.05.2014).

15 MERÇİL, İpek / AKSOY RETORNAZ, Emine Eylem / DOĞUÇ, Seçil, Türkiye'de Kadın Suçluluğu ve Cezaevinde Kadın Olmak, yayınlanmamış saha araştırması raporu, 2012.

ve yapılış şekillerinin düzenlenmesine ilişkin devletlere bir takdir yetkisi tanınmaktadır¹⁶.

Bu tür temasların desteklenmesi, birçoğu duygusal yetersizlikten veya sosyal becerilerin eksikliğinden dolayı davranış sorunları yaşayan özgürlüğünden mahrum edilen çocuklar için özellikle faydalı olacaktır.

BM Havana Kuralları'nın 60. maddesi uyarınca her çocuğun sık sık ve düzenli bir biçimde, kural olarak haftada bir kez ve her ay en az bir kez ailesi ve savunma avukatı tarafından ziyaret edilmeye hakkı vardır. Bu ziyaretler sırasında çocuğun mahremiyetine, ziyaretçilerle temas kurma ve sınırsız olarak iletişimde bulunma ihtiyaçlarına saygı gösterilir. Ayrıca çocuklar ailelerine yakın cezaevlerin yerleştirilmelidir.

Türk hukukunda mahpusun ailesi ve yakınlarıyla görüşmesi 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu'nun (CGTİHK) 83. maddesinde düzenlenmiştir. 2013 yılında 6411 sayılı kanunla yapılan değişikliğe kadar bu maddede çocuk hükümlülerin aileleri görüşme hakkı bakımından bir düzenleme yer almamaktaydı. 2013 yılında yapılan değişiklik ise sadece ziyaret süresine ilişkindir. Bu değişiklikte çocuk hükümlüler için ziyaret süresi en az bir saat en fazla ise üç saattir. Bize göre tıpkı açık ceza infaz kurumları ile çocuk eğitim evlerinde kalan hükümlü çocuklar gibi kapalı ceza infaz kurumunda olan çocuklar da görüşleri açık görüş şeklinde yapmalıdırlar.

Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmelik'te odaya kapatma disiplin cezası almış olsa dahi çocukların; annesi, babası, kardeşleri, avukatı, resmî ve yetkili merciler ile yasal temsilcisiyle görüşmesinin engellenemeyeceği yönündeki düzenleme olumludur. TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu'nun Aliğa Ceza İnfaz Kurumları Kampüsü bünyesindeki İzmir Açık, İzmir Çocuk ve Gençlik Kapalı cezaevinde yaptığı incelemede çocuk mahkûmların geceleri aileleriyle kalmasını temin için hazırlanan odaların bulunduğu saptanması da sevindirici bir gelişmedir¹⁷.

Bununla birlikte, çocuk hükümlülere ana ve babasıyla veya vasisiyle kurum ya da eklentilerinde ceza infaz kurumu personelinin yakın nezareti ol-

16 AKSOY RETORNAZ, Emine Eylem, Mahpusun Ailesiyle Görüşme Hakkı", *Güncel Hukuk*, sayı 6-114, Haziran 2013, s.12.

17 TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, İzmir Aliğa Ceza İnfaz Kurumları Kampüsü İnceleme Raporu, <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/belge/Alia%C4%9Fa%20Ceza%20%C4%B0nfaz%20Kurumu%20Kamp%C3%BCs%C3%BC%20%C4%B0nceleme%20Raporu.pdf>, (Erişim Tarihi 04.05.2014).

maksızın aile görüşmesi yaptırılması CGTİHK'nun 51/c maddesinde teşvik esaslı bir ödüllendirme olarak, öngörülmüştür. Çocuk mahpusun bir hakkının mevzuatta bir ödül olarak tanımlanması uygun değildir.

Ayrıca, Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi, çocukların dış dünyayla temasının disiplin nedeniyle kesinlikle kısıtlanmaması veya yasaklanmaması gerektiğinin altını çizmektedir. Söz konusu standartlara aykırı olarak CGTİHK'nun 46. maddesi teşvik esaslı ayrıcalıkları geri alınması bir disiplin cezası olarak öngörülmüştür.

Çocuk Mahpusun Eğlenme ve Eğitim Alma Hakkı

BM Havana Kuralları uyarınca zorunlu okul çağındaki her çocuğun ihtiyaçlarına ve kabiliyetlerine uygun ve kendisini topluma dönüşe hazırlamak için tasarlanmış bir eğitim almaya hakkı vardır. Çocukların bu tür eğitimi, mümkün olduğu takdirde, ceza infaz kurumu dışındaki kamu okullarında almaları sağlanmalıdır. Mahpus çocuğa verilen eğitim çocuğun salıverildikten sonra güçlük çekmeden eğitimine devam edebilmesini sağlamak amacıyla, ülkenin genel eğitim sistemi ile bütünleşmiş bir okulda ve nitelikli öğretmenler tarafından verilmelidir. Yabancı çocuk mahpusun eğitimine kurum idaresi tarafından özel bir dikkat gösterilir. Okuma yazması olmayan veya anlama ya da öğrenme güçlüğü bulunan çocukların özel bir eğitim görmeye hakları vardır.

CGTİHK'nun 76. maddesi uyarınca çocuk eğitim evlerinde bulunan hükümlülerin örgün ve yaygın, kapalı ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin yaygın öğretimden yararlanmaları sağlanır. Ancak aynı olasılık kapalı ceza infaz kurumu için öngörülmemiştir.

Ancak maalesef cezaevlerinde çocuklara yeterince aktivite sunulamadığını İşkenceyi Önleme Komitesi ve TBMM insan haklarını inceleme komisyonu raporlarında da mevcuttur¹⁸.

Özellikle özgürlüğünden mahrum edilen kız çocukların ve genç kızların, söz konusu faaliyetlere erkeklerle eşit şartlarda erişimini sağlamak çok önemlidir. Kız çocuklara cinsiyetlerine uygun olacağı düşünülen faaliyetler (dikiş veya eliş gibi) yerine tıpkı erkek çocuklar gibi mesleki eğitim verilmelidir.

¹⁸ Bakınız CPT standartları ve TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu, Rize ve Trabzon İllerindeki Ceza İnfaz Kurumları İnceleme Raporu, http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insan-haklari/docs/2014/rize_ve_trabzon_illeri_ceza_infaz_kurumlar%C4%B1_inceleme_raporu.pdf, (Erişim Tarihi 04.05.2014).

Bu bağlamda, BM Bangkok Kuralları uyarınca belirtilen, kız çocuk mahpuslar kesinlikle erkek çocuk mahpuslardan daha az bakım, eğitim, yardım almamalıdır. Cinsiyet yaş ve ihtiyaçlarına uygun olarak eğitim verilmelidir.

Bu kapsamda çocuğun gelişimi için psikolojik destek almasının çok önemli olduğunu vurgulamak istiyoruz. Özellikle, şiddet mağduru çocuklara bu konuda özel bir ihtimam gösterilmelidir.

Sağlık Hizmetlerine Erişim

Cezanın insan onuruna saygılı bir şekilde infaz edilmesi ilkesi sağlık hakkının da ihlal edilmemesini gerektirir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içti-hadı uyarınca hasta bir mahpusun uygun olmayan tıbbi ve fiziksel koşullarda tutulu bulundurulması, İHAS'ın 3. maddesinde güvence altına alınan işkence veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele yasağına aykırılık teşkil edebilir. İHAM içti-hadı uyarınca mahpusun sağlığı konusunda devletin pozitif bir yükümlüğü bulunmaktadır¹⁹.

Cezaevlerinde sağlık hizmetleri hususunda uygulamada sorunlar yaşanmaktadır. Hekim sayısının azlığı, teknik donanım ve tıbbi malzemelerin yetersizliği, hastaneye sevk işlemlerinin gecikmesi, cezaevlerinde sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesi açısından ciddi aksamalara neden olmaktadır²⁰. Bu hususta gerekli önlemler alınmalıdır.

Sonuç

5982 sayılı Kanun ile 1982 Anayasası'nın kanun önünde eşitlik ilkesini ilişkin 10. maddesine çocuklar hakkında alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılamayacağı esası eklenmiştir. Böylece çocuklar bakımından pozitif ayrımcılık anayasal bir düzenleme ile benimsenmiş olmaktadır. 1982 Anayasası'nın 61. maddesinde ise sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler arasında muhtaç çocuklar da sayılmıştır.

Bu nedenle devlet, çocuk mahpusların toplum hayatına uyumlarını sağlayıcı tedbirleri almakla yükümlüdür.

19 İHAM, *Xiros / Yunanistan*, no: 1033/07, 09.09.2010.

20 Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, Rize ve Trabzon İlle-
rindeki Ceza İnfaz Kurumları İnceleme Raporu; aynı yönde Antalya İlindeki Ceza İnfaz Ku-
rumları İnceleme Raporu; Kırıkkale F Tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Kurumu
İnceleme Raporu, <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/> (Erişim tarihi 04.05.2014).

KAYNAKÇA

- AKSOY RETORNAZ, Emine Eylem, “Özürlü Hükümlünün Cezasının İnfazı ve İnsan Hakları”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009/2, s. 53-64.
- AKSOY RETORNAZ, Emine Eylem, Mahpusun Ailesiyle Görüşme Hakkı”, *Güncel Hukuk*, sayı 6-114, Haziran 2013, s.12-13.
- CPT Standartları, <http://www.cpt.coe.int/lang/tur/tur-standards.pdf>, (Erişim Tarihi, 04.05. 2014).
- Çocuk Adalet Sisteminde Çocuğun Yüksek Yararı Politika Belgesi, Ankara, 2012, http://www.ihop.org.tr/dosya/cocukadalet/Politika_Cocuk-adalet-sisteminde-yuksekk-yarar.pdf (Erişim tarihi 04.05.2014).
- DEMİRBAŞ Timur, İnfaz Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 367.
- MERÇİL, İpek / AKSOY RETORNAZ, Emine Eylem / DOĞUÇ, Seçil, Türkiye’de Kadın Suçluluğu ve Cezaevinde Kadın Olmak, yayınlanmamış saha araştırması raporu, 2012.
- ÖZBEK Veli Özer, İnfaz Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.
- TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, İzmir Aliğa Ceza İnfaz Kurumları Kampüsü İnceleme Raporu, <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/belge/Alia%C4%9Fa%20Ceza%20%C4%B0nfaz%20Kurumu%20Kamp%C3%BCs%C3%BC%20%C4%B0nceleme%20Raporu.pdf>. (Erişim tarihi 04.05.2014).
- TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, Antalya İlindeki Ceza İnfaz Kurumları İnceleme Raporu, http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2014/antalya_infaz_kurumlari.pdf (Erişim Tarihi 04.05.2014).
- TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, Kırıkkale F Tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Kurumu İnceleme Raporu http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2014/k%C4%B1r%C4%B1kkale_f_tipi_inceleme_raporu.pdf (Erişimtarihi 04.05.2014).
- TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu, Rize ve Trabzon İllerindeki Ceza İnfaz Kurumları İnceleme Raporu, http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2014/rize_ve_trabzon_illeri_ceza_infaz_kurumlar%C4%B1_inceleme_raporu.pdf, (Erişim Tarihi 04.05.2014).

Anarşist Düşüncede Özgürlük

Burcu ALKİŞ*

ÖZET

Anarşizmin hep devlet karşıtı olma özelliği öne çıkagelmıştır. Ne var ki, anarşizmin kökenlerine bakıldığında, XIX. yüzyılda ilk anarşist düşünürlerin esas çıkış noktasının bireysel özgürlük kavramı olduğu görülecektir. Bu çalışmada öncelikle anarşist kuramın tarihsel süreç içinde nasıl ortaya çıktığı ele alınacak; daha sonra anarşizmin temel savları, özgürlük kavramı bağlamında değerlendirilecektir. Ardından anarşizme yön veren anarşizmin “kurucu babalarının” özgürlük hakkındaki düşüncelerine değinilecektir. İlk anarşist düşünürler bireyci anarşistler (Godwin, Stirner ve Proudhon) ve komünist anarşistler (Bakunin ve Kropotkin) olmak üzere iki gruba ayrılmakla birlikte, bu iki kategoriye de girmeyen Tolstoy’a da bu çalışmada yer verilecektir. Anarşizmde nihai amacın terör ve kaostan ziyade özgürleşmiş, kendini gerçekleştirebilen birey için uygun ortamı yaratmak olduğu açıklığa kavuşacaktır.

Anahtar Kelimeler: Anarşist düşünce ekolleri, Anarşizmin kökenleri, Birey ve özgürlük, Devlet ve özgürlük, Devrimcilik.

Freedom in the Anarchist Thought

ABSTRACT

The anti-state aspect of anarchism has always been prominent. However, if we take a closer look at the roots of anarchism, we will see that the main starting point of the first anarchist thinkers in the XIXth century was the concept of individual freedom. In this paper, we will first present how the anarchist theory emerged in the course of history; and then examine the principal arguments of anarchism in the context of the notion of freedom. Next, we will deal with the thoughts of the “founding fathers” of anarchism, who have truly shaped anarchism, on freedom. To that end, first anarchist thinkers will be divided into two groups, individualist anarchists (Godwin, Stirner and Proudhon) and communist anarchists (Bakunin and

* Ar. Gör. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

Kropotkin); Tolstoy, who cannot be categorized as either of them, too will be included. In the end, it will become clear that the final goal of anarchism is to provide the environment for the individual who has become free and thus, can self-realize rather than creating chaos and terror.

Keywords: Anarchist schools of thought, Roots of anarchism, Individual and freedom, State and freedom, Revolutionism.

“Anarşi” dendiğinde akla ilk olarak hep terör, şiddet, kaos, kural tanımazlık, yıkıcılık gibi olumsuz kavramlar gelir. Yıllar boyunca anarşizm, devlet ve her türlü otoriteye karşı duruşuyla terörizmle bir tutulmuş; her türlü başkaldırı hareketi bu tür hareketleri istemeyenlerce “anarşist” olarak yaftalanmıştır¹. Bu bağlamda özgürlük için savaşılan etnik gruplardan hippie'lere kadar uzanan geniş bir yelpazedeki birçok kişi anarşist olarak tanımlanmıştır. Oysa bir düşünce sistemi olarak modern anlamda anarşizmin ortaya çıkışına bakacak olduğumuzda anarşistlerin terör uygulayarak her türlü düzenden bağımsız, kaotik bir dünya yaratmak isteyen asiler olmaktan çok uzak bir noktada durduğunu görürüz. Aksine, anarşizm savunduğu görüşler itibariyle son kertede özgürlükçü ve eşitlikçi, neredeyse ütöpik bir topluma ulaşmayı hedefleyen, hatta bugün anarşizm kelimesinin zihinlerde uyandırdığı tüm olumsuz çağrışımlarla tezat oluşturacak seviyede naif bir düşünce sistemi ortaya koymuştur. Anarşizmin modern bir siyaset felsefesi olarak ortaya çıkmasını izleyen dönemde, anarşizmin bugünkü kötü şöhretini borçlu olduğu, bir suikastler ve şiddet içeren eylemler dönemi yaşanmış olsa da temelde yatan fikirler değerlendirilecek olduğunda kendimizi farklı bir noktada buluruz.

Anarşik düşüncenin kökleri Antik Çağ'da Kiniklere² ve hatta M.Ö. II. yüzyılda Çin'de yaşanan ayaklanmalara dek uzatılmıştır. Anarşizmi 1870'lerin sonunda Enternasyonal'in dağılmasıyla bağımsızlığını kazanan bir hareket olarak tanımlayanlar da vardır³. Ancak bu çalışmanın konusu, Fransız

1 Dünyadaki öğrenci hareketleri, gerilla ve terör hareketlerinin çok farklı talepler içeriyor olsalar da “anarşizm” başlığı altında toplandığı ve halkın anarşist tehlikeye karşı uyarıldığı görülmektedir; örnek için bkz. Aclan Sayılğan, **Dünyayı Saran Tehlike: Anarşik Hareketler ve Tedbirleri**, İstanbul: Kardeş Matbaası, 1973.

2 Jean Préposiet, **Histoire de l'anarchisme**, Paris: Tallandier, 1993, s.18; Niyazi Öktem ve Ahmet Ulvi Türkbağ, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, İstanbul: Der Yayınları, 2003, s.405-406.

3 Daniel Colson, “*Anarchisme politique et anarchisme révolutionnaire*”, **Philosophie de l'anarchie: Théories libertaires, pratiques quotidiennes et ontologie: Actes du colloque de Lyon, mai 2011**, éd. Jean-Christophe Angaut, Daniel Colson, Mimmo Pucciarelli, Lyon: Atelier de création libertaire, 2012, s. 177.

Devrimi sonrasında Avrupa’da yaşayan anarşizmin kurucu babaları sayılan düşünürlerin felsefeleri, özellikle de özgürlük üzerine söyledikleri olacaktır. Anarşist bir hak kuramı ortaya koymak gibi bir çabaya girmek yerine özgürlük kavramı üzerinde durmayı seçtik, zira anarşizm başlı başına hukuku da bir baskı aracı olarak görüp reddetmektedir; dolayısıyla anarşist düşünürlerin ideal bir hukuk sistemi yaratmak gibi bir çabası olmadığı görülmektedir. Amaca ulaşırken kullandıkları araçlar farklılık gösterse de inceleyeceğimiz her düşünürün felsefesinde nihai amaç -her birinin kavramdan anladığında bazı farklılıklar olsa da- özgürlüktür; anarşistler ortak saiklerden hareket ederek her bireyin kendini gerçekleştirebileceği mutlak olarak özgür bir ortama ulaşmayı hedefler.

Çalışmamızın ilk bölümünde anarşizmin siyasi temellerini ve anarşist düşünürlerin etrafında toplandıkları temel kavramları ortaya koymaya çalışacağız. Anarşizm hakkında bu genel çerçeveyi çizdikten sonra ise ikinci bölümde XIX. yüzyılın büyük anarşist düşünürlerini ve özgürlük hakkındaki felsefeleriyle çözüm önerilerini inceleyeceğiz. Bu incelemede öncelikle öğretileri “bireyci anarşistler” olarak nitelendirilen –ve muhtemelen bu tür bir kategorizasyondan pek de hoşnut olmayacak olan- William Godwin, Max Stirner ve Pierre-Joseph Proudhon’a yer verdikten sonra akımın komünist kanadını oluşturan Rus düşünürler Mihail Bakunin ve Pyotr Kropotkin’e değineceğiz. Son olarak da her iki gruba da girmeyen farklı düşünceleriyle kendine has bir anarşizm yaratmış olan büyük Rus edebiyatçı Lev Tolstoy’dan bahsederek klasik anarşist düşüncenin tarihinde yaptığımız hızlı yolculuğa son vereceğiz.

I. ANARŞİZMİN DOĞUŞU VE ANARŞİZMİN TEMEL TEZLERİ

Anarşizm bir siyasal kuram olmakla popüler bir akım olmak arasında kalmıştır diyebiliriz. Anarşizmin mücadele alanı ekseriyetle meclislerin, yani siyasetin dışında olmuştur ancak bu anarşinin siyasetle alakalı olmadığı manasına da gelmez. Anarşizmin hedefinin halkın içinden gelen bir hareketle siyaseti ortadan kaldırmak olduğu savunulabilir; bu anlamda da anarşizm apolitik olmaktan ziyade antipolitik bir hareket olarak nitelendirilebilir⁴.

Bu çerçevede öncelikle modern siyaset bağlamında ilk anarşistler olarak nitelendirilen *Enragés*’den kısaca bahsettikten sonra aslında kendi içinde

4 Foti Benlisoy; “Anarşizm”, **19. Yüzyıldan 20. Yüzyıla Modern Siyasal İdeolojiler**, der. H. Birsen Örs, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 378.

bütüncül ve tutarlı bir düşünce sistemi oluşturmayan (ve bu yönde bir çaba dahi sarf etmemiş olan) anarşistlerin genel olarak savundukları tezler birlikte değerlendirildiğinde ortaya konabilecek olan temel kuramı açıklamaya çalışacağız.

A) İlk Siyasi Anarşistler: *Les Enragés*

“Anarşi” sözcüğü Batı dillerine Orta Çağ Latincesinde kullanılan *anarchia* sözcüğünden geçmiştir. Bu sözcüğün kökeni de Yunanca *anarkhia*’dır ve “bir önderin olmaması, hükümeteşiz insanların durumu” anlamına gelmektedir. İlk olarak Otuz Tiran’ın Atina’da yönetime getirilip bir oligarşı kurduğı M.Ö. 404 yılında bu kelime kullanılmıştır; bu dönemde tek bir *archon*, yani yönetici olmadığı için *arkhos* (önder) kelimesinin başına olumsuzluk eki *an* getirilip “yöneteni olmayan” manasına gelen *anarkhos* sözcüğü türetilmiştir⁵. Kelimenin kökenine bakıldığında yöneteni olmayan bir toplumu ifade etmede kullanıldığında negatif bir yönetilemezlik anlamı çıktığı gibi düzenin korunması için yönetimin gereksiz olduğundan dolayı pozitif bir yönetilememe durumunu ifade etmek için de kullanılabileceğini görürüz⁶.

“Anarşist” sözcüğü politik anlamıyla ise ilk defa Fransız Devrimi sırasında kullanılmıştır. Devrim’in hemen sonrasında *Sans-Culottes*’un sesi olan ve iktidar tarafından *Enragés* olarak adlandırılan grup⁷, siyasal bir bağlamda anarşist olarak nitelendirilen ilk kişiler olmuştur. Jacques Roux, Théophile Leclerc ve Jean Varlet’nin başını çektiğı ve dilimize “Öfkeliler” olarak çevirebileceğimiz *Enragés* grubu, bilhassa meclisin koyduğu ağır vergilere ve piyasada fiyatların yükselmesine karşı koymuş, halkı doğrudan eyleme teşvik etmiştir. Mecliste halihazırda rekabet halinde olan *Girondins* ve *Montagnards* dahi *Enragés* karşısında bu ezeli rekabetlerini bir yana bırakıp ortak tavır almışlardır. Roux, “anarşinin canice ilkelerini” yaymakla itham edilmiştir⁸. *Enragés*, halkın gittikçe fakirleşip kötü bir duruma düşmesine karşı gelmiş, halkın iradesini yansıtmaması gereken parlamento üyelerini görevlerini yerine getirmeyip bu duruma sebep oldukları için sorumlu tutmuştur. Bu bağlamda

5 Online Etymology Dictionary, http://www.etymonline.com/index.php?term=anarchy&allowed_in_frame=0 (03.01.2014).

6 George Woodcock, *Anarşizm: Bir Düşünce ve Hareketin Tarihi*, çev. Alev Türker, İstanbul: Kaos Yayınları, 2009, s. 14.

7 Albert Mathiez, *La vie chère et le mouvement social sous la Terreur*. Tome 1, Paris: Payot, 1973, s. 109 vd., <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9827g> (20.12.2013).

8 Préposiet, s. 35.

bolca hükümet ve mülkiyet karşıtı söylemleri bulunduğu ölçüde devlete karşı bir tehdit olarak görülmüşlerdir.

Varlet, halkın oyunu vererek seçtiği temsilcilerine dahi güvenmemesi gerektiğini ileri sürerken halka zulmeden ve gözünü para bürümüş bu kimse-leri “devrimci krallar” olarak nitelendiriyordu⁹. Ona göre mantıklı düşünen her kişi için hükümet ve devrim birbiriyle uyuşmayan kavramlardır; meğerki halk, gücünün temellerini sürekli olarak kendine karşı ayaklanma halinde olmak üzerine kurmak istesin. Böyle bir şeye inanmak da abesle iştigal olacaktır¹⁰. Varlet’in bu görüşü daha sonra Proudhon tarafından da benimsenecek ve benzer şekilde ifade edilecektir.

Henüz taşrada rahiplik yaparken toprağın herkese ait olması gerektiğini savunarak merkez yönetimini endişelendiren Roux da Paris’e gelip siyasete atıldıktan sonra tonunu hiç yumuşatmamıştır. Roux için çoğunluğun hükümeti altında yayılan despotizm, meclisin despotizmi kralların اساسı kadar korkunçtur, zira halkı zincire vurmaya teşebbüs eder, halkın ise ruhu bile duymaz çünkü halk, kendi yaptığını varsaydığı yasalar tarafından aşağılanmış ve boyun eğdirilmiş bir halde bulunmaktadır. Kamuoyunu görmezden gelip sadece kendi doğrularını yasalar aracılığıyla dikte eden bu sözde temsilcilere halk kulak asmamalı, nihayet kölelikten insanlık statüsüne kavuştuktan sonra haklarına saldırılmasına göz yummamalıdır. Bir sınıf diğerini açlığa mahkum edebiliyorken özgürlükten söz edilemez. Zenginlerin diğerlerinin yaşam ve ölümünü elinde tuttuğu bir düzende eşitlikten bahsedilemez. Özgürlük, Eşitlik ve Cumhuriyet yalnızca birer hayalettir¹¹.

Çağdaşlarının kendilerine yaptığı anarşist yakıştırmasının dayanaktan yoksun olmamakla birlikte yerinde bir nitelendirme olmadığı da savunulmaktadır¹², ancak yine de *Enragés*’nin söylemleri ve eylemlerinin modern anarşistlerle büyük paralellikler taşıdığı da bir gerçektir. Kişilerin iradelerini temsilcilere devretmesini özgürlük kavramının yabancılaştırılması olarak değerlendirmişler, bu yüzden de hükümetin tabiat olarak despotik olduğunu

⁹ Ibid., s.36.

¹⁰ Jean-François Varlet, *Gare l’explosion ([Reprod.])*, Paris, 1794, s. 8, <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k41206n> (28.03.2014).

¹¹ Préposiet, s.35.

¹² David Gilles, “*Représentation et souveraineté chez les Enragés (1792-1794)*”, *Le concept de Représentation dans la pensée politique*, AFHIP vol. XV, Marseille: PUAM, 2003, s. 265. Roux bir iç savaşın çıkmasını önlemenin tek yolunun yasalara uymak olduğunu, özgürlüğün ancak yasaların hükümranlığını sürdüğü bir ortamda kazanılabileceğini de ileri sürmüştür.

savunmuşlardır. Yönetenler kanadından gelen bu baskılara karşı halkı doğrudan eyleme geçmeye çağırmış, egemenliğin tek ve mutlak sahibinin yalnızca halk olduğunu ve dolayısıyla her tür yetkiyi de halkın kendisinde bulacağını savunmuşlardır. Onların gözünde devrimci hükümet, neticede haindir ve devrimin ideallerine ihanet etmekten başka bir şey yapmamıştır¹³.

B) Anarşizmin Temel Tezleri

Kökenlerini hemen Fransız Devrimi'nin ertesinde bulduğumuz anarşizm de *Enragés* ile aynı kanalda savlar ileri sürmüştür. Anarşizmin farklı yönleri üzerinde durulduğunda bir öğreti birliği yokmuş gibi görünse de işin özüne inildiğinde ortak bir payda bulunabilir¹⁴. Anarşi dendiğinde zihinde üç kavram uyanmalıdır: bireycilik, toptan bir inkar ve düzensizlik¹⁵. Bireycilik ile kast edilen anarşizmde en üstün ve değerli varlık olarak insanın ele alınması ve tüm mücadelenin insanın kendini tam manasıyla gerçekleştirebileceği özgür bir ortama kavuşması için yapılmasıdır. İnkâr ise bugüne dek var olmuş ve insanı her anlamda baskı altında tuttuğu düşünülen her kurumun inkarıdır. Bu kurumların başında devlet gelmekle beraber hukuk, ahlak, din ve her türlü felsefi inanç da insanlara nasıl davranmaları gerektiğini gösterdiği ve bireye tamamen dışsal öğeler oldukları için dışlanmalıdır. Düzensizlik, bu toptan inkarın neticesinde ortaya çıkacak olan durumdur ama bir kaosu ifade etmekten ziyade doğal, olması gereken hali ifade eder. Anarşizmin düzensizliğinin içinde bizim anladığımız manada bir düzen içkindir, bu sebeple de dışsal bir düzene ihtiyaç kalmayacaktır. Bu üç kavram çerçevesinde gerçek özgürlük mümkün olacaktır.

Bu yapıyı biraz daha açmak gerekirse anarşistler bir yöneten/yönetilen farklılaşmasının olmadığı durumda da kargaşa olmayacağını, insanların hiyerarşik olmayan bir düzen içinde barış ve huzur içinde yaşayabileceğini savunurlar. Herhangi bir egemen otoritenin olmamasını kaos ve kargaşa ile bir tutmazlar. Anarşistler genel olarak düzen fikrine karşı değildirlir, bu düzenin yalnızca devlet ve hukuk aracılığıyla sağlanabileceği fikrine karşıdırlar¹⁶. Anarşizme göre bireyin kısıtlanmasını gerektirecek tüm hukuki, ahlaki ve dini yasaların; kısacası insan üzerinde yaptırım tehdidiyle tahakküm kuran her tür-

¹³ Préposiet, s. 37.

¹⁴ Henri Arvon, **Anarşizm**, çev. Ahmet Kotil, İstanbul: İletişim Yayınları, 2013, s. 72.

¹⁵ Emmanuel Mounier, **Communisme, anarchie et personnalisme**, Paris: Editions du Seuil, 1966, s. 94.

¹⁶ Öktem ve Türkbağ, s. 405.

lû otoritenin reddedilmesi gerekmektedir. İnsan tabiatı gereği iyi bir varlıktır, devlet ise yine tabiatı gereği zora başvuran bir varlık olduğundan kötüdür. Bu baskıcı varlık ortadan kalktığında insanlar özlerine dönecek, herhangi bir kargaşa ortamı oluşmayacak, aksine herkes birbirine destek olup uyum içinde bir yaşam sürecektir¹⁷. Bu düşünce, toplumsal sözleşmecî düşünürlerde rastladığımız “doğal hal” kuramını akla getirse de (Hobbes’un olumsuz doğal hali hariç) aynı temelden hareket ederek çok daha farklı bir sonuca varıldığını görürüz. Özünde iyi olan bu varlığın benzerleriyle bir araya gelip devlet gibi bir yapıyı meydana getirmesi gereksizdir, hatta mantığa aykırıdır. İnsanın iyi özü, bu tabiatın üzerinde bir koruyucu vazifesi görecektir devletin olmaması halinde de devam edecektir. Anarşistler, insanın iyi olmasını herhangi bir aşkın kaynağa bağlamayı da reddederler, bu tamamen doğrudan insanın insan olmasından kaynaklanan bir durumdur. Bu açıdan anarşistlerin zaman zaman tanrısal olmayan bir doğal hukuku savunacakları düşünülebilse de doğadaki düzeni “hukuk” gibi bir yasalar toplamına indirgemedikleri görülecektir. Doğa yalnızca doğadır ve bir düzen içindedir, bunun arkasında başkaca bir neden aramak veya bu durumun hayatımıza yansımaları için araya birtakım kurumları sokmak yersizdir.

Bakunin’in evrendeki doğal düzen hakkındaki sözlerini aynen aktarmak gerekecek olursa: “Eğer evrende düzen doğal ve olanaklı ise, bunun nedeni yalnızca şurada bulunuyor ki, bu evren önceden düşünülmüş ve yüce bir irade tarafından zorla kabul ettirilen bir sisteme göre yönetilmiyor. Tanrısal bir yasamanın teolojik hipotezi açık bir saçmalığa ve yalnız her düzenin değil, aynı zamanda bizzat doğanın da inkarına yol açıyor. Doğa yasaları yalnızca doğanın özü içinde oldukları için, yani herhangi bir otorite tarafından tayin edilmedikleri için geçerlidirler.(...) Ama doğanın kendisi yasaları tanımıyor. Bilinçsizce, kendi kendine, insani gözüken ve kendilerini tekrarlayan görüntülerin sonsuz çeşitliliğini serimleyerek davranır. Olup bitenin bu kaçınılmazlığı yüzünden düzen evrende kalıcı olabiliyor ve gerçekten de oluyor.”¹⁸ Şayet bir adaletten söz edilecek olursa bunu sağlayacak olan şey devlet, kilise vb. yapılar değildir; adalet başı başına doğal düzendedir. Eğer herhangi bir dış kuvvet adalet dağıtmaya kalkarsa insanın iyi özü ve doğa yadsınmış olur, zira her tür kuvvet ilişkisi insanın özünü bastırmaya yöneliktir. Anarşizmin temelinde yatan ilk düşünce insanların iyi bir doğaya ya da öze sahip oldukları, ikinci düşünce ise bir kişinin diğerleriyle adil biçimde yaşamasına olanak ta-

17 Zeynep Özlem Üskül, **Bireyselciliğe Tarihsel Bakış**, İstanbul: Buke Yayıncılık, 2003, s. 94.

18 Mihail Bakunin, **Tanrı ve Devlet**, çev. Mustafa Tüzel, İstanbul: Belge Yayınları, 2013, s. 288.

niyan nitelikleri haiz olması anlamında bu özün iyi huylu olduğudur. İnsanlar doğal hallerine bırakıldığında zararlı ya da yıkıcı olmayacak, ve hatta başkalarına da yardımcı olacak biçimde kendi işleriyle ilgilenirler. Bu iyiliğin önünde bir engel olarak yer alan her türlü kuvvet kaldırıldığında olması gereken iyi öz doğal olarak ifadesini bulabilecektir¹⁹.

Anarşizm mutlak olarak özgürlüktür, özgürlüğü bastıran her türlü düşünce ve kurumu reddeder. Bu kurumlar insanlar arasında doğal olarak var olan düzeni bozdukları için irrasyonel ve gayritabiidir. Bu tür kurumlar ortadan kalktığında insanlar kendi doğalarını gerçekleştirme imkanı bulabileceklerdir²⁰. Anarşizmin ortaya çıktığı dönemde gündemde olan halk egemenliği ve anayasalı-meclisli demokrasiler, insanı yalnızca özgür olduğu konusunda kandırmasından ibarettir. Bireyin kendisini temsil yetkisini her ne sıfatla olursa olsun bir başkasına devretmesi demek kendi iktidarının ve iradesinin bu kimselerce çalınması demek olacaktır. En demokratik yönetim biçimi bile bu bağlamda “rızaaya dayanan bir diktatörlük” olmaktan öteye gidemeyecektir. Anarşizmin demokrasiden anladığı bugünkü yerleşik temsili demokrasi değil, günümüzde de tartışmalara konu olan ve kimilerince savunulan doğrudan demokrasidir²¹. Herhangi bir hiyerarşik yapılanma olmadan insanlar kendileri hakkında kendileri karar almalıdır. Kaldı ki bu alınacak kararlar da herhangi bir kimsenin ya da grubun iradesinin diğerlerine kabul ettirilmesi şeklinde anlaşılmamalıdır; Proudhon'un ifadesiyle bir yasayı onaylamak, matematik veya metafizik bir işlemi sağlamaktan farksızdır²². Böylece yasama faaliyeti olarak görülebilecek doğrudan demokrasi ile kararlar alınması, doğal olarak var olan düzenin, yasaların icraya konması ile eşdeğer tutulabilir.

Böylesi özgürlükçü, hiçbir tür denetimin var olmadığı bir ortamda güvenlik gibi temel bir ihtiyaç nasıl karşılanacaktır? XX. yüzyıla gelindiğinde Nozick, anarşist bir düzende dahi bireylerin haklarını korumak için kendi aralarında özel örgütler oluşturmak durumunda kalacağı, bu örgütlerin arasındaki yetki çatışmalarını önlemek için dahi olsa “minimal devlet”in ortaya çıkmak zorun-

19 Todd May, **Postyapısalcı Anarşizmin Siyaset Felsefesi**, çev. Rahmi G. Ögdül, İstanbul: Ayrintı Yayınları, 2000, s. 79-80.

20 Benlisoy, s. 366.

21 Gün Zileli, “*Anarşizm*”, **Siyaset Bilimi Kavramlar, İdeolojiler, Disiplinler Arası İlişkiler**, haz. Gökhan Atılğan ve E. Attila Aytekin, İstanbul: Yordam Kitap, 2012, s. 321-322.

22 Pierre-Joseph Proudhon, **Mülkiyet Nedir?**, çev. Devrim Çetinkasap, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2013, s. 268.

da olduğunu savunmuştur²³. Klasik anarşistler ise daha iyimser bir tutum içinde olmuşlardır. Onlara göre mutlak özgürlüğe kavuşulduğunda hukuka, polise, savcılara, hakimlere ve hapisanelere gerek kalmayacaktır; çünkü iyi özüne dönen insan diğerlerine zarar verecek bir harekette bulunmayacaktır. Anarşik düzende bir insanı devletin suç olarak nitelediği hareketleri işlemeye iten nedenler ortadan kalkacak veya çok azalacaktır. Kaldı ki var olduğu haliyle de adalet sisteminin bir işe yaramadığı da açıktır, zira suç oranının devletin yaptırım tehdidine rağmen hiç de azalmadığı her gün yenisi açılan hapisaneler ile ortadadır. Hatta anarşistler, modern kriminolojide de kabul edilen hapisanelerin birer suç okulu işlevi görerek insanları daha fazla suç işlemeye ittiğini de savunmuşlardır. Tüm bu yapay yapılar ortadan kalktığında suç da büyük ölçüde azalacaktır ve en alt sınırlara inecektir. Yine de doğal halden sapan kişileri caydırmak için toplumun elinde tek silah, toplumsal kınama olacaktır²⁴.

Anarşizmin hem bireye ve hem de topluma büyük önem veriyor olması, yine düşüncenin kendi içindeki bir tutarsızlık olarak görülebilir. Gerçekten bireyi her türlü değer üzerine koyup egoizmi yücelten Stirner ile her durumda insanın toplumsallığına vurgu yapan Proudhon ve Kropotkin gibi düşünürlerin aynı düşünce akımı içinde değerlendirilmelerini anlamak güç olabilir. Aslında toplumsallığa vurgu yapan düşünürlerin amacı da son kertede birey ve bireyin kendini gerçekleştirmesidir; onlar bunun ancak toplum içinde mümkün olabileceğini savunur. Toplum bireyin üzerinde bir baskı aracı olarak değil, bireye hizmet eden, bireyin bir parçası olarak düşünülmesi lazım gelen bir yapı olarak ortaya çıkar. Bireye atfedilen önemin bireyin bencilliğinin haklı gösterilmesine yol açacağı düşünülse de anarşizm, kendi içinde bir etiğe de sahiptir. Anarşist anlamda bencillik, bir çeşit öz sorumlulukla birlikte gelir²⁵. Anarşist bencillik XIX. yüzyılda toplumsal determinizm ve soyut idealizm yüceltmeciliğine bir yanıt verebilmek için, insanı kendi özgünlüğünü hatırlamaya ve insanlığını yitirme olgusuna karşı direnmeye davet eder²⁶. Öyle ki materyalizm özgür iradeyi dışlamak suretiyle özgürlüğe varır, idealizm ise insan onuru adına özgür iradeyi savunur ve tüm özgürlüklerin enkazı üzerine otoriteyi kurar²⁷. Bu durumda da kişinin kendisine soracağı

23 Daha fazla bilgi için bkz. Robert Nozick, **Anarşi, Devlet ve Ütopya**, çev. Alişan Oktay, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2000.

24 Zileli, s. 323.

25 Ibid., s. 327

26 Arvon, s. 93.

27 Bakunin'den aktaran Préposiet, s. 58.

soru “Bunu yapıp yapmamakta özgür müyüm?” değil, “Özgür bir insan olarak ne yapmam gerekir?” olmalıdır. Bencillik, anarşizmde özgür olmanın bir ön koşulu gibidir, kişinin kendisine karşı taşıdığı sorumluluk bunu gerektirir. Bencil olmadan kişinin kendini üzerinde tahakküm kurmuş olan kurumların zincirlerinden kurtarabilmesi düşünülemez. Devletin karşısına her kişi bir birey olarak çıkabilmelidir, böylece devletin boyunduruğu olmadan bireylerden oluşan topluma ulaşılabilir.

Yukarıda ortaya koymaya çalıştığımız temel ilkelere büyük ihtimalle hiçbir klasik anarşist düşünür karşı çıkmayacaktır. Ancak anarşistlerin hepsi bu noktalardan hareket etmekle birlikte aralarında esaslı görüş farklılıkları oluşmuştur. Öğretide anarşistler, genelde bireyci anarşistler ve komünist anarşistler şeklinde iki gruba ayrılarak incelenmiştir²⁸. Her iki grupta da birey temel alınıyor olmasına rağmen neden düşünürler arasında farklılıklar ortaya çıkmış ve tarih içinde anarşizm, bütüncül bir sistem olarak karşımıza çıkamamıştır? Bu farklılıklar ile ilgili olarak aşağıdaki gibi bir sınıflandırmaya gidebiliriz²⁹:

1. Sağ ve sol bölünme olarak da adlandırılabilir olan mülkiyete verilen anlama bağlı olarak yaşanan bölünme bu farklılıkların ilk sonucudur. Anarşizmin bireyci kanadı özel mülkiyeti ve sermayenin belli odaklarda biriktirilmesini kabul etmemekle birlikte kolektif mülkiyete de sıcak bakmamaktadır. Bunların uzlaştıkları nokta, bireyin en azından kendi emeğinin ürünlerine sahip olabilmesidir. Komünist anarşistler ise aksine kolektif mülkiyeti savunmakta, her şeyin herkese ait olması gerektiği görüşünde birleşmektedirler. Anarşizmi bu noktada komünizmden ayıran, komünistlerin devletin sönmelenmesiyle sonuçlanacak kademeli bir geçiş aşamasında mülkiyetin öncelikle proleter diktatörlüğüyle devlete geçmesini öngörmesine karşılık, anarşistlerin bu tür aşamalara hiç gerek olmadığını ve doğrudan tüm üretim araçlarının mülkiyetinin halka geçmesi gerektiğini savunmalarıdır.

2. Devlet ve hukuk düzeni ortadan kalkınca ne olacaktır? Anarşistler bu soruya genelde ayrıntılı bir cevap vermekten kaçınmakla birlikte en azından neler olabileceği hakkında akıl yürütmüşlerdir. Godwin ve Tolstoy devlet ortadan kalkınca akla ve ahlaka dayalı bir düzen kurulacağı görüşünderken diğerleri ahlak kavramını da yadsıyarak ortaya çıkacak yeni düzenin tamamen doğal bir düzen olacağını savunurlar (ancak unutulmamalıdır ki doğanın da

²⁸ Ibid., s. 71; Ayferi Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, İstanbul: Beta, 2007, s. 311-312.

²⁹ Öktem ve Türkbağ, s. 408; Arvon, s. 81-91.

kendine has bir ahlakı vardır). Stirner'e göre ise devlet ortadan kalktığında egemen olacak olan biricik egodur.

3. Ortadan kaldırılan düzenden hiçbir unsur alınmayacak mıdır? Godwin, Stirner ve Tolstoy devlet düzeninden kalabilecek her türlü kurumu yadsırken, özellikle Proudhon'un en azından ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesinin-temeline bireyler arasındaki sözleşmeleri koyduğu anarşist düzende gerekli olacağını savunur. Hukuk sistemlerinin ekseriyetle hukukun temel ilkesi olarak kabul ettiği ahde vefa ilkesini de haklılaştırmaya çalışırken Proudhon, yine bunun toplumsallığın bir gereği olduğunu ileri sürerek eski kurumlara ve kurallara itibar verirmiş gibi görünmeye çalışmaktan kaçınmaktadır.

4. Özgürlüğü sınırsız olan ve devletsiz düzende temel değer olarak ele alınan birey tek başına var olabilecek midir? Anarşistler bireyin kendini soyutlayarak tek başına hayatta kalamayacağını farkındadırlar. Bu bağlamda anarşistler, bireyin başkalarına olan ihtiyacını nasıl karşılayacağı konusunda farklı çözüm önerileri getirmişlerdir. İlk olarak egoist anarşist Stirner, birlikçilik (dernekçilik) görüşünü ortaya atmıştır. Buna göre toplum, kabuklaşmış bir üst yapıdır. Bu yapı içinde egoistler, özgür iradeleriyle birlikler kurar, bu birlik çerçevesinde birey kendi istediği bazı hak ve özgürlüklerinden feragat edebilecektir. Ancak bu birlikler devlet gibi sürekli bir yapılanma değildir ve bireylerin menfaati birliği gereksiz kıldığı anda dağılırlar. Bir bakıma toplum, menfaatlerin çakışma noktalarından oluşan bir ağ gibidir. Proudhon'un ortaya attığı ikinci görüş olan yardımlaşmacılık da karşılıklılık (*mutualisme*) esasına dayanmaktadır. Herkes sahip olduğu emeğinin ürünlerini toplumda eşit mübadeleye sokabilmelidir. Proudhon bu amaca hizmet etmek üzere faizsiz kredi imkanı sağlayan bir Halk Bankası projesi dahi hazırlamıştır. Toplumsal hayat, bireylerin aralarında yapacakları sözleşmelerle bir karşılıklılık esası üzerine oturacaktır. Son olarak da Bakunin ve Kropotkin'in savunduğu kolektivist esasa dayalı komünizm gündeme gelmektedir. Burada bireye yine değer verilir ama toplumsal fayda daha ön plana çıkmış gibi görünmektedir. İnsanlar birinin zenginleşmesi için değil de toplumun genel refahı için çalışacaktır. Her şey herkesin olacaktır, dolayısıyla bireyin toplumla bütünleştiği savunulabilir.

Anarşistlerin aralarındaki bu farklılıkların pratikte ne gibi sonuçlara yol açacağı bir bakıma meçhuldür, zira anarşizm, klasik anarşist düşünürlerin hayal ettiği ölçüde bir uygulama alanı bulamamış ve daha ziyade teorik bir düzlemde kalmıştır. Yine de değişmeyen nokta anarşizmin temel hedefinin bütün zor örgütlenmelerinin ortadan kalktığı, yerini özgür bireylerin gönüllü birlikteliğinin aldığı yeni bir toplumsal düzen olmasıdır. İnsan gerçek anlam-

da özgürleşmelidir; özgürleşmeden anlaşılan da insanın bugün bastırılmış, engellenmiş, sıkıştırılmış olan potansiyeli açığa çıkarmasıdır. İnsanlar özgürleştiği ölçüde eşit olacaklardır. Anarşist düşüncede eşitlikten anlaşılan mutlak bir eşitlikten ziyade farklı bireysel yeteneklere ve ihtiyaçlara tam olarak serpilip gelişme olanağının tanınmasıdır³⁰. Anarşistlerin ortak amacı olan otoritenin ve mülkiyetin kalkması için izlenecek yol, tabandan gelen bir hareketle üst devlet yapılarının çözülmesi ve federalist bir yapılanma içinde insanların özgürce yaşamasıdır. Anarşistlerin birbirlerinden ayrıldıkları noktalar, devlet ortadan kalktıktan sonra benimsenecek tutum konusunda yoğunlaşmaktadır. Düşünürler arasında var olan farklılıklara rağmen anarşizm hakkında genel bir çerçeve çizebildiğimize göre XIX. yüzyıl anarşist düşünürlerini tek tek, biraz daha etraflıca incelemeye geçebiliriz.

II. XIX. YÜZYILIN ANARŞİST DÜŞÜNÜRLERİ

Anarşizm XIX. yüzyılın ana düşünce akımları karşısında bir yere oturtulmaya çalışılmıştır. Yine de anarşizmin dönemde etkin olan liberal ve komünist akımların hiçbirine oturtulması mümkün olmamış, ayrı bir düşünce akımı olarak kendine siyasal düşünceler tarihinde yer bulmuştur. Anarşizm toplumsal bir devrimle kapitalizmi yıkıp eşitlikçi bir toplum kurmakta Marksizmle, her türlü despotizme karşı çıkmasıdaysa liberalizmle özdeşleştirilmiştir³¹. Anarşizm, sosyalizmin liberal eleştirisiyle liberalizmin sosyalist eleştirisinin bir birleşimi olarak nitelendirilmiştir. Anarşist düşünürler tutarlı ve bütüncül bir sistem inşa etmekten ziyade insan özgürlüğünün bir an önce nasıl gerçekleştirilebileceği sorunu hakkında düşündüklerinden zaman zaman kendi içlerinde dahi tutarsızlıklar sergilemişlerdir ki bütünsellik yokluğunu anarşist paradigmanın bir ögesi olarak görmek de mümkündür³². Bu sebeple anarşizm değerlendirilirken her düşünürün katkısını ayrı ayrı değerlendirmekte fayda olduğu kanaatindeyiz.

Bu kanaate uygun olarak çalışmamızın bu ikinci bölümünde altı anarşist düşünürü, insan özgürlüğü üzerine söylemleri bağlamında teker teker ele alacağız. İncelememizde sırasıyla en önce bireyci anarşistler olarak nitelendirilen William Godwin, Max Stirner ve Pierre-Joseph Proudhon'un özgürlük hakkındaki düşüncelerine yer vereceğiz. Daha sonra anarşizmin komünist kanadı-

30 Hans-Jürgen Degen, “Anarşizmin bir geleceği var mı? Birkaç not”, *Anarşizmin Bugünü*, der. Hans-Jürgen Degen, çev. Neşe Ozan, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1999, s. 164.

31 Zileli, s.315.

32 Benlisoy, s. 354.

nı oluşturan Mihail Bakunin ve Pyotr Kropotkin'den bahsedip üçüncü olarak iki akıma da dahil edemediğimiz Lev Tolstoy ile incelememize son vereceğiz.

A) Bireyci Anarşistler

Bireye ve bireyin özgürlüğüne verdikleri önem ile zaman zaman liberalizmle de ilişkilendirilen bireyci anarşistler, bireyin savunusunda liberalizmden daha uç noktalara gitmişlerdir; öyle ki her şeyi reddedip sadece bireyi savunma noktasına kadar varmışlardır³³. Yine de bireyci anarşistler arasında tam bir görüş birliğinden de söz edilemez; sözgelimi Stirner egoisti göklere çıkarırken Proudhon bireyi toplumsallık içinde değerlendirmeyi tercih etmiştir. Aşağıda kronolojik olarak bireyci anarşistleri ele alacağız.

1. William Godwin (1756 –1836)

Fransız Devrimi'nin doğumuna ve meydana getirdiği etkilere doğrudan tanıklık etme şansı bulmuş Godwin, aslen bir Calvinist rahiptir. Devrim'i büyük bir coşkuyla karşılayan Godwin, günlüğüne bu dönem hakkında "Fransız Devrimi'nin olduğu yıldır, kalbim özgürlük duygusuyla kuvvetle çarpıyordu. Rousseau, Helvétius ve diğer Fransız yazarların en tanınmışlarının yazılarını büyük bir tatmin hissiyle okumuştum. Onlarda aynı konuları işleyen İngiliz yazarlarının çoğuna göre, daha genel ve daha sade bir biçimde felsefi bir sistem gözlemliyordum. Bu yazarların müjdecisi olduğu bir Devrim bende büyük umutlar uyandırmamazlık edemezdi." diye yazmaktadır³⁴. Edmund Burke'un Fransız Devrimi'nden sonra kaleme aldığı *Reflections on the Revolution in France* (1790) ve Thomas Paine'in bu esere cevaben yazdığı *Rights of Man* (1791)'in uyandırdığı yankıları görünce kendisi de bu konudaki düşüncelerini yazmaya karar vermiştir. Böylelikle en önemli eseri olan *Enquiry Concerning Political Justice and its Influence on Morals and Happiness* (Siyasal Adalet ve Siyasal Adaletin Ahlak ve Mutluluk Üzerinde Etkisine Dair Bir Araştırma, 1793)'i yayımlamıştır. Fransız Devrimi'nin ateşli bir savunusunu yaptığı bu eseri, Fransa ile İngiltere'nin savaşa girmesinin de etkisiyle Burke ve Paine'in eserleri kadar popüler olamasa da Godwin, bu düşünürlerle aynı noktadan hareket edip anarşist bir konuma varmayı başarmıştır.

Godwin, günün siyasi gelişmelerinden çok Fransız Devrimi'nin uyandırdığı tepkilerin felsefi temellerini değerlendirmiştir. Godwin kendini bir anar-

³³ Üskül, s. 97.

³⁴ Aktaran Arvon, s. 32.

şist olarak tanımlamamıştır, hatta aksine Siyasal Adalet'in suçlar ve cezalara ilişkin VII. bölümünde³⁵ anarşi kavramına olumsuz anlamlar dahi yüklemiştir. Anarşinin kötülüklerini (*evils of anarchy*) sayıp bizleri yönetimsiz olmanın kişide hiçbir güvenlik duygusu bırakmayacak kadar fena bir şey olduğuna ikna ettikten sonra, yine de anarşizmin hükümetlerin yaratabilecekleri kötülüklerden daha korkunç olmayacağı konusunda da bir çekince koyarak anarşizm aleyhinde bu kadar acele bir yargıya varmamamızı söyler. Öyle ki anarşi tarihinde hep geçici bir durum olmuştur, anarşilerin yerini despotizmin aldığı hallerde ise kötülük ve zalimlik kalıcı hale gelerek anarşiden daha az tercih edilesi bir konuma geçilmiştir. Godwin yine de daimi bir anarşi düzeninde yaşamanın insanlığın yararına olmadığı sonucuna vararak insanlığın yüksek menfaati için gerektiğinde en akla gelmez kötülüklerin kaynağı olabilecek hükümetlerin yaptıklarına katlanmanın bir gereklilik olduğu sonucuna da varır. Godwin bir yandan anarşizmi mahkum ederken bir yandan da anarşist düşüncenin temelindeki baskıya ve despotizme karşı olma görüşünü de ortaya atmaktadır.

Godwin felsefesini esasen “*Man is a rational being.*”³⁶ (İnsan rasyonel bir varlıktır.) önermesi üzerine oturtur. Buradan hareketle de tek adil yasa aklın yarasıdır, pratikte yapılan yeni yasalar yapmak değil, olan yasaları yorumlamaktan ibarettir. Toplum bir karar veremez, sadece eşyanın tabiatının zaten kararlaştırdığı şeyi ilan edebilir. Değişmez ahlaki ilkelere dayanan adalettir, politik kurumların hatalı olabilecek kararlarına dayananlar ise alelade insani yasalar. Rasyonel bir varlık olan insan, doğru olanı kendi aklıyla tanımak zorundadır, bu konuda insanı harekete geçirecek olan herhangi bir dışsal otoriteden ziyade aklıyla ulaşacağı kanıtlardır³⁷. Godwin insanı bir *tabula rasa* olarak görür, insan yaşadıkça aklı sayesinde gelişir ve olgunlaşır. Bu gelişimin önündeki en büyük engel de baskıcı devlettir, çünkü sürekli devlet kendisini kişinin vicdanı ve kanaatleri yerine koyar. Her ne kadar devlet yaptığı kanunların akla uygun olduğunu savunsa da bu tür yasalar aslen insana gerekli değildir, çünkü insan kendi aklı sayesinde devlet ona söylemese de bu yasalara ulaşabilecektir. Buna karşılık rasyonel olmayan yasaların hepsi doğrudan gayrimeşru ve despotik konuma düşmektedirler³⁸.

Daha eserinin başında Godwin, peşinen “Her şeyden önce, soyut olarak

35 William Godwin, *Enquiry Concerning Political Justice*, 1793, Book VII, <http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/godwin/pj7.htm> (04.01.2014).

36 Ibid., Book I.

37 Woodcock, s 83-85.

38 Préposiet, s. 40.

ele alındığında hükümetin kötü olduğunu, insanoğlunun öz yargısının ve kendi bilincinin zorbaca ele geçirilmesi demek olduğunu; ve her ne kadar şu an için bunu gerekli bir kötülük olduğunu kabul etmek zorunda kalsak da, aklın ve insan türünün dostları olarak bize, hükümeti mümkün olduğunca az kabul etmek ve insan aklının yavaş yavaş aydınlanması sonucu bundan böyle hükümetin ortadan kalkıp kalkmayacağı konusuna dikkat etmemizin düşeceğini unutmamalıyız.” der. İnsanın kendi yargısından ve bilincinden devlet lehine feragat etmesine Godwin pek sıcak bakmamaktadır. Ona göre hukuk da aynı sebeplerle aklın düşmanıdır ve bilgeligi yansıtacağı yerde insanın tutku ve korkularının ürünü olarak kalmaktadır. Hukuka mutlak bir değer verilirse hukuk baskıcı olacaktır ve bu da aklın serbestçe gelişmesiyle uygun düşmeyecektir³⁹.

Godwin’e göre özel mülkiyet de gereksizdir ve insan gelişimin önünde bir engel olarak durmaktadır. Ona göre insanların yalnızca var olmaya değil, iyi olmanın araçlarına erişmeye de hakları vardır. Bu sebeple biriktirilmiş mülkiyete son verilmesi yerinde olacaktır. Ekonomik eşitsizlikler var oldukça kişinin düşünme yetileri bastırılacaktır. Mülkiyet konusunda adalet sağlandığında herkes bir pay aldığı ortak ürünlerin yetiştirilmesine katkıda bulunacak ve bugününe göre belki daha basit ama lüksün yozlaştırıcılığından uzak bir yaşam olacaktır⁴⁰.

Godwin anarşizmde daha sonra da görülecek olan iyimser bakış açısına sahiptir. Ona göre insan akli yavaş yavaş egemen olacak ve gerçek adalet sağlanacaktır; bunun için şiddet kullanmaya gerek kalmayacaktır. İnsanlar akıllarını kullanarak, birbirlerini ikna yoluyla adil ve eşitlikçi topluma ulaşacaktır. Adaletsizlik, kalıcı bir varoluşa tabiatı gereği uygun değildir; insan aklıyla adalete ulaşır. Ancak hükümet, toplumda bulunan bu kaynağı tıkar ve onun hareketini durdurur. Yapılan hataları kemikleştirip sürekli hale getirir⁴¹. Bu yüzden aklın hükümranlığına geçişin yaşanması kaçınılmaz hale gelmektedir. Bu da insanların daha aydınlanmış ve akılcı hale gelmesiyle, kendi kendilerini yönetme yeteneği kazanmasıyla olacaktır; şiddet kullanılmasıyla değil. Godwin’e göre şiddete başvuran kişi aslında kendi görüşünün zayıflığını itiraf etmiş olmaktadır⁴².

39 Arvon, s. 35.

40 Woodcock, s. 92-93.

41 Ibid., s. 80.

42 Benlisoy, s.376.

Godwin'in ebedi adalete ve özgürleşmeye giden yolda benimsediği "komşuyu ikna etme" modeli, eleştirilebilecek bir kavramdır. Despotik yönetimlerin ve akıl dışı yasaların insanlar üzerinde baskı kurmasına bu kadar karşı çıktıktan sonra bunların yerine günümüzde "mahalle baskısı" dediğimize benzer bir sistem koymuş olmaktadır. Buna göre erdemli her insan komşularının davranışları üzerinde bir yargıç rolü oynayacak, onları da kendi gibi erdemli olmaya davet edecek, bunu da hakikatten kaynaklanan dersler ve açıksözlülüğün karşı tarafta vereceği cezalar aracılığıyla yapacaktır⁴³. Anarşistlerde görülen duygusal ve hayalci yaklaşıma, mantıktan çok coşkuyla, sistemden çok esinle yazmaya⁴⁴ Godwin'in özünde iyi olan rasyonel insanı gösterilebilir. Godwin, insan aklına olan inancıyla, hata yapma ihtimalini veya insanların birbirlerini istismar etme ihtimalini tamamen sıfıra indirmiştir.

2. Max Stirner (1806 – 1856)

Alman düşünür Max Stirner, bireyci anarşizmin doruk noktasını oluşturur. Proudhon toplumsal bireyci olarak nitelendirilirken Stirner, egoist bireyci olarak nitelenmiştir⁴⁵. Steiner, bireyselciliği uç noktalara taşıyan felsefesini genç kızlar için kurulmuş bir özel okulda ders verdiği sırada, 1844 yılında yayımladığı *Der Einzige und sein Eigentum* (Biricik ve Mülkiyeti) adlı eserinde ortaya koymuştur. Stirner de bireyden ve bireye verdiği değerden yola çıkarak yine kurulu düzeni reddetmiş, ancak diğer anarşistlerden farklı olarak bireyi hem araç hem de amaç olarak kullanmıştır. Ona göre tek gerçeklik vardır, o da egoistin varlığıdır.

Godwin'de gördüğümüz akla verilen büyük önemin yerini Stirner'de benlik ve içgüdüler alır. Stirner, insan ve insanlık gibi soyut ve genel kavramların geçerliliğini reddeder; hakkında kesin bilgi sahibi olabileceğimiz tek somut varlık bireydir ve her birey biriciktir. İnsan, bu biricikliğin farkında olup biricikliğini geliştirdiği ölçüde özgür olur. Godwin'de olduğu gibi ödev veya ahlaki değişmeyen yasalar yoktur, "hak" gibi bir kavram yoktur. Var olan sadece biricik olan birey ve onun arzularıyla ihtiyaçlarıdır⁴⁶. Bu kuramda her şey bireyin etrafında şekillenecektir. Bu sebeple de Stirner, bireyin dışında kalan her türlü kuruma, doğal olarak da devlete ve o devleti ortaya çıkaran topluma saldırır.

43 Préposiet, s. 40.

44 Öktem ve Türkbağ, s. 410.

45 Üskül, s. 97.

46 Woodcock, s. 106.

Stirner'e göre Fransız Devrim'inden önce *Ancien Régime*'de bir dışsal kölelik vardı, ancak Devrim ile beraber egemenliğin halka ait olduğunun kabul edilmesiyle beraber bu dışsal kölelik, meşruiyetini kabul ettiğimiz bir içsel köleliğe dönüştü⁴⁷. Üst iktidar bireye dıştan empoze edilirken bu kez birey, kendisine bir iktidar empoze edilmesini kendi kabul ederek kendi kendini zincire vurmuş oldu. Hiç kimse hukukun üstünlüğüne karşı koymamaktadır, hukukun mutlak hükümlerliği söz konusudur. Devlet ve devletin dayandığı hukuk, bireye karşıdır. Devlet tanımı gereği değişmez bir özden geldiğini kabul eder, çünkü ancak ebedi ve değişmez olursa bir hükümlerlik iddiasında bulunabilir. Birey ise sürekli değişme ve gelişme potansiyeline sahiptir. Devlet ve hukuk gibi kurumlar, bireyin dinamizmini sınırlar; onu bastırır, kısıtlar, köleleştirir⁴⁸.

Stirner'in düşüncesinde özgürlük, devletin insanlara birtakım hak ve özgürlükleri tanıyıp kendini bunların garantörü olarak göstermesiyle sağlanamayacaktır. Hatta o başlı başına hak mefhumuna karşı çıkar: "Ben hiçbir hak talep etmiyorum, dolayısıyla hiçbir hakkı da tanımama gerek yoktur. Kuvvetle elde edebileceğim şeyleri kuvvetle alırım, kuvvetle alamadığım şeyler üzerinde ise bir hakkım yoktur, zamanaşımına uğramayan hakkımın varlığına dayanarak kendimi böyle bir hakkım varmış havasına sokmam ya da teselli etmem. Mutlak hak ile, hakkın kendisi sona erer; aynı zamanda 'hak kavramı'nın hükmü de geçersiz kalır. (...) Bir hak verilmiş ya da verilmemiş olabilir –eğer yalnızca ben güçlüysem, gücümü bizzat kendimden alıyorsam, başka bir yetkilendirmeye ya da hak ihdasına gerek duymuyorsam işin bu kısmı beni ilgilendirmez."⁴⁹ Buradan çıkan sonuç odur ki kişinin gücünün yetmediği şeye hakkı olmayacaktır. Stirner'in bakış açısıyla özgürlük sorunu-na yaklaşırsak devletlerin sayfalarca hak listesi hazırlamasının kişi o hakları kullanamayacak olduktan sonra bir manası kalmayacaktır. Stirner her taraftan yükselen özgürlük çılgınlıkları karşısında insanların kendilerine birinin özgürlük bağışlamasının, özgürlüğün bir dış güç tarafından tanınmasının ne demek olduğunu bilip bilmediklerini sorgular. Özgürlüğün kelimenin tam manasıyla esasen kendini özgürleştirmek olduğunu, bunun da insanın ancak kendinin kendisine sağlayabileceği ölçüde özgür olabileceği manasına geldiğini belirtmiştir. Bu duruma örnek olarak da koyunların ifade özgürlüğü hiç kimse tarafından sınırlanmadığı halde bile koyunların ancak melemeye devam

47 Arvon, s. 78.

48 Ibid., s. 43.

49 Max Stirner, *The Ego and His Own*, çev. Steven T. Byington, 1910, s. 111, <http://www.df.lth.se/~triad/stirner/theego/theego.pdf> (04.01.2014).

edeceklerini vermiştir. İman sahibi bir Müslüman, Yahudi veya Hristiyan bu koyunlardan farklı olmayacak, yalnızca dar görüşlerini yansıtan şeyler söylemekle kalacaktır⁵⁰. İfade özgürlüğü ancak kendi düşüncelerine sahip olabilme konusunda özgür olan, yani ifade etmeye gücü olan bir birey için anlam ifade edecektir.

Peki herkesin gücü kadar hakka, gücünün yettiği özgürlüğe sahip olduğu kabulünde düzen nasıl sağlanacaktır? Nihai hedef olan özgürlük, *homo homini lupus est* deyiminin teyit edilmesinden başka bir sonuç doğurmayacak mıdır? Stirner'in bu konuda bir endişesi yok gibi görünmektedir, zira ona göre herkesin kendi biricikliğinin gerektirdiği iktidarı elde etmesi evrensel bir açgözlülük ve katliam dünyasının varlığını gerektirmez. İktidar sahibi olan kişi, bu iktidarını başkaları üzerinde kullanmak zorunda değildir. Kendi içinde hakiki egoizmi gerçekleştiren birey, ihtiyacından fazlasına göz dikmeyecektir, çünkü başkaları üzerinde hakimiyet kurduğu anda kendi özgürlüğünün tehlikeye gireceğinin bilincinde olacaktır. Bağımsız egonun kendini doğrulamak için başkaları üzerinde hakimiyet kurmasına gerek kalmayacaktır. Efendiyi köle yaratır, bu durumda herkesin benliğinin farkına varması halinde hiç kimsenin kendini efendi olarak görmesi için kölelere ihtiyacı kalmayacaktır. Egoist bireyin başkalarıyla ortak noktası kalmadığı için üçüncü kişiler nezdinde bir başkasına göre haklı olup olmamanın da bir önemi kalmayacaktır⁵¹. Bu durumda da bir iktidar mücadelesinin yaşanmasının lüzumu bulunmayacaktır.

Stirner'in mülkiyet karşısındaki tutumu, anarşistlerin genelinden ayrılır. Liberal devlet bireye sığınabileceği son sığınak olarak özel mülkiyeti bırakmıştır, komünizm de toplum adına bireysel özerkliğin bu son kalıntısını bireyden talep etmektedir diyerek komünizme tamamen karşı çıkmaktadır⁵². Ancak Stirner, kişinin özgünlüğünü elinden aldığı için liberal devlete de sosyalist devlete karşı çıktığı kadar karşı çıkar. Liberalizm, kişinin özgürleşmesine bir dereceye kadar önem vermiş olsa da devletin eline hukuku vererek devleti yüceltir; sosyalizm ise bireyin kendisini geliştirmesine yarayacak olan tüm araçları onun elinden alıp devlete vererek bireyi farklı bir kölelik durumuna sokar. Öyle ki kişinin özgünlüğüne kavuşabilmesi için birtakım araçlara ihtiyacı olacaktır. Bu özgünlük (*Eigenheit*) kavramı, özgürlük (*Freiheit*) kavramına göre daha geniş bir anlam ifade etmektedir. Özgün olamayan bir insan, özgür olmanın manası-

50 Ibid., s. 92.

51 Woodcock, s. 108.

52 Arvon, s. 79.

nı da tam kavrayamayacağı için aslında tam anlamıyla özgür olamayacaktır⁵³. Özgürleşmiş bireyi ne din, ne devlet, ne hukuk, ne ahlak gibi kurumlar bağlayacaktır. Diğer anarşistlerde görülen biraz da romantik iyimserlik, Stirner’de görülmez; ona göre insanlık devletin ve tüm baskıcı kurumların ortadan kalkmasıyla aniden kardeşçe bir yaşama başlamayacaktır. Stirner’in egoist bireyi her şeyin üstüne koyarak, tüm doğa yasalarını ve ortak insanlık değerlerini reddederek nihilizme ve varoluşçuluğa yaklaştığı da savunulmuştur⁵⁴.

Özgürleşmiş birey hiçbir kuralla bağlı olmadığı bu ortamda “egoistler birliği” çerçevesinde ihtiyaçlarını giderecektir. Bu birlik bizim bildiğimiz anlamda bir birlik olmaktan ziyade menfaatleri o anda çakışan bireylerin özgür iradeleriyle bir araya gelip daha sonra dağılmasından meydana gelir. Stirner’de kurumlar, birey üzerinde baskı kuracak şekilde kemikleşip sürekli nitelik göstermez. Karşılıklı yardım ve işbirliği, insanın özünde iyi olan tabiatından değil, kendi menfaatleri doğrultusunda kendisine benzeyen diğer bireylere kendi iradesiyle yardım etmesiyle gündeme gelir.

Bu ideal özgürleşmeye nasıl ulaşılabileceği? Stirner’e göre egoistler birliğinin hüküm süreceği dünya mücadelesiz kazanılmayacaktır. Birey, sahip olduğu her türlü vasıtayı kullanarak tüm gücüyle devlete karşı çıkmalıdır. Ancak Stirner’in kast ettiği devrim değil, isyandır. Devrim toplumsal bir edim olup sadece siyasal karakter taşımaktadır, devrimin sonucunda var olan düzendeki kurumlar alt üst edilir. İsyan ise daha kişiseldir, kişinin kendine ilişkin hoşnutsuzluklarından başlar ve kişi ayağa kalkarak bir bakıma kendini yüceltmış olur. Devrim yeni düzenlemeler getirmeyi hedeflerken isyan, artık bizim adımıza düzenlemeler yapılmasına izin vermememizi ifade eder ve bu bakımdan daha üstündür⁵⁵. Kişinin kendisi için ayağa kalkması fikri, Stirner’de suçlunun övülmesine kadar varmıştır. Öyle ki ceza kanunları birtakım kutsal değerler ileri sürülerek insanları koruması için getirilmiş düzenlemelerdir, ancak düşünöre göre kanunlarla korunan bu kutsal değerler değil, doğrudan insanın kendisi olmalıdır. Egoist suç ile kendisini ortaya koyup kutsal olanla dalga geçmiştir; kutsal olan, daha doğrusu kutsal olandan kopuş da bu şekilde genel hale gelebilir. Devrimler olup biter, geri gelemmez, ancak bir suçun uyandıracağı etki çok daha fazladır⁵⁶. Düzeni ve özgürleşmeyi egola-

53 Üskül, s. 104-105.

54 Ibid., s.102.

55 Woodcock, s. 110-111.

56 Stirner, s. 124-125.

rın savaşında bulan Stirner, belki de bireyci anarşist sıfatını en çok hak eden anarşist düşündürür.

3. Pierre-Joseph Proudhon (1809 – 1865)

Anarşist mücadelenin en aktif isimlerinden biri olan Pierre-Joseph Proudhon, her şeyden evvel kendisini göğsünü gere gere gururla bir anarşist olarak niteleyen ilk kişidir. “*La propriété, c’est le vol !*” (Mülkiyet hırsızlıktır !) sloganının çıkarıldığı paragrafın yer aldığı *Qu’est-ce que la propriété ?* (Mülkiyet Nedir ?, 1840) eserinde Proudhon, hangi tür hükümetin tercih edilmesi gerektiği konusunda okuyucularıyla aşağıdaki hayali diyalogu gerçekleştirir:

“‘A! Neden böyle bir soru soruyorsunuz? Siz cumhuriyetçisiniz.’ – ‘Evet cumhuriyetçiyim, fakat bu sözcük bir şey açıklamıyor. Res publica, kamu mülkü demektir. Kamuyla ilgilenen herkes –hangi yönetim biçimi altında olursa olsun- kendisine cumhuriyetçi diyebilir. Krallar da cumhuriyetçidir.’ – ‘Peki öyleyse demokrat mısınız?’ – ‘Hayır.’ – ‘Nasıl? Kralcı mısınız yoksa?’ – ‘Hayır.’ – ‘Meşrutiyetçi?’ – ‘Tanrı korusun.’ – ‘Öyleyse aristokratsınız?’ – ‘Hiç de değil.’ – ‘Karma bir yönetimden mi yanasınız?’ – ‘O da değil.’ – ‘Öyleyse nesiniz?’ – ‘Anarşistim.’ – ‘A, anladım, hicivli bir üslupla konuşuyorsunuz; bu sözleriniz hükümeti eleştirmek için.’ – ‘Hayır, hiç de değil: Az önce duyduğunuz benim en ciddi ve samimi şahadetimdir. Her ne kadar düzenden yana olsam da, kelimenin tam manasıyla anarşistim. Sözlerime kulak verin.’”⁵⁷

Her türlü yönetim şeklinin gereksiz ve insan doğasına aykırı olduğunu savunan Proudhon, ideallerini hayata geçirebilmek için en somut önerileri veren düşündürür. Sadece yazılı eserler vermekle kalmamış, bir Halk Bankası kurmak için planlar hazırlamış ve hatta yönetimin kötülüğünü böylesine savunuyor olmasına rağmen mecliste milletvekilliği bile yapmıştır. Yine de her hareketinin arkasında halkı kansız bir devrimle devlete karşı ayaklandırıp özgürlüğün ve eşitliğin egemen olduğu daha güzel bir dünyaya geçirme çabası görülür. Kendisi de matbaacılıkla uğraşan Proudhon, emekçi kesimin ve halkın dertlerini yakından biliyordu, bu yüzden nispeten halka ve somut sorunlara daha yakın bir düşünür olmuştur⁵⁸.

⁵⁷ Proudhon (2013), s. 261.

⁵⁸ Helmut Rüdiger, “*Bir Belge: Proudhon, sendikalizm ve anarşizm üzerine*”, *Anarşizmin Bugünü*, der. Hans-Jürgen Degen, çev. Neşe Ozan, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1999, s. 183.

Proudhon'a göre anarşi artık düzensizlikle eşanlamlı değildir, çağdaş dünyanın siyasi ideali haline gelmektedir. Ona göre insanlık her geçen gün efendinin, egemenin olmadığı bir yönetim şekline doğru ilerlemektedir⁵⁹. İnsanlar ancak özgür olduklarında düzenin varlığından bahsedilebilecektir, yoksa bir düzen olduğundan dolayı insanlar özgür olmazlar. Düzen, özgürlüğün doğal sonucudur. Proudhon bu görüşünü veciz bir şekilde “Özgürlük, düzenin kızı değil anasıdır.” sözleriyle ifade etmiştir⁶⁰.

Proudhon, yönetilmenin ne denli korkunç bir şey olduğunu *Idée générale de la Révolution au XIX^e siècle* (XIX. yüzyılda Genel Devrim Düşüncesi) kitabında şu sözlerle dile getirmektedir: “Yönetilmek, ne böyle bir hakka, ne bilgiye ne de erdeme sahip olan yaratıklar tarafından gözaltında tutulmak, teftiş edilmek, gizlice izlenmek, yönetilmek, yasalara bağımlı kılınmak, düzenlenmek, kapatılmak, fikir aşılınmak, vaaz verilmek, denetlenmek, hesaplanmak, değer biçilmek, sansüre uğramak, emredilmektir. Yönetilmek, her eylemde, her işlemde, her harekette fişlenmek, kaydedilmek, sayılmak, tarifelendirilmek, damgalanmak, tartılmak, listelenmek, masraf ödemek, gelir vergisine bağlanmak, kovulmak, izin verilmek, şerhedilmek, azarlanmak, engellenmek, ıslah edilmek, düzeltilmek, cezalandırılmaktır. Kamu yararı kisvesi altında ve genel çıkar adına yükümlü tutulmak, kullanılmak, soyulmak, istismar edilmek, tekellere bağlı kılınmak, emniyeti suiistimal edilmek, baskı altında tutulmak, gizemleştirilmek, hırsızlığa uğramaktır; sonra da en ufak direnişte, ilk şikayet kelimesinde bastırılmak, cezalandırılmak, karalanmak, rahatsız edilmek, takip edilmek, şiddete maruz kalmak, dövülmek, silahsız bırakılmak, idam edilmek, hapse kapatılmak, kurşuna dizilmek, ateş edilmek, yargılanmak, mahkum edilmek, sürülmek, kurban edilmek, satılmak, ihanete uğramak ve bardağı taşıran son damla olarak da oyuna gelmek, kandırılmak, öfkelenendirilmek, onursuz bırakılmak demektir. İşte yönetilmek budur, onun adaleti budur, onun ahlakı budur!”⁶¹

Mülkiyet Nedir?’de de yönetilme kavramını korkunç bir canavar gibi gösteren Proudhon da Fransız Devrimi’ndeki bazı noktaları eleştirmekle işe başlar. Devrim’e göre modern toplumun üç temel ilkesi vardır⁶²: Bunlardan ilki

59 Préposiet, s. 81.

60 Paul Avrich, **Anarşist Portreler**, çev. Osman Akınhay, İstanbul: Doruk Yayınları, 2003, s. 212.

61 Pierre-Joseph Proudhon, **Idée générale de la Révolution au XIX^e siècle**, Paris: Garnier Frères, 1851, s. 341, <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6115074k> (04.01.2014)

62 Proudhon (2013), s. 38.

insan iradesinin egemenliğidir ki Proudhon'a göre bu düpedüz despotizmdir. Kralın iradesinin yerine insan iradesi geçmiştir ve insanlar kendilerini özgür oldukları yönünde kandırmaktadırlar. İkinci ilke servet ve mevkide eşitsizliktir –eşitlik değil-, çünkü özel mülkiyet korunmuştur ve aristokrasi kaldırılrsa da halkın efendisi vergi ödediği için oy kullanmaya hakkı olan kişiler olmuştur. Üçüncü ilke ise mülkiyettir; mülkiyet adaletin bile üstünde yer almaktadır. Devrim ile kurulan bu sistem, eksiklerle doludur. Fransız Devrimi'nde sadece politik değişiklikler ile ilgilenilmiş, ekonomik değişiklik ihtiyacı tamamen göz ardı edilmiştir. Cumhuriyet ile yeni bir toplum kurulması lazım gelirken yalnızca yeni bir hükümet kurulmuştur⁶³. Kral yerinden indirilmesine indirilmiştir, ancak bu sefer de kralın iradesi yerine halk kendi iradesini geçirip kendini yine boyunduruk altında tutmaya devam etmiştir. Burada Stirner'in köleliğin içselleştirilmesi düşüncesiyle paralellik kurulabilir. Proudhon'un eleştirilerinden hukukçular da nasibini almıştır: Devam eden süreçte hukukçuların görevi yapılan ilk yasa ve anayasalardan sonra mevzuattaki yanlışlıkları düzeltmek, eksiklikleri tamamlamak, çelişkileri gidermek olmalıyken onlar da lafza takılıp birer yorumcu ve şerhçi kimliğine bürünmüştür⁶⁴.

Devrimci düşünce ve 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, dört hakkı öne çıkarmaktadır: özgürlük, eşitlik, emniyet ve mülkiyet⁶⁵. Bunlardan ilk üçüne verilen değer anlaşılabilir, bunlar artırılması veya azaltılması mümkün olmayan haklardır. Özgürlük insan için *sine qua non* bir varlık koşuluyken eşitlik toplumun temelidir. Bir insanın kendi güvenliği, en az toplumdaki diğer kişilerin emniyeti kadar önemlidir. Özgürlük beraberinde özgürlüğü, eşitlik beraberinde yine eşitliği getirirken mülkiyetin farklı bir karakterde olduğunu görürüz. Özgürlük, emniyet ve eşitliğin kökeni araştırılmamıştır bile, insan onlarla var olur; bu üç ilkeyle doğar, yaşar ve ölürüz. Ancak mülkiyet, öznesi olmayan bir hak gibidir, insandan bağımsız, soyut bir kavramdır. Mülkiyetin kaynağı da net olarak bulunamamıştır, mülkiyeti savunanlar mülkiyetin ezel-den beri var olmasına dayansa da bunun mülkiyeti bir doğal hak olarak kabul etmemiz için yeterli olmayacağı aşikardır. Mülkiyet Nedir?'in ilerleyen bölümlerinde mülkiyetin kaynağı olarak gösterilen ihraz (*occupation*, aslen iktisap) ve emeğin (*travail*) de neden bu işlevi yerine getiremeyecekleri gerekçeleriyle tartışılmıştır. Netice olarak Proudhon, mülkiyet kavramının mantıken imkansız olduğu sonucuna vararak mümkün olan tek şeyin üretim araçları

63 Woodcock, s. 139.

64 Proudhon (2013), s.105.

65 Ibid.,s. 54 vd.

üzerinde bir zilyetlik (*possession*) kurmak olacağı, bundan sonra da kişinin üreteceği ürünleri istediği gibi kullanabileceğini savunur. Emeğin ürünlerine sahip olma, sürekli çalışma şartını da beraberinde getirir. Özel mülkiyet yüzünden var olan eşitsizlikler ortadan kalkınca zaten herkes seve seve çalışacaktır. Proudhon emeğin ürünleri üzerindeki mülkiyeti kabul etse de üretim araçları üzerindeki mülkiyeti katiben kabul etmez. Ona göre emeğin ürünleri üzerindeki hak *jus in re* yani özeldir, üretim araçları üzerindeki hak ise *jus ad rem* yani kamusaldır⁶⁶.

Proudhon da anarşiyi liberalizm-komünizm çerçevesinde bir noktaya oturtmaya çalışmıştır. Ona göre liberalizmin savunduğu mülkiyet eşitliği onulmaz biçimde yok ederken komünizm de bağımsızlığı yadsır; anarşi/özgürlük ise her ikisinin de kusurlarını ortadan kaldıracaktır. Komünizm bireye gerektiği kadar önem vermemektedir, mülkiyet de insanın kendini bu anlamda ilkel bir birlik biçimi olan komünizmin köleliğinden kurtarmak istemesinden kaynaklanmaktadır⁶⁷. Anayasa herkese eşitliği vaat ederken aynı zamanda mülkiyeti bu kadar katı bir biçimde korumaya çalışıyorsa ortada bir çelişki vardır; çünkü mülkiyet insanlar arasında eşitliğin olmasının önündeki en büyük engeldir. Bu çelişkili durum sadece mülkiyet ile eşitliğin çatışmasından kaynaklanmamaktadır; örneğin anayasada düşünce özgürlüğü yazılı olmakla beraber çoğunluğun üstünlüğü adı altında düşünce köleliği de aynı şekilde anayasada hükme bağlanmıştır⁶⁸.

Ödevler ve haklar ihtiyaçlardan doğar; başkaları ile olan ilişkilerde ihtiyaçlar hakları, kendimizle olan ilişkimizde ortaya çıkan ihtiyaçlar ise ödevleri doğururlar. Özgürlük (*liberté*) kelimesinin kökenine çalışmasında yer veren Proudhon, *libertas*, *liberare*, *libratio*, *libra* (*libre - denge*) kelimelerinin aynı kökenden geldiğine dikkat çekerek özgürlüğü hak ve ödevlerin dengesi olarak tanımlamıştır. Özgürlük bu bağlamda eşitliktir. Proudhon'un eşitlikten anladığı da mutlak bir eşitlikten ziyade fırsatların, çıkış noktalarının eşitliği⁶⁹. Özgürlük ancak eşitliğin oluşabileceği toplum içinde mümkün olabileceğinden aynı zamanda sınırsız çeşitliliktir çünkü her iradeye saygı gerekir. Özgürlük anarşidir, çünkü özgürlük bir iradenin yönetimini değil, ancak ve ancak yasanın yetkesini, yani zorunluluğu tanır. Aklın egemenliği, iradenin egemen-

66 Ibid., s. 111.

67 Woodcock, s.121.

68 Proudhon (2013), s. 99.

69 Rüdiger, s. 187.

liğine son verecektir ve toplum entelektüel açıdan geliştikçe insanın insan üzerindeki yetkesi sona erecektir. Mülkiyet ve krallık, dünyanın başından beri çöküş içerisinde. İnsanların adalet ve eşitlik peşinde koşması gibi toplum da düzeni anarşide arayacaktır⁷⁰.

İnsanın özgürlüğünü engelleyen etmenler ortadan kaldırıldığında ve eşitlik sağlandığında ne olacaktır? Toplumun işleyişi nasıl sağlanacaktır? Anarşizmde genel olarak ortadan kaldırılan otoritenin yerine bireylerarası istek ve iradeye dayalı işbirliği sistemi önerilmektedir. Herkese uygulanan objektif hukukun yerini nisbi etkili sözleşmeler alır. Anarşistler fiktif bir toplum sözleşmesi fikrine sıcak bakmamaktadırlar, her türlü borç ve hakkın doğrudan kişinin kendi iradesinin ürünü olması gerektiğini savunurlar. Tüm insan ilişkilerinin temelinde sözleşme olmalıdır⁷¹. Proudhon da sözleşmelere ayrı bir önem atfetmiştir. Ona göre Rousseau'cu anlamda bir toplum sözleşmesi hukuki ve *a posteriori* bir soyutlamadan ibarettir. Anarşist sözleşmeler ise gerçeği yansıtır; tek değildir, birden çoktur. Toplum sözleşmesinde kişi, özgürlüğünden tamamen feragat edip herkesle aynı hak ve özgürlüklere sahip olurken, anarşist sözleşmelerde kişi verdiğinin karşılığını alır ve sözleşmeye konu edilmeyen alanlarda tamamen özgür olmaya devam eder. Böylece değişken ve sonsuz sayıdaki sözleşmelerden federalizm doğacaktır. Burada düşünür suya atılan taş metaforunu kullanmıştır, yayılan halkalar farklı ölçeklerdeki federasyonları temsil etmektedir, her şeyin merkezinde ise birey yer almaktadır⁷². Proudhon'un sözleşme anlayışı çok şekli ve dışsal görünse de bir üstün gücün (devletin) hakimiyeti altında yapılan faaliyetlere kıyasla o kadar da şekli değildir. Her sözleşmenin temelinde tamamen şahsi ve gerçek bir menfaat yatmaktadır, sözleşme sadece bu menfaatin dışı vurumudur⁷³. Böylece kanunların yerini sözleşmeler alacaktır. Belli olmayan bir tarihte yapıldığı varsayılan ve aklın yasalarına aykırı olan bir toplum sözleşmesi hiçbir koşulda kabul edilemez. Proudhon, mülkiyet hakkı gibi var olması imkansız bir hakkı tanıyan bir toplum sözleşmesini bizzat Grotius, Montesquieu ve Rousseau kaleme alsaydı ve tüm insanlığa imzalatılsa bile böylesi bir sözleşmenin batıl olacağını ileri sürmüştür⁷⁴. Ancak anarşist sözleşme ile bir kişi, kendi ürettiği bir ürünü kendi iradesiyle başkasına vermeyi, sözleşmenin karşı tarafı da o eşyayı

⁷⁰ Proudhon (2013), s. 266-270.

⁷¹ Üskül, s. 95; Göze, s. 313.

⁷² Arvon, s. 73-75.

⁷³ Mounier, s. 118.

⁷⁴ Proudhon (2013), s. 96.

ondan almayı kabul edebilir, sözleşme ancak bu şekilde karşılıklı iradelerin uyuşmasıyla var olabilir.

Proudhon'a göre de bir devrim gereklidir, ancak bu devrim bir siyasal devrim olmamalıdır. Siyasal bir devrim ile asıl hedeflenen toplumsal devrime ulaşılamaz. Toplumsal devrim bireylerin kendi rızalarıyla, ahlaki ilkeler çerçevesinde gerçekleştirilirse etkili olabilir⁷⁵. Proudhon bu sebeple Marksistler tarafından sık sık ütopyacı olarak anılmıştır. 1841 yılında yazdığı bir mektupta Proudhon, aslında düşünce tarzının o kadar da hayalci olmadığını gösteren şu ifadelerle yer vermiştir: “Görevimiz beynimizin içinde herhangi bir sosyal sistem yaratıp, sonra da bunun propagandasına girişmek değildir. Dünya böyle reforme edilmez. Toplum sadece kendisinden hareketle düzeltilebilir; bu demektir ki, biz insan doğasının yasalardaki, dinlerdeki, örf ve adetlerdeki, siyasal ekonomideki bütün dışavurumlarını incelemek ve bu malzeme yığınının özünü bulup çıkarmak zorundayız. Hastalıklı, yanlış, yetersiz olanı ayıklamalı ve geriye kalanın temelleri üzerinde, çabalarımızın yönünü gösterecek prensipler formüle etmeliyiz – bu üstesinden gelinmesi yüzyıllar sürececek bir iştir.”⁷⁶ Proudhon her şeyden ziyade halkta bir bilinç uyandırmayı hedefliyor gibi görünmektedir. Bu amaçla Proudhon, Fransız Devrimi tarihi hakkında da bir eser yazmaya başlamıştır. Bu çalışmasında *Ancien Régime* yıkıldıktan sonra yaşanan tüm rejim değişikliklerinde esas aktörün halk olduğunu göstermeye çalışmış, halkı kendi kuvvetinin bilincine varmaya çağırmıştır. Ona göre devrim dönemlerinde halk bir devrim hukuku uygular ki bu hukuk *sui generis*'tir, ne kodifiye edilmiş pozitif hukuka ne de doğal hukuka benzemektedir. Devrimci halk ne yazık ki bu kolektif gücünün farkında değildir ve özgürlük hakkında pek düşünmez. Öyle ki tarih boyunca tüm sorumluluğu üstün bir şahsiyete veya otoriteye – bu devlet veya tanrı olabilir- vermedikleri sürece toplumda ve evrende düzenin sağlanamayacağı kanısında olmuştur. Adalet de halk gibi hareketli ve devrimci bir yapıya sahiptir, bu sebeple de halk doğrudan adaleti sağlama görevini eline almalıdır. Genel oya indirgenmiş bir demokrasi, safsatadan başka bir şey değildir, öyle ki genel oyun yapabileceği tek şey belli bir görüşü temsil etmektir, ebedi akıllı değil⁷⁷. Proudhon hayal ettiği devrim, meşhur Halk

75 Üskül, s. 100.

76 Rüdiger, s 185.

77 Edward Castleton, “Aux origines de l'ontologie sociale proudhonienne l'apport des manuscrits inédits”, *Philosophie de l'anarchie: Théories libertaires, pratiques quotidiennes et ontologie: Actes du colloque de Lyon, mai 2011*, éd. Jean-Christophe Angaut, Daniel Colson, Mimmo Pucciarelli, Lyon: Atelier de création libertaire, 2012, s. 107, 121-124.

Bankası, meta evleri, kooperatifler gibi kurumlar aracılığıyla kapitalizmin ve devletin dışında ve ötesinde alternatifler yaratarak kitlelerin bu ikisinden bağımsızlaşmasını sağlamaktır. Devleti toplumun içine emdirerek, devleti toplumsallaştırarak kurumları dönüştürmeyi planlar. Çünkü tarihin de gösterdiği gibi toplumda devletin şu ya da bu şekilde üstlenmiş olduğu birtakım görevleri yerine getirecek yapılar önceden kurulmamışsa yapılacak her türlü devrim, devrilen iktidarın yerini bir başkasının almasıyla sonuçlanacaktır⁷⁸.

Proudhon'un düşüncesi birey ile toplumu Godwin veya Stirner kadar ko-parmamakla birlikte Fransız düşünürü anarşizmin komünist kanadına sokacak kadar da kolektivist değildir. Proudhon yine insanın ancak toplumsallık içinde var olabileceğini kabul etmesine rağmen bireye ve bireyin iradesine genel olarak bir toplum kavramından daha çok kıymet verir görünmektedir. Ayrıca her ne kadar mülkiyete kesin bir dille karşı çıksa da Proudhon, kişinin emeğinin ürünlerinin üzerinde sınırlı bir mülkiyet hakkını tanıyarak komünist anlayıştan ayrılmaktadır. Devletin ve her türlü otoritenin ortadan kaldırılıp özgürlükle eş anlamlı anarşiye geçilmesi aşamasında öngördüğü barışçıl dönüşümle hareketi kitlelerden ziyade tek tek bireylerce başlatmak istemesi de onu daha çok bireyci kanada yaklaştırır.

B) Komünist Anarşistler

Komünist anarşistlerin arzusu da sistemi yıkmaktır, bu anlamda bireyci anarşistlerden ayrıldıkları söylenemez. Ancak bizzat var olan düzenin yıkılması için izlenecek yol ve düzen yıkıldıktan sonra toplumun yeniden kurulması bakımından komünist anarşistlerle bireyci anarşistler arasında farklılıklar bulunmaktadır. Bireycilerde gördüğümüz sınırlandırılmış özel mülkiyete az da olsa izin verilmesi gibi bir olguya komünistlerde hiç rastlanmaz. Komünist anarşistler her şeyin mülkiyetinin herkese ait olduğu bir kolektif mülkiyet anlayışına bir an önce geçilmesi konusunda birleşirler.

Komünist anarşistlerde öncelikle tam bir eylem adamı olan Bakunin'i inceledikten sonra anarşist düşünce bakımından XIX. yüzyıl ile XX. yüzyıl arasındaki köprüde duran Kropotkin'i ele alacağız.

1. Mihail Bakunin (1814 – 1876)

Şüphesiz ki Mihail Bakunin, XIX. yüzyıl anarşizminin en renkli simalarının başında gelir. Hayatı boyunca Avrupa, Amerika ve Japonya'ya kadar

⁷⁸ Benlisoy, s.390.

uzanan bir coğrafyada faaliyet göstermiş, gittiği her yerde anarşist ideali yaymaya çalışmıştır. Düşüğü hapishaneden kaçışıyla, bizzat katıldığı ayaklanma ve direniş hareketleriyle daha yaşarken bir efsane haline geldiğini söylemek yanlış olmaz. Bakunin'in etkin olarak yürüttüğü bu faaliyetler, özellikle Güney Avrupa'da onun ölümünden sonra da anarşist eylemlerin devam etmesini sağlayan altyapıyı oluşturmuştur.

Bakunin'in düşüncesi incelenirken Bakunin sık sık Karl Marx ile karşılaştırılır, ki bu tutum pek de haksız sayılmaz. I. Enternasyonal'e bu iki düşününün çekişmeleri damga vurmuş; hatta I. Enternasyonal, Bakunin ve yandaşları örgütten atıldıktan sonra tekrar etkili olamasınlar diye New York'a taşınma kararı dahi almıştır. Peki bu çekişmeyi doğuracak görüş ayrılıkları neydi?

Marx da Bakunin de Hegelci fikirlerden etkilendikleri ölçüde ortak bir noktadan çıkarlar. İki de kendilerini ezilenlerin ve yoksulların kurtuluşuna adanmıştı, ancak Bakunin bu yolda daha "eylem adamı" çizgisinde olup özgürlük mücadelesi için bizzat gidip barikatlarda çarpışırken Marx daha entelektüel bir çabayla arzulanan kurtuluşa ulaşmanın yollarını düşünmüştür. Kişiliklerindeki farklılıkların yanı sıra ilkeler bakımından da farklılıklar mevcuttu. Marx bir otoriterdi, Bakunin ise bir liberter. Marx merkezci bir yapıyı savunurken Bakunin bir an önce federalist bir yapıya geçilmesi gerektiği görüşündeydi. Marx merkezi devlete giden yolda işçilerin politik eylemle devleti bizzat ele geçirmeleri gerektiğini salık verirken Bakunin politikanın kimseye bir fayda sağlamayacağı, kurtuluşun derhal devleti yıkıp federatif bir örgütlenme içine girmede olduğunu savunuyordu. Marx, öngördüğü düzende üretim araçlarının devletleştirilmesi gerektiği görüşündeydi. Bakunin ise bir devletin dahi gereksiz olduğundan hareketle buna karşı çıkıyor, üretim araçlarının üzerinde derhal doğrudan işçi denetimi kurulması gerektiği görüşünü savunuyordu⁷⁹. Marksizmin temel söylemi sosyalizm ve komünizmden geçilerek devletin sönmüldüğü bir düzenin gerçekleştirilmesiydi. Bakunin de işte bu aşamalı geçişe karşı çıkmaktadır, zaten şu anda kendisi tahakküm altında olan işçi sınıfının kendisinin bir proletarya diktatörlüğü kurması fikrine katılmamaktadır. Nihai hedef aynı olsa da bu devletsiz döneme geçişin nasıl yaşanması gerektiği konusunda Marx ile Bakunin bir uzlaşmaya varamamıştır.

Bakunin, devletin toplumun özgürlüğü engellemesinin yanı sıra asla "iyi" sıfatını haiz bir varlık olarak algılamayacağını da savunmaktadır. Bakunin'e göre devlet, insanı hayvanlığa bağlayan bir zincirin halkasıdır, devlet

⁷⁹ Woodcock, s. 176-177.

ortadan kalkmadıkça insanların insan olarak yaşayıp özgür olması mümkün olmamaktadır. Devlet, yönetilenleri küçültür ve alçaltır. Devletin sahip olduğu gücü sadece iyiliğin hizmetinde kullandığı varsayımda bile devlet, iyiliği gücüne dayanarak zorla kabul ettirdiği için iyiliğin niteliğini değiştirecektir, çünkü emir ile özgürlük bağdaşmayan kavramlardır. Emir ile gelen bir iyilik kötülüğe dönüşür, çünkü insan onuru iyiliği özgürce istemelidir⁸⁰. Bakunin'de de anarşistlerde gördüğümüz iyimserliğe rastlarız; kendisine baskı uygulayan kurumlar ortadan kalktığında -ki buna din de en az devlet kadar dahildir- insanın iyi özü ortaya çıkacaktır. İnsan, yalnızca üzerinde herhangi bir baskı olmadığına, davranışlarına özgür iradesi yön verdiğinde insan onuruna uygun olarak yaşamış sayılacaktır.

Bakunin özgürleşme hareketinin somut, elle tutulur olmasından yanaydı. Yukarıda değindiğimiz üzere Bakunin, büyük ölçüde Hegel'den etkilenmişti. "Gerçek olan her şey rasyoneldir" düsturu etrafında meşrulaştıran Hegelcilere güvenmiyor, Hegel'in düşüncesindeki metafizik öğeleri atıp işi reddiyetçiliğe varıran kanadın etkisinde büyük bir devrimin gerçekleşeceğine inanıyordu. Zira ona göre Hegel'in felsefesinden Rousseau ve Voltaire'inkinden daha bütünlüklü ve ayrıntılı bir felsefe türetilmişti. Ancak bu hareketin şanssızlığı, başına kendini metafizikten kurtaramayan Marx gibi birinin gelmesiydi. Potansiyel devrimin düşünsel kökenleri, soyutlamalara saplanıp kalmıştı, dolayısıyla elle tutulur bir sonuç elde edilememesi normaldi. Bakunin'e göre metafizikten gerçek hayata bir sıçrama yapılması imkansızdı⁸¹, dolayısıyla günün Marksizmi eyleme geçemeyecek bir düşünce sistemi olarak kalmaya mecburdu. Onlar da şüphesiz bir devrim istemekteydi, ancak görünüşe göre devleti devrimden daha çok istemekteydiler. Onların hayalindeki sözde halk temsiliyetine dayanan devrimci diktatörlük modeli, aslında yine bir tür azınlığın çoğunluğu yönetmesinden ibaretti. Kitlelerin, neye oy verdiğini dahi tam olarak anlamayan halk yığınlarının verdiği oylarla bir yalancı meşruiyet sağlayan hükümetlerce yönetilmesiyle bir devrimci diktatörlük tarafından yönetilmesi arasında fark yoktu⁸². Bakunin'in düşüncesinde siyasi temsiliyet, her ne şekilde olursa olsun erkin devri demekti ve erki devredenlerin devralanlarca sömürülmesi tehlikesi ortaya çıkardı⁸³.

80 Arvon, s.60.

81 Mihail Bakunin, **Devlet ve Anarşi**, çev. Murat Uyrkulak, İstanbul: Agora Kitaplığı, 2006, s. 170-171.

82 Ibid., s. 178.

83 May, s. 62.

Bakunin gerçekleşecek devrimin bir halk devrimi olması gerektiği görüşündeydi. Belli bir sınıfın düzeni yıkıp kendine ayrıcalıklı bir yer sağlaması onun düşüncesiyle bağdaşmazdı. Devrim kaynağını soyut ideallerden değil, hayatın somut gerçekliklerinden almalıydı ki devrim neticesinde ortaya çıkacak düzende de somut, toplumun faydalanabileceği bir özgürlük ortamı oluşabilirdi. Bu yüzden Bakunin'in hayata geçirmeye çalıştığı geniş halk yığınlarını kucaklayan, herkes için ulaşılabilir olan anarşist toplumsal devrim yöntemidir⁸⁴. Soyut düşünceleri de hayat üretmesine rağmen bu soyut düşüncelerin hayatı etkilemesi olanaksızdır. Hayat kendi içinde ayrı bir gücü ifade eder, soyutlamalar da ancak bu gücü anlayabilmek adına yapılır, yoksa onu etkileme gücü yoktur. Gerçek hayatta yaşayanlar bize devletin baskıcı bir yapı olduğunu, her ne ad altında olursa olsun herhangi bir otoritenin altında özgür yaşamının imkansız olduğunu göstermektedir. Bu durum karşısında yapılacak devrimin tek amacı devleti yıkarak eşitlik ve özgürlüğe dayalı yeni bir toplum kurulmasıdır. Bakunin "mantıken" bir devrimci hükümetin kurulması gerektiği fikrine karşı çıkar. Emekçilerin yapması gereken bir şey varsa bu kendilerine baskı uygulayan devleti ortadan kaldırmak olmalıdır, yönetime kendi adlarına el koymak değil. Hele ki proletarya diktatörlüğünden sonra devletin sönmüneceği yönünde bir düşünceye varmak abesle iştigaldir, çünkü Bakunin'e göre hiçbir iktidar kendi kendini yok etmek için var olmaz. Eğer ortada bir diktatörlük varsa bunu yegane amacı kendini devam ettirmek olacaktır⁸⁵.

Bakunin, metafizikçileri suçlamaya devam eder ve hepsini modern Prokrustes'ler olarak tanımlar. Yunan mitolojisinin bir karakteri olan Prokrustes, biri büyük, biri küçük iki yatağa sahiptir. Atina yolu üzerinde yolcuları soyduktan sonra uzun boyluları küçük yatağa yatırıp ayaklarını keser, kısa boyluları da büyük yatağa yatırıp ayaklarından çekerek uzatır⁸⁶. Herkesi belli kalıplara sokmaya çalışır. Özgürlük yolunda Marksistlerinkine benzer bir diyalektiğin izlenmesinin zorunlu görülmesi de Bakunin'in gözünde çağdaş toplumun Prokrustes'i olmakla eşdeğer olacaktır.

Düşünüre göre insanın tüm düşünsel, ahlaki ve maddi gelişmesi ile varlığı, insanın toplum içinde yaşıyor olmasından kaynaklanmaktadır. Toplum dışında insan özgür olamayacağı gibi insan da olamazdı; çünkü kendine has bir bilince sahip olan, konuşan, düşünen bir varlık olması imkansız hale ge-

84 Bakunin (2006), s. 173.

85 Benlisoy, s. 380-381.

86 Azra Erhat, *Mitoloji Sözlüğü*, İstanbul: Remzi Kitabevi, 1972, s. 326.

lirdi. İnsanı gelişmeye iten şey ancak toplumsallık, ortak çalışmanın birlikte etkisi olabilir⁸⁷. Hatta Bakunin, kişinin özgürlüğünün başkalarının özgürlüğünün başladığı yerde bittiği şeklindeki klasik formüle de karşı çıkmış ve ancak bu andan itibaren özgürlüğün olumlandığını ve oradan da sonsuzluğa uzandığını savunmuştur. Bu anlamda özgürleşme hareketi de bireysel olmaktan çok toplumsal bir hareket olarak ortaya çıkacaktır. Tepeden inme birtakım yöntemlerle değil, alt tabakadan yayılan ve tabandan hareketle tüm dünyayı ele geçirecek olan bir özgürleşme hareketi ile gerçek devrim yapılabilir. Bakunin de halkı bu yönde harekete geçirmek için doğrudan eylemler yapılması, halkın en alt seviyede örgütlenmesi gereğinden yola çıkarak hareket etmiştir. Bu bağlamda Slav milliyetçiliği akımını dahi yerel düzlemde bir özgürlük hareketi olarak gören Bakunin, bu hareketlerden de desteğini esirgememiştir.

“Tek kelimeyle ifade etmek gerekecek olursa biz– ayrıcalıklı, imtiyazlı, resmi ve yasal- tüm kanunları ve tüm otoriteyi, ve genel oydan kaynaklanıyor olsalar dahi etkileri reddediyoruz; çünkü bunun yalnızca büyük çoğunluğun menfaatlerine karşın onları kendilerine tabi kılmış hakim sömürücü azınlığın lehine olacağına eminiz. Bu anlamda da bizler gerçekten anarşistiz.”⁸⁸ diyen Bakunin, ömrü boyunca peşinde koştuğu büyük devrimi göremeden ölmüştür. Ancak yaratmakla gurur duyduğu gizli örgütleri, senelerce eylemlerine devam edip toplumun tabanının düşünüldüğü kadar sakin olmadığını ve mücadeleye devam edeceğini göstermişlerdir.

2. Pyotr Kropotkin (1842 – 1921)

“Anarşist prens” olarak anılan Kropotkin, gerçekten de Rus soylularından bir prenstir. Kropotkin’in hayatını derinden etkileyen iki olayı belirtmemiz gerekirse, bunlar prensin bir coğrafyacı olarak haritalarını çıkarmaya gittiği Sibiry’a da şahit olduğu insanların zor yaşam şartları ve daha sonra ziyaret ettiği dönemin anarşist hareketinde önemli bir yere sahip olan Jura (İsviçre)’da yakından tanıma fırsatı bulduğu anarşist ilkelerle karşılaşmasıdır. İkinci olay hakkında Kropotkin, “Jura dağlarında gördüğüm eşitlikçi ilişkiler; işçilerde geliştiğini gördüğüm düşünce ve ifade bağımsızlığı ve davaya sınırsız bağlılıkları duygularımı daha da fazla etkilemişti ve bir hafta saat yapımcılarıyla

⁸⁷ Bakunin, 2013, s. 287.

⁸⁸ Aktaran Saul Newman, “Anarchism and Law: Towards a Post-Anarchist Ethics of Disobedience”, Griffith Law Review, vol. 21, No 2, 2012, s. 307.

kaldığım dağlardan döndüğüm zaman sosyalizm üzerine görüşlerim netleşmişti; artık bir anarşistim.”⁸⁹ diyerek bunun hayatında bir dönüm noktası olduğunu belirtmiştir.

Kropotkin’in anarşizmi, eşitlik ve özgürlüğe yaptığı vurgu ve bu amaçla ulaşılması için devletin ortadan kaldırılmasını zorunlu gördüğü ölçüde genel anarşist çizgiden ayrılmaz. Kropotkin, çağında birçok tartışmanın ortasında olan Darwin’in evrim teorisini anarşist ideallere uygulayarak evrim yasalarına göre yardımlaşma, adalet ve ahlakın insanlarda içgüdüsel olarak var olduğu sonucuna varmıştır. *Mutual Aid: A Factor of Evolution* (Karşılıklı Yardımlaşma: Evrimin Bir Faktörü, 1902) eserinde de temel olarak savunduğu tez budur. Tarihe bakıldığında insanların dayanışma ve arkadaşlık ruhuyla birlikte çalışma eğilimi sergilediği, karşılıklı yardımlaşma olgusunun bencillikten hep daha kuvvetli olduğu gözlemlenmiştir. Yani bir bakıma Hobbes’un doğal halde kavga içinde yaşayan insanlık savını reddetmiştir. Karşılıklı yardımlaşma olmasaydı insan türünün hayatta kalması düşünülemezdi. Düşünür, tarihsel sürecin kökeninde çatışmadan ziyade işbirliğine rastlandığı gözlemleyerek buna en güzel örneğin de Ortaçağ’da Avrupa’da görülen lonca ve komünler şeklindeki yardım birliklerinin olduğunu söylemektedir. Bundan sonra merkezi devletlerin ortaya çıkması bir tarihsel sapmadan ibarettir.⁹⁰ Kurulu düzenin belkemiği olarak görülen yasalar olmasa bile bu yardımlaşma içgüdüsi sayesinde insanlar doğal olarak birbirlerine destek olacaklardır ve ahlaklı olacaklardır⁹¹. Elbette Kropotkin’in bu “iyi yabanıl”a yüklediği ahlaklılık, bugünkü toplumda anladığımız değerler toplamından çok daha farklı bir kavramdır. Kropotkin anarşist ahlakı da *La Morale anarchiste* (Anarşist Etik, 1889) kitabında açıklayacaktır.

Kropotkin’e göre nasıl bir çocuğun sırf insan olması nedeniyle dört ayak üzerinden değil de iki ayak üzerinde yürüyeceğinden emin olabiliyorsak insanlığın da aydınlanıp kendisini engelleyen tüm bağlardan kurtulduğunda daima topluma yararlı yönde davranacağından emin olabiliriz⁹². Kropotkin burada evrim teorisinin bir imgesi olan iki ayak üzerinde yürümeyi kullanarak esin kaynaklarını belli etmiştir. Eşitliğin ve anarşinin temel ilkesi, kendine nasıl davranılmasını istiyorsan başkalarına da öyle davranmayı telkin eder.

89 Aktaran Woodcock, s. 201.

90 Avrich, s. 92.

91 Arvon, s. 95.

92 Kropotkine, **Anarşist Etik**, çev. Işık Ergüden, Ankara: Doruk Yayıncılık, 1999, s. 49.

Bu Hıristiyanlıkta görülen “kendine yapılmasını istemediğin şeyi başkalarına yapma, yoksa cehenneme gidersin” şeklindeki ahlak anlayışından çok daha üstün ve gelişmiş bir ahlak anlayışıdır⁹³. Böyle bir ahlak anlayışı ile dayanışma duygusu birbirini destekler; eşitlikçi dayanışma ilkesi ne kadar gelişmiş ve alışkanlık halini kazanmış olursa insanlığın ayakta kalma şansı da o kadar yüksek olur⁹⁴. Buradan çıkan sonuç da şudur ki devlet ve din gibi kurumlar, insanların varlığı için elzem kurumlar değildir. Bu kurumlar olsa olsa insanın doğasına uygun davranması karşısında engeller olarak var olabilir. Devlet baskısı ortadan kalkınca insanın toplumsal olan doğası yeniden ortaya çıkıp hakim olacaktır⁹⁵.

1882 yılında Lyon’da ipek işçilerinin grevi üzerine Enternasyonal’e üye olduğu için tutuklanan Kropotkin, mahkeme önünde kendini savunurken anarşizmin ister seçilmiş olsun ister dayatılmış olsun hiçbir iktidarın varlığıyla bağdaşmayan bir kavram olan özgürlüğü istemek olduğunu belirtmiştir. Bunun için de anarşist hareketin temel talebi idari ve yasal vesayetin, dayatılan disiplinin yerine özgür sözleşmelerin geçmesidir. Eşitlik sağlanmadıkça, insanları hapse tıkan otoritenin yanı sıra insanları aç bırakan mülk sahipleri de ortadan kalkmadıkça özgürlüğün gerçekleşmesi imkansızdır⁹⁶. Bu amaçla ulaşmak için derhal üretim araçları ortak mülkiyete geçirilmelidir. Kropotkin için de yaşanacak bu özgürleşme hareketi kanlı bir devrimden ziyade kamuoyunun olgunlaşıp devrimi kendiliğinden ve barışçı bir biçimde gerçekleştirmesiyle olacaktır. Ancak bu şekilde devletsiz, mülkiyetsiz, açlığın ve yokluğun olmadığı, herkesin özgür olduğu bir altın çağ başlayabilecektir⁹⁷. Bu olgunluk oluşmadan yapılacak bir devrim, yine devrimcilerin iktidarı ile sonuçlanacaktır. Kropotkin’in bu görüşünün Bakunin tarafından da paylaşılmakta olduğunu görmüştük.

Günümüzdeki ahlak bozukluğunun ve özgürlükten uzak ortamın sorumluları kapitalizm, din, adalet ve hükümet ortadan kalktığında herkes dilediğince özgür olacaktır. Sömürü ve köleliğe dayalı bir toplumda insan doğası değerini yitirir. Kölelik yok olduğu ölçüde insan, haklarını yeniden elde ede-

⁹³ Ibid., s. 42, 32.

⁹⁴ Ibid., s. 36.

⁹⁵ Benlisoy, s. 368.

⁹⁶ Pyotr Kropotkin, *Anarşi Felsefesi - İdeali*, çev. Işık Ergüden, İstanbul: Kaos Yayınları, 2005, s. 109-110.

⁹⁷ Avrich, s. 101.

cektir⁹⁸. Özgür olan insan mutluluğu arayacaktır ki Kropotkin'e göre bu, birçok siyaset kuramının tamamen görmezden geldiği bir noktadır. Kropotkin de Godwin gibi teknolojinin gelişmesiyle insanların daha az çalışmasının gerekeceğine inanmakla birlikte sömürücü düzenin ortadan kalkması ve herkesin toplumun ihtiyaçlarının giderilmesine katıldığı dayanışmacı yapının ortaya çıkmasıyla her insan, 45-50 yaşına kadar günde 4-5 saatlik bir çalışmayla yetinebilecektir⁹⁹. Yüz yıl sonra bu hesaplamaların uzağında olduğumuzu göz önüne alırsak özgür olmak için kat etmemiz gereken çok yol olduğu sonucuna varmak pek de hatalı olmaz. Kropotkin'de hakim olan ilke, "herkesten imkanlarına göre, herkesin ihtiyaçlarına göre"dir¹⁰⁰. Bakunin'de görülen "herkesten imkanlarına göre, herkesin eylemlerine göre" şeklindeki kolektivist karşılıklık diyebileceğimiz görüşün bir adım ötesine geçmiştir. Kolektivizm de bir bakıma performansı ölçer, Kropotkin'in özgür toplumunda ise emeğe bakılmadan herkes ihtiyacını alacaktır. Elbette bu durum, zaten herkesin gönüllü olarak, isteyerek çalışacağı ön kabulüne bağlanmıştır¹⁰¹. Kropotkin, bu durumun bugün bile geçerli olduğunu savunmaktadır; öyle ki sokaklar herkes için aydınlatılmakta, kütüphaneye gidip kitap aldığımızda kimse bize topluma ne gibi bir katkımızın olduğunu sormamaktadır.

Kropotkin'de de Hegelci diyalektik ile son derece haşır neşir olmuş olan Bakunin'de olduğu gibi Marksistler tarafından paylaşılan diyalektik görüşlere bir karşı çıkış vardır. Marksistlere göre kalabalıkların kendiliğinden hareketi bir şekilde organize edilmelidir, bu da bir devleti gerekli kılmaktadır. Proleter diktatörlüğü, sosyalizm ve komünizm aşamalarıyla gerçekleşecek devrimde devlet sonunda yok olacak olsa da en başta bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Diyalektik düşünceye göre kötülükten iyilik çıkabilir, bu nedenle özgürlük de karşıtı olan baskı ve zorlamadan çıkabilecektir; hatta böyle olması da gerekir. Kropotkin mutlakıyetçi bulduğu bu görüşü tamamen reddederek devlet bizzat kötülüğün kendisidir¹⁰², ne yapılırsa yapılsın devletin iyi bir şey meydana getirmesi imkansızdır görüşünü savunmuştur¹⁰³. Son derece tutarlı olarak Kropotkin, Bolşevik Devrimi'nden sonra kendisine yapılan hükümete

⁹⁸ Kropotkine (1999), s. 52.

⁹⁹ Pierre Kropotkine, *La conquête du pain*, Paris: Tresse et Stock, 1892, s. 135, <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k76171n> (05.01.2014).

¹⁰⁰ Woodcock, s. 170.

¹⁰¹ Avrich, s. 94.

¹⁰² Kropotkin (2005), s. 109.

¹⁰³ Préposiet, s. 279.

katılma teklifini de reddetmiştir ve tıpkı 40 yıllık Jakoben iktidarından sonra “özgürlük” kelimesinin bir lanete dönüşmesi gibi Rusya’da da “sosyalizm” kavramının bir lanete dönüşeceği yönünde kehanette bulunmuştur¹⁰⁴.

Komünizmi yukarıdaki şekilde eleştiren Kropotkin, parlamenter rejimlerin de sonunun geleceğini düşünmektedir. Ona göre posta örgütleri, demir yolları, Avrupa’daki meteoroloji ve coğrafya dernekleri işleyişlerini sağlamak için uluslararası düzeyde parlamentolar kurup bunların aldıkları yasaları uygulama ihtiyacı hissetmemektedir; insanlar tüm yetkileri seçilen bir avuç kişiye bırakmanın ne kadar budalaca olduğunu görüp bu örneklerde ifadesini bulan farklı arayışlara girişmişlerdir¹⁰⁵. Günümüzde sivil toplum örgütlerinin artmasını ve bunların uluslararası alandaki gücünü ve yeni hükmet sistemi arayışlarını düşünürsek, Kropotkin’in yaptığı tespitlerin hala geçerliliğini yitirmediğini teslim etmemiz gerekecektir.

C) Pasifist Anarşizm – Lev Tolstoy (1828 – 1910)

Lev Tolstoy, her zaman edebiyatçı kimliğiyle ön plana çıkmış olsa da anarşist düşünce içinde özel bir yere ve öneme sahiptir. Gerçi Tolstoy, Proudhon veya Kropotkin gibi kendini anarşist olarak adlandırmıyordu, hatta bu sıfatı toplumu şiddete dayalı araçlarla değiştirmek isteyenler için kullanıyordu. O kendisini daha çok bir hakiki Hristiyan olarak nitelendiriyordu¹⁰⁶. Diğer anarşistler insanın akli ve iradesi önünde bir teşkil oluşturduğu ve insanı tahakküm altında yaşamaya mahkum ettiği için her türlü din ve tanrı fikrini dışlayıp yıkarken bunların aksine Tolstoy, esin kaynağını ilk Hristiyanlardan alıp dine dört elle sarılıyordu. Ancak bu kesinlikle sofuluk değildi; ilk Hristiyanların inancı, basit ve erdemli yaşayışları, şiddete karşıtlıkları ve hiyerarşik bir örgütlenmeye sahip olmamaları onun için hayranlık uyandırıcıydı. Kilisenin devlet ve ekonomik iktidar ile kurduğu bağlar bu ideal düzeni bozmuştu. Gerçek Hristiyanlığın yeniden egemen olabilmesi için tüm bu tür otoritelerin reddedilmesi gerekiyordu¹⁰⁷.

Tolstoy’un anarşizmi, gizemci bir karakter taşır¹⁰⁸. Hristiyan anarşisti, Hristiyan reformcusu, köylü sosyalisti, halkçı gibi sıfatlar yakıştırılan Tols-

¹⁰⁴ Ibid., s.286.

¹⁰⁵ Kropotkin (2005), s. 99.

¹⁰⁶ Woodcock, s. 228.

¹⁰⁷ Benlisoy, s. 406.

¹⁰⁸ Arvon, s. 63.

toy¹⁰⁹, halka zor uygulayan devlete, kiliseye, hukuka ve mülkiyete karşıdır. Cisimleşmiş her tür iktidar, insanı gerçek yasalar olan, İsa'nın da yaymaya çalıştığı sevgi yasasından uzaklaştırır. Özgürlük, sevginin hakimiyeti ile eşanlamlı sayılır. Yazarın romanlarında bile iktidarın tahakkümünden uzak, köylü karakterler hep saf ve iyi olarak resmedilmişlerdir. Tolstoy da hayatının son yıllarını bu pastoral saflığa ve iyiliğe duyduğu hasretten dolayı çiftliğinde sade bir hayat sürerek geçirmiştir.

Tolstoy'a göre despotik bir hükümet altında vahşi şiddete maruz kalan insanlar bile özgür olabilirler, ancak anayasal bir hükümetin vatandaşı her zaman köle kalır, çünkü o hükümeti kendi yaratmıştır ve devletin ortaya çıkışıyla sürekli hale gelen şiddete rıza gösterip onun bir parçası haline gelmiştir¹¹⁰. Stirner ve Prouhon'daki içselleştirilmiş kölelik kavramının Tolstoy'da da temellerini bulduğunu görüyoruz. Anarşistleri kelimenin tam manasıyla pasifist olarak nitelendiremesek de hepsinin şiddete karşı eleştirel yaklaştığını görürüz. Tolstoy ise bir adım öteye gitmiş, şiddeti düşüncesinden tamamen atıp direnmezlik ilkesi etrafında özgürlük mücadelesini vermiştir. Tolstoy, Hindistan'da yaşanan gelişmeler üzerine yazdığı 1908 tarihli bir mektupta bu iki düşüncesini sentezleyerek açıklamıştır:

“...Hindistan şiddete kuvvet yoluyla yeterli direnci göstermediği için, İngilizlerin Hindistan'ı köleleştirdiğini söylüyorsunuz. Ama durum tam tersi! İngilizler Hintlileri köleleştirmişse, ancak Hintliler şiddeti toplum örgütlerinin temel ilkesi olarak kabul etmiş oldukları, hala da kabul ettikleri için köleleştirmişlerdir. (...) Hintlileri İngilizlerin değil, kendi kendilerinin köleleştirdikleri açık değil mi?

Kişi yüreğine özgü olan ve direnmezlik, şiddete katılmazlık ilkesini özünde taşıyan aşk yasasına göre yaşasın, yeter. O zaman, yüz kadar insanın milyonları köleleştirmesi şöyle dursun, milyonlarca insan bir kişiyi bile köleleştiremez. Yönetimin, mahkemelerin, vergilerin, ordunun zoruyla kötülük karşısında direnmeyin, kötülüğe katılmayın! Yeryüzündeki hiçbir şey köleleştiremeyecektir sizi!”¹¹¹

Çoğu anarşistin insan aklına dayanarak gerçekleştirmeyi planladığı özgürleşmeyi Tolstoy, baskıya karşı pasifist bir tavır takınarak gerçekleştirebi-

109 Yaşar Çabuklu, **Özgürlükçü Düşüncenin Peşinde**, İstanbul: Metis Yayınları, 2003, s. 98.

110 Benlisoy, s. 386.

111 Orhan Düz (haz.), **Tolstoy: Hayatı, Eserleri Üzerine Makaleler, Aforizmalar**, İstanbul: Kaknüs Yayınları, 2002, s. 89.

leceğine inanıyordu. Şüphesiz ki Tolstoy, devlete karşıydı, devleti yurttaşları sömüren ve insanların maneviyatını bozan bir komplo olarak görüyordu. İnsanı ileri götüren dinsel ve ahlaki yasalar anlaşılabilirken politik yasaların amacını anlayamadığını söyleyen Tolstoy, her türlü hükümete hizmet etmeyi reddediyordu. ona göre hükümetler zor kullanarak korkunç suçlar işliyorlardı ve bu suçları cezasız kalıyordu; toplumun iyileşmesini isteyen bir kimse hükümetlerin ortadan kaldırılmasını savunmak zorundaydı¹¹². Tolstoy da Proudhon gibi mülkiyeti hırsızlık olarak nitelendirmektedir¹¹³, zaten Proudhon, yazarın büyük romanı Savaş ve Barış'ın da isim babası sayılır. Tolstoy, Proudhon'un *La guerre et la paix* (Savaş ve Barış, 1861) adlı eserinden aldığı ilhamla kendi romanına da bu adı vermiştir.

Hükümetler ortadan kalktığı hal için Tolstoy, diğer anarşist düşünürlerin öngörülerinden pek ayrılmayan bir tablo çizer. Herkes komünist bir ilkeyi temel alarak ürünlerden ihtiyacı kadarını alacak, hem kendi hem de diğer insanların iyiliği için aşırılıktan kaçınacaktır. Bu topluma ulaşmanın yolu da politik bir devrimden ziyade ahlaki bir devrimdir. Politik devrim, devlete ve mülkiyete dışarıdan saldırır, ahlaki devrim ise bozulmuş, kötü toplumun içinde çaba gösterir ve onun temellerini sarsar. Politik devrim şiddeti gerektirdiği için kötüdür, oysa ahlaki devrim şiddete başvurulmadan gerçekleştirilebilir. Bu bağlamda devleti ortadan kaldırmak isteyen kişi devletle işbirliğine son vermelidir; askerlik hizmetini, polislik hizmetini, jüri görevini, vergi yükümlülüğünü reddetmelidir: en büyük silah boyun eğmeyi reddetmektir¹¹⁴.

Tolstoy'un sivil itaatsizliği yücelten, İsa'nın sana tokat atana öbür yanğını çevir şiarını hayata geçiren pasifist başkaldırı öğretisi, bir şeyleri değiştirmek yolunda etkili olabileceğini Mahatma Gandhi ile göstermiştir. Tolstoy, ölümünden kısa bir süre önce Gandhi'ye yazdığı bir mektupta "Bugün sorun şöyle çıkıyor karşımıza: ya evet, ya hayır; seçmek gerek! Ya hiçbir dinsel ahlak yasasını benimsemediğimizi, hayatımızın yönetimini en güçlünün hukukuna bıraktığımızı kabul etmek. Ya da baskı yoluyla alınan bütün adalet ve polis kurumlarımızın, ordunun kaldırılması yolunda çalışmak." diye yazıyordu¹¹⁵.

112 Woodcock, s. 230.

113 Préposiet, s. 256.

114 Woodcock, s. 239.

115 Düz, s. 90-92.

SONUÇ

Anarşizm, ilk ortaya çıktığında liberal-bireyci düşünce akımlarına da, kömünizme de yakın görünümlere bürünmesine rağmen, bu benzerlikler daha ziyade anarşist düşünceyi açıklarken birtakım sınıflandırmalar yapmamızı kolaylaştırmaktadır. Öyle ki anarşizm de diğer siyasal kuramlar gibi kendi dönemindeki devlet ve hukuk uygulamalarının neden olduğu olumsuzluklara karşı çözüm getirme iddiasıyla ortaya çıkmıştır¹¹⁶. Ancak anarşistler, diğer siyasal kuramlardan farklı olarak kurumlarda reform yapıp daha iyi bir düzen kurmak yerine düzeni düzensizlikte aramışlardır. Bu cihetle de anarşizm, özü itibarıyla diğer akımlardan ayrılmaktadır. Din, devlet, ahlak, gelenek gibi politik ve sosyal kurumlar yüzyıllardır en ideal düzeni getireceklerini vaat etmiş olmalarına rağmen bu konuda başarısız oldukları açıktır. Belki de düşünülmesi gereken şey, insanlığın bir de kendini boyunduruk altına alan tüm bu baskılardan kurtarıp özgürlüğü kendi içinde aramasıdır.

İnsan hakları kuramının temellerini oluşturan daha önceki liberal düşünlülerde de rastlanan zorba yöneticiye başkaldırma hakkı, anarşistlerde her türlü yönetime başkaldırma olarak ifadesini bulmaktadır. Ne var ki günümüze kadar yaşanan tüm devrimler, o ya da bu şekilde yalnızca iktidarın el değiştirmesi neticesini doğurmuş gibi gözükmemektedir ki bu da anarşizmin kurucu babalarının insanlar yeterli olgunluğa kavuşmadan bir devrim yapılması halinde olacaklara karşı bizlere yaptığı uyarıların ne kadar yerinde olduğunu göstermektedir. Yine de anarşist ideallerin gerçekleşmesinin imkansız olduğunu ileri sürmek doğru olmayacaktır. İnsanlığın bir zamanlar bildiği tek yönetim şekli monarşiyken bugün -elbette eski anlamıyla- bir monarşi kalmamıştır. Keza kölelik, devletlerin aralarında imzaladığı uluslararası sözleşmelere bile konu olabiliyorken günümüzde uluslararası hukuk düzeni kölelikten bahsedilmesini dahi kabul etmemektedir. Bu da gösteriyor ki değişim, yavaş ya da geç de olsa, mümkündür.

Anarşizmin öngördüğü şekilde üzerindeki baskılardan kurtulup öz bilincine ulaşan, özgürlüğünü içselleştiren insanın devletsiz bir dünyada yaşayamaması için bir sebep görmemekteyiz. Çok farklı alanlarda faaliyet gösteren hükümet dışı sivil toplum kuruluşları, anarşist düşünürlerin hayalini kurduğu dünya federasyonunun bir görünümü olarak kabul edilemez mi? Var olan sistemin de anarşist anlamda özgürlükçü bir şekilde yorumlanmasıyla ve sivil toplumun –özellikle de hiç de yabana atılmaması gereken İnternet’in- gücü-

¹¹⁶ Öktem ve Türkbağ, s. 409.

le, belki Bakunin'in coşkulu bir biçimde öngördüğü gibi “devrimin yıldızı bir kan ve ateş denizinden Moskova sokakları üzerinde yükselip özgürleşmiş insanlığın yol gösterici yıldızı” olmayacaktır; ancak baskıcı kurumlar bir şekilde geniş ve yaygın bir toplumsal hareketle dönüştürülebilecektir.

KAYNAKÇA

- ARVON Henri, **Anarşizm**, çev. Ahmet Kotil, İstanbul: İletişim Yayınları, 2013.
- AVRICH Paul, **Anarşist Portreler**, çev. Osman Akınhay, İstanbul: Doruk Yayınları, 2003.
- BAKUNIN Mihail, **Devlet ve Anarşi**, çev. Murat Uyurkulak, İstanbul: Agora Kitaplığı, 2006.
- BAKUNIN Mihail, **Tanrı ve Devlet**, çev. Mustafa Tüzel, İstanbul: Belge Yayınları, 2013.
- BENLİSOY Foti; “*Anarşizm*”, **19. Yüzyıldan 20. Yüzyıla Modern Siyasal İdeolojiler**, der. H. Birsan Örs, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 353-411.
- CASTLETON Edward, “*Aux origines de l’ontologie sociale proudhonienne l’apport des manuscrits inédits*”, **Philosophie de l’anarchie: Théories libertaires, pratiques quotidiennes et ontologie: Actes du colloque de Lyon, mai 2011**, éd. Jean-Christophe Angaut, Daniel Colson, Mimmo Pucciarelli, Lyon: Atelier de création libertaire, 2012, s. 103-129.
- COLSON Daniel, “*Anarchisme politique et anarchisme révolutionnaire*”, **Philosophie de l’anarchie: Théories libertaires, pratiques quotidiennes et ontologie : Actes du colloque de Lyon, mai 2011**, éd. Jean-Christophe Angaut, Daniel Colson, Mimmo Pucciarelli, Lyon: Atelier de création libertaire, 2012, s. 169-190.
- ÇABUKLU Yaşar, **Özgürlükçü Düşüncenin Peşinde**, İstanbul: Metis Yayınları, 2003.
- DEGEN Hans-Jürgen, “*Anarşizmin bir geleceği var mı? Birkaç not*”, **Anarşizmin Bugünü**, der. Hans-Jürgen Degen, çev. Neşe Ozan, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1999, s. 163-176.
- DÜZ Orhan (haz.), **Tolstoy: Hayatı, Eserleri Üzerine Makaleler, Aforizmalar**, İstanbul: Kaknüs Yayınları, 2002.
- ERHAT Azra, **Mitoloji Sözlüğü**, İstanbul: Remzi Kitabevi, 1972, s. 326.
- GILLES David, “*Représentation et souveraineté chez les Enragés (1792-1794)*”, **Le concept de Représentation dans la pensée politique**, AFHIP vol. XV, Marseille: PUAM, 2003, s. 253-287.
- GODWIN William, **Enquiry Concerning Political Justice**, 1793, <http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/godwin/pj7.htm> (04.01.2014).
- GÖZE Ayferi, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, İstanbul: Beta, 2007.
- KROPOTKIN Pyotr, **Anarşi Felsefesi - İdeali**, çev. Işık Ergüden, İstanbul: Kaos Yayınları, 2005.

- KROPOTKINE, **Anarşist Etik**, çev. Işık Ergüden, Ankara: Doruk Yayıncılık, 1999.
- KROPOTKINE Pierre, **La conquête du pain**, Paris: Tresse et Stock, 1892, <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k76171n> (05.01.2014).
- MATHIEZ Albert, **La vie chère et le mouvement social sous la Terreur**. Tome 1, Paris: Payot, 1973, <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9827g> (20.12.2013).
- MAY Todd, **Postyapısalcı Anarşizmin Siyaset Felsefesi**, çev. Rahmi G. Ögdül, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2000, s. 60-84.
- MOUNIER Emmanuel, **Communisme, anarchie et personnalisme**, Paris: Editions du Seuil, 1966.
- NEWMAN Saul, “*Anarchism and Law: Towards a Post-Anarchist Ethics of Disobedience*”, **Griffith Law Review**, vol. 21, No 2, 2012, s. 307-329.
- NOZICK Robert, **Anarşi, Devlet ve Ütopya**, çev. Alişan Oktay, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2000.
- ÖKTEM Niyazi ve TÜRKBAĞ Ahmet Ulvi, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, İstanbul: Der Yayınları, 2003.
- PREPOSIET Jean, **Histoire de l'anarchisme**, Paris: Tallandier, 1993.
- PROUDHON Pierre-Joseph, **Idée générale de la Révolution au XIX^e siècle**, Paris: Garnier Frères, 1851, <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6115074k> (04.01.2014).
- PROUDHON Pierre-Joseph, **Mülkiyet Nedir?**, çev. Devrim Çetinkasap, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2013.
- RÜDIGER Helmut, “*Bir Belge: Proudhon, sendikalizm ve anarşizm üzerine*”, **Anarşizmin Bugünü**, der. Hans-Jürgen Degen, çev. Neşe Ozan, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1999, s. 177-197.
- STIRNER Max, **The Ego and His Own**, çev. Steven T. Byington, 1910, <http://www.df.lth.se/~triad/stirner/theego/theego.pdf> (04.01.2014).
- ÜSKÜL Zeynep Özlem, **Bireyselleşme Tarihsel Bakış**, İstanbul: Büke Yayıncılık, 2003.
- VARLET Jean-François, **Gare l'explosion ([Reprod.]**), Paris, 1794, s. 8, <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k41206n> (28.03.2014).
- WOODCOCK George, **Anarşizm: Bir Düşünce ve Hareketin Tarihi**, çev. Alev Türker, İstanbul: Kaos Yayınları, 2009.
- ZİLELİ Gün, “*Anarşizm*”, **Siyaset Bilimi Kavramlar, İdeolojiler, Disiplinler Arası İlişkiler**, haz. Gökhan Atılğan ve E. Attila Aytekin, İstanbul: Yordam Kitap, 2012, s. 315-329.

İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılmasında Yasallık Koşulu

Pınar ÇAĞLI*

ÖZET

İfade özgürlüğünün kullanımına yönelik sınırlandırmaların bir koşulu olan müdahalenin yasayla öngörülmesi; genel anlamıyla, devlet müdahalesinin iç hukukta yasal bir dayanağının olmasını ifade eder. Ancak bu koşul ile ilişkin değerlendirme, müdahaleye dayanak teşkil eden bir yasa hükmü bulunup bulunmadığıyla sınırlı bir inceleme değildir. Zira müdahalenin temelinin bir yasa hükmüne dayandırılması, tek başına, yasa ile öngörülme koşulunun sağlandığı anlamına gelmez; Sözleşme organları müdahaleye dayanak teşkil eden yasa hükmünün ancak belirli nitelikleri taşıması halinde bu sınırlandırmanın yasa ile öngörülme koşuluna uygun olabileceğini ifade etmektedir. Diğer yandan Sözleşme organları, belli nitelikleri taşımaları şartıyla, teknik anlamda yasa olmayan bazı başka normları da yasa ile öngörülme koşulu bakımından yeterli bulmaktadır. Bu makalede, müdahaleye dayanak teşkil eden normda aranan nitelikler Sözleşme organlarının içtihadı çerçevesinde açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler: İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması, Yasayla Öngörülme, Kesinlik, Öngörülebilirlik, Aleniyet.

Principle of Legality in the Restriction of Freedom of Expression

ABSTRACT

Any restriction on freedom of expression must be provided for by law implying in general that the restriction must be based on a legal basis. However the legality test is not confined to whether there is a legislative act providing for the restriction. In order to fulfill the legality test, law in question should have certain qualities. Furthermore, under certain circumstances, other types of primary and secondary norms may suffice as the legal basis for the restriction. This article is focused on assessing the definition

* Ar. Gör., İstanbul Bilgi Üniversitesi Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı.

and interpretation of the term “law” within the jurisprudence of the human rights treaty organs.

Keywords: Restriction on Freedom of Expression, Legality, Legal Certainty, Foreseeability, Accessibility.

İfade özgürlüğünün kullanımına yönelik sınırlandırmaların bir koşulu olan müdahalenin yasayla öngörülmesi (veya yasallık); genel anlamıyla, devlet müdahalesinin iç hukukta yasal bir dayanağının olmasını ifade eder. Ancak bu koşula ilişkin değerlendirme, müdahaleye dayanak teşkil eden bir yasa hükmü bulunup bulunmadığıyla sınırlı bir inceleme değildir. Bu bağlamda Sözleşme organları da, yasallık koşuluna ilişkin inceleme bakımından ayrıntılı bir içtihat ortaya koymuştur. Sözleşme organlarının sıklıkla vurguladığı üzere; ifade özgürlüğü, bireyin kendini geliştirebilmesinin en önemli araçlarından biridir. Bunun yanında toplumsal boyutuyla ifade özgürlüğü, demokratik ve çoğulcu bir toplumun yapıtaşlarındandır.¹ Bu özel niteliği ve karakteri göz önüne alındığında, ifade özgürlüğünün kullanılmasına yönelik Devlet müdahalesinin meşru sınırlarının çizilmesi son derece önemlidir. Çalışmada; başta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (buradan sonra, AİHM veya Mahkeme) olmak üzere, Sözleşme organlarının ortaya koyduğu içtihadi ilkeler ışığında, ifade özgürlüğüne yöneltilecek devlet müdahalesinin hukuka uygun olabilmesinin bir unsuru olan yasallık koşulu incelenecektir.

İlk bölümde; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) sistemindeki gelişkin içtihat çerçevesinde, müdahaleye konu olabilen bir hak olarak ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlandırma rejimi genel hatlarıyla ortaya konacaktır. İkinci bölüm ise, bu sınırlandırmanın hukuka uygun olmasının koşullarından birini teşkil eden “sınırlandırmanın hukuken/yasayla öngörülmüş olması” meselesine ayrılmıştır. Bilindiği gibi; AİHS’de müdahaleye konu olabilen hakları düzenleyen çeşitli maddelerde bu koşul, yasaya uygun olma (*in accordance with the law*) ve yasayla öngörülmüş olma (*prescribed by law*) şeklinde farklı terimlerle ifade edilmiştir. Bu bölümde öncelikle bu yasallık koşuluna ilişkin bu ifadelerin Sözleşme organları tarafından nasıl yorumlandığı ele alınacaktır. Çalışmanın devamında ise; yasa ile öngörülmüş olma, hakka getirilecek sınırlandırmanın dayanağının “yasa” olması yönüyle incelenecektir. Sözleşme

¹ AİHS sisteminde ifade özgürlüğünün özel önemi pek çok kararda vurgulanmıştır; bu husustaki içtihadın temelini oluşturan kararlar için bkz. *Handyside v. The United Kingdom*, Application no. 5493/72, Judgment of 7 December 1976, par.49; *Sunday Times v. The United Kingdom* (No.1), Application no. 6538/74, Judgment of 26 April 1979, par.64.

organları, “yasa ile öngörülme” koşulunun öncelikle müdahalenin iç hukukta bir yasal dayanağı olması anlamına geldiğini belirtmiştir. Ancak müdahalenin temelinin bir yasa hükmüne dayandırılması, tek başına, müdahalenin yasa ile öngörülme koşuluna uygun olduğu anlamına gelmez. Zira Sözleşme organları müdahaleye dayanak teşkil eden yasa hükmünün ancak belirli nitelikleri taşıması halinde bu sınırlandırmanın yasa ile öngörülmüş addedilebileceğini ifade etmektedir. Diğer yandan Sözleşme organları, müdahaleye dayanak teşkil eden normun mutlaka ‘teknik anlamda yasa’ olmasını şart koşmamaktadır. Belli nitelikleri taşımaları şartıyla, teknik anlamda yasa olmayan bazı başka normların da yasa ile öngörülme koşulunu sağladığı kabul edilebilir. Bu bağlamda; sınırlandırmanın dayanağının “yasa” olması hususu çalışmada iki başlık altında irdelenmiştir. İlk başlık altında sınırlandırmanın dayanağının teknik anlamda yasa olması ve bu halde söz konusu normda aranan nitelikler açıklanmaktadır. İkinci başlıkta ise, teknik anlamda yasa niteliği taşımadığı halde, somut vakadaki koşullar uyarınca AİHM’nin müdahalenin yasayla öngörülmesi koşulu bakımından yeterli kabul ettiği diğer normlar incelenmiştir. Bu bağlamda; müdahalenin dayanağını yasa niteliği taşımayan normların oluşturması halinde, müdahalenin hangi koşullar altında yasayla öngörülme koşuluna uygun olacağı, somut vaka örnekleri üzerinden değerlendirilecektir. Çalışmanın kaynağını genel olarak AİHS sistemi oluşturmakla beraber, diğer Sözleşme organlarının ortaya koymuş olduğu farklı veya benzeşen standartlara da yer verilmiştir.

I. HAKLARIN SINIRLANDIRILMASI REJİMİ BAĞLAMINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Farklı ulusal, uluslararası ve bölgesel düzenlemelerde yer bulan ifade özgürlüğü; niteliği itibariyle mutlak bir hak değildir. Zira ifade özgürlüğü de, diğer sınırlandırılabilen haklarda olduğu gibi; ilgili düzenlemelerde öngörülen sınırlama ölçütlerine dayalı olarak, belli koşullar ve teknikler çerçevesinde Devlet müdahalesine konu olabilir. Dolayısıyla, sınırlandırmaya tabi tutulabilen bir hakkın kullanımına yönelik her Devlet müdahalesi, doğrudan bu hakkın ihlali anlamına gelmeyecektir. Sözleşme organları; sınırlandırmaya tabi tutulabilen haklar bakımından bir Devlet müdahalesinin varlığı halinde, bu müdahalenin Sözleşme’ye uygun ve meşru bir müdahale olup olmadığını üç adımda incelemektedir. Buna göre olası Devlet müdahalesinin hakka yönelik bir ihlal teşkil etmemesi için; bu sınırlandırma yasa ile öngörülmüş olmalı, md.10/2’de sınırlı sayıda sıralanmış olan hakka özgü sınırlandırma ölçütle-

rinden birine dayalı olarak yapılmalı ve demokratik bir toplumda zorunlu olmalıdır.²

İfade özgürlüğü kuralın kendisini, buna getirilecek kayıtlamalar ise kuralın istisnasını teşkil ettiğinden; sınırlandırmalar bakımından *istisna hükümlerinin dar yorumlanması* prensibinin geçerli olacağını vurgulamak gerekir. *Sunday Times* vakasında AİHM; müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını değerlendirirken, ifade özgürlüğünün kullanımına ilişkin olarak Sözleşme’de öngörülen istisna hallerinin, diğer bir deyişle ifade özgürlüğüne yönelik izin verilen müdahalelerin dar yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır.³ Esasen hak ve özgürlüklere sınırlandırma getirmeye ilişkin devlet yetkisi, hakkın kullanımı konusunda bir düzenleme yapma yetkisidir; hakkı tüketmek, yok etmek biçiminde kullanılamaz.⁴ İnsan Hakları Komitesi de; kural ve istisna hükmü arasındaki ilişkinin tersine çevrilmemesi, bu anlamda ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlandırmaların hakkın kendisini ortadan kaldıracak şekilde olmaması gerektiğini ifade etmiştir. Diğer yandan, Komitenin de belirttiği üzere, hakka getirilecek sınırlandırmaların dar yorumlanması prensibi; hakkın kötüye kullanılması yasağı ile birlikte okunmalıdır.⁵ Hakkın kötüye kullanılması yasağı; sözleşme hükümlerinin, öngörülen hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya Sözleşmede belirtildiğinden daha geniş ölçüde sınırlandırılmasına imkân verecek şekilde yorumlanamayacağını ifade etmektedir ve bu anlamda Devlet müdahalesinin ötesine geçemeyeceği sınırı belirler. AİHS md.17 ve paralel olarak Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS) md.5’te hükme bağlanmış olan bu yasağın, hem Taraf Devletlere, hem de birey ve gruplara yükümlülük yüklediğini belirtmek gerekir. Ancak hakka getirilecek sınırlandırmaların yorumlanması açısından, bu yasağın Taraf Devletlere ilişkin yönü, yani Devlet’in yükümlülük üstlendiği belgede öngörülenden daha sınırlayıcı bir müdahalede bulunamaması hususu değerlendirmeye katılmalıdır.⁶

2 GEMALMAZ, 2010b, sf. 923-930 ve 1633-1647; GEMALMAZ / GEMALMAZ, 2004, sf.194-199 ve 205-209. Ayrıca bkz. VAN DIJK / VAN HOOFF, 1998, sf.793 – 816; OVEY / WHITE, 2006, sf. 198-216 ve 277-278; GÖZÜBÜYÜK / GÖLCÜKLÜ, 2008, sf. 372-391; ŞAHİN, 2009, sf. 287-396.

3 *Sunday Times – Birleşik Krallık (No.1)*, par.65. Ayrıca bkz. VAN DIJK / VAN HOOFF, 1998, sf. 774 – 775 ve 793 – 794.

4 JAYAWICRAMA, 2002, sf. 184 - 185.

5 Human Rights Committee, **General comment No. 34 on Article 19: Freedoms of opinion and expression**, CCPR/C/GC/34, 12 September 2011, par.21.

6 GEMALMAZ, 2010b, sf.1649 -1650.

Ancak belirtmek gerekir ki; kararlarından bir kısmında AİHM, özgürlüğün geniş, sınırlandırmanın dar yorumlanması gerektiğine ilişkin prensibe sıkı sıkıya bağlı kalmamıştır. Bu durum, özellikle devlete müdahaleler bakımından geniş bir takdir marjı tanınan meseleler bakımından geçerlidir.⁷

İfade özgürlüğüne yönelik müdahalelerin Sözleşme organları tarafından denetlenmesi hususunda, bir temel ilkeye daha işaret etmek gerekir: İfade, sarf edildiği bağlam içinde bir anlam yüklenir; diğer bir deyişle ifade gerçekleştiği vaziyetin hal ve şartlarından koparılarak incelenemez. Sözleşme organları da bu sebeple; müdahaleye konu olan ifadeyi, ifadenin içeriği ile birlikte bu ifadelerin kullanıldığı bağlamı da gözeterek, somut olayın koşulları içinde değerlendirmektedir.⁸ Dolayısıyla, dava konusu olayda müdahalenin dayanağı olan normun aranan nitelikleri taşıyıp taşımadığı da somut olayın koşullarına göre yapılacak bir değerlendirmedir.

II. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE GETİRİLECEK SINIRLANDIRMALARIN YASAYLA ÖNGÖRÜLMÜŞ OLMASI KOŞULU

A. Sınırlandırmanın Yasa ile “Öngörülmesi”

Sözleşme sisteminde koruma altına alınan nitelikli haklara yapılacak müdahalenin hukuka uygunluğunun koşullarından biri, yukarıda açıklandığı üzere, müdahalenin yasa ile/ hukuken öngörülmüş olmasıdır.⁹ Ancak belirtmek gerekir ki; ilgili Sözleşme hükümleri, bu koşulu farklı ifadeler ile formüle etmektedir. Bu bakımdan md.10/2; din ve vicdan özgürlüğünü hükme bağlayan md.9/2, toplantı ve dernek kurma özgürlüğünü hükme bağlayan md.11/2 ve cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkını hükme bağlayan 7 No.lu Protokol md.2/2 ile ortak olarak (*prescribed by law*) ifadesine yer vermektedir. Diğer taraftan, özel hayatın gizliliğini koruma altına alan md.8/2, dolaşım

⁷ LESTER, 1993, sf.485 - 486.

⁸ VAN DIJK / VAN HOOFF, 1998, sf.774-775.

⁹ Çalışmanın devamında, 19 Mart 1954 tarihli 8662 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan metin uyarınca “yasa ile öngörülme” ifadesi tercih edilmiştir. İngilizce metindeki terim farklılığı Türkçe tercümeyle yansıtılmamış, gerek md.10/2, md.11/2 ve md.9/2; gerekse md.8/2 bağlamında “yasayla öngörülme” ifadesi kullanılmıştır. İngilizce metindeki terim farklılığının gözetildiği bir çeviri için bkz. GEMALMAZ, 2010a. Burada AİHS md.8’de “... yasaya uygun olarak getirilen...”, md.9 ve md.10’da “...yasa tarafından öngörülen...” ve md.11’de ise “... yasaya/(hukuka uygun)...” terimleri kullanılmıştır.

özgürlüğüne ilişkin 4 No.lu Protokol m.2/3 ve yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin usulü güvenceleri düzenleyen 7 No.lu Protokol md.1/1'de ise (*in accordance with law*) ifadesi kullanılmıştır. Mülkiyet hakkına ilişkin 1 Nolu Protokol md.1'de de (*provided for by law*) ifadesi yer almaktadır. Sözleşmenin tevsik edildiği diğer dil olan Fransızca metninde böyle bir terim farklılığı bulunmamaktadır¹⁰; Fransızca metinde, bahsedilen maddelerde ortak olarak *prevue par la loi* ifadesi kullanılmıştır.

Sözleşme organlarının “yasa ile öngörülme” koşulunu değerlendirirken, önlerine gelen olayda ihlali iddia edilen Sözleşme hükmünden farklı hükümlere ilişkin içtihadattan da faydalandığını görmek mümkündür. Bu durum, AİHM'nin bu farklı formülasyonlar arasında fark gözetmediğine işaret etmektedir; zira Sözleşme'nin Fransızca metni de bu yorumu destekler.¹¹ Esasen AİHM de çeşitli kararlarında, yasayla öngörülme veya hukuka uygun olma şeklinde farklı biçimlerde ifade bulan bu kuralın, aynı genel prensipler ışığında yorumlanması gerektiğini hükme bağlamıştır. Örnek olsun; mahkûmların iletişiminin denetlenmesini md.8 bağlamında incelediği *Silver* kararında AİHM; AİHS md.8 kapsamında yasaya uygun olma (*in accordance with the law*) koşulunun, AİHS md.10 bağlamında yasayla öngörülme (*prescribed by law*) koşulu için ortaya koymuş olduğu temel prensipler ışığında yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Bu özellikle, hem ifade hürriyeti hem de haberleşme hürriyetinin birlikte söz konusu olduğu meseleler bakımından geçerlidir. Zira bunun aksi, aynı müdahalenin Sözleşmenin iki ilgili hükmü uyarınca değerlendirilmesinde farklı sonuçlara varılmasına yol açabilir.¹² Çocuğun devlet tarafından koruma altına alınmasına ilişkin kararlar ve bunlara dayanak teşkil eden yasal düzenlemelerin incelendiği *Olsson – İsveç* kararında da Mahkeme; AİHS md.8 kapsamında yasaya uygun olma (*in accordan-*

10 **Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi** md.33 uyarınca; bir andlaşmanın iki veya daha fazla dilde tevsik edildiği hallerde, belirli bir dildeki metnin üstün tutulacağı antlaşmanın kendisinde öngörülmedikçe veya taraflarca kararlaştırılmadıkça, her bir dildeki metin eşit derecede geçerlidir. AİHS'nin nihai hükümlerinde, metnin Fransızca ve İngilizce olmak üzere iki dilde tevsik edildiği ve bunların aynı derecede geçerli olacağı açıkça belirtilmiştir.

11 *Sunday Times – Birleşik Krallık (No.1)*, par.48. Yukarıda açıklandığı üzere, Fransızca ve İngilizce metnin eşit derecede muteber olması sebebiyle; İngilizce metindeki farklılık esas alınarak *in accordance with law* ve *prescribed by law* ifadeleri arasında bir anlam ayrılığı bulunduğunun düşünülmesi antlaşmalar hukukunun yorum meselesine ilişkin kurallarına da aykırı olacaktır.

12 *Silver and Others v. The United Kingdom*, Application no. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, Judgment of 25 March 1983, par.85.

ce with law) koşulunun yorumlanmasında, *Sunday Times* vak’asında AİHS md.10 bağlamında yasayla öngörülme (*prescribed by law*) koşulu çerçevesinde ortaya koymuş olduğu temel prensiplere atıf yapmaktadır.¹³

MSHS bağlamında da benzer bir durum mevcuttur; İngilizce metindeki hükümlerde sınırlandırmanın yasayla öngörülmesi koşulu Sözleşmenin farklı hükümlerinde farklı terimlerle ifade edilmişken (*prescribed by law, provided for by law, established by law, in conformity with law*), eşit biçimde muteber olan Fransızca metinde böyle bir farklılık bulunmamaktadır. Bu durumda, her ne kadar İngilizce metnin lafzı farklı formülasyonlara yer vermiş olsa da, anlaşmaların yorumuna ilişkin genel prensipler de dikkate alındığında, bunların aynı anlama gelecek biçimde yorumlanması uygun olacaktır.¹⁴

B. Sınırlandırmanın Dayanağının “Yasa” Olması Koşulu

AİHM içtihadında bu koşulun yorumlanmasına ilişkin değerlendirmeye geçmeden önce, Mahkeme’nin bu koşula dair incelemesini temel olarak iki adımda yürüttüğünü belirtmek gerekir. Buna göre ilk adımda AİHM, müdahaleye dayanak teşkil eden bir norm bulunup bulunmadığını *prima facie* incelemektedir. Zira ifade özgürlüğüne getirilecek bir sınırlandırmanın meşru olabilmesi ancak yasal bir dayanağın varlığı halinde söz konusu olur. Dolayısıyla, bir yasal dayanağın mevcut olmaması halinde, müdahalenin meşru olup olmadığına ilişkin incelemenin sürdürülmesine gerek kalmayacaktır. Bu halde AİHM; diğer koşullara dair bir ayrıntılı inceleme yapmaya gerek görmeksizin ihlal hükmüne varmaktadır. Belirtmek gerekir ki, taraf devletin hakka müdahalesine ilişkin hiçbir yasal dayanak bulunmayan vakalar yok denecek kadar azdır. Mahkemenin, müdahaleye dayanak teşkil eden bir yasa hükmü bulunmadığına karar verdiği bir örnek, *Djavit An* vak’asıdır. Bu meselede AİHM; Türk Hükümeti’nin, başvurucunun Kıbrıslı Türkler ve Rumlar arasında ortak barışçıl gösteriler yapmak amacıyla adayı ikiye ayıran tampon bölgeye geçişine izin verilmemesine herhangi bir yasal dayanak gösterememiş olmasının AİHS md.11/2 bağlamında “yasa ile öngörülme” koşuluna aykırılık teşkil ettiğini saptamış ve başkaca değerlendirme yapmaksızın ilgili Sözleşme hükmünün ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁵

Müdahaleye dayanak teşkil eden bir düzenlemenin varlığının *prima fa-*

¹³ *Olsson v. Sweden (No.1)*, Application no. 10465/83, Judgment of 24 March 1988, par.61.

¹⁴ KISS, 1985, sf.18 - 19.

¹⁵ *Djavit An v. Turkey*, Application No. 20652/92, Judgment of 20 February 2003, par.64 - 69.

cie olarak tespit edilmesi halinde ise, ikinci adıma geçilir. Burada AİHM söz konusu düzenlemenin yasa ile öngörülme koşulunu sağlayıp sağlamadığını inceleyecektir. Bu inceleme, müdahaleye dayanak teşkil eden normun belli nitelikleri taşıyıp taşımadığına ilişkin bir değerlendirmedir. Normun bu nitelikleri taşıdığına, yani müdahalenin yasayla öngörülme koşuluna uygun olduğuna karar verilmesi halinde; müdahalenin Sözleşmeye uygun sayılabilmesi için gerekli diğer iki değerlendirmeye geçilecektir. Bu aşamada Mahkeme; önce müdahalenin meşru bir amacı olup olmadığını ve daha sonra ise demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını inceleyecektir. Mahkeme bazı vakalarda; yasayla öngörülme koşulu çerçevesinde yaptığı incelemede müdahaleye dayanak teşkil eden yasa hükmünün aşağıda incelenecek nitelikleri taşıdığı hususunda tam olarak ikna olmadığı halde, diğer iki koşul yani meşru amaç ve demokratik toplumda gereklilik koşullarının incelemesine geçmiştir. Bu hallerde Mahkeme, olaydaki müdahalenin diğer iki koşul açısından daha ciddi bir sorun içermesi sebebiyle, usul ekonomisini gözетerek, müdahalenin yasayla öngörülmesi konusunda daha ayrıntılı bir inceleme yapmaya gerek görmemektedir.

Bu bağlamda çalışmanın bu bölümü; müdahaleye dayanak teşkil eden bir düzenlemenin varlığının *prima facie* olarak tespit edilmesi halinde, mevcut olayda devlet müdahalesinin dayandırıldığı düzenlemenin yasa niteliği taşıyıp taşımadığı konusundaki AİHM içtihadının irdelenmesine ayrılmıştır.

1. Teknik Anlamda Yasa Niteliği Taşıyan Düzenlemeler

a. Şekli ve Maddi Yönden İnceleme

Sınırlandırmanın dayanağı olan düzenlemenin “teknik anlamda yasa” teşkil etmesi, şekli ve maddi yönden yasa niteliği taşıması anlamına gelir. Bu niteliği taşıyan düzenlemeler bakımından yapılacak inceleme iki yönlüdür.

Şekli anlamda yasa, yasama organı tarafından kanun yapma usulü uyarınca yapılan her türlü düzenlemeye işaret eder.¹⁶ Dolayısıyla, müdahaleye dayanak teşkil eden düzenlemenin şekli anlamda yasa niteliği taşıyıp taşımadığına ilişkin değerlendirme, bu düzenlemenin kabul ediliş biçimine dair usulî bir değerlendirmedir. Burada inceleme konusu; olaydaki düzenlemenin yasama organı tarafından iç hukukta kanunların yapılışı için öngörülen usule uygun olarak yaratılıp yaratılmadığıdır.

¹⁶ TEZİÇ, 2004, sf.13-15.

Maddi anlamda yasa ise; genel, soyut, kişisel olmayan düzenlemeleri kapsayan bir tanımdır; düzenlemenin kimin tarafından yapıldığını değerlendirmeye almaz. “Kamu gücü tarafından isdar edilen ve genel mahiyette bir kural ihtiva eden her tasarruf, maddi bakımdan, yasama karakterini taşır.”¹⁷ Bu bakımdan, yasanın maddi yönden incelenmesi; hangi organ tarafından kabul edildiği dikkate alınmaksızın, söz konusu düzenlemenin belli özellikleri taşıyıp taşımadığına dair, içerik yönünden yapılan bir incelemedir.

AİHM de çeşitli kararlarında, “yasa ile öngörülme” koşulunun öncelikle müdahalenin iç hukukta bir yasal dayanağının olmasını gerektirdiğini, ancak bu değerlendirme bakımından yasa terimini şeklen değil maddi anlamıyla algıladığını vurgulamıştır. Bu çerçevede Mahkeme’nin yorumuna göre “yasa” ifadesi, aşağıda açıklanacak kriterleri taşımaları kaydıyla, ulusal makamlar tarafından yasayla kendilerine verilen yetkiye dayanarak düzenlenen alt normları, hâkimler tarafından oluşturulan içtihat hukukunu ve yazılı olmayan hukuk kurallarını da içerir.¹⁸ Bu incelemede, AİHM’nin yerleşik içtihadı çerçevesinde önce teknik anlamda yasa niteliği taşıyan düzenlemeler ve bunlarda aranan kriterler açıklanacak, sonrasında bunlar dışında kalan normların ifade özgürlüğüne yapılacak müdahaleye hangi koşullar altında dayanak teşkil edebileceği tartışılacaktır.

b. “Teknik Anlamda Yasa” Niteliğindeki Normun Taşınması Gereken Özellikler

Müdahaleye dayanak teşkil eden yasal düzenlemenin her halükarda, ilgili Sözleşmenin hükümleri ve amacına uygun olması gerektiği de prensip olarak

¹⁷ DUGUIT, 1954, sf. 80- 82.

¹⁸ *Leyla Şahin v. Turkey (BD)*, Application no. 44774/98, Judgment of 10 November 2005: “...88. Ayrıca, Sözleşme’nin 8 ila 11. maddelerinde kullanılan “yasayla öngörülmüş olmak” ve “yasalar uyarınca” ifadeleriyle ilgili olarak, Mahkeme “yasa” terimini “şeklen” değil “özü” itibarıyla algıladığını her zaman vurgulamış, yasalardan daha alt düzeydeki kararnameleri (*De Wilde, Ooms ve Versyp – Belçika*, 18 Haziran 1971 tarihli karar, Seri A no.12, s. 45 § 93) ve parlamento tarafından görevlendirilen bağımsız kural koyucuların getirdiği düzenlemeleri (*Bartold – Almanya*, 25 Mart 1985 tarihli karar, Seri A no. 90, s., 21 § 46) kapsayan “yazılı hukuku” ve yazılı olmayan hukuku da dahil etmiştir. “Hukuk” sözcüğünden hem yazılı hukuk, hem de hakimler tarafından oluşturulan “hukuk” (diğerlerinin yanı sıra bkz. *Sunday Times – İngiltere*, par.47; yukarıda anılan, *Kruslin*, § 29 *in fine*; ve *Casado Coca – İspanya*, 24 Şubat 1994 tarihli karar, Seri A no. 285-A. s. 18 § 43) anlaşılmalıdır. Sonuç olarak, “hukuk”, yetkili mahkemeler tarafından yorumlandığı şekliyle yürürlükteki hükümlerdir.”

Kararın Türkçe tercümesi, www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/leylasahin.doc adresinden alınmıştır.

vurgulanmaktadır.¹⁹ Sözleşmesel standartların belirlenmesinde yalnızca Sözleşme metninin gözetilmesi yeterli değildir; Sözleşme organlarınca üretilen içtihat da Sözleşme hükümleriyle beraber dikkate alınmalıdır. Belirtmek gerekir ki; Sözleşme organları, “yasa” kavramına dair tüketici bir tanım vermek yerine bir düzenlemenin yasa niteliği taşıması için sahip olması gereken belli kriterleri belirtmeyi tercih etmektedir. Bu bağlamda AİHM; müdahalenin dayanağı olan düzenlenmenin sahip olması gereken temel nitelikleri, içtihatları çerçevesinde sıralamış ve tanımlamıştır. Dolayısıyla, yasallık denetimi; müdahalenin iç hukuka uygunluğu ile sınırlı bir denetim değildir; müdahalenin dayandığı yasanın hukukun üstünlüğü ilkesi uyarınca niteliğine, Sözleşme organlarının deyimiyle kalitesine ilişkin bir incelemedir.²⁰ Söz konusu düzenlemenin bu niteliklere sahip olup olmadığı, Sözleşme organı tarafından somut olay üzerinden yapılacak bir değerlendirme ile tespit edilecektir.

aa. Açıklık ve Öngörülebilirlik

i. Açıklık ilkesinin uygulama alanı

Açıklık veya kesinlik ilkesi temel olarak; ifade özgürlüğüne sınırlandırma getiren normun, hangi hallerde müdahalenin mümkün olduğunu açık ve net olarak belirtmesini ifade eder. Açıklık kriterini tanımladığı *Sunday Times* kararında AİHM; bir normun hakka yapılan müdahalede meşru bir dayanak olarak kabul edilebilmesi için; bireye davranışlarını düzenlemek imkânı vermek bakımından yeterince açık biçimde düzenlenmiş olması gerektiğini hükme bağlamıştır. Bu bakımdan birey, eyleminin yol açacağı sonuçların neler olabileceğini makul bir ölçüde öngörebilmelidir.²¹

AİHM; bireyin eyleminin sonuçlarını önceden kestirebilmesi açısından bazı hallerde bir uzmanın görüşüne başvurulması²², bazı hallerde de iç hu-

¹⁹ Human Rights Committee **General Comment No. 16 on Article 17: The right to respect of privacy, family, home and correspondence, and protection of honour and reputation** , 8 April 1988, par.5-8; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, **The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**, E/C.12/2000/13, 2 October 2000, par. 48; Commission on Human Rights, **The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights**, 28 September 1984, E/CN.4/1985/4, Annex (1985), par.15.

²⁰ GEMALMAZ, 2009, sf. 454-455.

²¹ *Sunday Times v. The United Kingdom*, par.48.

²² *Cantoni v. France*, Application no. 17862/91, Judgment of 11 November 1996, par.33-35.

kukta ilgili konuda var olan yerleşik içtihattan faydalanılması²³ gerekebileceğini belirtmektedir. Söz konusu hallerde bireyin eyleminin sonuçlarını ancak bu şekilde öngörebilecek olması, doğrudan açıklık koşuluna aykırılık teşkil etmez. AİHM; *Groppera Radio AG ve Diğerleri – İsviçre* kararında; öngörülebilirliğin önemli ölçüde söz konusu normun metnine yani kaleme alınış biçimine, bu norm ile düzenlenmesi öngörülen konuların kapsamına ve bu yasaya tabi tutulacak kişilerin sayısı ve statülerine bağlı olduğunu belirtmiştir.²⁴ Bu bakımdan; bazı hallerde eylemin sonuçlarının ne olacağının kestirile-

23 Örneğin AİHM; *Kokkinakis - Yunanistan* kararında, başkalarını kendi dinine çevirmeyi yasaklayan ve yaptırıma bağlayan ceza yasası hükümlerinin, belli oranda geniş ve muğlak ifadeler içerdiğini kabul etmiş, bunların yorumlanmasının ise uygulamaya bağlı olduğunu ve bu esnada açıklığa kavuşturulduğunu belirtmiştir. AİHM; ilgili yasa hakkında iç hukukta yerleşik bir içtihat bulunduğunu ve mahkeme kararlarının yayımlandığını ifade etmiştir. Bu bakımdan, başvuru ilgili yasa hükmünün uygulamada nasıl anlaşıldığını açıklayan bu mahkeme kararlarına erişmek ve davranışlarını bu çerçevede düzenlemek imkânına sahip bulunmaktaydı. Bu tespitten yola çıkan AİHM; yasal düzenlemenin açıklık koşulu bakımından “yasa ile öngörülme” koşuluna aykırı olmadığını karara bağlamıştır. Bkz. *Kokkinakis v. Greece*, Application no. 14307/88, Judgment of 25 May 1993, par.40 - 41 ve 52.

Aynı yönde bkz. *Müller and Others v. Switzerland*, Application no. 10737/84, Judgment of 24 May 1988, par.29. Bu kararda başvuru, eserlerinin “müstehcenlik” gerekçesiyle sergilendiği galeriden toplatılması ve müsadere edilmesine dayanak teşkil eden ceza kanunu hükümlerinin “müstehcenlik” ifadesini yeterince açık biçimde düzenlemediği iddiasını ileri sürmüştür. AİHM, müstehcen yayınları yasaklayan yayınları katı bir şekilde düzenlenemeyeceğini, aksi takdirde bu normların değişen koşullara uyum sağlamasının imkânsız olacağını vurgulamıştır. Bunun yanında, Federal Mahkeme’nin bu ifadeyi yorumlayan pek çok kararı bulunmaktadır. Bu kararlar halkın ulaşabileceği biçimde yayımlanmakta; ayrıca alt derece mahkemeleri tarafından da takip edilmektedir; böylelikle Ceza Kanunu’nda yer alan “müstehcenlik” ifadesi yeterli açıklığa kavuşturulmuş olmaktadır.

İç hukuktaki yerleşik içtihadın da, yasayla öngörülme koşulu çerçevesinde dikkate alınabileceğinin vurgulandığı bir başka karar da *Markt Intern Verlag GmbH ve Klaus Beerman – Almanya* vak’asıdır. Bu kararda Mahkeme, söz konusu olayda uygulama alanı bulan yasa hükmü mutlak nitelikte kaleme alınmamış olsa dahi, Federal Adalet Mahkemesinin açık, zengin ve geniş kapsamlı içtihadının ticaret erbabı ve onların danışmanlarına ilgili alanlarda kendi davranışlarını düzenleme olanağını vermektedir.(par.30) İlgili paragrafın çeviri ve açıklaması için bkz. GEMALMAZ / GEMALMAZ, 2004, sf. 204.

Öte yandan yerel mahkeme içtihadı, yasanın öngörülebilirliği açısından olumsuz sonuçlar da doğurabilir. Örneğin, *Gaweda* kararında Mahkeme, yasa hükmünün muğlak ifadelerle düzenlendiğini ve ayrıca bu yasanın yerel mahkeme kararlarında basın özgürlüğüne aykırı biçimde yorumlandığını tespit etmiştir. Mahkeme’ye göre; yerel mahkemelerin yorumu, yasa metninde yer almayan kriterler eklemekte, böylece yasanın öngörülebilir olmasını engellemektedir. *Gaweda v. Poland*, Application no. 26229/95, Judgment of 14 March 2002, par.43

24 *Groppera Radio AG v. Switzerland*, Application no. 10890/84, Judgment of 28 March 1990, par. 68. Aynı yönde başka bir karar için bkz. *Vogt v. Germany*, Application no. 17851/91, Judgment of 26 September 1995.

bilmesi için bir hukuki danışmanın görüşlerine başvurmak gerekmesi; o yasa hükmünün öngörülebilirlik koşulunu taşımadığı anlamına gelmeyecektir.²⁵ İcra ederken son derece özenli olunmasını gerektiren mesleklere sahip olan kişiler için bu durum hususiyetle geçerlidir. Bu kişilerin, yaptıkları işlerle aldıkları risklere ilişkin olarak özel bir ihtimam göstererek, gerekli olduğunda eylemlerinin sonuçlarının ne olacağı konusunda uzman kişilere danışmaları kendilerinden beklenebilecek bir özen yükümlülüğüdür.²⁶ Bu noktada; AİHS sisteminde yalnız md.10'da açıkça düzenlenmiş olan ifade özgürlüğünün kullanılmasının topluma ve diğer bireylere karşı belli görev ve sorumluluklar getirdiği vurgusunun hatırlanması gerekir.²⁷ Diğer bir deyişle, md.10'a ilişkin meselelerde ortaya çıkabilecek özen yükümlülüğüne ilişkin meseleler, maddede belirtilen “görev ve sorumluluklar” ile birlikte değerlendirilmelidir.

Yasa hükmünün kesin ve açık ifadelerle kaleme alınmış olması koşulu; yasallık prensibinin önemli bir parçasıdır. Ancak bununla birlikte; yasa hükmü, koşulları benzer olan birden fazla olayı düzen altına almaya uygun olmalıdır. Yasa hükmünün bu esnekliğe sahip olabilmesi de ancak hükmün yazılışında bazı geniş ve kapsayıcı ifadelerin kullanılması ile mümkün olacaktır. *Sunday Times* kararında AİHM, kesinlik koşulunun katı biçimde yorumlanmaması gerektiğini vurgulamıştır.²⁸ Mahkeme; yasa hükmünün belli bir kapsamdaki benzer olayları düzen altına alabilmesi ve değişen koşullara uyum sağlayabilmesi için bir miktar esnekliğe sahip olması gerektiğini çeşitli kararlarında yinelemiştir; bu bakımdan yasanın kaleme alınışında bazı muğlak ifadelerin kullanılması kaçınılmaz olabilir.²⁹ Yasa hükmünün belirsiz

25 *Tolstoy Miloslavsky v. The United Kingdom*, Application no. 18139/91, Judgment of 13 July 1995, par. 37.

26 *Cantoni v. Fransa*, par.30-35.

27 GEMALMAZ, 2010b, sf. 1647 – 1648. İfade özgürlüğünün kullanımının ödev sorumluluklar çerçevesinde gerçekleştirileceği, MSHS md.19/3'te de hükme bağlanmıştır.

28 *Sunday Times*, par.48. “...Eylemlerin sonuçlarının yasada mutlak bir kesinlikle düzenlenmesi gerekmez; zira böyle bir kesinliğe ulaşmak mümkün değildir. Kesinlik, arzu edilen bir nitelik olmakla beraber, bazen aşırı bir katılığa da yol açabilir; hâlbuki hukukun değişen şartlara uyum sağlayabilmesi gereklidir. Bu nedenle çok sayıda yasa, günün şartlarına göre yorumlanmalarına ve uygulanmalarına imkân tanımak üzere az çok muğlak ve geniş ifadeler içeren bir biçimde kaleme alınmaktadır.”

29 Örneğin, *Silver and Others v. The United Kingdom*, par. 88; *Malone v. The United Kingdom*, Application no. 8691/79, Judgment of 2 August 1984, par.68; *Sürek v. Turkey (No.1)*, Application no. 26682/95, Judgment of 8 July 1999, par.45; *Öztürk v. Turkey*, Application no. 22479/93, Judgment of 28 September 1999, par.54.

ifadeler içermesi halinde geçersiz sayılabileceğine ilişkin “müphemiyet sebebiyle hükümsüzlük” doktrinini kabul eden hukuk sistemlerinde dahi, yasa hükmünde belli bir esnekliğe izin verilmektedir.³⁰ AİHM md.11 bağlamında bir değerlendirme yaptığı *Gorzelik* kararında; yasa hükmü ne kadar titizlikle kaleme alınmış olursa olsun, uygulaması sırasında, belli bir yoruma ihtiyaç göstereceğini belirtmiştir. Yasa hükmünde yer alabilecek anlamı açık olmayan bazı hususların aydınlatılması veya yasa hükmünün somut olayın koşullarına uygulanabilmesi için, yoruma tabi tutulması kaçınılmazdır. İşte yasa hükmünde aydınlatılmaya muhtaç hususların bulunması veya hükmün birden fazla biçimde yorumlanabilecek olması, doğrudan bu yasanın açıklık ilkesine aykırı olmasını sonuçlamaz. Zira mahkemelere tanınmış olan yargı yetkisi; tam da bu tip yorum problemlerini, güncel gelişmeleri ve değişen koşulları da göz önüne alarak, açıklığa kavuşturma amacını taşımaktadır.³¹ Bu açıdan, ulusal mahkemeler olaya uygulanması söz konusu olan yasa hükmünün birden fazla biçimde yorumlanabileceği hallerde, bu yorumlardan açıklık prensibini sağlayan yorumu, yani birey açısından en açık ve öngörülebilecek olanı tercih etmelidir.

Başvurucunun kişiliği, mesleği veya statüsü; müdahalenin öngörülebilir olup olmadığının değerlendirilmesinde dikkate alınacak bir kriter teşkil edebilir. Örnek olarak *Kayasu* vakasında, başvuru Cumhuriyet Savcısı olarak görev yapmaktadır. Bu sebeple Mahkeme; başvurunun, hakkında 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Hakkındaki Kanun’un 65/a fıkrası, 69. ve 70. maddeleri uyarınca uygulanan disiplin cezalarının ve Türk Ceza Kanunu (TCK)’nın 159. ve 240. maddeleri uyarınca uygulanan cezai müeyyidelerin öngörülebilir olmadığını ileri süremeyeceğini belirtmiştir.³²

Yasa hükmünün kaleme alınış biçimiyle ilgili bir değerlendirme olan açıklık ile bunun birey üzerindeki etkisine ilişkin bir değerlendirme olan öngörülebilirlik testi, birbirlerine sıkı sıkıya bağlı ve birbirini tamamlayan kavramlardır. Bu sebeple, kesinlik (*legal certainty test*) ve öngörülebilirlik (*foreseeability test*) koşulları, kaçınılmaz olarak birlikte ele alınmaktadır. Öngörülebilirlik; bireyin eyleminin hukuk düzeni açısından sonuçlarının ne olacağına, hangi durumda devlet müdahalesinin söz konusu olacağına ilişkin

³⁰ KRESS, 2010.

³¹ *Gorzelik and Others v. Poland (BD)*, Application no. 44158/98, Judgment of 17 February 2004, par.64; *E.K. v. Turkey*, Application no. 28496/95, Judgment of 7 February 2002, par. 52.

³² *Kayasu v. Turkey*, Application no. 64119/00; 76292/01, Judgment of 13 November 2008 (Kararın özet çevirisi için bkz. Çevrimiçi: <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/kayasu2008.pdf>).

önceden fikir sahibi olabilmesi imkânını ifade eder. Elbette bireyin eyleminin devlet müdahalesiyle karşılaşacağını öngörebilmesi için, müdahaleye dayanak teşkil eden normun bu tahmine imkân verecek derecede açık biçimde düzenlenmiş olması gereklidir. Nitekim yukarıda açıklık ilkesine ilişkin değerlendirme bağlamında açıklandığı üzere Mahkeme, bir normun yasa olarak nitelendirilebilmesi için bireyin davranışlarını düzenlemesine imkân verecek kadar kesinlik içermesi, kişinin gerektiği takdirde bir uzmanın görüşüne veya ulusal makamların yerleşik uygulamasına başvurmak suretiyle, bu normun kapsamına giren eyleminin sonuçlarını makul bir düzeyde öngörebilmesi gerektiğini ortaya koymuştur.

AİHM içtihadında açıklık ve öngörülebilirlik değerlendirmelerinin biriyle bağlantılı olarak incelenmesine bir örnek olarak, *Karademirci* kararı gösterilebilir. Dava konusu olayda, başvuru haklarında, Cumhuriyet Savcılığı'ndan gerekli belgeyi almaksızın "basın açıklaması" yapmaktan dolayı 2908 sayılı (mülga) Dernekler Kanunu'nun 44 ve 82. maddeleri³³ uyarınca başlatılan cezai takibat sonucunda mahkûmiyet kararı verilmiş ve bu karar Yargıtay'ca onanmıştır. Başvurucuların iddialarına cevaben Mahkeme; öncelikle olayda müdahaleye dayanak teşkil eden bir yasal düzenlemenin bulunduğunu tespit etmiştir. Ancak Mahkeme'nin yerleşik içtihadı uyarınca yasal bir dayanağın mevcudiyeti yasayla öngörülme koşulu açısından yeterli değildir, bu normun belli niteliklere sahip olması da gerekir. İlgili kanunun Resmi

33 2908 sayılı Dernekler Kanunu – (23/11/2004 tarih ve 25649 S.R.G. de yayımlanan 04/11/2004 tarih ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu' nun 38. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır).

Madde 44 - (Değişik madde: 02/01/2003 - 4778 S.K./21. md.) Dernekler tarafından yapılan bildiri, beyanname ve benzeri yayınlar, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin temel niteliklerine ve 174 üncü maddede sıralanan inkılap kanunlarının korunması hükümlerine aykırı; Devletin iç ve dış güvenliğini, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozucu mahiyette veya suç işlemeye, ayaklanmaya, isyana teşvik edici bir nitelik taşıdığı veya Devletin gizli belgelerini açıklamak, Atatürk'ün kişiliğini, ilkelerini ve çalışmalarını küçük düşürmek ve kötülemek veya başkalarının şöhret ve haklarına, özel ve aile hayatlarına tecavüz etmek amacına yönelik bulunduğu takdirde, mahallin en büyük mülki amirinin emriyle toplattırılabilir. Mahallin en büyük mülki amiri bu kararını yirmidört saat içinde asliye ceza hakimliğine bildirir. Hakim, mülki amirin bu kararını en geç kırksekiz saat içinde inceleyip karara bağlar. Bu süre içinde bir karar verilememesi halinde, mahalli mülki amirin kararı hükümsüz sayılır.

Yukarıdaki hüküm siyasi partiler hakkında uygulanmaz.

Madde 82 - (Değişik madde: 23/01/2003 - 4793 S.K./4. md.) Bu Kanunun 43 üncü maddesine veya 45 inci maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarındaki zorunluluğa uymayanlar, 64 üncü maddenin ikinci fıkrasında öngörülen bildirimi yapmayan veya Bakanlıkça belirtilen sürede taşınmaz mallarını paraya çevirmeyenler birmilyar liradan üçmilyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır.

Gazete’de yayınlanmış olması bakımından erişilebilirlik koşulu sağlanmıştır. Bu durumda Mahkeme, söz konusu yasa normu bağlamında müdahalenin öngörülebilir olup olmadığını tespit etmek durumundadır. İlgili yasa hükmü, “dernekler tarafından yapılan bildiri, beyanname ve benzeri yayınlar” ilişkin şekil şartları öngörmektedir. Dava konusu olaydaki “basın açıklaması”nın bu madde kapsamında değerlendirilmesine ilişkin olarak Mahkeme, “...ve benzeri yayınlar” şeklindeki ifadesi dolayısıyla kanun hükmünün açık olmayan ve muğlak ifadeler içerdiğini ve yargı makamlarına geniş bir takdir yetkisi bıraktığını kabul etmiştir. Açıklık ilkesine ilişkin içtihadı kapsamında bunun doğrudan Sözleşme’nin ihlali anlamına gelmediğini tekrarlamakla birlikte Mahkeme; dava konusu olayda olduğu gibi, belli şekil ve şartlara uymamanın cezai bir yaptırıma bağlandığı hallerde, bunun ne zaman ve hangi koşullarla uygulanacağını yasada açıklıkla belirtilmiş olması gerektiğini vurgulamıştır. Bu husus; hakka getirilecek bir kısıtlamanın, kıyas yoluyla yargılanan kişilerin aleyhine olacak şekilde genişletilerek uygulanmasının önüne geçilmesi bakımından önemlidir. Bu bağlamda, yargılanacak kişinin bu yasa hükmü uyarınca kendisine hangi cezai sorumluluğun yüklendiğini öngörebilmesi şarttır. Mahkeme’nin görüşüne göre; başvuru haklarındaki yargılamada getirilen basın açıklamasının da Dernekler Kanunu md.44 kapsamındaki şekil ve şartlara tabi olduğu yönündeki yorum, söz konusu yasa hükmünün uygulama alanının makul olarak öngörülemez ölçüde genişletmiştir. Öngörülebilir olmaması sebebiyle bu müdahale, yasa ile öngörülme koşuluna aykırı sayılmalıdır.³⁴

Görüldüğü üzere; bireyin özgürlükler alanına en sert müdahaleye yol açan ceza yargılaması ve cezai yaptırımların uygulanması söz konusu olduğunda açıklık ve öngörülebilirlik ilkesi daha büyük bir anlam kazanmaktadır. Dolayısıyla ceza normları kaleme alınırken, bu normların hukuka aykırı eylemlerden doğacak sorumluluğu en sert biçimde düzenleyen normlar olduğu göz ardı edilmemelidir. Bu tespit bizi ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin cezai bir yaptırım biçiminde olması halinde, yasayla öngörülme koşulunun katı bir şekilde uygulanması gerektiği sonucuna götürmektedir. Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi de, tahkir suçunu düzenleyen yasalar bağlamında yaptığı bir değerlendirmede eylemin ceza kanununda geniş bir biçimde tanımlanmasının açıklık ve *ultima ratio* ilkelerine aykırı olacağını ifade etmiştir.³⁵

34 *Karademirci and Others v. Turkey*, Applications nos. 37096/97 and 37101/97, Judgment of 25 January 2005, par.34 – 43.

35 *Inter-American Court of Human Rights, Case of Ricardo Canese v. Paraguay*, Judgment of August 31, 2004, par.104–107 ve *Case of Kimel v. Argentina*, Judgment of May 2, 2008,

Kaldı ki, kişi hakkında ifade özgürlüğünün kullanımıyla ilgili bir gerekçeyle ceza takibatı yürütülmesi, takibat kişinin beraati veya davanın düşmesiyle kişi hakkında mahkûmiyet kararına ulaşmasa bile, tek başına ifade özgürlüğüne haksız bir müdahale teşkil edebilir.

Salihoğlu vakası da; öngörülebilirlik değerlendirmesi bakımından önemli bir örnek teşkil etmektedir. 22 Ekim 2001 tarihinde İnsan Hakları Derneği Muş Şubesi'nde yapılan aramada, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi (DGM)'nce 16 Eylül 2001 ve 29 Eylül 2001 tarihinde toplatılması kararı verilen Yedinci Gündem isimli haftalık gazete (15- 21 Eylül 2001 tarihli) ve söz konusu gazetenin eki (29 Eylül–5 Ekim 2001 tarihli) ele geçirilmiş; bunun üzerine derneğin o dönemki başkanı olan başvuru mahkeme kararlarıyla yasaklanmış yayınları bulundurduğu gerekçesiyle eski TCK md.526 uyarınca yargılanmış ve mahkûm edilmiştir. Başvuru, söz konusu mahkûmiyet kararının md.10'u ihlal ettiği iddiası ile AİHM'ye başvurmuştur. Mahkeme öngörülebilirliğe ilişkin değerlendirmesinde; öncelikle DGM'ce verilen toplatma kararının doğrudan başvurana ilişkin olmadığını ifade etmiştir. Buna ek olarak; başvuranın, başka bir ildeki mahkemece alınan bu toplatma kararlarına dair bilgisi olduğu ikna edici biçimde ortaya konmamıştır. Mahkeme'nin kanaatine göre, bir yargı makamının kararına uyulmaması, ancak söz konusu karar ilgilinin bilgisine sunulduğu takdirde cezai bir yaptırıma bağlanabilir. Kaldı ki Yargıtay içtihadı; yasak yayınların savunması ya da propagandası amaçlanmadıkça, salt bu yayınları bulundurmanın eski TCK md.526 uyarınca suç sayılmayacağı yönündedir. Bu hususlardan hareketle AİHM; başvuranın eski TCK'nın 526. maddesi uyarınca ihtilafı yayınları bulundurmanın cezaya yol açabileceğini “makul bir ölçüde” öngörebilme imkânının bulunmadığına hükmetmiştir. Dolayısıyla müdahalenin dayanağı olarak gösterilen eski TCK md.526, olayda uygulandığı biçimiyle, yasa ile öngörülme koşuluna uygun sayılamaz.³⁶ Benzer biçimde *Gemici* vakasında Mahkeme; hakkında toplatma kararı bulunan yayınları bulundurmak suçundan başvuru hakkında verilen mahkûmiyet kararının yasal bir dayanağının

par.76. *Kimmel* kararında Mahkeme, tahkir suçunu düzenleyen normun son derece geniş ifadeler içerdiğine ve taraf Devletin bu kanun hükmünde değişiklik yapması gerektiğine hükmetmiştir. Kararın muhatabı devlet Arjantin olmasına rağmen, pek çok Latin Amerika ülkesinde benzer ceza normları bulunduğu için esasen karar bu devletler bakımından da etki doğurur niteliktedir. BERTONI, 2009, sf.343-344.

36 *Salihoğlu - Turkey*, Application no.1606/03, Judgment of 21 October 2008 (Kararın özet çevirisi için bkz. Çevrimiçi: <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/salihoglu.pdf>).

bulunduğunu ve bu yasanın Resmi Gazete’de yayınlanmış olduğu için erişilebilirlik koşuluna uygun olduğunu tespit etmiştir. Ancak toplatma kararı, aramanın yapıldığı gün alınmış bir karardır, bu bakımdan başvuranın toplatma kararından haberdar olduğunu gösteren bir kanıt Mahkeme’nin dikkatine sunulmamıştır. Mahkeme; adli bir karara itaatsizliğin cezalandırılması için bu kararın ilgili şahsa bildirilmesi gerektiği yönündeki kanaatini yineleyerek, bu koşullar altında müdahalenin başvuru bakımından öngörülebilir sayılamayacağına hükmetmiştir.³⁷

İç hukukun yorumlanması ve uygulanması elbette öncelikle ulusal makamlara, özellikle de mahkemelere düşen bir vazifedir. Bu bakımdan açıklık ve öngörülebilirlik koşulunun yalnızca yasa koyucuyu değil, yasayı yorumlamak ve uygulamakla görevli makamları da bağladığını vurgulamak gerekir. Esasen; normun hangi hallerde müdahaleye imkan vereceğini açıklıkla düzenlememiş olduğu hallerde, normu uygulayacak makamlara geniş bir takdir alanı tanınmış olacaktır.³⁸ Bu takdir alanı içinde kullanılacak egemenlik yetkilerinin, hakka yönelik bir ihlal teşkil etmemesi için yasayı uygulayacak makamların da açıklık ve öngörülebilirlik koşulu ile bağlı biçimde hareket etmesi zorunludur. AIHM de *Worm* kararında, dava konusu olaylara ilişkin yaptığı incelemede Viyana Temyiz Mahkemesi’nin Basın Kanunu’nu olaya uygulayış biçiminin, makul şekilde öngörülebilecek bir uygulama olduğunu tespit ederek Temyiz Mahkemesi’nce verilen mahkûmiyet hükmünü öngörülebilir bulmuş ve md.10’un ihlal edilmediği hükmüne varmıştır.³⁹

Yasa hükmünün, ifade özgürlüğünün kullanılmasına yönelik müdahalede yasayı uygulayacak makamlara fazlasıyla geniş bir takdir alanı bırakması durumu da yasayla öngörülme koşuluna aykırılık teşkil edebilecektir. Buna ilişkin bir örnek olarak, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonunun *Media Rights Agenda ve Diğerleri* kararı gösterilebilir. Şikâyet konusu olay-

37 *Gemici v. Turkey*, Application no. 25471/02, Judgment of 2 December 2008 (Kararın özet çevirisi için bkz. Çevrimiçi: <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/gemici2008.pdf>).

38 Amerikan Yüksek Mahkemesi *Kolender – Lawson* vak’asında bu hususu şöyle ifade etmektedir: “açıklık koşulunun asıl önemli görünümü; düzenlemenin neyi yasaklayıp yasaklamadığını açıkça beyan etmesi değil, yasa koyucunun normun uygulanmasına ilişkin asgari esasları ortaya koymasıdır. Yasakoyucunun bu asgari esasları belirlememesi halinde, bir ceza normu kolluk kuvvetlerine, savcılara ve jüriye karar verirken kendi kişisel tercihlerini gütmeye fırsat veren ölçsüz bir yetki tanınmış olabilir.” *Kolender – Lawson*, 461 U.S. 352, 2 Mayıs 1993. Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin belirlilik ilkesi konusundaki içtihadına dair bir inceleme için bkz. AYDIN, 2006, sf.314-325.

39 *Worm v. Austria*, Application no. 22714/93, Judgment of 29 August 1997, par.37-38.

da, bazı gazete ve dergilerin yayını Hükümet tarafından çıkarılan bir karar ile yasaklanmıştır. Kısa süre sonra çıkarılan bir başka karar ise, gazete ve dergilerin yayını bir kurul tarafından yapılacak ücrete tabi bir kayıt işlemine bağlamış ve kaydedilmeyen bir gazetenin yayınlanması halinde para cezası öngörmüştür. Bir gazetenin kaydedilip edilmeyeceğine ilişkin karar Kurul'un takdirine bırakılmıştır ve Kurul kararına karşı herhangi bir başvuru yolu bulunmamaktadır. İlk kararnamenin hükümleri uyarınca kararda adı geçen yayınların yasaklanması ve toplatılması üzerine başvuru maddesiyle Komisyon önüne taşınmışlardır. Komisyon; taraf devletin gazete yayını belli bir kayıt usulüne bağlamasının kategorik olarak ihlal sayılmayacağını ancak bu kayıt işlemi için öngörülen ücretin aşırı yüksek bir meblağ olmasının ifade özgürlüğüne bir müdahale teşkil edeceğini ifade etmiştir. Bu bakımdan, söz konusu düzenlemelerdeki kayıt ücreti yüksek olmakla beraber aşırı bir meblağ olarak görülmemiştir. Ancak Komisyon'a göre asıl mesele, Kurula verilen takdir yetkisinin genişliği ve nihai karar verme yetkisidir. Karardaki bu düzenlemeler, hükümete herhangi bir yayının engellenmesi konusunda sınırsız bir yetki verdiği için ifade özgürlüğüne aykırı bulunmuştur.⁴⁰

İnsan Hakları Komitesi de, ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlandırmaların bir yasal dayanağı olması koşulu üzerinde önemle durmuş ve bu yasal dayanağın yasama organının bir işlemi veya içtihat hukuku biçiminde olabileceğini ifade etmiştir. İfade özgürlüğüne yapılacak herhangi bir müdahalenin, insan hakları bakımından ciddi bir sınırlama teşkil edebileceğine vurgu yapan Komite; bu sebeple hakka yapılacak müdahalenin örfi veya dini hukuk gibi teamül kurallarına dayandırılmasının Sözleşme'ye aykırı olacağını ifade

40 African Commission on Human and Peoples' Rights, *Media Rights Agenda and Others v. Nigeria*, Comm. Nos. 105/93, 128/94, 130/94 and 152/96 (1998), 31 October 1998, par.53 – 57. **Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi**, basın özgürlüğüne yönelik bu gibi dolaylı müdahaleleri açıkça yasaklamaktadır. **Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi** md.13/4; “*ifade hakkı (nın); basılı haberler, radyo yayın frekansları, yahut bilginin dağıtılmasında kullanılan araçlar üzerinde, ya da düşüncelerin ve görüşlerin iletilmesini ve dolaşımını engellemeye yol açacak diğer herhangi bir yolla hükümetin ya da özel kesimin denetiminin kötüye kullanılması halleri gibi, dolaylı yöntemler ya da yollarla kayıtlanamayacağını*” öngörmektedir. Aktarılan çeviri için bkz. GEMALMAZ, 2010a, sf.737. Bu husus, Amerikan İnsan Hakları Komisyonu tarafından kabul edilen İfade Özgürlüğüne İlişkin Prensipler Hakkında Deklerasyon da vurgulanmıştır. Bkz. **Inter-American Declaration of Principles on Freedom of Expression**, Inter-American Commission on Human Rights, 108. Regular Session, 19.10.2000, par.5.

Diğer Sözleşmelerde ise buna ilişkin açık hüküm bulunmamakla beraber, hakkın kapsamı ve Sözleşme organları tarafından yorumlanma biçimi pratik olarak aynı uygulama ile sonuçlanacaktır. SMITH, 2010, sf. 294.

etmiştir.⁴¹ Komite de AİHM içtihadına paralel olarak; bir normun “yasa” sayılabilmesi için bireyin davranışlarını düzenlemesine imkân verebilecek derecede açık ve erişilebilir olması gerektiğini belirtmektedir.⁴² Komite; MSHS md.17’ye ilişkin 16 No.lu Genel Yorumunda; bir yasal düzenlemenin yasa ile öngörülme koşulunu sağlayabilmesi için, Devlet müdahalesinin hangi durumlarda mümkün olabileceğine dair açık ve ayrıntılı bir düzenleme getirmesi gerektiğini yinelemektedir.⁴³ Yasa hükmünün bazı muğlak ifadeler içermesi durumunda; yasallık koşuluna ilişkin değerlendirme bakımından bu yasayı uygulayacak makamların tutumu önem kazanacaktır. Örneğin, *Ross* kararında Komite, Kanada’nın New Brunswick bölgesinde öğretmen olarak çalışan başvurucunun, vazifesi dışındaki zamanında yazmış olduğu bazı yazılarda ve vermiş olduğu bir röportajda yer alan Yahudi karşıtı söylemleri sebebiyle hakkında disiplin yaptırımı uygulanmasının MSHS md.19’da güvence altına alınan ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasını incelemiştir. Bu incelemede Komite, başvuru hakkında uygulanan disiplin yaptırımının dayandığı hükümlerin bazı muğlak kriterler içerdiğini tespit etmiştir. Ancak Komite, bu yaptırım kararını temyiz aşamasında inceleyen Yüksek Mahkeme’nin meseleyi her yönüyle ele almış ve kararın ulusal hukukta yeterli dayanağının olduğuna karar verdiğini vurgulamıştır. Ayrıca başvuru iç hukuktaki süreçte duruşmalar sırasında dinlenmiş ve bu kararı temyiz etme imkânı bulunduğu halde bunu kullanmamıştır. Bu tespitlerden yola çıkan Komite, müdahalenin yeterli dayanağı olup olmadığı hususunda Yüksek Mahkeme’nin hükmünü yeniden değerlendirmeye gerek olmadığına ve müdahalenin yasa ile öngörülmüş olduğuna karar vermiştir.⁴⁴

Görüldüğü üzere; açıklık ve öngörülebilirlik koşulunun anlamı ve uygulama alanı, farklı Sözleşmesel düzenlerde, gerek normatif düzenlemeler gerekse içtihadi standartlar vasıtasıyla ortaya konmuş olmaktadır. Bu ilkeler, açıklık koşulunun yalnız yasakoyucuya yönelik bir yükümlülük olmadığını göstermektedir. Yasakoyucu, elbette, yasa hükümlerini mümkün olan en açık

41 Human Rights Committee, **General Comment No. 34 on Article 19: Freedoms of opinion and expression**, par.24.

42 *ibid*, par.25.

43 Human Rights Committee **General Comment No. 16 on Article 17: The right to respect of privacy, family, home and correspondence, and protection of honour and reputation**, par.8.

44 Human Rights Committee, *Ross v. Canada*, Communication No. 736/1997, 18 October 2000, CCPR/C/70/D/736/1997, par.11.1 – 11.4.

şekilde düzenlemelidir. Ancak yasama işleminin genel ve soyut karakteri; bir yasa hükmünün belli bir kapsamdaki olayları düzenleme altına alabilmesi için bir takım geniş ve belirsiz ifadeler içermesini kaçınılmaz kılar. Bu geniş ve belirsiz ifadeler, birey açısından yasanın hangi hallerde uygulama alanı bulacağını öngörebilmeyi imkansız hale getirmemeli ve yasayı uygulayacak makamların sınırsız bir takdir yetkisine kavuşmasına yol açmamalıdır. Diğer yandan; yasadaki geniş kapsamlı düzenlemelerin somut olaya uygulanması, yasayı uygulamakla görevli ulusal makamlara yasayı yorumlamak görevi yükler. İşte bu somut olaya uygulama ve yorumlama esnasında, yürütme ve yargı organları da açıklık ve öngörülebilirlik ilkesine uygun davranmalıdır.

ii. Türk Hukukundan Örnekler: TCK md.301 ve Terörle Mücadele Kanunu

Bilindiği üzere, ifade özgürlüğüne yönelik müdahaleler bağlamında sıklıkla tartışılan bir hüküm TCK md.301 (eski TCK md.159) olmuştur. Bu yasa hükmünün ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin yasal dayanağı olarak inceleme konusu yapıldığı *Dink* davasında Mahkeme; bu kanun hükmünde yer alan “Türklüğü alenen tahkir ve tezyif” ifadesinin oldukça geniş kapsamlı olduğunu ve mahkemelerin yorumlama açısından geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu ifade etmiştir. AİHM; TCK md.301’in ulusal mahkemelerce yorumlanış ve uygulanış biçiminin öngörülebilirlik koşuluna uygunluğu konusunda ciddi şüpheleri olduğunu belirtmiş ancak söz konusu vakada, müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği koşulu bakımından önemli bir ihlal bulunduğu için, daha ayrıntılı bir incelemeye gerek görmemiştir.⁴⁵ Mahkemenin *Dink* kararında yasallık koşulu bakımından ikna edici bulmadığını belirtmekle yetindiği TCK md.301, yakın dönemde *Taner Akçam* kararı ile tekrar başvuru konusu olmuştur. Bu davada Türk Hükümeti, başvurusunun iddialarına ilişkin yanıtlarına ek olarak eski Ceza Kanunu’nun 159/1’inci maddesi ile yeni Ceza Kanunu’nun 301’inci maddesi kapsamındaki kovuşturmalarda savcılık tarafından verilen bazı takipsizlik kararları ve ceza mahkemeleri tarafından verilen bazı örnek beraat kararlarını Mahkeme’nin dikkatine sunmuştur. Gerek Hükümet, gerekse başvuru AİHM’ye TCK md.301’in uygulamasına ilişkin istatistik veriler de iletmışlerdir; başvurusunun sunduğu bilgiler arasında Avrupa Komisyonu’nun Türkiye hakkındaki 2008 İlerleme

45 *Dink v. Turkey*, Application nos:2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09, Judgment of 14 September 2010 (Kararın özet çevirisi için bkz. Çevrimiçi: <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/dink.pdf>).

Raporu'ndan veriler de alıntılanmıştır.⁴⁶ Bu veriler, 2008'de ilgili hükümde yapılan değişiklik üzerine dava sayısının azaldığına işaret etmektedir. Ancak kararda da atıf yapılan raporunda Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammarberg, Adalet Bakanlığından izin alınması koşulunu getiren değişikliğin kalıcı bir çözüm olmadığını, benzer ihlallerin önlenmesi adına Türk hukuk sisteminin AIHS standartları ile bütünleştirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Mahkeme'nin kararda, somut olayın koşulları yanında TCK md.301'in yorumlanması ve uygulanmasına dair farklı taraf ve organlardan gelen bu bilgileri de değerlendirmeye alması; dava konusu olayların bağlam içinde değerlendirilmesi bakımından önem arz etmektedir. AIHM öncelikle başvurunun TCK md.301 uyarınca takibat veya mahkûmiyete tabi tutulmamış olmasına rağmen, Ermeni meselesi hakkındaki görüşleri dolayısıyla bu hususta *süregiden bir yargılanma tehdidi altında bulunmasının* ifade özgürlüğüne bir müdahale sayılacağını belirtmiştir.⁴⁷ Daha sonra AIHM, açıklık ve öngörülebilirlik koşullarına dair temel prensipleri tekrarlamış ve olaydaki sorunun esasen TCK md.301'in bu koşulları sağlayıp sağlamadığı olduğunu ortaya koymuştur. TCK md.301'de özellikle 2008 yılında yapılan değişiklik, Mahkeme'nin görüşüne göre, ifade özgürlüğünün kullanılmasına getirilen teminat bakımından olumlu bir fark yaratmamıştır; zira hükmün lafzında yapılan değişikliğe rağmen yargı makamlarının hükmü yorumlama ve uygulama biçimi değişmemiştir. Bu bağlamda TCK md.301'de yer alan bazı terimlerin kapsamı, yargı organlarının yorumladığı biçimiyle, son derece geniş ve belirsizdir ve bu nedenle söz konusu hüküm, ifade özgürlüğü hakkının kullanımına yönelik "süregiden bir tehdit" oluşturmaktadır. Bu da TCK md.301'i öngörülebilir olmaktan çıkarır. Mahkeme, bunun yanında; Adalet Bakanlığı'ndan izin alınması şartının normun keyfi kullanımına karşı güvence sağlamakta yetersiz kalabileceğini de belirterek TCK md.301'in ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlandırmalar bakımından gerekli koşulları taşımadığına hükmetmiştir.⁴⁸ Böylelikle Mahkeme, öngörülebilirlik koşulunun yalnızca yasa koyucuyu değil, aynı zamanda yasayı yorumlamak ve uygulamakla görevli makamları da bağladığını bir kez daha vurgulamıştır.

TCK md.301 hükmünün, özellikle 2008'de yapılan değişiklik⁴⁹ önce-

⁴⁶ *Altuğ Taner Akçam v. Turkey*, Application no. 27520/07, Judgment of 25 October 2011, par.20 – 33.

⁴⁷ *Altuğ Taner Akçam v. Turkey*, par.65 – 82.

⁴⁸ *Altuğ Taner Akçam v. Turkey*, par.85 – 96.

⁴⁹ Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun no. 5759, Kabul Tarihi: 30 Nisan 2008 (RG. 8 Mayıs 2008, 2870).

sindeki haliyle, kapsamı geniş ve anlamı açık olmayan ifadeler içerdiği ortadadır. Örneğin, “Türklük”, kapsamı son derece belirsiz bir kavramdır ve madde gerekçesi de kavramın yorumlanmasına fayda getirmemektedir. Bu kavram, 2008 yılında “Türk milleti” kavramıyla değiştirilmiştir. Yine 2008 yılında yapılan değişiklikte, yasada “Cumhuriyet” yerine, “Türkiye Cumhuriyeti Devleti” ifadesi kullanılmıştır. 2008 yılındaki değişiklik ile ceza üst sınırı düşürülmüş ve yukarıda ifade edildiği üzere, bu suçtan dolayı soruşturma yapılması Adalet Bakanlığı’nın iznine bağlanmıştır. 2008’de kabul edilen metinde yer alan kavramların sınırları daha belirli ve anlamı açık kavramlar olduğu, bu sebeple metnin öngörülebilirlik koşuluna eskisine oranla daha uygun kılındığı söylenebilir. Ancak belirtmek gerekir ki TCK md.301’in ifade özgürlüğü bakımından yarattığı esas problem; metnin lafzından ziyade yargı makamları tarafından uygulanış biçiminden kaynaklanmaktadır.⁵⁰ Bu bakımdan TCK md.301’e getirilen değişikliğin, ifade özgürlüğü rejimi açısından olumlu bir fark yaratması, ancak yargı makamlarının hükmü yorumlama biçimini AİHM’ce ortaya konan ilkeleri gözetenek geliştirmesi ile mümkün olabilir.

Türk hukukunda ifade özgürlüğü bağlamında sıkça tartışılmış ve AİHM önüne taşınmış bir diğer düzenleme ise, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu

TCK md.301, 5759 sayılı Kanun ile başlığı dahil olmak üzere değiştirilerek şu şekilde düzenlenmiştir:

“Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama
MADDE 301-(1)Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Devletin askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

(3) Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.

(4) Bu suçtan dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır.”

2008’de yapılan değişiklik öncesinde TCK md.301 şu şekilde düzenlenmişti:

Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin kurum ve organlarını aşağılama

MADDE 301-(1) Türklüğü, Cumhuriyeti veya Türkiye Büyük Millet Meclisini alenen aşağılayan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, Devletin yargı organlarını, askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Türklüğü aşağılamanın yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi hâlinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.

(4) Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.

50 ŞAHİN, 2009, sf.403-419.

(TMK)'dur.⁵¹ Söz konusu kanunun çeşitli hükümlerinde, başta kanunun bir çok maddesine değişiklik getiren 2006 tarihli 5532 sayılı Kanun⁵² ile yapılan düzenlemeler olmak üzere, pek çok kez değişiklik yapılmıştır.⁵³ Bu değişikliklere gidilmesinde Avrupa Konseyi organlarının görüş ve önerileri, ve özellikle AİHM önüne taşınan davalarda varılan ihlal kararları önemli ölçüde etkili olmuştur; ancak yapılan değişiklikler tatmin edici olmaktan uzaktır. Zira yasanın lafzında yapılan değişiklik, içeriği değiştirmemiştir ve bu haliyle AİHM kararlarında ortaya konan güvenceleri sağlamak konusunda yeterli değildir.⁵⁴ Hal böyle olunca, ulusal makamlara, özellikle hâkim ve savcılara kanun hükümlerini Sözleşme ile uyumlu biçimde yorumlamak ve uygulamak konusunda önemli bir sorumluluk düşmektedir.⁵⁵ Belirtmek gerekir ki; TMK uyarınca yapılan müdahale sonucunda AİHS md.10'un ihlal edildiği kararıyla sonuçlanan pek çok vakada ihlal; müdahalenin yasa ile öngörülme koşulundan ziyade, demokratik toplumda zorunluluk koşuluna aykırı bulunmasından kaynaklanmıştır.⁵⁶ Ancak bu; TMK hükümlerinin, özellikle 6., 7. ve 8. maddelerin, ifade özgürlüğüne yapılacak müdahalelerin yasayla öngörülmesi koşulu bakımından problem arz etmediği anlamına gelmemektedir. Zira yukarıda da açıklandığı üzere, bazı vakalarda AİHM, müdahalenin ihlal teşkil etmemesi açısından bulunması gereken diğer iki koşul yani meşru amaç veya müdahalenin demokratik bir toplumda zorunlu olması açısından önemli bir

51 Terörle Mücadele Kanunu, Kanun no.3713, Kabul tarihi:12 Nisan 1991 (RG. 12 Nisan 1991, 20843 Mükerrer).

52 Terörle Mücadele Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun no. 5532, Kabul Tarihi: 29 Haziran 2006 (RG. 18 Temmuz 2006, 26232).

53 TMK, 3713 sayılı Kanuna Ek ve Değişiklik Getiren Mevzuatın Yürürlüğe Giriş Tarihini Gösterir Liste.

54 Council of Europe Ministers' Deputies, *Freedom of expression in Turkey: Progress achieved – Outstanding issues*, CM/Inf/DH(2008)26, 23 May 2008, p. 1, (Çevrimiçi: <http://www.coe.int/t/cm>).

55 *ibid*, p.2 ve 3. Ayrıca bkz. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammarberg'in 28 Haziran – 3 Temmuz 2009 tarihli Türkiye ziyareti üzerine hazırladığı rapor, par. 48 – 50. Report by Thomas Hammarberg, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, following his visit to Turkey on 28 June-3 July 2009 Issue reviewed: Human rights of minorities, CommDH (2009)30, 1 October 2009.

56 Örn. *Çamyar and Berktaş v. Turkey*, Application no. 41959/02, Judgment of 15 February 2011; *Gül and Others v. Turkey*, Application no. 4870/02, Judgment of 8 June 2010; *Ürper and Others v. Turkey*, Application nos. 14526/07, 14747/07, 15022/07, 15737/07, 36137/07, 47245/07, 50371/07, 50372/07, 54637/07, Judgment of 20 October 2009; *Halis v. Turkey*, Application no. 30007/96, Judgment of 11 January 2005.

ihlal tespit ettiğinde, yasayla öngörülme koşulu bakımından ayrıntılı bir inceleme yaparak nihai bir karara varmayı gerekli görmemektedir. Örneklemek gerekirse, *Ürper* vakasında başvurucu, olayda uygulandığı haliyle TMK'nun md.6/5 hükmünün kendisi açısından öngörülebilir ve erişilebilir olmadığını iddia etmiştir. Mahkeme bu iddialar üzerine; *Ülkede Özgür Gündem, Gündem, Güncel* ve *Gerçek Demokrasi* adlı yayınlara getirilen basın ve yayın yasağına dayanak teşkil eden TMK'nun md.6/5 hükmünü değerlendirmeye almıştır. Ancak bu değerlendirmede Mahkeme; başvurucunun ifade özgürlüğüne getirilen sınırlandırmanın iç hukukta sağlam bir dayanağı olduğu hususunda ciddi şüpheleri olduğunu belirtmekle yetinmiş, bahis konusu hükmün yasayla öngörülme koşulu bağlamında aranan nitelikleri taşıyıp taşımadığı konusunda ayrıntılı bir incelemeye gitmemiştir. Zira Mahkeme'ye göre; dava konusu olayda müdahalenin demokratik toplumda zorunlu olması açısından önemli bir problem bulunmaktadır; bu durumda müdahalenin meşruiyeti açısından yasallık koşulu hakkında daha detaylı bir incelemeye gerek kalmamıştır.⁵⁷

TMK md.8'in⁵⁸, yasayla öngörülme koşulu bağlamında kapsamlı biçimde incelendiği ve daha sonraki kararlarda yinelenen bir karar *Başkaya ve Okçuoğlu*' dur. Başvuruculardan Fikret Başkaya iç hukukta yargılamala-

⁵⁷ *Ürper ve Diğerleri v. Turkey*, par.26 - 29.

⁵⁸ 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu

8. Madde (27 Ekim 1995 Tarih ve 4126 Sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki hali)

“[1] Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı hedef alan yazılı ve sözlü propaganda ile toplantı, gösteri ve yürüyüş kullanılan yöntem veya amaca bakılmaksızın, yapılamaz. Yapanlar hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis ve elli milyon liradan yüz milyon liraya kadar ağır para cezası hükmolunur.

[2] Birinci fıkrada belirtilen propaganda suçunun 5680 sayılı Basın Kanununun 3' üncü maddesinde belirtilen mevkateler vasıtası ile işlenmesi halinde, ayrıca sahiplerine de mevkiye bir aydan az süreli ise, bir önceki ay ortalama satış miktarının veya suçun mevkateler haricinde basılı malzemeleri içermesi veya mevkiyenin yeni açılmış olması durumunda en büyük tiraja sahip olan günlük gazetenin bir önceki ay ortalama satış miktarının yüzde doksanı kadar ağır para cezası verilir. Ancak, bu para cezaları yüz milyon liradan az olamaz. Bu mevkiyelerin sorumlu müdürlerine, sahiplerine verilecek para cezasının yarısı uygulanır ve altı aydan iki yıla kadar hapis cezası hükmolunur”

8. Madde (27 Ekim 1995 tarih ve 4126 Sayılı Kanun ile değişik)

“[1] Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı hedef alan yazılı ve sözlü propaganda ile toplantı, gösteri ve yürüyüş yapılamaz. Yapanlar hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yüz milyon liradan üç yüz milyon liraya kadar ağır para cezası hükmolunur. Bu suçun mükerreren işlenmesi halinde, verilecek cezalar paraya çevrilemez.

ra konu olan kitabın yazarı, M. Selim Okçuoğlu ise kitabı basan yayınevinin sahibidir. Başvurucular, kendileri hakkında *Batılılaşma, Çağdaşlaşma, Kalkınma – Paradigmanın İflası/Resmî İdeolojinin Eleştirisine Giriş* isimli kitap dolayısıyla yapılan yargılama ve verilen para ve hapis cezalarının Sözleşme’ye aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. AİHS md.7 çerçevesinde yaptığı incelemede Mahkeme; ilk başvuru, yani kitabın yazarı Başkaya açısından mahkûmiyet kararının yasayla öngörülme koşuluna aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.⁵⁹ Ancak ikinci başvuru, yani kitabı yayınlayan yayınevinin sahibi olan Okçuoğlu açısından varılan sonuç farklıdır. Mahkeme, başvuru TMK md.8’in açık ve öngörülebilir olmadığı yönündeki iddialarını yerinde bulmamıştır. AİHM’ye göre, suç teşkil eden eylemlerin neler olduğu, kanunda tanımlanmıştır. Bu eylemlere verilecek cezalar bakımından mahkemelere bırakılan takdir yetkisi de aşırı sayılamaz; ayrıca mahkeme kararları açısından temyiz yolu açıktır; yani karara karşı başvurulabilecek yasal çareler bulunmaktadır. Dolayısıyla, ulusal mahkemelerin yasa hükmünü dava konusu olaylara uygulama ve yorumlama biçiminin de öngörülebilirlik ilkesine aykırı olduğu söylenemez. Bu bakımdan iki başvuru bakımından da TMK md.8 uyarınca “yargılamaya tabi tutulmalarında” yasayla öngörülme koşuluna aykırılık bulunmamaktadır. Ancak; TMK md.8/2’de sorumlu müdürler için öngörülen hapis cezasının kıyas yoluyla genişletilerek sorumlu müdür değil, yayınevi sahibi olan ikinci başvurucuya uygulanması, “*nulla poena sine lege*” ilkesine aykırıdır. Yani ikinci başvuru hakkında yapılan yargılama ve mahkûmiyet kararı verilmesi yasayla öngörülme koşuluna aykırı değildir, çünkü ikinci başvurunun eylemleri de kanunda suç olarak açıkça düzenlenmiştir. Ancak bu mahkûmiyet kararının para cezası yerine hüküm kıyasen uygulanarak verilen hapis cezası olması, yasayla öngörülme koşuluna aykırıdır ve AİHS md.7’nin ihlali anlamına gelmektedir.⁶⁰ Aynı vakada AİHS md.10 çerçevesinde yapılan değerlendirmede, Mahkeme md.7 uyarınca yaptığı değerlendirmeye benzer şekilde, ilk başvuru bakımından müdahalenin yasayla öngörülme koşuluna

[2] Birinci fıkrada belirtilen propaganda suçunun 5680 sayılı Basın Kanununun 3 üncü maddesinde belirtilen mevkuteler vasıtası ile işlenmesi halinde, ayrıca sahiplerine de mevkute bir aydan az süreli ise, bir önceki ay ortalama satış miktarının yüzde doksanı kadar ağır para cezası verilir. Ancak, bu para cezaları yüz milyon liradan az olamaz. Bu mevkutelerin sorumlu müdürlerine, sahiplerine verilecek para cezasının yarısı uygulanır ve altı aydan iki yıla kadar hapis cezası hükmolunur.

59 *Başkaya and Okçuoğlu v. Turkey*, Application no. 23536/94 and 24408/94, Judgment of 8 July 1999, par.37.

60 *ibid*, par.38-43.

aykırı olmadığına hükmetmiştir.⁶¹ İkinci başvuru açısından ise AİHS md.7 ve md.10 arasında hükmün zamansal olarak uygulanmasıyla ilgili farklılık, Mahkeme'yi ilk başvuru hakkındaki değerlendirmeden ayrılan bir değerlendirme yapmaya yöneltmiştir. AİHS md.7, kişinin “işlendiği zaman ulusal ve uluslararası hukuka göre bir suç sayılmayan” bir fiil veya ihmalden dolayı mahkûm edilmesini yasaklamaktadır. Buna karşın AİHS md.10 bağlamındaki müdahaleler bakımından, suç ve cezanın kanuniliğine ilişkin değerlendirmede tedbir kararının alındığı, yani “müdahalenin gerçekleştiği zaman” da dikkate alınacaktır. İkinci başvuru hakkında uygulanan TMK md.8/2, 27 Temmuz 1993 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Dolayısıyla bu hüküm, ikinci başvuru yargılamasının yapıldığı 5 Ağustos 1993 tarihinde yürürlükte değildir. Buna rağmen ikinci başvuru yargılamasında, Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiş olan hüküm uyarınca yargılanmış olması ve hakkında verilen mahkûmiyet kararı yasayla öngörülmüş sayılamaz. Bu bakımdan ikinci başvuru yargılamasının gerek yargılamanın yapıldığı zamanda yürürlükte bulunmayan TMK md.8/2 uyarınca yargılanması, gerekse hakkında mahkûmiyete hükmolunması, AİHS md.10'un ihlali anlamına gelmektedir.⁶²

2005 tarihli *Ünsal Öztürk* vakasında ise Mahkeme, hükümde yapılan değişiklik sonrasındaki haliyle TMK md.8 hakkında bir incelemede bulunmuştur. Bu meselede başvuru yargılamasının AİHS md.10/2 bağlamında yasayla öngörülmeye koşuluyla ilişkin iddiaları temel olarak; yargılandığı TMK md.8 hükmünün çok muğlak ve belirsiz ifadelerle kaleme alındığı ve söz konusu hükmün esasen Kürt meselesinin demokratik bir ortamda açıkça tartışılmasını engellemek amacıyla yönelik olarak kullanıldığı noktalarında toplanmaktadır. Başvuru, buna ek olarak zaten muğlak ifadelerle düzenlenmiş olan bu kanunun ulusal makamlarca çok geniş biçimde yorumlandığından yakınlıkla bu yorumuyla hükmün öngörülebilir olmaktan çıktığını ileri sürmüştür.⁶³ Mahkeme *Başkaya ve Okçuoğlu* ile *E.K.* kararlarında, kanunun kapsamında görülen yazıları “basan veya yayınlayan” kişilerin TMK md.8 uyarınca yargılanması ve mahkûm edilmesinin, yasayla öngörülebilir sayılamayacağına hükmettiğini hatırlatmıştır. Dava konusu olayda Mahkeme, anılan kararlarda vardığı hükümden ayrılmasını gerektiren bir hususa rastlamamıştır. Bu sebeple müdahalenin yasayla öngörülmeye koşuluyla aykırı olduğuna karar vermiş ve diğer koşullara

⁶¹ *ibid*, par.48- 49.

⁶² *ibid*, par.50-51.

⁶³ *Ünsal Öztürk v. Turkey*, (Application no. 29365/95), Judgment of 4 October 2005, par. 49.

ilişkin bir incelemeye gerek görmeksizin md.10'un ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁶⁴

AİHM önünde tartışılan, ihlal iddiasının Terörle Mücadele Kanunu'na dayanan bir yargılamaya ilişkin olduğu vakalarda, Sözleşme'nin ihlaline yol açan durum müdahalenin yasayla öngörülmesi koşuluna aykırılığından ziyade bu kanun uyarınca yapılan ceza yargılamaları ve verilen mahkûmiyet kararlarının demokratik bir toplumda zorunlu olması koşuluna aykırılığından kaynaklanmaktadır.⁶⁵ Bu kanunun yasayla öngörülme koşulu bakımından yetersiz bulunduğu kararlarda ise sorun, yukarıda örneklendiği üzere, yasanın kaleme alınış biçiminden ziyade, ulusal mahkemelerce uygulanış biçimindedir. Nitekim TMK'nun çeşitli hükümlerinin lafzı ve yorumlanmasına ilişkin endişeler Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammarberg'in raporlarına da yansımıştır.⁶⁶ Bu raporlarda, terörle mücadelenin doğasında bulunan güçlükler ve Türk hükümetinin kişileri teröre karşı korumak hususundaki yükümlülüğü kabul edilmekle beraber; terörle mücadelede insan haklarının ve özellikle ifade özgürlüğünün önemi de vurgulanmış, ayrıca Türk hükümetine bahis konusu hükümde gerek yasa değişikliği gerekse içtihat değişikliği yoluyla düzenlemeye gidilmesi tavsiye edilmiştir. Sonuç olarak; Sözleşme organlarınca ortaya konan bu standartlar doğrultusunda; yasayla öngörülme koşulunun yalnız yasakoyucu değil aynı zamanda yasayı uygulamakla görevli organlar, özellikle kolluk ve mahkemeler açısından da yükümlülük doğurduğunun altını çizmek gerekir.

iii. Açıklık ilkesinin işlevi

Açıklık ilkesi esasen, temel hakların korunması bakımından iki yönlü bir fonksiyona sahiptir. Bunlardan ilki; md.10'da güvence altına alınmış olan hakkın keyfi müdahaleden korunmasıdır. Yasanın muğlâk, kapsamı belirsiz ifadeler içermesi; bu hükümlerin uygulama aşamasında geniş biçimde yorum-

⁶⁴ ibid, par.57 - 65.

⁶⁵ Bülent Tanör bu hususu şöyle ifade etmiştir: "Türk Ceza yargıçs, Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi'nin yargıcının getirdiği kıstasa benzer bir kıstas getirmedici gibi (açık ve yakın tehlike), oradan esinlenmek ihtiyacını bile çoğu zaman duymuş değildir. Yani adeta yasakoyucu "vur" demiş, yargıç da çoğu defa öldürmüştür". Bkz. TANÖR, 1998, sf.260-261.

⁶⁶ Report by Thomas Hammarberg Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, **Freedom of expression and media freedom in Turkey**, CommDH(2011)25, 12 July 2011, par.27 – 30; Report by Thomas Hammarberg Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, **Administration of justice and protection of human rights in Turkey**, CommDH(2012)2, 10 January 2012, par.65 - 70.

lanmasına yol açabilir. Bunun doğal sonucu da, hakka yapılacak olan Devlet müdahalesinin genişletilmesi riski olacaktır. Bu bakımdan yasa hükmünün açık ve kesin bir dille kaleme alınması, Devletin müdahale alanının sınırlandırılması bakımından son derece önemlidir. Açıklık ilkesinin ikinci fonksiyonu ise, bireyin hak ve özgürlüklerini öngörülen sınırlar içinde endişe duymadan kullanmasına imkân tanımadır. Hak ve özgürlüklerin ve bunlara yöneltilerebilecek müdahalenin sınırlarını çizen yasa hükmünün açık olmayan ifadeler içermesi halinde, birey yaptırım ile karşılaşma endişesiyle, söz konusu hakkı kullanmaktan kaçınabilir.⁶⁷ “Caydırıcı etki (*chilling effect*)” olarak adlandırılan bu otosansür durumunun önüne geçilebilmesi, ancak yasa hükümlerinin bireye hareket alanının sınırlarını açıkça gösteren, kesin ve ayrıntılı bir dille düzenlenmesiyle mümkün olur. Bu bakımdan, AİHM’nin müdahaleye dayanak teşkil eden normlarda aradığı bir başka koşul olarak ayrıca değineceğimiz normun keyfi kullanılması halinde yasal çarelere başvurma imkânının bulunması, açıklık ilkesi ile birbirini bütünleyen bir ilişki içindedir.

Belirtmek gerekir ki, ifade özgürlüğünü yalnızca ifadenin sahibi açısından değerlendiren görüş uzun süre önce terk edilmiştir. Artık, Sözleşme organlarının da içtihatlarıyla beslediği şekilde; ifade özgürlüğünün, düşüncesini açıklayan veya haberi yayan ifade sahibini olduğu kadar, olayları ve bu olaylara ilişkin değerlendirme ve eleştirileri bilmek hakkına sahip olan kamuyu da koruma kapsamına aldığı kabul edilmektedir.⁶⁸ Amerikan (Amerikalılararası) İnsan Hakları Mahkemesi, Kosta Rika tarafından danışma görüşü için dikkatine sunulan bir meselede, ifade özgürlüğünün münhasıran bireysel yönü ile düşünülemeyeceğini; özgürlüğün kendine has kapsamı ve karakteri gereği, kolektif boyutunun da dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Bu bakımdan Amerikan (Amerikalılararası) İnsan Hakları Sözleşmesi md.13’te düzenlenen ifade özgürlüğünün iki boyutlu bir hak olduğunu vurgulamıştır. Buna göre; md.13 bir yandan her bir bireye ait olan bir haktır ve bireylerin düşüncelerini keyfi sınırlandırmalar veya engeller olmaksızın ifade edebilmesini güvence altına alır. Diğer yandan ise; bilgi, haber ve ifadelere erişebilmeye dair kolektif bir hakkın teminatıdır.⁶⁹ Bu bakımdan ifade özgürlüğünün korunmasında yalnızca bireysel değerın gözetilmesi eksik ve hatalı olacaktır. Bu hakka

⁶⁷ DE SCHUTTER, 2010, s.296 – 305.

⁶⁸ ERMAN, 1999, sf.15.

⁶⁹ Inter-American Court of Human Rights, Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (Arts. 13 and 29 of the American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-5/85, November 13, 1985, par.30.

yapılan müdahalenin hukuka uygunluğuna ilişkin değerlendirmede, bireysel menfaatin yanında kamusal menfaati de gözetmek zorunludur.

bb. Aleniyet – Erişilebilirlik

AİHM içtihadı uyarınca bir normun, ifade özgürlüğüne getirilecek bir sınırlandırmaya dayanak teşkil edebilmesi için erişilebilir olması gerekmektedir. Bu koşul, bireyin herhangi bir meseleye tatbiki kabil kurallara ilişkin yeterli göstergelere ulaşabilir olmasını; diğer bir deyişle belli araçlarla bu kurallar hakkında fikir sahibi olma imkânı bulunmasını ifade eder.⁷⁰ Bu açıdan Türkiye’ye karşı yapılan başvurular bakımından AİHM, müdahaleye dayanak teşkil eden yasanın Resmi Gazete’de yayımlanmış olmasını, erişilebilirlik koşulu bakımından yeterli görmektedir.⁷¹

Diğer yandan AİHM; erişilebilirlik koşulu bağlamında her zaman genel bir değerlendirme ile yetinmemekte; somut olayın koşulları gereği bazı durumlarda yasal düzenlemenin niteliği ya da kişinin statüsü ve vazifesini de içeren daha özel bir değerlendirmeyi gerekli görmektedir. *Pasko* vakasında bir deniz subayı olan ve aynı zamanda silahlı kuvvetler kurumunun bülteninde ve bir Japon gazetesinde haberler yazmakta olan başvurucu, devlet sırlarını içeren bir takım gizli belgeleri paylaştığı için yargılanmış ve mahkûm edilmiştir. Bu mahkûmiyet kararında, gizli belgelerdeki bilgilerin Devlet sırrı teşkil edip etmediğinin tespitinde, Savunma Bakanlığı’nın yayınlanmamış bir kararı da dikkate alınmıştır. Başvurucu, bu belgeyi daha önce görmüş, okumuş ve okuduğuna ilişkin olarak imzalamıştır. Bu husustan hareketle Mahkeme, her ne kadar kamuya açık biçimde yayımlanmamış da olsa, başvurucunun resmi görevi sebebiyle bu gizli karara ulaşabilmesi imkânı olduğunu ve somut olayda başvurucunun bu karardan haberdar olduğunun anlaşıldığını belirterek, erişilebilirlik koşulunun sağlanmış olduğuna hükmetmiştir.⁷² *Autronic* kararında ise AİHM; telekomünikasyon ve radyo yayınlarına ilişkin devlet müdahalesinin yasal kaynağı olan ve bu alandaki milletlerarası antlaşmalar ile taraf devletin iç hukukundaki yasa ve yönetmeliklerden oluşan bir normlar bütünü; başvuru *Autronic AG* için erişilebilir olduğuna karar vermiştir. Her ne kadar bu düzenlemelerin bir kısmı, örneğin son derece teknik, karmaşık ve uzun belgeler olan radyo yayını yönetmeliklerinin bazıları, Federal Kanunlar

⁷⁰ *Silver and Others v. The United Kingdom*, par.88 - 90.

⁷¹ *Karademirci and Others v. Turkey*, par.36.

⁷² *Pasko v. Russia*, Application no. 69519/01, Judgment of 22 October 2009, par.81 - 83.

Külliyyatında yayınlanmamış olsa dahi, bunlara nasıl ulaşılabileceği açıklanmıştır. Dolayısıyla kararda, bu düzenlemelerin hedef aldığı belirli kitle yani bu alanda hizmet veren kuruluşlar bakımından bunların yeterince erişilebilir olduğu kabul edilmiştir.⁷³

cc. Normun Keyfi Kullanımına Karşı Başvurulabilecek Yasal Çarelerin Varlığı

AİHM; devlet müdahalesine dayanak teşkil eden bir normun mevcudiyetini ve bu normun açık, ulaşılabilir ve öngörülebilir olmasını, “yasayla öngörülme” koşulu açısından yeterli bulmamaktadır. Bunların tamamlayıcısı olarak söz konusu normun, onu uygulayacak makamların suiistimalini veya keyfi eylemlerini önleyecek yeterli güvenceleri de içermesi gerekir.⁷⁴ Mahkeme’ye göre normun yasa addedilebilmesi için sahip olması gereken niteliklerden biri de, söz konusu normun hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olmasıdır. Sözleşme’nin başlangıç hükümlerinde ifade bulan ve böylelikle tüm Sözleşmesel hakların yorumuna hakim olan bu ilke,⁷⁵ norm ile imkân verilen sınırlandırmanın keyfi biçimde uygulanmasına karşı başvurulabilecek tedbirler bulunmasını da kapsar.⁷⁶

İnsan Hakları Komitesi de AİHM ile aynı doğrultuda; hukukun üstünlüğü ilkesi uyarınca bir normu uygulayacak makamın bu hususta sınırsız bir takdir yetkisine sahip olmaması gerektiğini belirtmektedir.⁷⁷ Bu bağlamda, iç hukukun kurallarının yorumlanması ve uygulanması özünde, ilgili Devlet makamlarının ve mahkemelerinin görevidir; dolayısıyla Komite’nin incelemesi, bu makamların yasanın uygulanması ve yorumlanmasında keyfi davranıp davranmadıklarını tespit etmeye yönelik olacaktır. Yetkili makamların takdir yetkilerini suiistimal ettikleri veya keyfi olarak kullandıkları açıkça ortaya

⁷³ *Autronic AG v. Switzerland*, Application no. 12726/87, Judgment of 22 May 1990, par.55 - 57.

⁷⁴ GÖZÜBÜYÜK / GÖLCÜKLÜ, 2008, sf.376.

⁷⁵ Mahkeme, *Golder – Birleşik Krallık* kararında, Sözleşme’nin başlangıç hükümlerinin Sözleşme’nin yorumu bakımından hukuki değerine vurgu yapmış ve bu kısımda taraf devletlerin ortak mirası olarak zikredilen hukukun üstünlüğü ilkesinin yalnızca hitabi bir referans olarak görülmesinin hatalı olacağını belirtmiştir. Hukukun üstünlüğü ilkesi, **Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi**’nde hüküm altına alınmış olan genel yorum prensipleri uyarınca sözleşmesel hakların yorumunda dikkate alınmalıdır. *Golder v. The United Kingdom*, Application no. 4451/70, Judgment of 21 February 1975, par.34.

⁷⁶ *Olsson v. Sweden (No.1)*, par.61.

⁷⁷ *ibid*, par.25.

konmadığı sürece, Komite'nin bu makamın iç hukuk kuralını doğru biçimde uygulayıp uygulamadığını incelemek yetkisi yoktur.⁷⁸

Devletin müdahale yetkisinin kullanılış biçimi de bu güvencelerin öngörülmesinde ve içeriğinin tasarlanmasında önemli bir unsurdur. Örneğin yetkinin gizlilik içinde kullanıldığı durumlarda, müdahalenin keyfi yapılması riski elbette daha fazladır.⁷⁹ İletişimin denetlenmesi tedbiri, bunun tipik bir örneğidir. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin gizlilik niteliğinden doğan risk sebebiyle AİHM de bu tip tedbirler bakımından yasa ile öngörülme koşulunu katı biçimde uygulamıştır.⁸⁰ AİHM *Malone – Birleşik Krallık* kararında; yasa ile öngörülme koşulunun ve özellikle bu kapsamdaki öngörülebilirlik kriterinin, iletişimin denetlenmesi tedbiri bağlamında, başka biçimdeki müdahalelerle aynı şekilde uygulanamayacağını belirtmiştir. Bu bakımdan iletişimin denetlenmesini düzenleyen normlarda, bireyin iletişiminin ne zaman takip edileceğini bilmesine imkân verecek şekilde bir açıklık aranamaz, zira bu takdirde tedbirin uygulanması anlamsız kalacaktır. Ama yine de bu normlar, bireye iletişiminin *hangi durumlarda* ve *hangi koşullara bağlı olarak* yetkili makamlarca denetlenebileceğine dair işaret sunacak kadar da açıklık taşımalıdır; zira iletişimin denetlenmesi tedbiri hakka potansiyel olarak tehlikeli bir müdahale teşkil etmektedir.⁸¹ Bu bakımdan temel haklara böylesi ciddi bir müdahale olduğunda yürütme yetkisi sınırları belirlenmemiş bir takdir yetkisi verilmesi, Sözleşme'nin yorumu ve uygulanmasında temel ilkelerden biri olan “hukukun üstünlüğü”ne aykırı olur. Mahkeme, bu tip müdahaleleri düzenleyen normlarda açıklık kriterinden ne anlaşılması gerektiğine ve keyfi kullanımın önüne nasıl geçilebileceğine dair şu açıklamayı getirmektedir: müdahalenin kullanımında takdir yetkisinin öngörüldüğü hallerde, bu takdir yetkisinin kapsamı belirtilmelidir.⁸² Yetkili makama tanınan takdir yetkisinin kapsamının ve bunun kullanılma biçiminin yeterince açık olarak kurala bağlanması sayesinde birey keyfi müdahaleye

⁷⁸ *Leonardus Johannes Maria de Groot v. The Netherlands*, Communication No. 578/1994, U.N. Doc. CCPR/C/54/D/578/1994 (1995), Decision of 14 July 1995, par. 4.3 ve *Anna Maroufidou v. Sweden*, Communication No. 58/1979, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 at 80 (1985), 9 April 1985, par.10.1.

⁷⁹ *Klass and Others v. Germany*, Application no. 5029/71, Judgment of 6 September 1978, par.42 ve 49.

⁸⁰ LEACH, 2005, sf. 289 - 290.

⁸¹ *Malone v. The United Kingdom*, par. 67.

⁸² *Silver and Others v. The United Kingdom*, par.88-89.

karşı yeterli güvenceye kavuşturulacaktır.⁸³ Gizli tedbirlerin uygulanması bakımından önemli bir başka karar da kişisel verilerin istihbarat organları tarafından toplanması, kaydedilmesi ve muhafazasının tartışıldığı *Rotaru* kararıdır. Bu kararda Mahkeme, milli güvenlik gerekçesiyle kişiler hakkında istihbarat toplanması ve muhafazası konusunda yetki veren düzenlemeleri incelemiş ve bunların yeterli açıklıkla düzenlenmediğini tespit etmiştir. Mahkeme bu hususta ayrıca, gizli takip biçimindeki işlemlerin kötüye kullanılmasını engelleyecek yeterli ve etkili teminatların bulunması gerekliliğinin altını çizmektedir; çünkü milli güvenliği korumaya yönelik olarak teşkil edilen gizli istihbarat toplama sistemleri demokrasiyi korumak amacıyla yola çıkmasına rağmen tam tersine demokrasiye zarar vermek hatta ortadan kaldırmak riskini barındırmaktadır. Bu sebeple bunların denetimine ilişkin usuller, demokratik bir toplumun değerlerine, özellikle de hukukun üstünlüğü ilkesine sıkı sıkıya bağlı olmalıdır. Hukukun üstünlüğü ilkesi, idarenin bu neviden işlemlerinin etkili denetime tabi tutulması ve bu denetimin, en azından son tahlilde, bağımsız ve tarafsız bir değerlendirme konusunda en iyi teminatı sağlayabilecek yargı organları tarafından yapılması gerekliliğini de içerir. Dava konusu olaydaki düzenlemeler yeterli açıklığı taşımadığı gibi, herhangi bir denetim usulü de içermemektedir. Bu sebeple yetkili makamlara tanınan takdir yetkisinin kapsamını ve kullanılacağı usulü açıkça düzenlememiş olan yasa, md.10/2 kapsamında aranan güvenceyi sağlamakta yeterli görülmemiştir.⁸⁴

Devletin müdahale yetkisinin kullanılış biçiminin, müdahaleye karşı güvencelerin öngörülmesi bakımından özellikli olarak göz önüne alındığı bir başka durum da hakkın kullanılmasından önce getirilen kısıtlamalardır (*prior constraints*). Sözleşme organları yayımın durdurulması, dağıtımın önlenmesi ve toplatma gibi önleyici ya da önalcı müdahaleleri, bunların hakka karşı taşıdığı potansiyel tehlikeleri gözeterek daha sıkı bir denetime tabi tutmaktadır. Haberlerin güncelliğini çabuk yitirmesi söz konusu olabileceği için yayınlanması kısa bir süre için bile olsa geciktirildiğinde değer kaybedecek olma ihtimali sebebiyle bu husus bilhassa basın ve süreli yayınlar bakımından önemli addedilmiştir. Bunun yanında bu tedbirlerin geçici biçimde uygulanması ve kişinin aklanması halinde yayınların geri verilmesi, çoğunlukla uğranan zararı telafi edemez; bu sebeple bu tip yaptırımlar belli bir süre için uygulansa bile,

83 *Malone*, par.68; *Sanoma Uitgevers BV v. The Netherlands*, Application no. 38224/03, Judgment of 14 September 2010, par.82, *Rotaru v. Romania [BD]*, Application No. 28341/95, Judgment of 4 May 2000, par.52.

84 *Rotaru v. Romania [BD]*, par.56 - 62.

bu organların yayına devamını imkansız kılacak etkilere yol açabilir.⁸⁵ Ama sansür nev'inden önleyici müdahaleler bakımından Sözleşmesel güvencelerin katı yorumu, yalnızca basın ve süreli yayınları kapsamaz, bunlar dışındaki yazılı eserler ve özellikle kitaplar da bu korumadan yararlanırlar.⁸⁶ Bir yayının basın ve dağıtımına getirilen yasak, ancak bu yasağın dayanağı olan normun katı bir çerçeve içeren biçimde kaleme alınmış olması ve keyfi müdahalelere karşı başvurulabilecek bir yargı denetimi yolunun bulunması halinde ihlal teşkil etmeyecektir.⁸⁷

AİHM, yukarıda anılan *Taner Akçam* kararında, normun keyfi kullanılmasını engellemek üzere öngörülmüş usul ve çarelerin, *güvenilir ve devamlı* bir teminat sağlaması gerektiğini vurgulamıştır. Bu bağlamda Mahkeme, TCK md.301'in yargı organları tarafından keyfi kullanımını engellemek üzere öngörülen Adalet Bakanlığı'ndan izin alınması koşulunun gerekli teminatı sağlamakta yetersiz kalabileceğini belirtmiştir. Zira gelecekte iktidarın değişmesi halinde, Adalet Bakanlığı bu meselede farklı bir tutum belirleyebilir ve böylece keyfi takibatın yolunu açabilir.⁸⁸

Belirtmek gerekir ki Mahkeme, hakka yapılacak müdahale bakımından yürütmeye takdir yetkisi tanınması halinde bu yetkinin kapsamı ve kullanılış biçiminin açıkça düzenlenmesini şart koşturmaktadır. Ancak bu hususların da mutlaka aynı yasada düzenlenmiş olması gerekmez. Yürütmenin takdir yetkisinin bağlı olduğu koşullar ve usuller; kendisi yasa niteliği taşımasa dahi, yeterli açıklığı sağlayan ve erişilebilir olan idari işlemler ile düzenlenebilir. Örnek vermek gerekirse; *Silver* kararında Mahkeme, mahkûmların iletişiminin denetlenmesine ilişkin kuralların Cezaevleri Yasası'nda değil bu yasa hü-

85 TANÖR, 1994, sf. 80-81.

86 VAN DIJK / VAN HOOFF, 1998, sf. 793. *Ekin Association v. France*, Application no. 39288/98, Judgment of 17 July 2001, par.56 - 57.

87 OVEY / WHITE, 2006, sf. 320. Burada örnek olarak aktarılan *Çetin ve Diğerleri – Türkiye vak'*asında Mahkeme, olağanüstü hal bölge valisi tarafından Ülkede Gündem gazetesinin basım ve dağıtımına getirilen yasağın değerlendirilmesinde, bu tip yasakların prensip olarak doğrudan AİHS'ye aykırı sayılmadığını ancak bunların Sözleşme'ye uygun olabilmesi için buna izin veren yasa hükmünün son derece katı bir çerçeve çizer biçimde düzenlenmesi, ve bu yasağa karşı başvurulabilecek etkin yargı yollarının mevcudiyetinin ortaya konması gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu olayda OHAL valisinin yetkileri ve yargı denetimi yolunun açık olmayışı karşısında AİHM, bu yasağın AİHM md.10'a aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Bkz. *Çetin and Others v. Turkey*, Application No. 40153/98, 40160/98, Judgment of 12 February 2003, par. 59 – 66.

88 *Altuğ Taner Akçam v. Turkey*, par.94.

kümleri uyarınca cezaevi yöneticilerine verilen Kural ve Talimatnamelerde yer almasının doğrudan md.10/2'yi ihlal ettiği anlamına gelmediğini belirtmiştir. Bu doğrultuda, söz konusu müdahalenin yasa ile öngörülme koşulunu sağlayıp sağlamadığının değerlendirmesinde bu idari işlemler de Cezaevleri Yasası ile birlikte dikkate alınmıştır.⁸⁹

Görüldüğü üzere; ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlandırmaların teknik anlamda yasa niteliği taşıyan işlemlere dayandırılması; devlet müdahalesinin sınırlarının, dolayısıyla hakkın kullanım alanının açıkça ortaya konmasını amaçlar. Yasa hükümlerinin bu amaca yönelik olarak sağladığı teminat, ilk olarak yasama işleminin kabul edilme biçiminden kaynaklanır. Yasama işlemleri, yasama organında açık görüşme ve tartışma ile kabul edilmesi, özgürlüklerin sınırlandırılmasında bir kamuoyu denetimi sağlar. Buna ek olarak; yasaların herkes için geçerli, objektif ve genel kuralları içermesi sebebiyle, özgürlüğe yapılacak müdahalelerde belli kişi ve grupların özel olarak hedef alınması engellenmiş olur.⁹⁰ Elbette bu açıdan; normun şekli anlamda yasa niteliği taşıması yeterli değildir. Bu güvenceleri sağlayabilmesi için normun açık ve öngörülebilir biçimde düzenlenmiş olması, ve muhatabı olan bireyler açısından ulaşılabilir olması gerekir. Bunun yanında, yasayı uygulamakla görevli makamların yetkileri belirtilmeli ve bu yetkinin suiistimali halinde başvurulabilecek çareler öngörülmelidir.

2. Teknik Anlamda Yasa Niteliği Taşıyan Normlar Dışındaki Düzenlemeler

Sözleşme organları, müdahaleye dayanak teşkil eden ulusal bir norm bulunması konusunda katıdır; ancak bunun mutlaka teknik anlamda yasa olması konusunda ısrarcı olmazlar. Bu bakımdan, yasa niteliği taşıyan düzenlemelerde aranan usul ve içerik koşullarına uyan diğer normların da somut vakanın koşulları üzerinden yapılacak değerlendirmede “yasa ile öngörülme” koşu-

89 *Silver and Others v. The United Kingdom*, par. 88 – 95.

90 TANİLLİ, 1981, sf.184 - 185.

Afrika İnsan ve Hakların Hakları Komisyonu; yukarıda anılan *Media Rights Agenda* ve *Diğerleri* başvurusunda, belli bir kişiyi ve kurumu bireysel olarak hedef alan düzenlemelerin, eşit işlem ilkesine ciddi bir aykırılık tehlikesi taşıdığına işaret etmiştir. Bu meselede Komisyon, dava konusu olaylarda Hükümet tarafından çıkarılan kararın doğrudan belli gazetelerin yayını yasaklamış olmasının da ayrıca ifade özgürlüğüne aykırı olduğuna karar vermiştir. *Media Rights Agenda, Constitutional Rights Project, Media Rights Agenda ve Constitutional Rights Project v. Nigeria*, par.71.

lunu sağladığı kabul edilebilir. Diğer bir deyişle; Sözleşme organları, belli nitelikleri taşımaları şartıyla diğer bazı normlara da kanun gibi davranmaktadır. Bu hususta Mahkeme, bir normun müdahaleye dayanak teşkil edip edemeyeceğini değerlendirirken “yasa” kavramını şekli anlamıyla değil, maddi anlamıyla ele aldığını belirtmiştir. Dolayısıyla Mahkeme’nin yorumuna göre, “yasa ile öngörülme” koşulu bakımından yasa terimi; gerekli kriterleri taşımaları koşuluyla, normlar hiyerarşisindeki alt normları⁹¹ ve idare tarafından yasama organının verdiği yetkiye dayanarak çıkarılan düzenleyici idari kurları⁹² da içeren yazılı hukuku ve ayrıca, yazılı olmayan hukuku ifade eder.⁹³ Mahkeme, taraf devletlerin hukuk sistemlerindeki farklılığı göz önüne alarak, yasa kelimesinin yalnızca mevzuatla ortaya konan hukuku değil, içtihat ile yaratılan hukuku (*judge-made law*) da kapsar şekilde anlaşılması gerektiğinin altını çizmiştir. Böylelikle özellikle Birleşik Krallık hukuk sisteminin önemli bir parçası olan hakim tarafından yaratılan hukuk (*judge-made law*) da Sözleşme sisteminden dışlanmayarak, bunun da gerekli nitelikleri taşımak şartıyla, yasa sayıldığı ifade edilmiştir.

a. Örf ve Adet Kuralları ve İctihadî Kurallar:

AIHM, *Sunday Times* kararında mahkeme düzenini bozmayla ilgili *common law* kurallarının uygulanmasının yasa ile öngörülme koşuluna aykırı olduğu iddialarına cevaben; “yasayla öngörülme” ifadesinde, “yasa” kelimesinin yalnızca yazılı değil, aynı zamanda yazılı olmayan hukuk kurallarını da kapsadığını ifade etmiştir.⁹⁴ Buna göre; içtihat hukukunda öngörülen bir düzenlemenin, salt kanun biçiminde yazıya geçirilmediği için yasayla öngörülmüş olmadığını iddia etmek, Sözleşme’yi ortaya koyanların Sözleşme ile amaçladıklarına açıkça aykırı olur. Kaldı ki böyle bir kabul, *common law* sistemini benimsemiş bir taraf Devletin hukuk sistemine zarar verir.⁹⁵ Hatta bu durum yalnızca içtihat hukukunu asıl kaynaklardan biri olarak kabul eden *common law* ülkeleri ile sınırlı değildir. AIHM, kıta Avrupası sistemini benimsemiş taraf devletlerin hukuk sistemlerinde de içtihat hukukunun giderek artan bir önemi olduğuna dikkat çekerek, bunun da mutlaka mevzuat ile bera-

91 *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, Application nos. 2832/66, 2835/66, 2899/66, Judgment of 18 June 1971, par. 93.

92 *Barthold v. Germany*, Application no. 8734/79, Judgment of 25 March 1985, par.46.

93 *Sanoma Uitgevers BV v. The Netherlands*, par.83; *Leyla Şahin v. Turkey [BD]*, par. 88.

94 Aynı yönde bkz. *Malone v. The United Kingdom*, par. 64-68.

95 *Sunday Times v. The United Kingdom (No. 1)*, par. 47 ve 49.

ber ele alınması gerektiğini vurgulamaktadır.⁹⁶ Bu itibarla, Mahkeme önüne gelen somut olayda müdahalenin dayanağı olarak ileri sürülen örf ve adet kuralının; kurumsallaşmış, yerleşmiş bir kural olduğu ve teknik anlamda yasa niteliği taşıyan kurallarda aranan niteliklere sahip olduğunun ortaya konması halinde, bu kural da yasa ile öngörülme koşulu bakımından kabul görecektir.

b. İdari Kural ve İşlemler

İdarenin işlemlerinin hak ve özgürlüklere yapılacak bir müdahalenin kaynağı olarak kullanılamaması; esasen sınırlandırmanın dayanağını idarenin değil yasanın iradesinin teşkil etmesi gerekliliğinden kaynaklanmaktadır. Sınırlandırmanın, yasama organı tarafından kabul edilen bir norma dayandırılması, bu normun temelinde yasama organı önünde yapılan tartışma ve değerlendirmenin yer aldığına işaret eder. Ayrıca sınırlandırmanın kanun ile yapılması, kanunların sahip olduğu “herkes için geçerli, genel kural” niteliği sayesinde, sınırlandırmanın objektif olarak yapıldığına yönelik bir teminatır. 1982 Anayasası da bu hususu, haklara ilişkin bireysel düzenlemelerdeki yasayla sınırlandırma koşuluna ek olarak genel biçimde, md.13 ile hükme bağlamıştır. Buna göre, “*temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*” Bu bağlamda idarenin işlemlerinin hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması değil; ancak yasanın belirlediği kayıtlar dahilinde ve yasayla verilen yetkiden yola çıkılarak *düzenlenmesi* şeklinde ortaya çıkabilir.⁹⁷ Zira her bir somut olay yasa işlemi ile kurala bağlanamaz; bu maddeten ve hukuken mümkün olmadığı gibi, arzu edilen bir durum da değildir. Bu itibarla; genel, soyut ve objektif kuralın somut olaylara uygulanmasında yürütmenin hak ve özgürlüklerin kullanımı alanına girmesi, uygulamanın kaçınılmaz bir gereğidir. Ancak bu eylem ve işlemlerin yasa ile öngörülme koşulunu sağlayabilmesi için yürütme; Anayasa veya yasanın verdiği yetkiye uygun olarak

⁹⁶ *Kruslin v. France*, Application no. 11801/85, Judgment of 24 April 1990; *Huvig v. France*, Application no. 11105/84, Judgment of 24 April 1990, par.28.

⁹⁷ Ancak Anayasa md.91/1; olağan dönemde hakların sınırlandırılması rejimi bakımından bu duruma önemli bir istisna getirmiş ve Anayasa'nın ikinci kısım üçüncü bölümünde yer alan sosyal ve ekonomik haklar ve ödevleri topyekun olarak, temel hakların kanun hükmünde kararname ile düzenlenemeyeceği kuralından ayırık bırakmıştır. TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, 2006, sf.133-135. Yürütme organına tanınan geniş yetkilerin doğurduğu insan hakları ihlallerine ilişkin kapsamlı bir inceleme için bkz. TANÖR, 1994, sf. 163-178.

ve vaz'edilmiş hukuk kurallarının uygulanmasını sağlamak üzere, tamamlayıcı bir vazife ile hareket etmelidir.⁹⁸ İdarenin yetkileri, yasama organınca düzenlenmemiş bir alanda ifade özgürlüğünün kayıtlanmasına dayanak teşkil edecek bir kural koymak biçiminde tezahür edemez. Yukarıda bahsedildiği üzere AİHM de çeşitli kararlarında, “yasa ile öngörülme” koşulunun öncelikle müdahalenin iç hukukta bir yasal dayanağının olmasını gerektirdiğini, ancak bu değerlendirme bakımından yasa terimini şeklen değil maddi anlamıyla algıladığını belirtmiştir. Bu bakımdan Mahkeme'nin yorumuna göre “yasa” ifadesi, yetkili organlar tarafından yasayla kendilerine verilen yetkiye dayanarak düzenlenen alt normları da içerebilir.

Türk Anayasası'ndaki düzenlemeyi belirttikten sonra; Sözleşme organlarının, salt müdahalenin dayanağının idari bir işlem olmasını kategorik biçimde ihlal olarak nitelemediğini yineleyelim. AİHM de çeşitli kararlarında; müdahalenin bir idari işleme dayanarak yapılmasını, söz konusu işlem belli nitelikleri taşıyor ise “yasa ile öngörülme” koşuluna aykırı bulmamıştır. Örnekleme gerekirse; *Cemalettin Canlı – Türkiye* kararında Mahkeme, suçluluk kayıtlarının polis tarafından keyfi ve kanuna aykırı olarak tutulmasının AİHS md.8'i ihlal ettiğine ilişkin iddialar kapsamındaki değerlendirmesini, başvuru hakkında hazırlanan ve cezai takibata dâhil edilen Suç Bildirme Formu başlıklı polis raporunun hazırlanmasının iç hukuktaki dayanağının Emniyet Teşkilatı Parmak İzi Yönetmeliği olduğu tespitinden başlatmaktadır. Mahkeme'ye göre söz konusu Yönetmelik, cezai takibata uğrayan ve hüküm giyen kişilerin kişisel bilgilerinin ve parmak izlerinin, polis tarafından saklanabileceği ve diğer devlet birimlerine gönderilebileceği durumlara dair açık ve ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Bu bakımdan müdahalenin dayanağının bir idari işlem olması, “yasa ile öngörülme” koşuluna aykırı bulunmamıştır. Ancak eklemek gerekir ki Yönetmelik, polis raporlarındaki bilgilerin gerektiğinde güncellenmesi ve düzeltilmesini de hükme bağlamaktadır. Bu bakımdan Mahkeme son tahlilde, başvuru hakkındaki raporda yazılan bilgilerin yanlış olması ve başvuranın raporda sıralanan suçlardan beraat ettiği bilgisini içermemesi sebebiyle Yönetmelik hükümlerine aykırı olduğuna, dolayısıyla yasayla öngörülmüş sayılamayacağına hükmetmiştir.⁹⁹ Mahkemenin Türkiye kararlarından bir başka örnekleme *Enerji-Yapı Yol Sen* kararı ile yapılabilir. Bu kararda da AİHM, memurlara toplu gösteri ve eylemleri genel olarak yasaklayan Başbakanlık Personel Genel Müdürlüğü Genelgesinin, AİHS

⁹⁸ GÜRAN, 1969, sf. 402-406.

⁹⁹ *Cemalettin Canlı v. Turkey*, Application no. 22427/04, Judgment of 18 November 2008.

md.11 ile koruma altına alınan hakka yapılan müdahale bakımından yasa ile öngörülme koşulunu sağladığını belirtmiştir.¹⁰⁰

Ancak söz konusu idari işlem, “yasa” niteliği taşıyan normlarda aranan nitelikleri taşıyor ise; müdahale Sözleşme’ye aykırı olacaktır. Örnek olsun; *Nakçi* kararında AİHM; tutuklu mektuplarının denetiminin dayanağı olarak gösterilen Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkifevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair 647 sayılı Tüzüğü, yetkili makamların takdir yetkisinin kapsamını yeterince açık bir biçimde düzenlememiş olduğunu ve bu eksikliğin uygulama esnasında da giderilmediğini tespit etmiştir. AİHM; açıklık koşuluna sahip olmayan bu düzenlemenin, yasa ile öngörülme koşulunun amaçladığı teminatı sağlamaması sebebiyle AİHS md.8’in ihlal edildiği sonucuna varmıştır.¹⁰¹ İletişimin denetlenmesiyle ilgili tedbirlerin AİHS md.8 bağlamında incelendiği *Khan* vakasında AİHM; bu gizli tedbirin uygulanması bakımından o dönemki tek dayanağın İçişleri Bakanlığı’nın Polis Takibinde Kullanılacak Cihazlara ilişkin Talimatnamesi olduğunu tespit etmiştir. Ancak bu Talimatname, hukuken bağlayıcı bir düzenleme olmadığı gibi, başvuru açısından erişilebilir de değildir. Bu sebeple Mahkeme; söz konusu düzenleme uyarınca icra edilen gizli koruma tedbirinin Sözleşme’nin 8.maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir.¹⁰² İdari düzenlemenin yeterli nitelikleri taşımadığına hükmedilen bir başka örnek olarak *Amuur* vakası gösterilebilir. Bu vakada sığınma talebi ile başvuran yabancıların, başvurunun değerlendirilmesi esnasında havaalanının uluslararası bölgesinde tutulmasına ilişkin olarak o dönemde yürürlükte olan kuralları içeren tek düzenleme İçişleri Bakanlığı’nın havaalanı müdürlerine ve kolluk amirlerine talimatlarını içeren genelgedir. Kamu-

¹⁰⁰ *Enerji-Yapı Yol Sen v. Turkey*, Application no.68959/01, Judgment of 21 April 2009 (Kararın özet çevirisi için bkz. Çevrimiçi: <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/enerjiyapiyol-sen2009.pdf>).

¹⁰¹ *Nakçi v. Turkey*, Application no:25886/04, Judgment of 30 September 2008 (Kararın özet çevirisi için bkz. Çevrimiçi <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/nakci.pdf>).

647 sayılı Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkif Evlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzüğü mahkûmların haberleşmesini denetleme konusunda cezaevi yetkililerinin takdir yetkilerinin kapsamını yeterince açık bir şekilde belirtmediği için md.8 bağlamında yasa ile öngörülme koşulunun gerçekleşmediğine yönelik güncel tarihli bir kararı için bkz. *Fethullah Akpolat v. Turkey*, Application No. 22077/03, Judgment of 15 Şubat 2011(Kararın özet çevirisi için bkz. Çevrimiçi: <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/fetullahakpolat2011.pdf>) AİHM; bu kararlarında Tüzük’teki aksaklığın uygulama esnasında da giderilmediği konusundaki tespitinde; *Tan* kararındaki yargısından yola çıkmıştır.

¹⁰² *Kahn v. The United Kingdom*, Application no. 35394/97, Judgment of 12 May 2000, par.25-28.

ya açık olarak yayımlanmamış olan bu belge, esasen muhaceret ve sığınma talepleri hususunda kolluk kuvvetlerine yönelik genel talimatları içeren bir düzenlemedir ve sığınma talebinde bulunan kişilerin temel haklarına ilişkin herhangi bir düzenleme içermemektedir. Bu bakımdan AİHM, Sözleşmenin 5.maddesi ile koruma altına alınan kişi özgürlüğü ve güvenliğine yönelik herhangi bir teminat içermeyen ve genel talimatlardan ibaret olan bu genelgenin, müdahalenin dayanağı olarak yasallık ilkesine uygun sayılamayacağına hükmetmiştir.¹⁰³

c. *Soft-law* belgeler

İfade özgürlüğüne getirilen bir takım sınırlandırma ve şartlar; hukuki olarak bağlayıcı biçimde düzenlenmemiş olan belgelerle de öngörülmüş olabilir. Basın ilkeleri, kurum etik kuralları, askeri davranış kuralları gibi *soft-law* belgelerde yer alan kurallar; başvuru tarafından, müdahalenin vuku bulduğu olay bağlamında ifade özgürlüğünün kapsamı bakımından ileri sürülebilir. Devlet tarafından bu neviden belgelerin ileri sürülmesi ise, ancak müdahaleye dayanak teşkil eden yasal düzenlemeyi destekleyen bir düzenleme olarak söz konusu olabilir; bunlar tek başına müdahalenin yasal dayanağı olarak elbette ikna edici olamaz.

Soft-law bir düzenlemenin müdahalenin dayanakları arasında ele alındığı örnek bir vaka *Barthold – Almanyaya* kararıdır. Dava konusu olayda, başvuru-cunun ifade özgürlüğüne getirilen sınırlandırmanın dayanakları arasında yasal düzenlemeler yanında başvuru-cunun da üyesi bulunduğu Veteriner Hekimler Birliği tarafından kabul edilen Mesleki Davranış Kuralları da yer almaktadır. Mahkeme bu hususta, söz konusu düzenlemenin doğrudan yasama organınca kabul edilen bir düzenleme olmadığını ifade etmekle beraber yine de yasal dayanak olarak dikkate alınabileceğini belirtmiştir. Zira Veteriner Hekimler Birliği; mesleğin yürütülmesine ilişkin hususlarda, yasama organını tarafından kendisine devredilmiş olan bağımsız bir kural koyma yetkisine sahiptir. Bunun yanında söz konusu yetki Devlet denetimi altında kullanılmaktadır ve Veteriner Hekimler Birliği kabul ettiği kuralları Hükümet'in onayına sunmak yükümlülüğü altındadır; bu sebeple söz konusu kurallar da müdahalenin yasal dayanakları arasında değerlendirmeye dâhil edilmiştir.¹⁰⁴

¹⁰³ *Amuur v. France*, Application no. 19776/92, Judgment of 25 June 1996, par.52-53.

¹⁰⁴ *Barthold v. Germany*, par.49.

d. Uluslararası Hukuk Kuralları

Groppera Radio AG ve *Autronic* kararlarında AİHM; yasa için aranan niteliğe ilişkin koşulları taşıması halinde uluslararası hukuk kurallarının da, müdahale için hukuki bir temel oluşturabileceğini ifade etmiştir. Söz konusu kararında AİHM, Devlet'in müdahalesinin iç hukuktaki yasa hükümleri yanında Uluslararası Telekomünikasyon Sözleşmesi ve bu sözleşmenin uygulanmasına ilişkin diğer bazı uluslararası hukuk kurallarına dayandığını tespit etmiş ve bunların nitelik açısından aranan kesinlik ve öngörülebilirlik koşullarını taşıyıp taşımadığını incelemeye girişmiştir. Bu durumda AİHM, ülke içinde tatbiki kabil uluslararası hukuk kurallarının müdahaleye dayanak teşkil etmesi ihtimalini dışlamamaktadır. Kararın devamında AİHM; düzenlemelerin yönelmediği kitle dikkate alınarak değerlendirildiğinde, ulaşılabilirlik bakımından herhangi bir sorun olmadığını belirtmiştir. Bu düzenlemelerin açıklık koşulunu taşıması meselesine ise şüpheyile yaklaşan AİHM; olayda söz konusu olan iç hukuk düzenlemelerinin ayrıntılı ifadeler içermediğine, uluslararası hukuk düzenlemelerinin ise Devlete oldukça geniş bir takdir yetkisi bıraktığına hükmetmiştir. Ancak AİHM meselede zaten müdahalenin “demokratik toplumda gerekli” olmadığına hükmettiği için, yasayla öngörülme koşulunu daha ayrıntılı inceleyerek bu hususta nihai bir sonuca varmak gereği görmemiştir.¹⁰⁵

Mahkemenin; müdahalenin dayanakları arasında uluslararası hukuk kurallarına atıf yaptığı bir başka örnek olarak, *Slivenko* kararı gösterilebilir. Başvurucuların sınır dışı edilmesi kararının AİHS md.8 kapsamında incelendiği vakada; bu kararın yasa ile öngörülmüş olup olmadığına ilişkin değerlendirmede Litvanya'nın ilgili yasal düzenlemeleri yanında, Rusya ve Litvanya arasında yapılmış Rus askeri kuvvetlerinin bölgeden çekilmesine ilişkin milletlerarası antlaşma da müdahalenin hukuki kaynaklarından biri olarak dikkate alınmıştır. Başvurucuların Litvanya mahkemelerinin söz konusu milletlerarası antlaşmayı hatalı yorumladıklarına ilişkin iddialarına ilişkin olarak Mahkeme, tıpkı iç hukuktaki yasal düzenlemeler gibi, devletin taraf olduğu milletlerarası antlaşmaların da yorumlanma ve uygulanmasının asli olarak ulusal makamlara ait bir yetki olduğunu belirtmiştir. Bu bakımdan Mahkeme'nin, ulusal makamların yerine geçerek karar vermek, özellikle de bir milletlerarası antlaşmanın doğru yorumunun ne olacağını söylemek gibi bir vazifesi olamaz. Nitekim bir vakaya ilişkin olayların yeniden incelenmesi ve değerlendirilmesi

¹⁰⁵ *Groppera Radio AG v. Switzerland*, Application no. 10890/84, Judgment of 28 March 1990, par.54 - 57.

de Mahkeme'nin vazifesi değildir. Mahkeme yalnızca, ulusal yargı makamlarının kararının Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerle uygunluğunu inceleyecektir. Olayda başvuru haklarındaki kararda ulusal makamlar, iç hukuk düzenlemelerini söz konusu milletlerarası antlaşma ışığında yorumlamışlardır. Mahkeme'nin görüşüne göre, ulusal yargı makamlarının bu düzenlemeleri yorumlama ve somut olaya uygulama biçimleri makuldür; kararın alınmasında keyfi biçimde davranıldığını gösteren bir emare de bulunmamaktadır. Buna ek olarak anılan milletlerarası antlaşma başvuru için erişilebilir ve iç hukuk düzenlemeleriyle birlikte ele alındığında öngörülebilir; dolayısıyla Mahkeme'nin bir müdahalenin dayanağı olan kuralda aradığı nitelikleri taşımaktadır. Bu tespitlere dayanarak Mahkeme, başvuru sınırdışı edilmesi kararının yasayla öngörülmüş olduğuna hükmetmiştir.¹⁰⁶

Bosphorus vakasında ise devlet müdahalesi, AB Tüzüğüne dayanarak verilmiş bir mahkeme kararına dayanmaktadır. Avrupa Topluluğu; BM Güvenlik Konseyinin 1993 tarihli ve 820 sayılı “Yugoslav Cumhuriyeti ile ikamet veya faaliyet yeri itibarıyla bağlantısı olan gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunan veya bu kişi yahut tüzel kişiler tarafından denetlenen bütün deniz, kara, demiryolu ve hava araçlarına el koyma yükümlülüğü” öngören kararının Topluluk üyesi Devletlerde uygulanmasına yönelik olarak, 990/93 sayılı tüzüğü yürürlüğe koymuştur. Başvurucu; İrlanda Ulaştırma Bakanlığı'nın 1994 yılında bahsedilen AB Tüzüğü'ne dayanarak merkezi Türkiye'de bulunan *Bosphorus Airways*'in Yugoslavya Hava Yolları JAT'tan leasing ile aldığı iki yolcu uçağına el koymasını, mülkiyet hakkının ihlal edildiğı iddiasıyla Mahkeme önüne taşımıştır. Mahkeme bu olayda, müdahalenin İrlanda makamlarının Topluluk hukuku veya ulusal hukuka ilişkin bir takdir yetkisi kullanımı değil, AT anlaşmalarından doğan yükümlülüklerin de yerine getirilmesine matuf olduğunu tespit etmiş ve bu yükümlülüğün yerine getiriliş biçiminin Sözleşme'nin Ek 1 Nolu Protokol md.1'de öngörülen teminata aykırı olmadığına karar vermiştir.¹⁰⁷

Bu örneklerde görüldüğü üzere; Sözleşme organları yasayla öngörülme koşulu bakımından “yasa” terimini tüketici biçimde tanımlamaktan kaçınmışlardır. Somut vakanın koşulları üzerinden yapılan değerlendirmede; müdahalenin dayanağını teşkil eden düzenlemenin Sözleşmesel hakka yeterli teminatı

¹⁰⁶ *Slivenko v. Latvia*, Application no. 48321/99, Judgment of 9 October 2003, par. 100 – 109.

¹⁰⁷ *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, Application no. 45036/98, Judgment of 30 June 2005, par.143 – 148.

sağlayacak nitelikleri taşıması halinde, teknik anlamda yasa niteliği olmasa dahi müdahale yasallık koşuluna uygun sayılacaktır.

SONUÇ

Müdahalenin yasa ile öngörülmesi koşulu; bir yandan açıklık ve öngörülebilirlik, diğer yandan da keyfi kullanıma karşı başvurulabilecek yasal çarelerin bulunması unsurları doğrultusunda, idarenin yetkilerini keyfi kullanmasını engellenmesi ve özgürlüklere müdahale alanının çizilmesine hizmet etmektedir. Bu yönüyle ifade özgürlüğü, olası devlet müdahalelerin dayanağını teşkil eden normların, siyasî bir baskı ve yaptırım aracı olarak kullanılmasını önlemeyi de amaçlar. İfade özgürlüğünün bulunmadığı bir ortamda, siyasal tartışma ve görüşlerin açıklanması veya edinilmesi, dolayısıyla bireylerin demokratik düzene katılmasından bahsetmek mümkün olmayacaktır. İfade özgürlüğü, Avrupa kamu düzeninin temeli olan demokratik bir toplumun hem yapıtaşı, hem de olmazsa olmaz unsurudur. Elbette ifade özgürlüğü yalnızca siyasal yönüyle değerlendirilemez. Zira ifade özgürlüğü, siyasal yönünün yanında ve onu kapsayacak biçimde, kendini geliştirme ve düşünce ve yargılarını beyan etmeye yönelik temel bir insani ihtiyaca da karşılık gelmektedir. Bu yönleriyle ifade özgürlüğü, hem bireye hem de topluma yönelik geniş kapsamlı bir korumayı içerir. İfade özgürlüğüne getirilen bir sınırlandırmanın meşru olup olmadığına ilişkin değerlendirme, çoğu zaman bir menfaatlerin dengelenmesi problemini de içinde barındıracaktır. Bu bakımdan, müdahalenin yasa ile öngörülme koşuluna uygun olup olmadığı tespit edilirken; diğer bir deyişle müdahalenin dayanağını teşkil eden bir norm bulunması halinde bu normun aranan nitelikleri taşıyıp taşımadığı tartılırken; bu özgürlüğün koruduğu hukuki değer bireysel boyutu yanında toplumsal boyutu ile değerlendirilmeye katılmalıdır.

Hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğünün teminat altına alınması, ancak hakka getirilen sınırlandırmanın dayanağı olan normun açıklanan nitelikleri taşımasıyla mümkün olabilir. Bu bakımdan hükmün teknik anlamda yasa olup olmaması belirleyici değildir. Bu teminatı sağlayacak normu ve bunun karakterini, her devlet kendi hukuk sistemi uyarınca belirleyebilir. Yasa niteliği taşımayan bazı normlar, örneğin örf adet kuralları veya idari işlemler de, müdahaleye karşı hakkı yeterli ölçüde koruyor ise, müdahalenin yasal dayanağı olarak kabul görebilirler. Görüldüğü üzere; yasayla öngörülme koşulu, müdahaleye dayanak oluşturan bir yasa hükmü olup olmadığına ilişkin teknik bir incelemeye sınırlı değildir; bunun yanında somut vakanın koşulları çerçe-

vesinde yapılan niteliğe ilişkin bir incelemedir. Bu incelemeye ilişkin olarak üretilmiş olan normatif ve içtihadi standartlar kapsamlı ve yol göstericidir. Buna rağmen karşılaşılan temel sorun, bu standartların ulusal makamlar tarafından gereğince benimsenmemesidir. İfade özgürlüğüne ilişkin müdahalenin dayanağını, Devlet'in egemenlik yetkileri çerçevesinde kabul edeceği yasal düzenlemeler oluşturmaktadır. Yine bu yasal düzenlemelerin somut olaylara uygulanması vazifesi de öncelikle ulusal makamlara düşmektedir. Bununla birlikte, devletin hakka yönelik kayıtların düzenlenmesi ve uygulanması konusundaki yetkisi, sınırsız değildir. Bu yetki; taraf olunan sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülükler çerçevesinde ve Sözleşme organının denetimi çerçevesinde kullanılabilir. Dolayısıyla, devlet müdahalede bulunurken, Sözleşme organlarınca tespit edilen ilkeleri gözetmelidir. İfade özgürlüğüne getirilecek sınırlandırmaların yasallığı koşulu bakımından; bahsedilen yükümlülük hem yasama organına, hem de yürütme ve yargıya aittir. Sınırlandırmanın yasayla öngörülmesi koşulu, yalnızca müdahaleye dayanak teşkil eden düzenlemelerin açık ve öngörülebilir biçimde kaleme alınmasından ibaret değildir. Bu yasanın uygulanmasını sağlayan yürütme ve yargı organları da “yasayla öngörülme” koşuluna uygun hareket etmelidir. Bu, özellikle ceza yargılaması bakımından önem arz eden bir yükümlülüktür.

İfade özgürlüğüne yönelik müdahalelerin Sözleşmeye aykırı bulunduğu meselelerde; ihlal kararı sıklıkla müdahalenin orantısızlığı sebebiyle demokratik toplumda zorunluluk koşuluna aykırılıktan kaynaklanmaktadır. Ancak ifade özgürlüğüne yapılan bir müdahalede Sözleşmeye aykırılık, sıklıkla salt demokratik toplumda zorunluluk ilkesine aykırılık ile sınırlı kalmamaktadır. AİHM içtihadı bağlamında da, müdahalenin diğer koşullara uygunluğu açısından daha ciddi bir problem bulunduğu için yasayla öngörülme koşuluna ilişkin daha ayrıntılı bir incelemenin gerekli görülmediği vakalarda, bunun yasal düzenlemede herhangi bir problem bulunmadığı anlamına gelmediğine işaret ettik. Bu bakımdan, Türkiye’de ifade özgürlüğü rejimi açısından tartışılan yasal düzenlemelerin, açıklık koşuluna uygun olmayan, orantısız ve keyfi müdahaleye imkan verecek bir biçimde düzenlenmiş olduğu da gözden kaçırılmamalıdır.

KAYNAKÇA**Kitap**

- AYDIN Öykü Didem, **Üç Demokrasi Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku (I) – Amerika Birleşik Devletleri**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006
- DE SCHUTTER Olivier, **International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary**, Cambridge, 2010
- DUGUIT Leon; **Kamu Hukuku Dersleri**, Çev. DERBİL Süheyp, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1954
- GEMALMAZ H. Burak, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta, İstanbul, 2009
- GEMALMAZ M. Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri: I. Cilt – Bölgesel Sistemler**, Legal, İstanbul, 2010
- GEMALMAZ M. Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Legal, 7.Bası, İstanbul, 2010
- GEMALMAZ M. Semih / GEMALMAZ H. Burak, **Ulusalüstü İnsan Hakları Standartları Işığında Türkiye’de Bilgi Edinme, Düşünce – İfade ve İletişim Mevzuatı**, Düşünce Suçuna Karşı Girişim, Yazıhane Yayınları, İstanbul, 2004
- GÖZÜBÜYÜK Şeref / GÖLCÜKLÜ Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme Ve Yargılama Yöntemi**, Turhan, 7. Bası, Ankara, 2008
- GÜRAN Sait, **İfade Hürriyeti Üzerinde İdare’nin Yetkileri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1969
- JAYAWICRAMA Nihal, **The Judicial Application of Human Rights Law; National, Regional and International Jurisprudence**, Cambridge, 2002
- LEACH Philip, **Taking a Case to the European Court of Human Rights**, Oxford University Press, 2. Bası, 2005
- OVEY Clare / WHITE Robin; **Jacobs and White - The European Convention on Human Rights**, 4. Bası, Oxford, 2006
- SMITH Rhona K. M., **Textbook on International Human Rights**, Oxford, 4. Bası, 2010
- ŞAHİN Kemal, **İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü - Gereklilikleri ve Sınırları**, XII Levha, İstanbul, 2009
- TANİLLİ Server, **Devlet ve Demokrasi – Anayasa Hukukuna Giriş**, Say, 2. Bası, 1981
- TANÖR Bülent, **Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, BDS Yayınları, İstanbul, 3.bası, 1994

TANÖR Bülent / YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 8. Bası, Beta, 2006

TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 9. Bası, Beta, İstanbul, 2004

VAN DIJK Pieter / VAN HOOFF Godefridus J.H., **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Kluwer International, 3. Bası, 1998

Makale ve Kitap Bölümleri

BERTONI Eduardo Andrés, “The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: A Dialogue on Freedom of Expression Standards”, **European Human Rights Law Review**, C.3, 2009

ERMAN Sahir, “Türkiye’de Kitle İletişim Özgürlüğü”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, Alfa, İstanbul, 1999

KISS Alexandre, “Commentary by the Rapporteur On the Limitation Provisions”, **Human Rights Quarterly**, C.7/1, 1985

KRESS Claus, “Nulla poena nullum crimen sine lege”, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg and Oxford University Press, 2010

LESTER Anthony, “Freedom of Expression”, **The European System for the Protection of Human Rights** (ed. MACDONALD Ronald St.J., MATSCHER F ve Petzold H.), M. Nijhoff Publishers, 1993

TANÖR Bülent, “Türkiye’de Düşünce Özgürlüğüne İlişkin Hukuk Politikaları”, **Düşünce Özgürlüğü** (ed. ÖKÇESİZ Hayrettin), Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları 3, Afa, İstanbul, 1998

Karar

AIHM Kararları

Altuğ Taner Akçam v. Turkey, Application no. 27520/07, Judgment of 25 October 2011

Amuur v. France, Application no. 19776/92, Judgment of 25 June 1996

Barthold v. Germany, Application no. 8734/79, Judgment of 25 March 1985

Başkaya and Okçuoğlu v. Turkey, Application no. 23536/94 and 24408/94, Judgment of 8 July 1999

Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland, Application no. 45036/98, Judgment of 30 June 2005

Cantoni v. France, Application no. 17862/91, Judgment of 11 November 1996

Cemalettin Canlı v. Turkey, Application no. 22427/04, Judgment of 18 November 2008

- Çamyar and Berktaş v. Turkey*, Application no. 41959/02, Judgment of 15 February 2011
- Çetin and Others v. Turkey*, Application No. 40153/98, 40160/98, Judgment of 12 February 2003
- De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, Application nos. 2832/66, 2835/66, 2899/66, Judgment of 18 June 1971
- Dink v. Turkey*, Application nos:2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09, Judgment of 14 September 2010
- Djavit An v. Turkey*, Application No. 20652/92, Judgment of 20 February 2003
- E.K. v. Turkey*, Application no. 28496/95, Judgment of 7 February 2002
- Enerji-Yapı Yol Sen v. Turkey*, Application no.68959/01, Judgment of 21 April 2009
- Gaweda v. Poland*, Application no. 26229/95, Judgment of 14 March 2002
- Gemici v. Turkey*, Application no. 25471/02, Judgment of 2 December 2008
- Golder v. The United Kingdom*, Application no. 4451/70, Judgment of 21 February 1975
- Gorzelik and Others v. Poland (BD)*, Application no. 44158/98, Judgment of 17 February 2004
- Groppera Radio AG v. Switzerland*, Application no. 10890/84, Judgment of 28 March 1990
- Gül and Others v. Turkey*, Application no. 4870/02, Judgment of 8 June 2010
- Halis v. Turkey*, Application no. 30007/96, Judgment of 11 January 2005
- Handyside v. The United Kingdom*, Application no. 5493/72, Judgment of 7 December 1976
- Kahn v. The United Kingdom*, Application no. 35394/97, Judgment of 12 May 2000
- Karademirci and Others v. Turkey*, Applications nos. 37096/97 and 37101/97, Judgment of 25 January 2005
- Kayasu v. Turkey*, Application no. 64119/00; 76292/01, Judgment of 13 November 2008
- Klass and Others v. Germany*, Application no. 5029/71, Judgment of 6 September 1978
- Kruslin v. France*, Application no. 11801/85, Judgment of 24 April 1990; *Huvig v. France*, Application no. 11105/84, Judgment of 24 April 1990
- Kokkinakis v. Greece*, Application no. 14307/88, Judgment of 25 May 1993
- Leyla Şahin v. Turkey (BD)*, Application no. 44774/98, Judgment of 10 November 2005

Malone v. The United Kingdom, Application no. 8691/79, Judgment of 2 August 1984
Müller and Others v. Switzerland, Application no. 10737/84, Judgment of 24 May 1988

Nakçi v. Turkey, Application no:25886/04, Judgment of 30 September 2008

Olsson v. Sweden (No.1), Application no. 10465/83, Judgment of 24 March 1988

Öztürk v. Turkey, Application no. 22479/93, Judgment of 28 September 1999

Rotaru v. Romania [BD], Application No. 28341/95, Judgment of 4 May 2000

Salihoğlu - Turkey, Application no.1606/03, Judgment of 21 October 2008

Sanoma Uitgevers BV v. The Netherlands, Application no. 38224/03, Judgment of 14 September 2010

Silver and Others v. The United Kingdom, Application no. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, Judgment of 25 March 1983

Slivenko v. Latvia, Application no. 48321/99, Judgment of 9 October 2003

Süreç v. Turkey (No.1), Application no. 26682/95, Judgment of 8 July 1999

Sunday Times v. The United Kingdom (No.1), Application no. 6538/74, Judgment of 26 April 1979

Tolstoy Miloslavsky v. The United Kingdom, Application no. 18139/91, Judgment of 13 July 1995

Ünsal Öztürk v. Turkey, (Application no. 29365/95), Judgment of 4 October 2005

Ürper and Others v. Turkey, Application nos. 14526/07, 14747/07, 15022/07, 15737/07, 36137/07, 47245/07, 50371/07, 50372/07, 54637/07, Judgment of 20 October 2009

Vogt v. Germany, Application no. 17851/91, Judgment of 26 September 1995

Worm v. Austria, Application no. 22714/93, Judgment of 29 August 1997

Afrika İnsan ve Hakların Hakları Komisyonu

Media Rights Agenda and Others v. Nigeria, Comm. Nos. 105/93, 128/94, 130/94 and 152/96 (1998), 31 October 1998

İnsan Hakları Komitesi

Anna Maroufidou v. Sweden, Communication No. 58/1979, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 at 80 (1985), 9 April 1985

Leonardus Johannes Maria de Groot v. The Netherlands, Communication No. 578/1994, U.N. Doc. CCPR/C/54/D/578/1994 (1995), Decision of 14 July 1995

Ross v. Canada, Communication No. 736/1997, 18 October 2000, CCPR/C/70/D/736/1997

İnter Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi

Advisory Opinion OC-5/85, *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (Arts. 13 and 29 of the American Convention on Human Rights)*, November 13, 1985

Case of Kimel v. Argentina, Judgment of May 2, 2008

Case of Ricardo Canese v. Paraguay, Judgment of August 31, 2004

Uluslararası Organların Raporları

Human Rights Committee, **General Comment No. 34 on Article 19: Freedoms of opinion and expression**, CCPR/C/GC/34, 12 September 2011

Human Rights Committee **General Comment No. 16 on Article 17: The right to respect of privacy, family, home and correspondence, and protection of honour and reputation**, 8 April 1988

Commission on Human Rights, **The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights**, 28 September 1984, E/CN.4/1985/4, Annex (1985)

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, **The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**, E/C.12/2000/13, 2 October 2000

Report by Thomas Hammarberg Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, **Human rights of minorities**, following his visit to Turkey on 28 June-3 July 2009, CommDH (2009)30, 1 October 2009

Report by Thomas Hammarberg Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, **Freedom of expression and media freedom in Turkey**, CommDH(2011)25, 12 July 2011

Report by Thomas Hammarberg Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, **Administration of justice and protection of human rights in Turkey**, CommDH(2012)2, 10 January 2012

Geçiş Dönemi Adaleti ve Toplumsal Cinsiyet: Kimin İçin Adalet, Kimin Hakikati?

Hülya DİNÇER*

ÖZET

Geçiş dönemi adaleti baskı ve şiddet dönemlerinin ardından, geçmişte işlenen suçlar nedeniyle faillerin hesap vermesini, hakikatlerin açığa çıkarılmasını, mağdurların uğradıkları zararların tazminini, barış ve toplumsal uzlaşmanın sağlanmasını amaçlar. Modern hukuk sistemini şekillendiren kamusal/özel alan karşıtlığı, bu amaçları hayata geçirmeye yönelik geçiş dönemi adaleti yapılarını da belirlemiştir. Böylece yoğun şiddet ve çatışma dönemlerinde açığa çıkan toplumsal cinsiyete dayalı şiddet ve ezilme de ‘özel alan’ içinde kaldığı kabulüyle bu yapılar tarafından çoğunlukla yok sayılmıştır. Ceza yargılamaları ve hakikat komisyonları gibi geçiş dönemi adaleti yapılarının esas aldığı insan hakları ihlallerinin belirlenmesinde hakim olan politik tercihler, kadınların maruz kaldıkları zararların ve mağduriyet biçimlerinin bu yapıların müdahalesinin dışında kalmasına sebep olmuştur. Salt cinsel şiddete maruz kaldıklarında mağdur ve muhatap olarak kabul gören kadınların savaş ve yaygın şiddet nedeniyle yaşadıkları birbirinin içine geçen diğer hak ihlalleri görünmez bırakılmıştır. Öte yandan geçiş dönemi adaleti yapılarının temel aldığı olağanüstü dönem şiddeti tanımlaması da, kadınların bu dönemlerde maruz kaldıkları şiddet ile ‘barış’ döneminde maruz kaldıkları gündelik yapısal şiddet arasında bir kesinti yaratarak, ikisi arasındaki devamlılığı ve geçişkenliği anlamayı zorlaştırmaktadır. Kadınlara ne tam bir mağdur statüsü ne de politik faillik tanımayan toplumsal cinsiyet körü geçiş süreci adaleti deneyimleri, geçmişle yüzleşme bağlamında adalet ve hakikat kavramlarının yeniden tanımlanması ihtiyacını doğurmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Toplumsal cinsiyet, Geçiş dönemi adaleti, Hakikat komisyonları, Hesap verebilirlik, Siyasal şiddet.

* Ar. Gör., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

Transitional Justice and Gender: Whose Justice, Whose Truth?

ABSTRACT

Transitional justice aims at holding perpetrators accountable for their past crimes, disclosure of truths, reparation of the harms suffered by victims and ensuring peace and reconciliation after periods of widespread repression and violence. The public/private divide that has shaped the modern system of law also widely determined transitional justice mechanisms. Accordingly, gender based violence and subordination in times of conflict and repression are assumed to belong to the private sphere and ignored by these mechanisms. Political choices prevailing in the identification of human rights violations that are to be accounted for by prosecutions and truth commissions have led to the exclusion of harms and victimization suffered by women from the the scope of transitional justice remedies. Women are recognized as victims and subjects only when they are subjected to sexual violence whereas other types of interrelated violations that they suffer have been completely marginalized. Furthermore the focus on 'extraordinary violence' by transitional justice mechanisms, due to the the fact that it presumes a discontinuity between the violence in wartime and everyday violence experienced by women, ignores the continuity and transitivity between these two kinds of violence. Failing to recognize the full victim status and political agency of women, the partiality of these gender blind processes of transitional justice urges us to redefine the notions of justice and truth within the context of coming to terms with the past.

Keywords: Gender, Transitional justice, Truth commissions, Accountability, Political violence.

Giriş

Bu yazı, yoğun ve sistematik hak ihlallerinin ardından hakikat ve adalet mücadelesinin yön verdiği geçmişle hesaplaşma süreçlerini; ceza yargılamaları ve hakikat komisyonları aracılığıyla yürütülen geçiş dönemi adaleti politikalarını toplumsal cinsiyet temelli eleştirel bir bakışla ele almayı amaçlamaktadır. Bu doğrultuda, hem ceza adaletini gerçekleştirmeye yönelik, sorumluluğu belirleyen suç ve ihlal kategorilerinin belirlenmesinde hem de zararların tazmini ve telafisi için yaşananlara dair hakikatin açığa çıkarılması sürecinde toplumsal cinsiyetin etkili bir parametre olup olmadığı ve geçmişle yüzleşme sırasında toplumsal cinsiyet adaletinin ne ölçüde sağlandığı incelenecektir. Silahlı çatışma, savaş veya kitlesel şiddet dönemlerinin ardından kalıcı bir toplumsal barışın ve uzlaşmanın tesisi için, tarihsel hakikatlerin, toplumun tüm kesimlerince yaşanan acıların, ihlallerin ve zararların tüm yönleriyle açığa çıkarılması ve adaletin sağlanması bir önkoşuldur. Bu çalışmada,

bugüne dek deneyimlenen geçiş dönemi adaleti uygulamalarında toplumsal cinsiyetin bu hakikat ve adalet sürecinin neresinde durduğuna bakılacaktır.

1. Uluslararası Hukuk, Geçiş Dönemi Adaleti ve Toplumsal Cinsiyet

Geçiş dönemi adaleti, ağır ve kitlesel insan hakları ihlallerinin yaşandığı dönemlerin ardından, bu ihlallerin sorumlularının hukuk önünde hesap vermesine, yaşananlara dair hakikatin açığa çıkarılmasına, mağdurlar için adil onarım ve telafi araçlarının hayata geçirilmesine ve aynı ihlallerin gelecekte yaşanmasının önüne geçmek için toplumsal politikaların inşasına odaklanır. Baskıcı rejimlerin bakiyesiyle hesaplaşmayı amaçlayan geçiş dönemi adaleti, gerek bireylerin hakikat, adalet ve tazmin arayışlarını karşılamaya gerekse toplumsal uzlaşma ve barışın yeniden inşası için politikalar üretmeye çalışır.¹

Uluslararası hukuk içinde ayrı bir disiplin olarak geçiş dönemi adaletinin kökeni, II. Dünya Savaşı sonrasında kurulan Nuremberg ve Tokyo Mahkemelerine dek uzanır. Devletlerarası işbirliğinin, savaş mahkemelerinin ve uluslararası ceza hukukunun belirleyici olduğu bu ilk dönem, savaş suçları nedeniyle uluslararası hesap verebilirliği sağlamayı merkeze almıştır. İkinci dönem olarak ifade edilen süreç ise, 70’li yıllarda Latin Amerika ülkelerinde hüküm süren askeri diktatörlük rejimlerinin yıkılmasının ardından demokratik rejime geçiş, Sovyetler Birliği’nin dağılmasını takiben Doğu Avrupa’daki politik dönüşümlere ve Güney Afrika’daki apartheid rejiminin yıkılışına denk düşer.² Son yirmi yıl içinde ise geçiş dönemi adaleti mekanizmaları, çatışmaların ve otoriter rejimlerin ardından sosyo-politik kurumların yeniden inşa edildiği dünyanın pek çok bölgesinde uygulanmaya başlamıştır.

Geçiş dönemi adaleti, her ne kadar cezalandırma ve hesap verebilirliği sağlama temelinde ortaya çıkmış olsa da, ilerleyen süreçte mağdurların uğradıkları zararların sebeplerinin, ihlallerin sorumlularının ve bu ihlallerin gerçekleşmesine zemin hazırlayan tarihsel koşulların aydınlatılmasını; diğer bir deyişle hakikat arayışını da gündemine almıştır. Aynı şekilde ihlaller nedeniyle uğranan maddi ve manevi zararların elverişli araçlarla tazmini ile birlikte mağdurların itibarının ve haklarının iadesi de geçiş dönemi adaletinin gündemine dahil olmuştur. Cezasızlıkla mücadele ve failerin sahip oldukları

¹ Geçiş dönemi adaletine ilişkin seçici bir kaynakça için bkz.: BRITO VE DİĞ., 2001; KRITZ, 1995; ROHT-ARRIAZA, MARIEZCURRENA, 2006; MCADAMS (ed.), 2001; TEITEL, 1999.

² Geçiş dönemi adaletine dair bir soykütük denemesi için bkz.: TEITEL, 2003.

tüm kamusal ayrıcalıklardan arındırılarak adalet önünde hesap vermesi ise en temel kaygı olmaya devam etmiştir. Geçiş dönemi adaletini şekillendiren ve tüm bu taleplerin insan hakları hukuku içinde tanınmasını mümkün kılan ise şüphesiz, devletlerin inkâr ve karartma çabalarına karşı yerelde örgütlenen, pek çok farklı dinamiğin beslediği hakikat ve adalet mücadelelerinin yarattığı evrensel yankıdır.

Bu yazının konusunu, dünyanın farklı yerlerinde deneyimlenen geçiş dönemi adaleti örneklerinde toplumsal cinsiyetin etkisi ve konumu oluşturmaktadır. Geçiş dönemi adaleti mekanizmalarını toplumsal cinsiyet temelinde ele alan eleştirel çalışmalar, hem bu mekanizmaların oluşumunda hem de ihlal, zarar ve suç kategorilerinin tanımlanmasıyla birlikte uygun hesap verebilirlik yöntemlerinin belirlenmesinde toplumsal cinsiyetin belirleyici bir paradigma olarak ele alınmadığını göstermektedir.³ Kadınlar çoğu kez 'mağdur' statüleri kabul edilmediği için geçiş dönemi adaleti sürecinin konusu olamadıkları gibi, bu sürecin yürütülmesinde, örneğin barış müzakerelerinde veya hakikat komisyonu çalışmalarında da politik özneler olarak kabul görmemişlerdir. Geçiş dönemi adaletinin doğuşu ve gelişim süreci incelendiğinde, alanın oluşumunu ve faaliyetlerini baskın bir biçimde erkeklerin belirlediği görülür. Bu alanda yazıp çizen veya kamusal alanda görünür olanın erkekler olması bir tarafa, barış müzakerelerinde, af pazarlıklarında veya uluslararası mahkemelerin cezalandırma yetkisi ve yasal sorumluluğun sınırları gibi tartışmalar sırasında da kadınların sözüne ve deneyimlerine itibar edilmemiştir.⁴ Çatışma sonrası ortam büyük ölçüde erkekler tarafından şekillendirilir ve yönetilirken, bu ortamı esas olarak yapılandıran ise toplumsal cinsiyet hiyerarşilerinin kendisi olmuştur.⁵

Geçiş dönemi adaleti politikalarının toplumsal cinsiyet eşitsizliklerinden nasibini almış olması, genel olarak uluslararası insan hakları standartlarını belirleyen, hayata geçiren ve denetleyen yapılardan kadınların neredeyse tamamen dışlanmış olmasıyla yakından ilgilidir.⁶ Kadına Karşı Her Tür Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme ya da kadınların, çatışma çözümü ve barışın inşasında karar alma süreçlerine katılımını güçlendirmek

3 Örneğin bkz. NÍ AOLÁIN, TURNER, 2007; O'ROURKE, 2013; ALBERTSON FINEMAN, ZINSSTAG, 2013.

4 NÍ AOLÁIN, 2013, s. 209.

5 BELL, O'ROURKE, 2007, s. 26.

6 CHARLESWORTH, 1994, s. 63.

için çıkarılan 1325 sayılı BM Güvenlik Konseyi kararı⁷ gibi, görece yakın dönemlerde, kadınların sesini, taleplerini ve maruz kaldıkları özgün ihlalleri insan hakları hukuku normlarının yapım sürecinde görünür kılan ve bu taleplerin kısmen tanınmasını sağlayan belgeler yürürlüğe girmiş olsa da, bu dışlanma tümüyle ortadan kalkmış değildir.

Hukuka yöneltilen feminist eleştiri, bizatihi hukukun dünyaya erkek gözünden bakışı imtiyazlı kılan, erkek egemen yapının bir ürünü olduğunu savunur.⁸ Liberal hukuk teorisi, siyaset teorisinin kamusal/özel alan ayrımını içselleştirerek faaliyet alanını kolektivitenin kamusal alanıyla sınırlı biçimde tarif eder; bireyin özel alanı olarak tanımladığı alanı ise dokunulmaz kılarak normatif müdahalenin dışında bırakır. Ev içi ve aile hayatından oluşan özel alanın hukukun normatif kavrayışının dışında bırakılması, kadınların kamusal alanın çeperleri dışında kaldığı varsayılan yaşamsal deneyimlerinin, maruz kaldıkları her tür şiddet ve ezilmenin, hukuk tarafından yok sayılması ve düzenlenmemesi sonucunu doğurur.

Uluslararası hukuk, özel olarak da insan hakları hukuku, bu ayrımın meşrulaştırdığı toplumsal cinsiyet hiyerarşilerinin ve kadınlara yönelik dışlamanın bilhassa belirginleştiği alanlardandır. Geleneksel insan hakları paradigmasına göre, bir hareketin hak ihlali olarak tanınması ve devletin sorumluluğunu doğurabilmesi için, bu hareketin devletle organik bağı olan bir kişi eliyle; diğer bir deyişle kamusal bir aktör tarafından gerçekleştirilmesi aranır. Bu nedenle kamusal kimliği olmayan, örneğin kadının eşi, babası veya kardeşi tarafından uygulanan şiddet çok uzun bir süre boyunca kötü muamele olarak görülmemiştir. Örneğin İşkenceye Karşı Sözleşme, işkence suçunun resmi bir görevli tarafından gerçekleştirilmesini arar. Buna göre kadına yönelik cinsel şiddet, ancak kamusal alanla ilişkili olması durumunda, daha açık bir ifadeyle kadının kamusal bir amacı gerçekleştirmeye yönelik resmi konumdaki bir kişinin tecavüzüne uğramış olması halinde insan hakkı ihlali sayılacaktır.⁹ Birleşmiş Milletler Kadına Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Bildirge, kadına yönelik şiddeti uluslararası bir mesele olarak kabul etmekle birlikte, uygulama hükümlerinde şiddeti bir insan hakları sorunu olarak tarif etmekten

7 UN Security Council, Res. S/RES/1325 (2000), Landmark Decision on Women, Peace and Security.

8 CHARLESWORTH, 1994, s. 65.

9 Bkz. Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, md. 1., <http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r046.htm> (e.t. 10.03.2014).

geri durur.¹⁰ Kadına yönelik şiddeti insan hakları kapsamında ele alma çekincesi, geleneksel insan hakları kavramının paradigmatic olarak doğrudan devlet müdahalesini gerektirdiği kabulünden ve özel alandaki fiillerin dahil edilmesi durumunda bu kavramın etkisinin zayıflayacağı endişesinden kaynaklanır.

Elbette İkinci Dünya Savaşı sonrasında Birleşmiş Milletler'in de kurulmasının etkisiyle ve esas olarak kadınların hem kamusal hem de özel alanda maruz kaldıkları eşitsizlik ve ihlallerin tanınması için verdikleri mücadele ile birlikte, kadınların haklarına odaklanan hızlı bir hukuk yapım süreci hayata geçmiştir. Kadınların siyasi hakları, ev ve evlilik içi statüleri, maruz kaldıkları ayrımcılıklar pek çok bildirge ve sözleşmenin konusu olmuştur. 1980 yılında nihayet Kadına Karşı Her Tür Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme (CEDAW) kabul edilmiştir.¹¹ CEDAW kadına karşı şiddeti açıkça zikretme de, Sözleşme İzleme Komitesi 1989 tarihinde şiddete karşı bir ilk tavsiye kararı yayımladıktan sonra, 1992 tarihinde genişletilmiş bir tavsiye kararıyla cinsiyete dayalı şiddeti bir ayrımcılık biçimi olarak tanımlamıştır. 1992 tarihli bu açıklama kadına yönelik şiddeti insan hakları başlığına dahil etmiş ve devletlerin kamu görevlileri ve özel kişilerce gerçekleştirilen her tür kadına yönelik şiddeti ortadan kaldırmak zorunda olduğunu açıkça kabul etmiştir.¹² 1990'lardan itibaren kadın hakları mücadelesinin, devletin kadınları üçüncü kişilerin şiddetinden koruyamamasının başlı başına bir insan hakkı ihlali olduğunu ileri sürmeye başlamasıyla birlikte, devletin kadını özel alan içinde gerçekleşen şiddet eylemlerinden de korumaya yönelik bir 'özen' yükümlülüğü altında olduğu tartışılmaya başlamıştır. Yurttaşlarını ayrımcı bir biçimde şiddetten korumayan devletler bu yurttaşlarına karşı yükümlülüklerini ihlal etmiş sayılırlar. Feminist hareketin odaklandığı bu sorumluluk meselesi 1990'ların başlarında bir uluslararası insan hakları sorunu olarak görülmeye başlamıştır.¹³ Bu tartışmalar doğrultusunda, özellikle insan hakları mahkeme-

¹⁰ Bkz. Declaration on the Elimination of Violence against Women, G.A. Res. 2263, 22 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 35, U.N. Doc. A/6880 (1967). <http://www.un.org/documents/ga/res/48/a48r104.htm>. (e.t. 10.03.2014). Ayrıca CHARLESWORTH, 1999, s. 382.

¹¹ Convention on The Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, Mar. 1, 1980, <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm>. (e.t. 11.03.2014).

¹² CEDAW General Recommendation 19, n. 3: '*Cinsiyete dayalı şiddet kadınların hak ve özgürlüklerinden erkeklerle eşit temelde yararlanabilme imkanının ciddi biçimde engelleyen bir ayrımcılık biçimidir.*'

¹³ MERRY, 2006, s. 21-22.

leri, aile içi ve kadına yönelik şiddete karşı eyleme geçmeyen, şiddeti takipsiz ve yaptırımsız bırakan veya göz yuman ayrımcı devlet uygulamalarını insan haklarına aykırı bulmaya başlamıştır.¹⁴

Her ne kadar bahsi geçen bu yenilikçi hukuk metinleriyle birlikte kadınlar insan hakları hukuku mekanizmalarına yavaş yavaş dahil olsa da, bu belgeler-
rin kaynağını aldığı hukuki eşitlik ilkesinin kendisi toplumsal cinsiyet eşitsiz-
liklerini örten bir işlev görmeye devam eder. Liberal hukuk teorisinin üzerinde
yükseldiği bir soyutlama olarak hukuki eşitlik ilkesi, gerçek dünyadaki ezilme
biçimlerini ve dolayısıyla kadınların gerçek hayattaki tâbiyetini de görünmez
kılar. Toplumsal cinsiyet eşitsizliklerinin uluslararası hukuk düzeni içinde sü-
rekli olarak marjinalize edilmesi¹⁵, bu eşitlik retoriğiyle kadınların yaşadığı
adaletsizlik gerçeği arasındaki uçurumun keskinleşmesine sebep olur.¹⁶

Kamusal/özel alan karşıtlığı, aile hayatında ve kişisel ilişkilerdeki eşitsiz
iktidar dağılımının politik niteliğini göz ardı eder; böylece aslında ‘özel’ ha-
yat denenen alanın bizatihi politik olduğunu yadsır. Bu yadsımanın insan hak-
ları hukuku alanındaki yansıması ise, ‘özel’ olarak tarif edilen alanda kadın
ve erkek arasındaki eşitsizliklerin ve bu eşitsizliğin beslediği hak ihlallerinin
karanlıkta bırakılmasıdır. Oysa Moller, ev içi alanın kendisinin politik karar-
larla belirlendiğini ve ailenin de kaçınılmaz biçimde politik olduğunu hatırlatır.
Zira cinsiyetlendirilerek kendimiz olduğumuz yer tam da burasıdır.¹⁷ Aile

14 Örneğin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Opuz-Türkiye kararında kadına yönelik işlenen
şiddet eylemlerinin faillerinin caydırıcı cezalar almamasının Türkiye’deki genel ve ayrımcı
yargısal pasifizme işaret ettiğini vurgulamıştır. Mahkeme bu tutumun esas itibarıyla kadınları
etkilediğini belirterek, kadına yönelik şiddetin kadınlara karşı ayrımcılığın bir biçimi olan
toplumsal cinsiyete dayalı şiddet olarak değerlendirilebileceğine ve Sözleşme’nin 3. madde-
sine göre kötü muamele oluşturduğuna karar vermiştir. Yargısal sistemin tepkisizliğinin ve
saldırganların faydalandığı cezasızlığın Türkiye’de aile içi şiddete yol açan bir iklim yarattı-
ğını belirten Mahkeme, Türkiye’nin kadına yönelik şiddeti önleyici tedbirler almamasını ve
etkili bir ceza adaleti sistemini hayata geçirememesini ayrımcılık olarak değerlendirmiştir.
Bkz. ECHR, *Opuz-Türkiye*, 09.06.2009, başvuru no. 33401/02, § 192, 200. www.hudoc.echr.com. Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi’nin özel kişiler tarafından gerçekleştirilen
kadına yönelik şiddet eylemleri nedeniyle devletin sorumluluğuna ilişkin verdiği bir ilke ka-
rarı için bkz. ACtHR, *Case of González et al. (Cotton Field) v. Mexico*, Preliminary Objection,
Merits, Reparations and Costs, 16.11.2009, Series C No. 205.

15 Bkz. Liberal hukukun eril yapısına ve kadınların uluslararası hukuktan dışlanmasına dair eleş-
tirel bir çalışma için: ROMANY, 1993.

16 Kadınları korumaya yönelik uluslararası hukuk normlarının başarısını ilgili istatistiklerle öl-
çen bir çalışma için bkz: HOLT, 1991.

17 MOLLER OKIN, 1991 s. 111.

yaşamı ve kişiler arası ilişkilerin politik doğası yadsınarak hukukun müdahalesinden muaf tutulması, bu ilişkileri belirleyen hiyerarşilerin ve bu ilişkiler ağı içinde açığa çıkan şiddetin olumlanmasına sebep olur.

İnsan hakları da dahil olmak üzere, hukukun malûl olduğu bu köklü ve derin cinsiyetçi yapı, yeniden barış içinde yaşamının meşru zeminini inşa etmeye yönelik hayata geçirilen geçiş dönemi reformlarını ve adalet mekanizmalarını da açıkça belirlemiştir. Geçmişte işlenen suçlar nedeniyle hesap verebilirliğin sağlanması ve faillerin cezalandırılması ahlaki bir gereklilik olarak kabul edilmiş ve bu temel kaygı geçiş dönemi adaletini şekillendirmiştir. Hatta uluslararası hukukun devletlere, geçmiş rejimler altında işlenmiş insan hakları ihlallerini soruşturma ve cezalandırma yükümlülüğü yüklediği yönünde bir genel kabul de yerleşmeye başlamıştır.¹⁸ Ancak bu yükümlülüğün evrensel ve ahlaki bir sorumluluğa denk düştüğü, farklı birey grupları söz konusu olduğunda değişken ve uyarlanabilir olmadığı varsayılmış; sorumluluğu yerine getirmeye yönelik araçlar tartışılırken toplumsal cinsiyetin belirleyici bir etken olduğu hiç akla gelmemiştir.¹⁹ Tarihsel örnekler incelendiğinde, savaş ve baskı dönemlerinde yaşanan hak ihlallerinden kadınlar, erkekler ve cinsel azınlıkların aynı şekilde etkilendiğinin varsayıldığı görülür.

Geçiş dönemi adaletinin ilk örneklerini oluşturan Nuremberg ve Tokyo yargılamalarında, savaşın kadınlar üzerinde bıraktığı izler ve doğrudan kadınları hedef alan saldırılar, hem kurucu sözleşme hükümlerinden ve yargılama stratejilerinden hem de mahkemelerin anlatısından tümüyle dışlanmış.²⁰ Böylece 'özel' bir mesele olarak görülen toplumsal cinsiyet temelli şiddet, uluslararası hukukta kamusal alanı oluşturan mahkemelerin ve sözleşmelerin dilinde kendine yer bulamamıştır. Savaş sonrası oluşturulan sorumluluk mekanizmaları çarpıcı bir biçimde kadınların savaş sırasındaki deneyimleri karşısında sessiz kalmıştır. Tokyo yargılamalarında cinsel şiddet başlı başına bağımsız bir ihlal olarak görülmemiştir; aynı şekilde Nuremberg Mahkemesi de, her ne kadar kadınların üreme yetilerinin yok edilmesine yönelik uygulamalarla savaş sırasında yapılan tıbbi deneylere ilişkin suçlamalar arasında bir bağ kursa da, toplumsal cinsiyete dayalı sistematik ihlalleri ele almamıştır.²¹

18 ORENTLICHER, 1991; ROHT-ARRIAZA, 1990; COHEN, 1995; MENDEZ, 1997; ROHT-ARRIAZA, 1995.

19 NÍ AOLÁIN, TURNER, 2007, s. 233.

20 *Ibid.*

21 NÍ AOLÁIN, 2000, s.67-68.

Savaş sonrasında sivilleri çatışmaların verdiği zararlardan korumak için yetersiz hukuki çerçeveyi güçlendirmek ve savaş sırasında yasak olan fiilleri tanımlamak amacıyla hazırlanan Cenevre Sözleşmeleri'ne de kadınların uğradığı özgül ihlal ve şiddet biçimleri büyük ölçüde yansımamıştır. Örneğin tecavüz sivillere yönelik yasak fiiller arasında yer alsa da, Cenevre Sözleşmeleri'ne göre 'ağır ihlal' olarak sınıflandırılmamış ya da soykırım suçunun unsurlarından biri olarak kabul edilmemiştir. Böylece uluslararası cezai sonuçlar doğurmayan, salt iç hukukun konusu olabilecek düşük önemde bir suç olarak kalmıştır.²² Tecavüz suçu, Sözleşmeler'in hazırlık sürecinde temel kaygı olarak öne çıkan 'kadının onuru' ile bağlantılı ele alınmış²³; şiddet içeren, cinsel nitelikli bağımsız bir ihlal olarak düzenlenmek yerine, kadının onurunu rencide ettiği ölçüde, sınırlı bir ihlal olarak tanınmıştır. Cenevre Sözleşmeleri'nin çerçevesini, uluslararası olmayan çatışmaları da düzenleme alanına alarak tamamlayan Ek Protokoller'in kabul edildiği diplomatik konferansta ise kadınların savaş sırasındaki deneyimleri yine yeterli ilgiyi görmemiş ve bu deneyimler özellikle annelik vurgusu üzerinden tartışılmıştır. Konferansta kadınların '*özel durumları*' nedeniyle '*özel bir korumaya*' mazhar olmaları gerektiği kabul edilmiş ise de bu özel durumdaki kadınlar, '*hamile kadınlar, annelik durumları ve yedi yaşından küçük çocuklara bakmakla yükümlü veya bu çocuklara refakat eden kadınlar*' olarak tarif edilmiştir.²⁴

İnsancıl hukukun eril normatif yapısı, Eski Yugoslavya ve Ruanda'da yaşanan soykırımların ardından, yakın dönemde gelişen uluslararası ceza hukuku içtihadına dek kadınların, kadın olmaları nedeniyle maruz kaldıkları vahşete kayıtsız kalınmasına sebep olmuştur. 90'lar boyunca, kadına yönelik şiddet nedeniyle cezasızlığa son verilmesine odaklanan feminist hareket, özellikle şiddetli silahlı çatışmalar sırasında kadınların uğradığı cinsel şiddet türlerinin en ağır savaş suçları arasında sayılması için mücadele etmiş; tanınmanın yanı sıra bu suçların cezalandırılmasını ve kadınların mahkeme salonlarındaki yargılamalarla tekrar tekrar mağdur edilmemesine yönelik usul reformlarını da politik taleplerinin başına koymuştur.²⁵

22 *Ibid.*

23 Sözleşme'nin 27. maddesine göre '*Kadınlar onurlarına yönelik her tür saldırıdan, özellikle tecavüz, zorla seks işçisi olarak çalıştırma ya da her tür ırza yönelik saldırıdan korunacaktır.*' Savaş Zamanında Sivillerin Korunmasına Dair Cenevre Sözleşmesi, 13 Ağustos 1949, md. 27, para. 6.

24 Bkz. Mr. Surbeck'in açıklaması, ICRC introducing a text drafted by the Committee, para. 55. LEVIE, 4 Protection of War Victims: Protocol I to the 1949 Geneva Conventions (1981), s. 86., aktaran NÍ AOLÁIN, 2000, s. 69.

25 BELL, O'ROURKE, 2007, s. 26. Ayrıca bkz. ASKIN, 1997.

Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi ile Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin tecavüz ve diğer cinsel saldırı ve toplumsal cinsiyete dayalı şiddet biçimlerinin savaş suçu ve insanlığa karşı suç kategorileri içinde tanınmasını sağlayan önemli içtihadıyla birlikte, tecavüz ve diğer cinsel şiddet eylemlerinin soykırım, işkence ve insanlıkdışı muamele oluşturabileceği kabul edilmiştir.²⁶ Ruanda için Ceza Mahkemesi *Akayesu* kararında, ilk kez bir grubu yok etmeye yönelik olarak işlenmesi durumunda cinsel şiddetin soykırım suçunu oluşturabileceğine karar vermiştir. Bu nitelemenin yarattığı önemli gelişmeye rağmen Mahkeme, cinsel şiddet ve tecavüzü yeterince etkili soruşturmadığı, tanıklara gerekli güvenliği, mağdurlara ise yeterli hukuki desteği sağlamadığı ve cinsel şiddet eylemlerini cezalandırmak için yeterince çaba sarf etmediği için eleştirilmiştir.²⁷

Aynı şekilde Foca'da kadınlara yönelik cinsel saldırı ve köleleştirme nedeniyle Sırp askerlerinin hüküm giymesi, silahlı çatışmalarda kadınlara yönelik cinsel şiddetin tanınması ve cezalandırılması için tarihi bir ana tekabül etse de, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin sicili de cinsel suçların soruşturulması ve cezalandırılması bakımından yetersiz ve istikrarsız bulunmuştur.²⁸ Yargılama sürecinde uygulanan katı delil kuralları, suçluluğun tespitine ilişkin şartlar, sanıkların yargılama sırasında haklarının korunması endişesi ve cinsel şiddete uğrayan kadınların katı yargılama kuralları içinde zaman zaman bireysel suçluluğun tespiti ve hükümle doğrudan ilgisi olmayan kişisel hikayelerinin anlatımına müdahale edilmesi nedeniyle Mahkeme, feminist aktivistler ve hukukçular tarafından eleştirilmiştir. Mahkeme önünde tanıklık yapan pek çok cinsel şiddet mağduru kadın, bu deneyimlerini onur kırıcı ve saygısızlık olarak nitelemiştir.²⁹

26 *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 688 (Sept. 2, 1998). Eski Yugoslavya için Ceza Mahkemesi ayrıca tecavüzün insanlığa karşı suç ve işkence suçunu oluşturabileceğine (UN Trial Chamber) *Kunarac, Kovac and Vukovic Case*, U.N. Doc. JL/PI.S./566-e (Feb. 22, 2001); ve tecavüzün savaş yasalarını ve teamüllerini ihlal ettiğine (*Prosecutor v. Furundzija*, Case No. IT-95-17/1-T, Judgment, 172 (Dec. 10, 1998) de karar vermiştir. Eski Yugoslavya için Ceza Mahkemesi aynı zamanda *Tadic* kararıyla, delil kurallarında da önemli değişiklikler yapmış; örneğin rızanın cinsel saldırı karşısında bir savunma olarak kullanılma imkanını sınırlandırmış; tanıklıkların ve mağdur anlatımlarının gizli tutulmasını kabul etmiş; mağdurun önceki cinsel hayatına dair delil sunulmasını yasaklamış ve mağdurun cinsel saldırı tanıklığının doğrulanması şartını kaldırmıştır. Bkz. *Prosecutor v. Tadic*, No. IT-94-1-T. (May 7, 1997).

27 FRANKE, 2006, s. 818. Bkz. ayrıca HUMAN RIGHTS WATCH, 2004.

28 Bkz. HUMAN RIGHTS WATCH, 2001. Bkz. ayrıca daha ayrıntılı bir eleştiri için: GREEN VE DİĞ., 1994; COPELON, 2000.

29 FRANKE, 2006, s. 818. Bkz. Ayrıca DEMBOUR, HASLAM, 2004. Dembour ve Haslam

Kadınların hayatlarını derinlemesine etkileyen acı ve ıstıraplarını dile getirme çabalarına hükmetmeye, yargılama için anlamlı bir çerçeveye oturtmaya ve sınırlandırmaya çalışan mahkemelerin ikinci bir mağduriyet yarattığı söylenebilir. Cinsel şiddet ve saldırı hikayelerini, bunun gibi bir tasdik makamı önünde, yüksek bir adalet amacını gerçekleştirmeye yönelik, daha büyük bir kolektif anlatının parçası olarak şekillendirme çabası, görünürlüğü artırma yönündeki katkısına rağmen bu hikayeleri araçsallaştırma sonucunu doğurabilir. Franke, insani acıyı hukuk ve haklar diline tercüme etme çabasının, her zaman için acısını sözcüklere dökmeye davet edilenlerden çok, resmi makamların işine yaradığını belirtir.³⁰ Kadınlar cinsel şiddet ve saldırı hikayelerini ceza mahkemeleri önünde, belirlenen sınırlar içinde söze döktükçe, kolektif hafıza içinde kadınlık deneyiminin belirli yönleriyle toplumsal özdeşleşmeyi sağlayan birer figür halini alırlar. Franke ayrıca ceza mahkemesi önünde bir mağduriyetin ses bulmasıyla birlikte, o tekil acı deneyiminin nasıl anlamlandırılacağını ve kolektif hafızanın neresine yerleştirileceğini belirleme hakkının da kadınların elinden alınıp mahkemelerce sahiplenildiğini ileri sürer.³¹ Bu yolla, cinsel şiddet hikayelerini tanıklık kurumunun talep ettiği katı hukuki usullere göre dillendirmeye zorlanan kadınlar kendilerini, yaşamlarını ve geleceklerini yeniden kurabilecek öznel olarak görmekte de zorlanabilirler.

Geçmişte yaşanan kitlesel insan hakları ihlalleri ve insanlığa karşı suçlar karşısında, ceza adaletini sağlamaya yönelik uluslararası *ad hoc* mahkemeler önünde cinsel şiddet ve daha özel olarak tecavüzün dava edilebilir hale gelmesi, toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin sorumluluk rejimleri tarafından tanınması bakımından önemlidir.³² Nitekim *ad hoc* ceza mahkemelerinin kararlarında somutlaşan ilkeler Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü'nde kodifiye edilmiş ve bunun da ötesine geçilerek, tecavüz, cinsel kölelik, zorla fuhuşa sürüklenme, hamile bırakma, kısırlaştırma gibi eylemler

EYCM önünde görülen, Srebrenica'da gerçekleştirilen soykırımla ilgili *Krstic* davasında mağdurların mahkeme önünde verdiği tanıklıklar üzerine çalışmıştır. Savaş suçlarına ilişkin yargılamalarda, maddi ve objektif gerçeği açığa çıkararak resmi bağlayıcılığa sahip hukuki bir tanınırlığa kavuşturma kaygısı ve adaleti sağlama önceliği nedeniyle travmatize olmuş mağdur ve tanıkların, kendi hikayelerini ancak mahkemenin ihtiyaç duyduğu ölçüde anlatmalarına izin verildiğini gözlemlemişlerdir. Yazarlara göre böylece öznel hafızalar esasen yargılamanın amaçları doğrultusunda araçsallaştırılmaktadır.

30 FRANKE, 2006, s. 821.

31 *Ibid.*, s. 825.

32 Uluslararası insancıl hukukta toplumsal cinsiyete dayalı suçlardan dolayı sorumluluğun gelişimine dair bkz.: GOLDSTONE, DEHON, 2003.

ve diğer cinsel şiddet türleri de açıkça insanlığa karşı suç ve savaş suçu olarak tanımlanmıştır.³³ Ancak yukarıda ele alınan uluslararası belgelerin ve ceza adaleti örneklerinin de gösterdiği gibi salt görünürlük, toplumsal cinsiyete dayalı şiddet de dahil olmak üzere, kadınların maruz kaldığı tüm ihlallerin etkili bir biçimde soruşturulması ve sorumluların cezalandırılması için güçlü bir irade ortaya koyulmasını sağlamamaktadır.

Geçmişte işlenen suçlar nedeniyle sorumluluğu ortaya çıkarmaya yönelik en güçlü araç olan yargılamalarda olduğu gibi, geçiş dönemi adaleti kapsamındaki tüm politik, hukuki ve toplumsal süreçlerin sonunda tecelli etmesi arzulanan 'adalet'in tam olarak neyi içerdiği -ve dolayısıyla neyi dışladığı-, hem hesap verilmesi istenen suçların nasıl tanımlandığıyla hem de telafi edilmesi istenen zararların nasıl tarif edildiğiyle ilgilidir. Geçiş dönemi politikaları incelendiğinde işte bu tanım ve tarifi, savaşın ve şiddetin kadınların bedenleri, yaşamları ve hafızaları üzerinde yarattığı etkileri açıkça yok sayan ve önemsizleştiren, cinsiyetlendirilmiş bir yaklaşımla yapıldığı görülür.

2. Hesap Verebilirlik Mekanizmaları ve Toplumsal Cinsiyet Körü Adalet: Hangi Hak, Hangi İhlal?

Geçmişte yaşanan suçlar nedeniyle hesap verebilirliği sağlamaya yönelik çizilen hukuki çerçeve bir dizi yöntemi benimseyebilir. Cezalandırmayı merkeze alan yargılamalar, hakikat komisyonları veya tarihi araştırma komisyonları ve faillerin kamu görevinden azledilmesine yönelik politikalar bu yöntemler arasındadır. Yargısal ya da yargı-dışı tüm bu yöntemlerin hayata geçirmeyi hedeflediği hesap verebilirlik, öncesinde hesabı verilmesi, yaptırımla karşılanması gereken suç ya da ihlalleri tarif etmeyi; hangi insan hakları ihlallerinin yaptırıma tabi tutulacağını belirlemeyi gerektirir. Bu ihlaller belirlenirken çizilecek tanımsal sınırlar, kimlerin ve hangi tür zararların hesap verebilirlik kapsamına gireceğini; aynı zamanda kimlerin ve hangi zararların bu çerçeve dışında kalacağını da belirler.

Hesap verebilirliğin yanı sıra geçiş dönemi adaletinin bir diğer önemli boyutunu oluşturan hakikatin açığa çıkarılması ve resmi olarak tanınması da yine geçmişte yaşanan 'belirli' ihlallerin, erişilebilir tüm delil ve ayrıntılarıyla birlikte, nasıl, hangi koşullarda ve kimler tarafından gerçekleştirildiğinin somut bilgisine ulaşmayı; bu bilginin kamusal olarak ifşa edilmesini ve resmi olarak tanınmasını amaçlar. Bu hakikat arayışı ve hakikati açığa çıkaracak

³³ Roma Statüsü, md. 7 ve 8. Konuyla ilgili bkz. ASKIN, 2003.

somut araçların seçilmesi de, öncesinde hangi ihlal ve istismarların hakikatine ulaşılmasının amaçlandığını tespit etmeyi gerektirir.

Geçiş dönemi adaleti belgeleri genelde geçmişte yaşanan yaygın, kitlesel ya da ağır, sistematik insan hakları ihlallerine gönderme yapar.³⁴ Bu ihlallerin hangileri olduğunu belirleme işi ise elbette politik bir tercihe dayanır. Gerek ceza yargılamaları gerekse hakikat anlatımına (truth-telling) odaklanan hakikat ve uzlaşma komisyonları hep ‘en ağır’, ‘en ciddi’ insan hakları ihlallerine odaklanmıştır. Bunlar, insanın varoluşu ve yaşamı için hayati nitelikte ve öncelikli olduğu kabul edilen değerlere yönelik zararlar üzerinden tanımlanır. Uluslararası insan hakları hukuku temelinde zorla kaybetme, faili meçhul, yargısız infaz gibi yaşam hakkına yönelik ihlaller ve vücut dokunulmazlığına yönelik işkence suçu, sınırlandırılmaz olduğu kabul edilen ‘temel’ insan haklarına yönelik, hesap verilmesi gereken ihlaller olarak kabul edilir. Örneğin Şili’de³⁵ Pinochet rejimi sırasında yaşanan ihlalleri soruşturmakla görevli Şili Hakikat Komisyonu’nun yetkilerini belirleyen kuruluş belgesinde, komisyonun araştıracağı ‘ciddi ihlaller’in ne olduğu tanımlanmıştır.³⁶

34 Bkz. örneğin: UN, 60/147 (2005), Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law; UN HRC, 1998/43, The Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Grave Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms; ya da UN HRC, A/HRC/19/L.1/Rev.1, The Escalating Grave Human Rights Violations and Deteriorating Humanitarian Situation in the Syrian Arab Republic. Literatürden bir örnek için: ROHT-ARRIAZA, ‘State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law’, 1990.

35 Şili’de 1973 yılında demokratik seçimle iktidara gelmiş Allende hükümetinin General Pinochet tarafından devrilmesinin ardından, bunu takip eden, yoğun siyasi baskı altındaki 16 yıllık diktatörlük süresince insan hakları ihlalleri süregelen bir hal almıştır. Yüzlerce Şilili yargısız infaz, işkence ve zorla kaybetme altında öldürülmüş, birçok kişi hapis ve sürgünü yaşamıştır. Birleşmiş Milletler 1976 yılında Şili’de yaygın olarak işlenen insan hakları ihlalleriyle ilgili bir rapor yayınlamıştır. Pinochet rejiminin ardından demokratik usullerle iktidara gelen Aylwin yönetiminin ilk faaliyetlerinden biri Hakikat Komisyonu’nu kurmak olmuştur. 24 Nisan 1990’da kuruluşu ilan edilen Komisyon, kuruluş belgesine göre insan hakları ihlallerinin hangi metodlar, politikalar ve gerçeklerle gerçekleştirildiğini; toplumun farklı kesimlerinin bu ihlallere nasıl tepki verdiğini; ihlallerin sebeplerini ve mağdurlar, yakınları ve toplum üzerindeki sonuçlarını araştırma görevini üstlenmiştir. Komisyon bu amaçların, toplumsal vicdanın uyandırılmasını ve hakikati kamusallaştırarak katarsis etkisi yaratılmasını sağlayacağını vurgulamıştır. Daha ayrıntılı bilgi için bkz.: CORREA SUTIL, 1992.

36 ‘Ciddi ihlaller, tutuklandıktan veya gözaltına alındıktan sonra kaybedilen, infaz edilen veya işkence sonucunda öldürülen kişilerin maruz kaldıkları durumlar’ olarak anlaşılmalıdır.’ Bkz. *Report of the Chilean National Commission on truth and Reconciliation*.

Hakikat komisyonlarının görev tanımı ve yürütecekleri incelemenin kapsamı çoğunlukla uluslararası insan hakları hukuku kategorilerine göre belirlenir. Bir diğer örnek olan El Salvador³⁷ Hakikat Komisyonu raporuna göre, '*BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşme ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi*'yle güvenceye alınan her hakkın ihlalinin '*ciddi bir şiddet eylemi*' olarak tanımlanamayacağı açıktır.'³⁸ El Salvador Komisyonu, BM İnsan Hakları Şartı ve diğer BM belgelerine dayanarak şu sonuca varmıştır: '*Komisyon'un her bir 'şiddet eylemini'nin ciddiyetini, yukarıda ifade edilen iki belgenin tanıdığı 'sınırlandırmaya konu olmayan haklar' temelinde, bilhassa yaşam hakkı ve fiziksel bütünlükle doğrudan ilişkili haklar temelinde sınıflandırması uygundur.*'³⁹

Pek çok başka geçiş dönemi adaleti mekanizmasının görev ve yetkilerini düzenleyen referans belgesinde de görülebilen bu tanım, 'en ağır', 'en ciddi' ihlalleri temel alan bir ihlal hiyerarşisi üzerinden haklar arasında açık bir ayrım yapar.⁴⁰ İhlal kategorileri esas olarak –belirli bir ağırlığa erişmiş olan– bedensel zararlara göre şekillendirilirken, hem kadınların uğradığı bedensel zararlar hem de ekonomik ve sosyal hak ihlallerinin sebep olduğu kolektif zararlar sorumluluk mekanizmalarının dışında bırakılır. Yukarıda modern hukuk sisteminin esas aldığı kamusal/özel ayırımından bahsedilirken vurgulandığı üzere, uluslararası hukukun ve bunun bir parçası olan uluslararası denetim mekanizmalarının korumaya talip olduğu haklar ekseriyetle medeni ve siyasi haklardır. Bunlar da temelde, kamusal alanda gerçekleşen bireysel zararlara karşı koruma sağlar. Charlesworth, bu haliyle insan hakları içinde

37 El Salvador'da, hem devlet güçleri hem de silahlı muhalefetin işlediği insan hakları ihlallerinin damgasını vurduğu on iki yıllık iç savaşın ardından, uluslararası arabuluculuk ile yapılan barış müzakereleri sonucunda iç savaş süresince işlenen hak ihlallerini soruşturmak üzere bir hakikat komisyonu kurulmasına karar verilmiştir. El Salvador'da 1970'lerde güçlenen sol muhalefet karşısında artan hükümet baskısı, muhalif hareketlere karşı ölüm mangalarının kurulmasıyla şiddetlenmiştir. 1981 yılında sol gerilla hareketi ve muhalif gruplar bir araya gelerek FMLN'yi oluşturmuştur. 1980'ler boyunca FLMN ile ABD destekli El Salvador silahlı güçleri arasında şiddetlenen bir iç savaş sürmüştür. El Salvador Hakikat Komisyonu 16 Ocak 1992 tarihinde BM'nin arabuluculuğu ile sona erdirilen iç savaşın ardından kurulmuştur. Bkz. Mexico Agreements, El Sal., April 27, 1991, U.N. Doc. A/46/553-S/23130. Bkz. *From Madness to Hope: The 12-Year War in El Salvador: Report of the Commission on the Truth for El Salvador*.

38 *From Madness to Hope: The 12-Year War in El Salvador: Report of the Commission on the Truth for El Salvador*, II/B.

39 *Ibid.*, II/B/1.

40 NÍ AOLÁIN, TURNER, 2007, s. 248.

yaratılan hiyerarşinin, erkeklerin kamusal hayatta nasıl korunacağı ve 'kendilerine nelerin yapılmasından korktukları' üzerine inşa edildiğine işaret eder. Özel alanın ulusal hukuk tarafından düzenlenmeyişi, uluslararası düzeyde de bir oto-regülasyonu meşrulaştırır; bu da gündelik hayata kaçınılmaz olarak erkek egemenliği olarak tercüme edilir.⁴¹ Çatışma sonrası hukuk da büyük ölçüde bu egemenlik altında şekillenmiştir.

Kamusal/özel ikiliğinin geçiş dönemi adaleti bağlamında nasıl işlediği en açık biçimde hesap verebilirlik mekanizmaları üzerinden görülür. Bu mekanizmaların temel aldığı, bireyi fiziksel şiddetten korumaya yönelik hakların düzenleniş biçimi, tesadüfi olmayan bir biçimde kadınların en çok etkilendiği zararları karanlıkta bırakır. Örneğin BM Medeni ve Siyasi Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşme'de, kamu görevlileri eliyle keyfi olarak yaşama son vermeyi yasaklayarak yaşam hakkını koruma altına alan hüküm kadınların ihtiyaç duydukları temel yasal korumaya tekabül etmez⁴² çünkü kadınların yaşamı üzerinde tehlike yaratan unsurların çoğu, 'kamusal eylemler'in dünyasında değil özel alan içindedir. Geçiş dönemi adaleti belgeleri de büyük ölçüde verili insan hakları kategorilerini izler. Çatışma ve şiddet dönemlerinde özel alana ait kabul edilen toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin yok sayılması, daha geniş bir açıdan gündelik yaşamda toplumsal cinsiyet rolleri ve eşitsizlikleri üzerine de net bir mesaj taşır. Hem barış hem de savaş dönemlerinde işleyen bu dışlama, politik süreçlerde edilgen kılınan, tam bir siyasal ve hukuki tanınmanın kıyısında bırakılan kadınların demokratik yurttan katılımı üzerinde de zincirleme bir etki yaratır.⁴³

Örneğin Güney Afrika'da apartheid rejimi altında aktif vatandaşlık statüsü reddedilen kadınların uğradığı hak ihlalleri çoğunlukla özel alan içinde kabul edilmiş veya ayrımcı yaşam ve çalışma koşullarını dayatan yasal düzenlemeler, işkence veya zorla kaybetme gibi olağandışı şiddet karşısında sıradan şiddet olarak kodlandığı için, Hakikat ve Uzlaşma Komisyonu önündeki kamuya açık oturumlarda kadınların apartheid deneyimleri temsil edilmemiş ve daha ileride ayrıntılı olarak anlatılacağı gibi bu ihlallerin hakikati de yok

41 CHARLESWORTH, 1994, s. 58, 71. Yazara göre, her ne kadar insan hakları hukukunun gelişim süreci birey ve grup haklarının ihlaline odaklanarak uluslararası hukukta kamusal/özel ikiliğini aşındırmış olsa da, bu gelişim daha derin bir ikilik olan toplumsal cinsiyete dayalı kamusal/özel ayırımına meydan okumamıştır.

42 *Ibid.*, s. 72. Aynı şekilde uluslararası hukukta işkenceye karşı koruma da kural olarak işkencenin kamusal alanda yapıldığını varsayar.

43 NI AOLÁIN, 2006, s. 844.

sayılmıştır.⁴⁴ El Salvador Hakikat Komisyonu'nun sonuç raporu ise kapsamını sadece silahlı güçlerin işlediği suçları aydınlatmak ve bu suçlar nedeniyle cezasızlığa son vermek olarak belirlemiştir.⁴⁵ Böylece Komisyon'un yaptığı inceleme, bazı grupların salt askeri nitelikteki ihlallerine odaklanarak bu eylemlerin belirli gruplar üzerinde yarattığı daha kapsamlı zararları, özellikle de kadınların yaşadığı zararları kapsam dışı bırakmıştır.⁴⁶

Geçiş dönemi adaleti bağlamında hesap verebilirliği hedefleyen mekanizmalar, dar ve sınırlı zarar ve ihlal tanımları nedeniyle, çatışmaların ya da şiddetin hakim olduğu yerlerde kadınların deneyimlediği zararların kaydının tutulmamasına ve hesabının sorulmamasına sebep olmaktadır. Bu mekanizmalarda çoğunlukla yaşamın idamesi için zorunlu olan sosyal ve ekonomik kaynaklardan yoksun bırakılma veya bu kaynakları hedef alan zararlar da göz ardı edilir. Oysa şiddetin karmaşık ve iç içe geçmiş birden fazla boyutu ve çok geniş bir cephanesi vardır; sadece öldürme veya işkence değil, yoksullaştırma, yaşam alanlarının yok edilmesi, doğal kaynakların ortadan kaldırılması, işkenceye tanıklık etmeye zorlanma, yerinden etme, göçe zorlama da temel baskı aygıtlarındandır. Kadınların bu dönemlerde maruz kaldıkları çeşitli şiddet ve ezilme biçimleri de çoğunlukla birbirinin içine geçmiş durumdadır. Çatışma va savaş dönemleri, kadınların aile, toplum ve kamusal alandaki rollerini ve sorumluluklarını derinden değiştirebilir. Doğrudan kendilerine yönelen şiddet nedeniyle zarar görebilecekleri gibi kadınlar, birincil olarak kendilerini hedef almayan fakat yaşamlarını tehdit eden veya yaşamları üzerinde dönüştürücü sonuçlar doğuran şiddet ve baskı biçimlerinin de mağduru olabilirler. Eşlerinin veya ailedeki erkeğin öldürülmesi, kaybedilmesi veya sakat bırakılması nedeniyle kadınlar geleneksel koruma ve destek mekanizmasından yoksun kalabilir; hem ailenin geçimini sağlama hem de sakat kalan yakınlarının bakımını üstlenme gibi sorumluluklar yüklenebilirler. Güvensizlik ve saldırıya uğrama korkusu veya temel ihtiyaçlara erişememe, kadınları

44 NESIAH VE DİĞ., 2006, s. 7.

45 Bkz. *From Madness to Hope: The 12-Year War in El Salvador: Report of the Commission on the Truth for El Salvador*, II/A.

46 Raporda şiddet olayları ve örüntüleri başlığı altında yer verilen ihlaller, 'extrajudicial executions' (yasadışı infazlar), 'enforced disappearances' (zorla kaybetmeler), 'massacres of peasants by armed forces' (silahlı güçler tarafından köylülere yönelik katliamlar), 'death squad assassinations' (ölüm mangalarının işlediği suikastler), 'abductions' (insan kaçırımlar) dır. Raporda ne kadınların mağduru oldukları cinsel şiddete ne de sosyo-ekonomik ihlallere yer verilmiştir. Bkz. *From Madness to Hope: The 12-Year War in El Salvador: Report of the Commission on the Truth for El Salvador*.

ve çocukları kaçırmaya veya göç etmeye zorlayabilir. Ailenin bakımı ve gündelik yaşam mücadelesini sürdürme yükü zaten çoğunlukla kadınların sırtına yüklenmişken savaş ve çatışma koşullarında bu yük daha da artar.⁴⁷ Geçiş dönemi adaleti araçlarında ise zorla kaybetme, öldürme veya işkence ile sakat bırakma vakaları kayıt altına alınırken, bu ihlallerin ve kaydı dahi tutulmayan diğer ihlallerin kadınların yaşamını nasıl değiştirdiğinden bahsedilmez.⁴⁸

Savaş ve şiddetin kadınların yaşamında yarattığı bu çok yönlü tahribata rağmen, örneğin Şili Hakikat Komisyonu'nun sonuç raporuna bakıldığında, askeri diktatörlük sırasında insan hakları ihlali mağduru olarak kayda geçirilen 2279 kişiden sadece 126'sının, yani % 5.5'inin kadın olduğu görülür.⁴⁹ Bu oranın bunca düşük olmasının nedeni elbette kadınların otoriter rejimler altında veya çatışma dönemlerinde erkeklere göre daha az hedef alınması değil, geçmişteki suçlarla hesaplaşma süreçlerini hazırlayan kavramsal çerçevenin ve bu süreçleri hayata geçirmeye yönelik yapıların, erkeklerin deneyimlerini merkeze alan bir toplumsal cinsiyet algısıyla inşa edilmiş olmasıdır.

Kadınlar, -çoğunlukla erkeklerin deneyimlediği- bedensel zararlar üzerinden belirlenen bu çerçeve içinde, ancak cinsel saldırı veya tecavüz gibi cinsel bütünlüğe yönelik saldırılara uğradıklarında mağdur statüsünde kabul edilmektedirler. Savaş veya siyasal şiddetin kadınlar üzerinde yarattığı yıkım ve zararı salt cinsel şiddet ekseninde ele alan bu yaklaşım, diğer kadınlık deneyimlerinin marjinalize edilmesine ve yok sayılmasına sebep olur. Cinsel şiddetin bu denli ön plana çıkarılması, insan hakları açısından eşit önemdeki diğer ihlallerin, örneğin zorunlu göç ve yerinden edilmenin ya da sağlık hizmetlerine erişimin engellenmesinin toplumsal cinsiyet temelli etkilerinin karanlıkta kalmasına sebep olmaktadır.⁵⁰ Mağdur statüsünün ve mağduriyetin tanımlanma biçimi, kadının yaşadığı zararı, sadece cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı olması koşuluyla hesap verilmesi gereken bir zarar olarak kodlar.

Geçiş dönemi adaleti yapılarının malûl olduğu bu toplumsal cinsiyet körlüğünün, kadınların toplum yapısına içkin eşitsizlikler nedeniyle, günlük hayatta sürekli olarak maruz kaldıkları şiddetle ilişkili olduğu ileri sürülmüş-

47 Savaşın kadınların yaşamında yarattığı etkilerin ele alındığı kapsamlı bir çalışma için bkz.: LINDSEY, 2001.

48 Bu iddianın somut tarihsel örneklerle ortaya koyulduğu bir çalışma için bkz. AFSHAR, EADE, 2004.

49 *Report of The Chilean National Commission on Truth and Reconciliation*, s. 1123.

50 NESIAH, 2006, s. 805.

tür. Diğer bir deyişle, çatışma ve baskı dönemlerinde kadınların hedefi haline geldiği şiddet ve ihlaller, aslında kadınların her gün maruz kaldığı normatif şiddetin doğasıyla bir devamlılık içindedir. Kadına karşı şiddetin 'normatif' olduğu iddiası, toplumsal cinsiyet, tahakküm ve şiddet üzerine yapılmış, on yılların birikiminden süzülen feminist çalışmalara yaslanır. Buna göre, her ne kadar denetim rejimleri ve bu rejimlerce kullanılan araçlar politik ve kültürel bağlama ve toplum içinde sahip olunan imtiyaza göre farklılaşsa da, erkeğin kadınların yaşamları, bedenleri ve sosyal ilişkileri üzerindeki hakimiyeti istisna değil kuraldır ve bu hakimiyet toplumsal, dini, kültürel normlarla sürekli biçimde meşrulaştırılır.⁵¹ Cockburn, eşitsizlikleri süreklileştiren, ekonomik sistemin ürettiği gündelik yapısal şiddetten ve baskıcı polis uygulamalarından, silahlı çatışma ve açık savaş politikalarına doğru şiddetin cinsiyetlendirilmiş etkilerinin nasıl uzandığını ayrıntılı olarak anlatır.⁵² Oysa geçiş dönemi adaleti mekanizmaları, geleneksel olarak olağan/olağandışı ve çatışma/çatışma öncesi ve sonrası dönem ayrımı yapar. Bu ayrımın, savaş sırasındaki tecavüzü ve şiddeti olağandışı olarak kodlarken barış döneminde yaşanan şiddeti olağanlaştırıp olağanlaştırmadığı sorusu akla gelir. Geçiş dönemi adaleti ve temelde uluslararası hukuk, savaş sırasında -kamusal olarak tanınmış politik aktörlerce işlenen- tecavüzü, bir parçası olduğu kadına yönelik şiddetin sürekliliği dışında konumlandırarak, tek başına bir tazmin ve telafi gerekçesi olarak tanır.⁵³

Oysa savaş ve çatışmanın karşıtı olarak tanımlanan 'barış' döneminde de kadına yönelik şiddet genel ve yaygın niteliktedir; barışın kadınlar için ne ölçüde şiddetsizliği, eşitliği ve güvenliği ifade ettiği tartışmalıdır.⁵⁴ Çatışma sırasında ve sonrasında artan şiddet aslında istisnai değil, kadınların 'barış' döneminde de maruz kaldığı normatif şiddetin bir uzantısı, bir devamı niteliğindedir. Olağanüstü dönem şiddetini üreten de, mümkün kılan da toplumsal ve kültürel normlarla meşru kılınan erkek egemenliği ve toplumsal cinsiyet eşitsizliğidir.

⁵¹ WALKER, 2009, s. 23.

⁵² Bkz. COCKBURN, 2004, ss. 24-45. Cockburn, şiddetin bu devamlılığının, toplumsal cinsiyetin nüfuz ettiği toplumsal, ekonomik, siyasal tüm ilişki biçimleri üzerinden işlediğini ifade eder. Toplumsal cinsiyet ilişkileri adeta şiddetin aktarılmasını sağlayan bir ağa veya zincire benzer; hane içi, şehir hayatı, ulus-devlet, uluslararası ilişkiler gibi her alanda ve her an (protesto anında, yasanın uygulanması sırasında, militarizasyon sürecinde), bunların içindeki infilak etmeye hazır şiddet yüküne daha fazlasını katar.

⁵³ SIGSWORTH, VALJI, 2011, s. 119.

⁵⁴ Barış ve çatışma/savaş kavramlarının toplumsal cinsiyet açısından sorunlu yapısı hakkında bkz. PANKHURST, 2003.

‘Olağanüstü’ olarak kodlanan savaş ya da baskı rejiminin şiddeti ile kadınların hedefi olduğu bu yapısal şiddeti bir kesintiden ziyade devamlılık içinde ele almak, çatışma öncesi/sırası/sonrası gibi bağlamlarda farklı şiddet biçimlerini ayrıştırmaktan ziyade bizi bazı şiddet biçimlerini olağanlaştırırken diğerlerini istisnaileştiren normlar, değerler ve kurumsal yapılar üzerine düşünmeye zorlar.⁵⁵ Nitekim yapılan çalışmalar, savaş sonrası veya silahlı çatışma ertesinde kadına yönelik cinsel ve ev-içi şiddette ciddi bir artış olduğunu göstermektedir. Çatışma sırasında cinsel şiddet ve tecavüze maruz kalan kadınlar çatışma bittiğinde de, uğradıkları cinsel saldırılar nedeniyle aşağılanmaya, dışlanmaya ve sistematik şiddete maruz kalmaya devam ederken, çatışma sonrası dönem ‘olağan’ kabul edilerek bu şiddet tümüyle görünmez kılınmaktadır. Aynı şekilde devamlılık, çatışma sırasında ve çatışma sonrası dönemde artan militaristleşme ile birlikte, askerlerin ve savaşanların kendi eşlerine ve ailelerine uyguladığı ev içi şiddet için de geçerlidir.⁵⁶

Savaş ve çatışma dönemi şiddetini istisnaileştirmek yerine, şiddetin tüm biçimlerine arındırıldıkları politik anlamı yeniden yüklemek ve bunların yapısal eşitsizliklerin devamı olduğunu vurgulamak önemlidir. Bu şekilde çatışma sonrası artan ev içi şiddet, cinsel şiddet ve dışlanma da geçiş dönemi adaletinin ve barışın inşasının bir parçası kılınabilir. Şiddetin ortak köklerini ve devamlılığı anlamak; çatışma öncesinde toplumsal cinsiyetin sirayet ettiği güç ilişkilerini, mevcut yapıların ve normların cinsiyetçi niteliğini sorgulamak aynı zamanda toplumsal cinsiyete duyarlı, adil telafi ve onarım mekanizmalarının oluşturulması ve barış politikalarının geliştirilmesi için de kaçınılmazdır. Bu tür bir kavramsallaştırmaya gidilmezse, geçiş dönemi adaleti mekanizmaları da, çarpık biçimde inşa edilmiş olan politik/kişisel, çatışma/çatışma sonrası, kamusal/özel, olağan/olağandışı gibi ikilikleri güçlendirerek bunların sebep olduğu ötekileştirmeyi pekiştirecektir.

3. Hakikat Komisyonları ve Toplumsal Cinsiyet: Kimin Hakikati?

Hakikat komisyonları, bireysel faillğe odaklanan ceza adaletinin sınırları karşısında, mağdurların yaşadıklarına dair hakikatin açığa çıkarılmasına ve geçmişte işlenen suçlara zemin hazırlayan toplumsal ve siyasal koşulla-

55 BOESTON, 2010, s. 113.

56 Toplumda savaş ve çatışma ortamına bağlı artan militaristleşme ile ev içi şiddet arasındaki ilişkiyi İsrail örneği üzerinden inceleyen bir çalışma için bkz.: ADELMAN, 2003. Militarizm ve ev içi şiddet ilişkisini anlamlandırmak adına işlevsel bir kavram olan militarize olmuş erkeklik hakkında bkz.: COOKE, WOOLLACOTT, 1993.

ra ışık tutulmasına yönelik bir geçiş dönemi adaleti mekanizmasıdır. Kimi zaman yaptıkları inceleme ve veri toplama sonucunda yargılamalara, hukuki reform ve tazminat politikalarına da yön verebilen komisyonlar, fail-mağdur karşılığında hapsolmadan, çok katmanlı ve çok aktörlü bir hakikat süreciyle, geçmişte yaşanan haksızlıkların ve gelecekteki tazmin ve telafi imkanlarının özgürce tartışılabildiği yeni bir kamusal müzakere alanı yaratılmasının aracı kabul edilir.⁵⁷ Bu kamuya açık, katılımcı müzakere zemininin, ihlalleri üreten toplumsal şiddet örüntülerini açığa çıkararak, aynı ihlallerin gerçekleşmesini engelleyecek yüzleşme sürecini de inşa etmesi umut edilir.

Ancak yukarıda hesap verebilirlik başlığı altında incelenen zarar ve ihlal tanımlarında olduğu gibi, hakikati ortaya çıkarma ve bulgulama süreci de, 'en ciddi' veya 'en ağır' insan hakları ihlalleri kategorisinin belirlediği dışlayıcı ihlal hiyerarşisinden etkilenir. Hakikat komisyonları her ne kadar resmi tarih anlatısı karşısında mağdurların hafızasının ve hakikatinin kendi diliyle konuşmasını amaçlasa da, bu hakikat arayışı sürecinde kadınların deneyimleri yine büyük ölçüde görünmez kılınmıştır. Bunun en önemli sebebi, savaş ve siyasal şiddet dönemlerinde kadınların ve erkeklerin farklı biçimlerde etkilendiklerinin; şiddetin bedenler, yaşamlar ve hafızalar üzerinde farklı izler bıraktığının göz ardı edilmesidir. Oysa toplumsal cinsiyet savaş ve şiddetin yol açtığı tekil acı ve zarar deneyimi üzerinde belirleyici rol oynar.

Hakikat süreçlerinde kadınların anlatılarının ne kadar yer bulduğuna bakmadan önce, hakikat komisyonlarının ne tür bir hakikate ulaşmayı amaçladıkları ve bu hakikatin bir cinsiyetinin olup olmadığı sorusuna cevap aramak anlamlı olabilir. Hakikatin anlam(lar)ı, hakikat komisyonları üzerine literatürde ve komisyon çalışmaları sırasında kapsamlı biçimde tartışılmıştır. Hakikati, adli bulgulama araçlarıyla delillendirilebilir maddi gerçeklik olarak algılayan hukuki anlayış ile özneler arası diyaloga açık, sabit ve tek olmak yerine çoğul ve daha parçalı algılayan ve hakikatin ilişkisel doğası temelinde, müzakereyle inşa edilebilir olduğunu ileri süren görüş arasında bir gerilim mevcuttur. Pek çok yazar hakikati bulunmayı veya keşfedilmeyi bekleyen tek bir objektif gerçeklik olarak tarif eder. Örneğin komisyonlar üzerine kapsamlı çalışmaları bulunan Hayner'e göre *'pek çok durumda mağdur edilmiş topluluklar hangi ihlallerin gerçekleştiğini ve bunları kimin gerçekleştirdiğini bilirler. Hakikat*

57 Hakikat komisyonlarıyla ilgili kapsamlı çalışmalardan bazıları şunlardır: HAYNER, 1994; HAYNER, 2002; ROTBERG, THOMPSON, 2002; BILBIJA VE DİĞ., (ed.), 2005; POPKIN, ROHT-ARRIAZA, 1995; SCHABAS, DARCY, (ed.), 2005.

komisyonlarının önemi ise bu hakikatin bulunmasından çok kabul edilmesi/onaylanması olarak tarif edilebilir.’⁵⁸

Ne var ki karmaşık toplumsal olayların ve derin şiddet örüntülerinin bulgulanması en iyi şartlarda bile kolay değildir; olguların kendiliğinden apaçık, bulunmaya hazır olmaması bir yana, hem hakikate ulaşmanın önündeki maddi engeller hem de çatışan farklı bakış açılarının varlığı nedeniyle tarihi olayların kaydının tutulması ve yorumlanması kaçınılmaz biçimde tartışmaya açıktır. Öte yandan bireysel deneyimlerin ayrıntılarına odaklanan bireysel/mikro ölçekte hakikat ile komisyonların daha kapsamlı şekilde kaydını tutmaya soyunduğu, bir dönem yaşanan yaygın şiddetin zamansal ve mekansal yayılımını, hangi örüntülerle işlediğini, hangi akımlardan beslendiğini, hangi araçları kullandığını anlamaya odaklanan, toplumsal/kamusal ölçekte hakikat de birbirinden farklı özellikler taşır.⁵⁹ Komisyonlar çoğu zaman şiddetin sebeplerini ve ihlalleri meşrulaştırmak için kullanılan ideolojik ya da politik gerekçeleri de açığa çıkarmayı amaçlar; bu doğrultuda kamuya açık duruşma, tanıklığa başvurma, arşiv araştırması, toplu mezarların açılması gibi farklı metodlar kullanırlar.

Komisyonlar pek çok durumda hakikati keşfetmekten ziyade aslında hakikate şekil verir veya hakikati toplumsal olarak inşa ederler.⁶⁰ Hakikat, verili kabul edilmek yerine belirli deneyimlerin ve bakış açılarının hakim tarihyazımından dışlandığı, özgül bağlamlardan yola çıkılarak aranacak bir şey olarak görülürse; yerleşik hakikatler toplumsal cinsiyet dinamikleri içinde konumlandırılarak üzerlerindeki sır perdesi kaldırılabilir ve bunun yerine kamusal alanda ötekileştirilmiş hakikatlere yer açılabilir.⁶¹ Bu yaklaşım biçimi, komisyonları, geçmiş suçların işlenmesine zemin hazırlayan hakim hakikati sorgulamaya açacak ve bastırılmış hakikatleri gün yüzüne çıkarma işlevi yüklenecik bir araç olarak düşünmeyi mümkün kılar.

Hakikat komisyonlarının en önemli amaçlarından biri de, ulus-devlet inşa sürecinde tarihsel olarak ötekileştirilmiş ve şiddetle bastırılmış grupların yaşadıklarını merkeze alarak daha kapsayıcı yeni ulusal anlatılar yaratmaktır. Çatışma sonrası süreçler üzerine çalışan Minow’a göre, komisyonları ceza yargılamasından ayırt eden en önemli nokta, mağdurlara odaklanması, ‘unu-

⁵⁸ HAYNER, 1994, s. 607.

⁵⁹ CHAPMAN, BELL, 2001, s. 5.

⁶⁰ *Ibid.*, s. 8.

⁶¹ NESIAH VE DİĞ., 2006, s. 7.

tulmuş mekanlardaki unutulmuş mağdurların' hikayelerine yer vermesidir.⁶² Bu açıdan bakıldığında, toplumsal cinsiyete duyarlı olmayan bir hakikat süreci, insan hakları ihlallerini kaçınılmaz biçimde erkeklerin deneyimlerine öncelik tanıyan bir mercekten ele alacak ve kadın mağdurların deneyimlerini yok sayacaktır. Nitekim çoğu hakikat sürecinde çoğunlukla erkekleri hedef alan fiziksel zararlar ve bireysel ihlaller öne çıkarılırken, kaybın ardından yalnız kalan kadınların kendilerinin, ailelerinin ve üyesi oldukları toplulukların hayatını sürdürmek için başvurdukları hayatta kalma stratejileri ve toplumsal şiddet dolayısıyla yaşadıkları yoksunluklar kayıt altına alınan hafızanın dışında bırakılmıştır. Kadınların deneyimleri ve anlatıları bu süreçte ya yok sayılmış, ya ikincilleştirilmiş ya da tahrif edilmiştir.

Kadınların hakikat anlatımı süreçlerine katılımını toplumsal cinsiyet temelinde tartışan pek çok çalışma kaleme alınmıştır. Bu çalışmalarda ortaklaşan vurgu, kadınların hakikat sürecinde çoğunlukla kendi başlarına geleni değil, ailelerine, eşlerine, çocuklarına ve topluluklarına yönelen kolektif zararları veya yaşam alanlarının tahrip edilmesine, evlerin, köylerin, hayvanların yok edilmesine dair şiddet hikayelerini anlatma eğiliminde olduklarıdır. Hatta toplumsal cinsiyete duyarlı olduğu kabul edilen Güney Afrika, Peru ve Guetamala'daki hakikat süreçlerinde dahi kadınlar uğradıkları cinsel şiddeti anlatırken birinci tekil şahıs kullanmamışlar⁶³, kendilerini kendi hikayelerinin dışında tutmuşlardır. Sistemik tecavüz ve cinsel saldırı pek çok durumda kadınları, ait oldukları topluluk içinde insanlıktan çıkarılmalarına ve gayrimuşrulaştırılmalarına sebep olan bir toplumsal dışlanma ile baş başa bırakır: tecavüze uğrayan kadınlar soykırımdan sağ kalan, devlet şiddetinin gaddarlığını yaşamış bireyler olarak değil, tecavüze uğradıkları için topluluğun iç yapısını, düzenini ihlal etmiş, iktidarını zayıflatmış kadınlar olarak görülürler.⁶⁴

62 MINOW, 1998, s. 60.

63 THEIDON, 2007, s. 457.

64 VELASQUEZ, 'Primer Tribunal de Conciencia contra la Violencia Sexual hacia las mujeres durante el conflicto armado interno: Peritaje cultural' (expert witness report to the Tribunal of Conscience, Guatemala City, Guatemala, 5 March 2010), aktaran CROSBY, LYKES, 2011, s. 472. Kimberly Theidon ise, Peru'da yaptığı araştırma sırasında sadece kadınların değil, tümü erkeklerden oluşan topluluk otoritelerinin de kadınların tecavüze uğradığını inkâr ederek her zaman için bu durumdan komşu köyde ya da toplulukta yaşanmış gibi bahsettiklerini anlatır. Tecavüzün kendi halkı içinde gerçekleştiğini kabul etmek, erkekler için 'kadınlarını' korumaktan aciz kaldıklarını da teslim etmek anlamına gelecektir. Bkz. THEIDON, 2007, s. 459. Ruth, savaş sırasında yaygın ve sistemik bir silah olarak tecavüze başvurulmasının sebeplerinden birinin, 'düşman' kadınları aşagılamanın ötesinde, tam da düşman erkeklerle,

Özellikle cinsel şiddet ve tecavüz nedeniyle bu damgalanma ve topluluktan dışlanma korkusu da, kadınların yaşadıkları şiddet deneyimlerinin kaydı tutulan hakikatin dışında kalmasına sebep olur.⁶⁵

Öte yandan hakikat süreçlerinde kadınlar genelde sadece cinsel saldırı veya tecavüze maruz kalmaları halinde mağdur olarak tanımaya konu olmaktadır. Ağırlıklı olarak kadınların maruz kaldığı cinsel şiddet ve tecavüz deneyiminin hakikat arayışının merkezine alınması, bu ihlali ait olduğu, genelleşmiş tahakkümün belirlediği toplumsal bağlamdan koparmakta; böylece cinsel şiddetin yapısal sebeplerini açığa çıkarma imkanı da ortadan kalkmaktadır.⁶⁶ Cinsel şiddete hapsolan bu anlatı aynı zamanda, çatışma veya otoriter yönetimin hakim olduğu olağanüstü döneme ait şiddet ile kadınların ev veya topluluk içinde her gün deneyimledikleri şiddet arasında yapay bir sınır çizer. Pek çok kadın için bu iki şiddet türünün birbirinden ayrılması mümkün değildir. Kadınlar hakikat komisyonları önünde, silahlı çatışma veya baskı dönemlerinde daha fazla saldırıya açık hale gelmelerini hazırlayan çok sayıda etkenden bahsetmişlerdir. Bunlar ‘barış’ dönemlerinde süregiden, hiç dokunulmamış eşitsizlik biçimlerine dair de pek çok şey anlatır.⁶⁷

Tecavüzün ısrarlı bir uluslararası mücadele sonucunda bir savaş silahı, insanlığa karşı suç ve savaş suçu olarak tanınması kuşkusuz önemlidir fakat savaşın ve siyasal şiddetin kadınların bedeni ve yaşamı üzerinde yarattığı tahribatı sadece cinsel şiddet üzerinden anlamak mümkün değildir; bu diğer kadınlık deneyimlerinin yok sayılmasına sebep olur.⁶⁸ Kadınların cinsel şiddet dışında uğradıkları sistematik adaletsizlik, etnik ayrımcılık, cinsiyetçilik veya

erkekliklerinin yaralandığı, kadınlarını koruyamadıkları için yeterince erkek olmadıkları mesajını vermek olduğunu söyler. Bkz. SEIFERT, 1994, s. 59.

65 Tecavüz ve diğer cinsel şiddet biçimlerinin kayıt altına alındığı Güney Afrika, Guetamala ve Peru’daki hakikat süreçlerinde dahi bu suçluluk ve utanç duygusu nedeniyle cinsel şiddet vakaları istatistiksel olarak diğer hak ihlallerine göre çok düşük bir sayıda kalmıştır. Bkz. FALCON, 2005, s. 1-5.

66 VALJI, 2007, s. 15.

67 THEIDON, 2007, s. 474.

68 Cinsel şiddete, özellikle de tecavüze hakikat sürecinde tanınan bu aşırı görünürlüğün, kadınların, daha genel anlamda insan hakları söyleminde tecavüz, mağduriyet ve tâbi kılınma kalıpları içinde ‘cinselleştirilmiş bedenler’den ibaret olarak ele alınma eğilimiyle ilgili olduğu söylenebilir. Kadınların deneyimlerine hukuki tanınırlık sağlayan, cinsel şiddete karşı korunmasızlıklarıdır. Bu konuyu, hukukun kadını bedenden ibaret algılayışı üzerine kurduğu iktidar temelinde tartışan bir çalışma için bkz. SMART, 1991, s. 207. Smart tecavüzü mağduriyet kaynağı olarak ve mağdur merkezli bir kavramsallaştırmayla değil, farklı direniş biçimlerini üretebilecek tanımlarıyla düşünenin gereğine işaret eder.

sağlık hizmetlerine ve adalete erişim önündeki engellere dair daha kapsamlı anlatıları ikinci planda kalmıştır.

Öte yandan ‘savaş silahı olarak tecavüz’ kategorisi, bu çerçeveye uymayan pek çok farklı cinsel şiddet biçiminin de karanlıkta bırakılmasına sebep olmaktadır. Örneğin ‘eğlence’ için zorla seks işçiliği, topluluk içinde, hatta aile ve evlilik içinde tecavüz ve cinsel istismar tazminat mekanizmaları önünde ihmal edilmiştir.⁶⁹ Hatta kadınlar uluslararası yasal koruma ve yardıma erişebilmek için deneyimlerini dahi önceden belirlenmiş bir tecavüz anlatısına ve mağduriyet kalıbına uydurmaya zorlanmıştır. Örneğin Hastings, Amerika’da siyasi iltica talebinde bulunan Guetamalalı Maya kadınlarının, yaşadıkları saldırının yasal olarak ‘politik suç niteliğinde tecavüz’ tanımına girebilmesi için, devlet destekli tecavüze dair neredeyse birbirinin aynısı, önceden belirlenmiş şablon bir anlatıya başvurduklarını; aksi takdirde tecavüzün politik bir suç değil, bireysel münferit bir saldırı olarak değerlendirildiğini ve iltica talebinin reddedildiğini anlatır.⁷⁰ Ancak kamusal alanda ve devletle organik bağ içindeki kişilerce işlenen bu olağandışı tecavüz, gerçek bir tecavüz olarak aranan yasal çerçeveye uymaktadır. Bu kalıplar, hayatta kalanların kendi anlatılarını, tanıklıklarını ve suskunluklarını dahi şekillendirmektedir.

Guetamala’da 1980’lerin başında devlet eliyle yerli Maya halklarına yönelik gerçekleştirilen soykırımın ardından kurulan Guatemala Hakikat Komisyonu’nun raporu⁷¹ kadını nihayet geçiş dönemi adaletinde görünür kılan ilk metin olduğu için bir zafer olarak nitelenmiştir.⁷² Oysa Rosser, raporda

⁶⁹ BOESTON, 2010, s. 113. Boeston çatışma sırasında farklı tecavüz rejimleri arasında bir ayrım yapmak gerektiğini belirtir ve Peru’da yaşanan çatışma sırasında farklı tecavüz rejimlerini deşifre ederek, bazı tecavüz ve cinsel şiddet biçimlerini olağanlaştıran yapılar ve normlar üzerine düşünmeyi öğütler.

⁷⁰ HASTINGS, 2002, s. 1174, 1176.

⁷¹ Çoğunlukla ülkenin kırsal kesimlerinde yaşayan yoksul Maya topluluklarını hedef alan yaygın şiddet, özellikle kadınları çok kötü etkilemiştir. Yaygın ölçekte katliamlar, toplu tecavüzler ve arazilerin yakılmasının damgasını vurduğu *La violencia* olarak adlandırılan bu dönemde 100.000’in üzerinde ölüm, 40.000’in üzerinde kayıp ve artta kalan 80.000 dul ve 250.000 yetim çocuk resmi kayıtlara geçmiştir. Gerçek sayının bunun çok ötesinde olduğu tahmin edilmektedir. Bir milyondan fazla Guetamalalının zorunlu olarak yerinden edildiği tahmin edilmektedir. Guetamala’da 1996’da yapılan barış anlaşması sonucunda kurulan Hakikat Komisyonu (CEH) askeri baskının arttığı 1960 ile barış müzakerelerinin bittiği 1996 arasında geçen 30 yıl içinde gerçekleştirilen insan hakları ihlallerini araştırmak ve kaydetmekle görevlendirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: GREEN, 1999.

⁷² Latin Amerika’da bundan önce Arjantin ve Şili’de kurulan araştırma ve hakikat komisyonları toplumsal cinsiyete hakikat arayışında belirleyici bir yer vermemiştir.

cinsel şiddete ayrılan bölüm dışında kadınların ne aktivist veya direnişçi kimliğiyle çatışmanın, politik mücadelenin ve uzlaşma sürecinin özneleri olarak ne de tecavüz dışında diğer insan hakları ihlallerinin mağduru olarak yer aldığına işaret eder. Komisyon'un raporu bu sebeple, kadını cinsel varoluşuna indirgediği; yerli kadınlara politik özneler ve taleplerine de politik talepler olarak yer vermediği için eleştirilmiştir.⁷³

Ross ise Güney Afrika Hakikat Komisyonu üzerine yaptığı çalışmada, komisyon önünde kadınların siyasi muhalif olarak maruz kaldıkları polis takibi, gözaltı, tutuklama, sorgu sırasında işkence, tecavüz tehdidi, yakınların korkutulması, güvensizlik ve toplumsal dışlanma gibi birbirinin içine geçen ilişkilerin yarattığı apartheid şiddetini ayrıntılı biçimde anlattıklarını; fakat komisyonun sonuç raporunda salt cinsel saldırı mağduru olarak yer alabildiklerini aktarır. Anlatılarında cinsel şiddeti, diğer çok sayıda zarar verici olay içinde konumlandırırsalar da kadınların komisyon önündeki tanıklıkları, diğer şiddet biçimleri yok sayılarak 'kusursuz mağdur'a indirgenmiş ve cinsel saldırı, sebep olduğu bedensel zarar dolayısıyla anlatım sürecinde 'parlatılmıştır'.⁷⁴

Oysa kadınların anlatacak daha çok hikayesi vardır. Bu ideal mağdur kurgusu aynı zamanda kadınların hakikat sürecinde politik mücadele içinde, direniş pratikleriyle yer alan özneler olarak değil, çaresizliğe sıkıştırılmış kurbanlar olarak temsil edilmelerine de sebep olmakta ve mağdur konumunu yeniden üretmektedir. Hakikat sürecinde kadınlardan muteber mağduriyet kalıplarına uyacak roller benimsemeleri beklenir. Deneyimleri bu kalıplar içinde konumlandırılmayan kadınlar ise ne yasal korumadan ne de tazminat politikalarından yararlandırılır. Üstüne cinsel şiddeti yaşamış, kurbanlaştırılmaya direnen, mücadele eden ve mağduriyetle tanımlanmayı reddeden kadınların failliği reddedilir.⁷⁵ Öznelliğin insan hakları rejimi ile belirlenmiş bu sınırla-

⁷³ ROSSER, 2007, s. 398-402.

⁷⁴ ROSS, 2003, s. 89-92. Ross Komisyon'un raporunda 'kadın' veya 'toplumsal cinsiyet' kavrayışının cinsel şiddetle sınırlı olduğunu vurgular; bu indirgemenin kadınların deneyimlerini tektipleştirerek, bazı acı türlerini daha görünür kılarken diğer deneyimleri ve bunların duyulmasını sağlayacak ifade imkanlarını yok ettiğini ileri sürer. Bu süreçte acıyı ifade etmek için sunulan dil sınırlı, eksik ve çatlaktır. Theidon da, Peru'da kadınların tecavüzü anlatırken bunu her zaman daha geniş toplumsal dinamikler içinde konumlandıklarını; savunmasızlıklarına sebep olan tecavüz öncesi koşulları ve kendilerine ve değer verdikleri kişilere yönelik zararı azaltmak için gösterdikleri çabayı ayrıntılı biçimde anlattıklarını kaydeder. Bkz. THEIDON, 2007, s. 465.

⁷⁵ KELLY, 2000, s. 46.

rı, mağdur olarak konumlandırılmaya direnen kadınların politik mücadelesini de görmezden gelir. Kadınlar yürüttükleri politik mücadele nedeniyle şiddete uğradıklarında dahi, adalet ve uzlaşma mekanizmaları için sadece tecavüze uğramış kadın mağdurlardır; birer politik özne oldukları için mağdur edildikleri veya zulme uğramış oldukları göz ardı edilir. Kadınların hayatta kalma stratejilerine, şiddet, baskı ve yoksunluğa karşı direniş pratiklerine ve örgütlü mücadelelerine yer vermeyen hakikat süreçleri kadınların politik failliğini de yok sayar. Bu yüzden örneğin gerilla kadınlar veya siyasi tutsak kadınlar da komisyon raporlarında yer almaz.

Kadınların bu süreçte cinsel şiddet dışında ev, aile veya topluluk hayatı içinde deneyimledikleri diğer zararlar her zaman için ikincil önemde görülmüştür. Örneğin El Salvador Hakikat Komisyonu'nun raporunda yer verilen kadınların tanıklıkları genelde sevdiklerinin ölümü ve evlerinin yok edilmesiyle ilgilidir fakat buna, esas ihlal olarak merkeze alınan, askerlerce öldürülen kişilerin hikayesinin arka plan bilgisi olarak yer verildiği görülür. Hakikat sürecinin anlatısal çerçevesi hem gerçek hikayelerin hem de bu hikayelerin mağdur üzerindeki sonuçlarının dile dökülmesi çabasını sınırlandırırken ölüm veya kaybın aile ve topluluk üzerinde yarattığı zararlar inceleme açısının dışında kalır.⁷⁶ *'En Ağır İnsan Hakları İhlallerinin Aile ve Toplumsal İlişkiler Üzerindeki Etkisi'* başlıklı bir bölüm içeren Şili Hakikat Komisyonu raporu, diktatörlük rejimi sırasında işlenen suçların hedef aldığı mağdurların ailelerinin tanıklıklarına yer vermiş; fakat bunları esas hak ihlaline bağlı ikincil deneyimler olarak görmüş ve aileleri mağdur statüsünde kabul etmemiştir.⁷⁷

Toplumsal cinsiyet duyarlılığı açısından görece başarılı bulunan Peru Hakikat Komisyonu'nun⁷⁸ kurucu belgesinde toplumsal cinsiyete dayalı şid-

⁷⁶ NÍ AOLÁIN, TURNER, 2007, s. 259.

⁷⁷ *Report of the Chilean National Commission on Truth and Reconciliation*, s. 777.

⁷⁸ Peru'da 1980-2000 arasında silahlı mücadele yürüten komünist gerilla güçleri *Sendero Luminoso* ile devlet arasında süren yirmi yıllık iç savaş sırasında yüzlerce kişi kaybedilmiş, yargısız infaza kurban gitmiş, tutuklanmış ve adil yargılama yapılmaksızın hüküm giymiştir. İç savaş sırasında öldürülen veya zorla kaybedilenlerin % 75'i devletin 'terörist' olarak hedef aldığı yerli And köylüleridir; bu süreçte yaklaşık 600.000 kişinin yerinden edildiği tahmin edilmektedir. 2001 yılında ülkedeki sivil güçlerin inisiyatifiyle kurulan Hakikat ve Uzlaşma Komisyonu silahlı çatışma sırasında işlenen insan hakları ihlallerini araştırmak ve resmi kaydını tutmakla görevlendirilmiştir. Komisyon 2003'te yayınlanan raporunda kapsamlı bir tazminat programı önerisi hazırlamış ve yerinden edilmiş kişilerin yurtlarına dönebilmelerine yönelik bir yasa yapımı sürecine katkıda bulunmuştur. Daha ayrıntılı bilgi için: THEIDON, 2007. Ayrıca bkz. *Report of the Truth and Reconciliation Commission*.

deti ve cinsel şiddeti araştırmayı içeren bir yükümlülük bulunmasına rağmen, Komisyon çalışmaları sırasında toplumsal cinsiyet duyarlılığına ilişkin tartışmalar ortaya çıkmış ve Komisyon bünyesinde bir toplumsal cinsiyet birimi (*Linea de Genero*) kurulmuştur. 2002 yılında Peru'da hakikat ve uzlaşma sürecinde toplumsal cinsiyetin önemini vurgulayan ve Perulu kadınların uğradığı geleneksel ayrımcılığın Komisyon'un çalışmasının başlangıç noktası olduğunu bildiren bir metin kaleme alınmıştır.⁷⁹ Ancak Komisyon'un araştırması, kadınların siyasal şiddet deneyimlerini yine büyük ölçüde cinsel saldırı ve tecavüze indirgemıştır.⁸⁰ Sonuç raporunun toplumsal cinsiyet odaklı iki bölümünden biri sadece cinsel şiddetle ilgilidir. Oysa kadınlar, ailelerinin çektiği acıları dile getirdiklerinde, gün boyu su almak için nehre yapmaları gereken yürüyüşten, ağlayarak sürekli hastalanan çocuklarının açlığını su ve tuzla bastırmaya çalıştıklarından bahsettiklerinde, sığınmak için kaçtıkları şehirlerin sokaklarında nasıl ırkçı hakaretlere maruz kaldıklarını anlattıklarında, aslında kendilerinden ve savaşın cinsiyetlendirilmiş etkilerinden bahsetmektedirler.⁸¹ Komisyon'un eriştiği hakikat ise, tüm bu yerinden edilmiş; eşlerinin ölümü veya kaçışının ardından tek başına ailelerine bakmak veya başka ülkelere göç etmek zorunda bırakılmış kadınların yaşadığı şiddeti görünmez kılmıştır.⁸²

Hakikat komisyonlarının amaçlarından biri de geçmişte yaşanan baskı, zulüm ve şiddetin kaydını tutarak buna dair toplumsal hafızanın diri tutulması ise, hakikat arayışı gibi bu toplumsal hafızanın da seçici ve dışlayıcı olduğunu kabul etmek gerekir; çoğunlukla kadınlar tarafından dillendirilen, topluluğun yaşadığı ortak acılar veya savaşın gündelik hayatın bütününe sızan etkileri bu hafızada kendine yer bulamamaktadır.

79 THE WORLD BANK, 2006, s. 14-15.

80 Komisyon geniş bir cinsel şiddet tanımı yapmıştır: '*Cinsel şiddet bir insan hakları ihlali türüdür ve zorunlu seks işçiliği, cinsel ilişkiye zorlama, cinsel kölelik, zorla kürtaj ve çıplaklığa zorlamayı içerir*. Bkz. CVR 2003, vol. VIII, 2(1), *Violencia Sexual*, s. 66. Komisyon elde ettiği niteliksel bilgiden yola çıkarak kadınlara yönelik cinsel ihlallerin, silahlı iç çatışma sırasında sistematik olarak uygulanan, genelleşmiş bir uygulama olduğu sonucuna varmıştır.

81 THEIDON, 2007, s. 459. Theidon kadının ücretlendirilmeyen ve görünmeyen ev içi çalışmasının yükünün savaş zamanında daha da ağırlaştığını vurgular; savaşın ev içi ekonomisine etkisi hayatta kalmanın kendisini gündelik bir mücadeleye dönüştürür.

82 Komisyon'un raporu yayınlanmadan önce, zorunlu yerinden edilme, cezaevi koşulları ve diğer ihlallerin de toplumsal cinsiyet boyutu üzerine sonradan yapılan eklemelerle, siyasal şiddetin kadınlar üzerinde yarattığı çokboyutlu etki kısmen yansıtılabilmektedir. Bkz. THE WORLD BANK, 2006, s. 9.

Sierra Leone Hakikat ve Uzlaşma Komisyonu bu açıdan istisnai bir yerde durur. Komisyon kadın mağdur ve tanıkların özel ihtiyaçlarına cevap verecek özel usul kuralları çerçevesinde topladığı sözlü tanıklıklar sayesinde, kadınları ülkedeki savaş sırasında bir dizi ihlal ve aşağılamaya karşı daha savunmasız kılan karmaşık toplumsal, hukuki, siyasi ve kültürel örüntüleri açığa çıkarabilmiştir. Sonuç raporunda, zorla yerinden edilen, mülteci olarak ülke dışına çıkmak zorunda bırakılan, zorla çalıştırılan, insanlık dışı ve zalimane muameleye tabi tutulan, işkence edilen, öldürülen, sakat bırakılan, kannibalizme zorlanan, sistematik olarak tecavüze uğrayan, evi ve mülkü yok edilen, çatışmalar sırasında uğradığı cinsel saldırı nedeniyle AIDS/HIV olan tüm kadınların tanıklıklarına ve deneyimlerine yer verilmiş; çatışmanın kadınlar üzerindeki fiziksel, ekonomik ve yaşamsal etkileri derinlemesine ele alınmıştır. Özellikle çatışma öncesinde Sierra Leone'de kadınların uğradığı toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılığın ve ikincilleştirmenin etkilerine de yer veren rapor, olağan dönem şiddeti ile olağanüstü dönem şiddeti arasındaki devamlılığa vurgu yaptığı için de değerlidir. Komisyon aynı zamanda kadınların Sierra Leone toplumu içindeki konumlarının iyileştirilmesi ve maruz kaldıkları zararların onarılması için hukuki, siyasi ve ekonomik reform önerileri geliştirmiştir.⁸³

Yukarıda yer verilen örnekler, kadınların sesinin duyulur olmadığı hakikat süreçlerine yönelik eleştirilerin ardından Peru, Guetamala, Güney Afrika ve Sierra Leone gibi ülkelerde kurulan hakikat komisyonlarının hayata geçirdikleri, belirli ölçülerde cinsiyetlendirilmiş bir 'hakikat' arayışına değinmektedir. Ancak bu örneklerde de kadınlar büyük ölçüde, oldukça sınırlı zarar ve ihlal tanımları içinde, yalnızca mağdur konumunda yer bulabilmiş; hem kadınların çok katmanlı mağduriyetlerine hem de yaşamda kalma ve direniş pratiklerine kulak verilmemiştir. Hakikat komisyonları ve hakikat sürecinin kendisi, mağdur merkezli bakışın ötesine geçerek, kadınların anlatılarına sadece acı ve ıstırapla sınırlı kalmayacak şekilde yer açmalı; en önemlisi kadınların savaşa dair ne söylediklerine ve nasıl söylediklerine kulak vermelidir.

Sonuç:

Kadınların deneyimleri, mücadeleleri ve talepleri geçiş dönemi adaleti çerçevesinde adalet, uzlaşma ve barış politikalarında çok sınırlı biçimde yer bulabilmiştir. Gerek adalet gerekse hakikate erişim mekanizmaları kadınla-

⁸³ Sierra Leone Truth Commission, *Final Report: Witness to Truth, Volum 3 B: Women and The Armed Conflict in Sierra Leone*.

rın çatışma ve baskı dönemlerinde uğradıkları zararları çoğunlukla göz ardı etmiş; temel aldığı erkek merkezli, sınırlı, sığ ihlal ve mağdur tanımlarıyla kadınların maruz kaldığı yapısal ve çokkatmanlı şiddeti göz ardı etmiştir. Ayrıca kadınların şiddet karşısında geliştirdikleri direniş ve mücadele pratikleri de görünmez bırakılmış; böylece kadınların failliği de yok sayılmıştır.

Savaş ve kitlesel şiddetin yarattığı derin toplumsal yarılmaların ardından yeniden bir arada yaşama umudunu ve toplumsal barışı inşa etmeyi hedefleyen geçiş dönemi adaletinin ürettiği bu dışlamayı ifşa etmek toplumsal cinsiyete kör kalmayan, başka türlü bir adalet kavrayışını inşa edebilmek için önem taşır. Bu doğrultuda, toplumsal cinsiyet eşitsizliklerinin ürettiği ve beslediği ‘olağan dönem’ şiddetini göz ardı etmeyen bir mercekten, kadınların yaşam deneyimlerini merkeze alan zarar ve ihlal tanımları üzerine düşünmek; geçiş dönemi adaletinin toplumsal cinsiyet yapılarınca belirlenen söylemsel çerçevesini kırarak ve kadınların deneyimlerini görünür kılarak onları adalet mekanizmalarının öznesi kılacak yeni yollar açmak gerekir.

KAYNAKÇA

- ADELMAN Madelaine, 'The Military, Militarism, and the Militarization of Domestic Violence,' **Violence Against Women** 9(9) (2003), ss. 1118-1152.
- AFSHAR Haleh, DEBORAH Eade **Development, Women and War, Feminist Perspectives**, (ed.), Oxfam GB, London, 2004.
- AOLÁIN Fionnuala Ní, TURNER Catherine, 'Gender, Truth, Transition', **UCLA Women's Law Journal**, (2007), vol. 16, ss. 229-279.
- AOLÁIN Fionnuala Ní, 'Advancing Feminist Positioning in Transitional Justice', **The International Journal of Transitional Justice**, (2013), 6 (2), ss. 1-24.
- AOLÁIN Fionnuala Ní, HAMILTON Michael, 'Gender and The Rule of Law in Transitional Societies', **University of Minnesota Law School Legal Studies Research Paper** No. 09-12, (2009), ss. 101-120.
- AOLÁIN Fionnuala Ní, 'Sex-Based Violence and the Holocaust: A Re-Evaluation of Harms and Rights in International Law,' **Yale Journal of Law and Feminism** 12 (2000), ss. 43-84.
- AOLAIN Fionnuala Ni, 'Political Violence and Gender During The Time of Transition', **Columbia Journal of Gender and Law**, (2006), Vol. 15 (3), ss. 823-849.
- ASKIN Kelly D., **War Crimes Against Women: Prosecution in International War Crimes Tribunals**, Martinus Nijhoff, The Hague, 1997.
- ASKIN Kelly D., 'Prosecuting Wartime Rape and Other Gender Related Crimes: Extraordinary Advances, Enduring Obstacles', **Berkeley Journal of International Law**, (2003), Volume 21, Issue 2, ss. 1-63.
- BELL Christine, O'ROURKE Catherine, 'Does Feminism Need A Theory of Transitional Justice, An Introductory Essay', **International Journal of Transitional Justice**, (2007) 1 (1), ss. 23-44.
- BILBIJA K., FAIR J. E., MILTON C., PAYNE L. A, eds., **The Art of Truth-Telling About Authoritarian Rule**, Madison, University of Wisconsin Press, 2005.
- BOESTON Jelke, 'Analyzing Rape Regimes at The Interphase of War and Peace in Peru', **The International Journal of Transitional Justice**, Vol 4, 2010, ss. 110-129.
- CHAPMAN Audrey R., BELL Patrick, 'The Truth of Truth Commissions: Comparative Lessons from Haiti, South Africa, and Guatemala.' **Human Rights Quarterly** (2001), 23 (1), ss. 1-43.
- CHARLESWORTH Hilary, 'What Are Women's International Human Right?' in **Human Rights of Women: National and International Perspectives**,

- ed. Rebecca J. Cook, Philadelphia, PA, University of Pennsylvania Press, 1994, ss. 58-85.
- CHARLESWORTH Hilary, 'Feminist Method in International Law,' **American Journal of International Law** 93 (1999), ss. 379-394.
- COHEN Stanley, 'State Crimes of Previous Regimes: Knowledge, Accountability, and The Policing of The Past', **Law & Social Inquiry** 7 (1995), ss. 7-50.
- COCKBURN Cynthia, 'The Continuum of Violence, A Gender Perspective on War and Peace', in **Sites of Violence Gender and Conflicted Zones**, (ed.) W. Giles, J. Hyndman, California, University of California Press, 2004, ss. 24-44.
- COOKE Miriam G, WOOLLACOTT Angela, (eds.), **Gendering war talk**, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1993.
- CROSBY Alison, LYKES M. Brinton, Mayan Women Survivors Speak: The Gendered Relations of Truth Telling in Postwar Guatemala, **The International Journal of Transitional Justice**, (2011), Vol. 5, ss. 456-476.
- DEMBOUR Marie-Benedicte, HASLAM Emily, Silencing Hearings: Victim-Witnesses at War Crimes Trials, **European Journal of International Law**, (2004), Vol. 15 (1), ss. 151-177.
- ENRÍQUEZ González, AGUILAR Paloma, **The Politics of Memory: Transitional Justice in Democratizing Societies**. (eds.), New York, Oxford University Press, 2001.
- FALCON J. Mantilla, 'The Peruvian Truth and Reconciliation Commission's Treatment of Sexual Violence against Women', **Human Rights Brief**, (2005), 12(2), ss. 1-5.
- FINEMAN Martha Albertson, ZINSSTAG Estelle, **Feminist Perspectives on Transitional Justice (From International and Criminal to Alternative Forms of Justice)**, Cambridge, Intersentia, 2013.
- FRANKE Katherine M., 'Gendered Subjects of Transitional Justice', **Columbia Journal of Gender and Law**. (2006), Vol. 15/3, ss. 813-828.
- GOLDSTONE Richard J., DEHON Estelle A., 'Engendering Accountability: Gender Crimes Under International Criminal Law', **New England Journal of Public Policy**, (2003), Vol. 19 (1), Article. 8, ss. 121-145.
- GREEN Jennifer, COPELON Rhonda, COTTER Patrick, 'Affecting the Rules for the Prosecution of Rape and Other Gender Based Violence Before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: A Feminist Proposal and Critique', **Hastings Women's Law Journal**, (1994), ss. 171-241.
- GREEN Linda, **Fear as a Way of Life: Mayan Widows in Rural Guatemala**, New York, Columbia University Press, 1999.

- HASTINGS Julie A., 'Silencing State-Sponsored Rape in and Beyond a Transnational Guatemalan Community,' **Violence Against Women** 8(10) (2002), ss. 1153–1181.
- HAYNER Priscilla B., 'Fifteen Truth Commissions - 1974-1994: A Comparative Study', **Human Rights Quarterly** (1994), 16 (4), ss. 597-655.
- HAYNER Priscilla B., **Unspeakable Truths: Facing the Challenge of Truth Commissions**, New York, Routledge, 2002.
- HOLT Renee, 'Women 's Rights and International Law: The Struggle for Recognition and Enforcement' **Columbia Journal of Gender and Law** 117 (1991), ss. 132-141.
- KELLY Liz, 'Wars against Women: Sexual Violence, Sexual Politics and the Militarised State', in **States of Conflict: Gender, Violence and Resistance**, S. Jacobs, R. Jacobson, and J. Marchbank (eds.), New York, St. Martin's Press, 2000, ss. 45-65.
- KRITZ Neil J., **Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes: Country Studies**. (ed.), Washington D.C., United States Institute of Peace Press, 1995.
- LINDSEY Charlotte, **Women Facing War**, Geneva, ICRC, 2001.
- MCADAMS A. James, **Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies**, (ed.), Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2001.
- MENDEZ Juan, 'Accountability For Past Abuses', **Human Rights Quarterly**, (1997), ss. 255-282.
- MERRY Sally Engle, **Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice**, Chicago, University of Chicago Press, 2006.
- MINOW Martha, **Between Vengeance and Forgiveness: Facing History After Genocide and Mass Violence**, Boston, Beacon Press, 1998.
- NESIAH F. Vasuki, 'Discussion Lines on Gender and Transitional Justice: An Introductory Essay Reflecting on the ICTJ Bellagio Workshop on Gender and Transitional Justice', **Columbia Journal of Gender and Law**, (2006), vol. 15 (3), ss. 799-812.
- OKIN Susan Moller, **Justice, Gender and the Family**, New York, Basic Books, 1991.
- ORENTLICHER Diane, 'Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime', **The Yale Law Journal**, Vol. 100, No. 8, Symposium: International Law (Jun., 1991), ss. 2537-2615.
- O'ROURKE Catherine, 'Global Standarts, Local truths, Harms against women in

- truth processes', in **Gendered Politics in Transitional Justice**, New York, Routledge, 2013.
- O'ROURKE Catherine, **Gendered Politics in Transitional Justice**, New York, Routledge, 2013.
- PANKHURST Donna (2003) 'The "Sex War" and Other Wars: Towards a Feminist Approach to Peace Building', **Development in Practice**, Vol. 13 No. 2–3, ss. 154–177.
- POPKIN Margaret, ROHT-ARRIAZA Naomi, 'Truth as Justice: Investigatory Commissions in Latin America', **Law and Social Inquiry**, (1995), 20 (1), ss. 79-116.
- ROHT-ARRIAZA Naomi, 'State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law', **California Law Review**, (1990), Vol. 78, ss. 451-513.
- ROHT-ARRIAZA Naomi, **Impunity and Human Rights in International Law and Practice**, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- ROHT-ARRIAZA Naomi, J. Mariezcurrena, **Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth versus Justice**, (eds.), New York, Cambridge University Press, 2006.
- ROMANY Celina, Women As Aliens: A Feminist Critique of the Public/Private Distinction in International Human Rights Law, **Harvard Human Rights Journal**, 1993, ss. 87-125.
- ROSS Fiona, **Bearing Witness: Women and the Truth and Reconciliation Commission in South Africa**, London, Pluto Press, 2003.
- ROSSER Emily, 'Depoliticised Speech and Sexed Visibility: Women, Gender and Sexual Violence in the 1999 Guatemalan Comisión para el Esclarecimiento Histórico Report', **International Journal of Transitional Justice** (2007) 1 (3), ss. 391-410.
- ROTBURG Robert I., Thompson Dennis, (eds.), **Truth v. Justice: The Morality of Truth Commissions**, Princeton, Princeton University Press, 2002.
- SCHABAS William A., DARCY Shane, eds., **Truth Commissions and Courts: The Tension between Criminal Justice and the Search for Truth**, New York, NY, Springer-Verlag New York, 2005.
- SEIFERT Ruth, 'War and Rape: A Preliminary Analysis', in **Mass Rape: The War against Women in Bosnia-Herzegovina**, (ed.) Alexandra Stiglmayer, Lincoln: University of Nebraska Press, 1994.
- SIGSWORTH Romi, VALJI Nahla, 'Continuities of Violence against Women and the Limitations of Transitional Justice', in **Gender in Transitional Justice**,

- Susanne Buckley-Zistel, Ruth Stanley (ed.), New York, Palgrave Macmillan, 2011, ss. 115-136.
- SMART Carol, 'Law's Power, the Sexed Body, and Feminist Discourse', **Journal of Law and Society**, 17 (2) (1991), ss. 194-210.
- SUTIL Jorge Correa, 1992. 'Dealing with Past Human Rights Violations: The Chilean Case after Dictatorship', **Notre Dame Law Review** 67 (5), ss. 1455-1485.
- TEITEL Ruti G., **Transitional Justice**, New York, Oxford University Press, 1999.
- THEIDON Kimberly, 'Gender in Transition: Common Sense, Women and War', **Journal of Human Rights**, 6, 2007, ss. 453-478.
- VALJI Nahla, **Gender Justice and Reconciliation**, Workshop 8, Centre for the Study of Violence and Reconciliation, Johannesburg, Center For The Study of Violence and Reconciliation, 2007.
- WALKER Margaret Urban, 'Gender and Violence in Focus', in **The Gender of Reparations, Unsettling Sexual Hierarchies**, ed. Ruth Rubio Marin, New York, Cambridge University Press, 2009, ss. 1-17.
- İnsan Hakları Örgütlerinin ve Hakikat Komisyonlarının Raporları:**
- Human Rights Watch, Bosnia: **Landmark Verdicts for Rape, Torture, and Sexual Enslavement** (2001). <http://www.hrw.org/news/2001/02/22/bosnia-landmark-verdicts-rape-torture-and-sexual-enslavement>. (e.t. 10.03.1014).
- Human Rights Watch. 2004, **Struggling to survive: Barriers to justice for rape victims in Rwanda**. Vol.16 No. 10(A) (2004). (e.t. 10.03.1014).
- Report of the Peruvian Truth and Reconciliation Commission** (Comisión de la Verdad y Reconciliación, CVR).<http://www.cverdad.org.pe/ingles/ifinal/index.php> (e.t. 13.03.2014).
- Report of the Chilean National Commission on Truth and Reconciliation** (*Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación/ Rettig Commission*). http://www.usip.org/sites/default/files/resources/collections/truth_commissions/Chile90-Report/Chile90-Report.pdf. (e.t. 12.03.2014).
- Report of From Madness to Hope: The 12-Year War in El Salvador:** Report of the Commission on the Truth for El Salvador, (*Comisión de la Verdad Para El Salvador, CVES*) <http://www.usip.org/sites/default/files/file/ElSalvador-Report.pdf>. (e.t. 12.03.2014).
- Sierra Leone Truth Commission, **Final Report: Witness to Truth**. <http://www.sieraleonetr.org>. (e.t. 13.03.2014).
- The World Bank, **Gender, Justice and Truth Commissions**, 2006. <http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/GJTClayoutrevised.pdf> (e.t. 15.04.2014).

Faydacı ve Tarihçi Hukuk Okulunun İnsan Hakları Eleştirileri

Birden GÜNGÖREN BULGAN*

ÖZET

Fransız devrimi sonrasında ortaya çıkan İnsan Hakları eleştirileri, tabii hukuk ve sözleşme gibi kavramlar etrafında yoğunlaşmaktadır. İngiltere’de liberaller içindeki ayrışma, Burke ve Paine’in Fransız Devrimine ilişkin aldıkları tavır ile ortaya çıkmaktadır. Bentham ise faydacı bir açıdan Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesini eleştirmektedir. Tarihçi hukuk okulu içerisinde Savigny tabii hakları, tarihi temeli olmayan haklar olarak sınıflandıracak ve hukukun kaynağı bu okul için her toplumun örf ve adeti olacaktır. Hegel ise Devrimin soyut özgürlük anlayışını eleştirecektir. Günümüz insan haklarının evrensellik ve kültürel görecelik tartışmalarının temelini oluşturan bu tartışmalar, bugün hala belli açılardan güncelliklerini koruyorlar.

Anahtar kelimeler: Faydacı okul; Tarihçi Hukuk Okulu; Burke; Paine; Bentham; Savigny; Hegel; İnsan Hakları; Kültürel Görecelik.

The Human Rights Critique of the Utilitarian and Historical Law School

ABSTRACT

After the French Revolution, the human rights critiques focused on the concepts of natural rights and contractual theory. In England after the Revolution, the debate between liberals, can be analysed through Burke and Paine. Bentham criticised the Declaration from a utilitarian perspective. As a member of the historical school, Savigny categorizes natural rights as ahistorical and states that the source of law is the customs of each society. Hegel criticises the formal understanding of freedom of the Revolution. These critiques constitute the fundamentals of the universalist and cultural relativist discussions today and show us how some problems are still relevant.

Keywords: Utilitarian School; Historical Law School; Burke; Paine; Bentham; Savigny; Hegel; human rights; cultural relativism.

* Yard. Doç. Dr. Galatasaray Üniversitesi Hukuku Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

Giriş

Günümüz insan hakları belgelerinde tabii hukuk okulunun kavramları kullanılmaktadır.¹ Tabii hukuk temelli insan hakları bildirgeleri Fransız devriminden sonra eleştirilmeye başlanmıştır. İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, İngiltere’de Edmund Burke (1729-1797) tarafından eleştirilmiş ve *Fransız Devrimi Üzerine Düşünceler* (Reflexions on Revolution in France) başlıklı eseri Avrupa’da hem devrim karşıtları hem de taraftarları tarafından büyük ilgiyle karşılanmıştır. Thomas Paine’in (1737-1809) *İnsan Hakları* (Rights of Man) başlıklı eseri Burke’e bir cevap niteliğindedir. İngiltere’de liberal gelenek içerisinde bir kırılmaya neden olan bu tartışma, aynı zamanda 1688 İngiliz Devriminin farklı yorumlarının tartışıldığı bir zemine dönüşmüştür.

Jeremy Bentham (1748-1832), Burke ve Paine arasında yaşanan polemğin içersine girmemiştir. Ancak o da faydacı gelenek içersinden tabii hakları, sözleşme teorisini ve İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesini eleştirmiştir. Bentham, Bildirge’nin maddelerini tek tek eleştirdiği yazısında insan haklarını anlamsız (nonsense) olarak nitelendirmekte ve Bildirge’yi Pandora’nın kutusuna benzetmektedir.²

Almanya’da İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’nin temel ilkelerinin özellikle tarihçi hukuk okulu tarafından eleştirildiğini görmekteyiz. Tarihçi hukuk okulu, tabii hakların toplumun içinde bulunduğu şartları ve etkileri göz önünde bulundurmadığı için kabul edilemeyeceğini savunmaktadır. Savigny’nin (1779-1861) bu çerçevede tabii hukuk okulunu “tarihçi olmayan hukuk okulu” olarak nitelendirdiğini görmekteyiz. Hegel’in (1770-1831) Fransız Devrimi eleştirisi biçimsel özgürlük anlayışı ve genel irade eleştirisi üzerine odaklanmaktadır. Buna bir de insan haklarına ilişkin “soyutluk” eleştirisi eklenmektedir.

Bentham, Savigny, Hegel ve hatta Maistre (1753-1831) hepsi devrimi soyut ilkeleri nedeniyle eleştirmişlerdir.³ Hala güncel tartışmaların konusu olan insan haklarına yönelik soyutluk eleştirisinin kaynağını faydacı ve tarihçi hukuk okulunda bulabiliriz. Günümüz insan haklarının evrensellik ve kültürel görecelik çatışmasının temelinde yatan faydacı ve tarihçi hukuk okulunun in-

¹ İnsan haklarının temeline ilişkin üç ana model vardır. 1) Tabii Hukukçu Yaklaşım, 2) Tarihselci Yaklaşım 3) Etik Yaklaşım. Modernitenin beş yüzyıldır icad edebildiği iki ana model ve bunlara eklenen melez model çok da tatmin edici bir kaynağa ulaşamamaktadır. (AKAL, 2004, s.242.)

² VILLEY, 1990, s.10.

³ BINOCHE; CLÉRO, 2007, s.127.

celenmesi henüz çözümlenememiş bazı sorunların temelini ne kadar geriye gittiğini görmek açısından yararlı olabilir.

1. Ampirik geleneğin içerisinde Burke ve Bentham

Binoche ve Cléro, *Bentham İnsan Haklarına Karşı* başlıklı eserlerinde, Fransız devrimine ilişkin eleştirileri sınıflandırırken Burke'ü geleneksel ampirizm temsilcisi; Bentham'ı ise faydacı ampirizm temsilcisi olarak sınıflandırır.⁴ Bentham'ın faydacı ampirizmine geçmeden önce Fransız devriminin İngiltere'deki etkisini ele almak istiyorsak bu konudaki farklı görüşleri ortaya koymak için Burke ve Paine arasındaki tartışmaya göz atmakta fayda olacaktır.

1.1. Burke'ün “Fransız Devrimi Üzerine Düşünceleri”

İrlanda'nın soylu bir ailesinden gelen Burke, Dublin Üniversitesi'nden mezun olduktan sonra siyasal hayata Whigslerle⁵ başlamış ve meclise girmiştir. Burke, Amerikan bağımsızlık savaşında bağımsızlık hareketini desteklemiş ve Avam kamarasının savaş karşısındaki tutumunu sert bir dille eleştirmiştir. 1778'de Fransa'ya giden Burke, Ansiklopedistler ve ekonomistlerle tanışmış ancak “yıkıcı sofistler” diye tanımladığı bu kişilere karşı yakınlık göstermemesine rağmen, Amerikan Bağımsızlık savaşı sırasındaki tutumu nedeniyle Fransız kültür çevrelerinde ilgi uyandırmıştır.⁶ 1789 devrimi sırasında devrimi destekleyen partisi içinde bir süre susan Burke, Fransız devriminin 1688 devrimi ile eş tutulmasına karşı çıkarak 1789 devrimine cephe alacaktır. Burke, *Fransız Devrimi Hakkında Düşünceler* adlı eserinde bir dev-

4 Binoche ve Cléro ampirik eleştiri dışında, Maistre'in kayracı (providentialiste) eleştirisini ve tarihselci eleştiriye ele almaktadırlar. Tarihselci eleştiri de üçe ayrılmaktadır, birincisi pozitivist tarihi eleştiridir. Bu eleştiri içinde hem Benjamin Constant'ın liberal eleştirisini, hem de Auguste Comte'un pozitivist eleştirisini bulmak mümkündür. İkincisi ise organik tarihi eleştiridir. Bu eleştiri iki yönden incelenmektedir; Savigny'nin çizgisel tarihi eleştirisi ve Hegel'in diyalektik eleştirisi. Üçüncüsü de Marx'ın tarihsel maddeci eleştirisidir (BINOCHÉ; CLÉRO, 2007, ss.168-183).

5 Toriesler aristokrasiyi ve büyük toprak sahiplerini, Whigsler ise daha çok kırsal kesimde küçük soyluları temsil etmekteydiler. 18. yüzyılda ise iş adamlarını ve tüccarları temsil etmişlerdir. Ancak başta parti niteliğini taşımayıp iki grup olan bu akımlar, 1832'den sonra birer parti olarak gelişecektir. Torieslerin yerini muhafazakârlar, Whigslerin yerini liberaller alır. Whigs ve Tories arasındaki ayrım “Glorius Revolution”un temelinde yatan dini bir çatışmadan doğduysa da daha sonra siyasi bir boyut kazanmıştır. Whigsler krala karşı parlamentonun haklarını savunmaktadırlar.

6 GÖZE, 2013, s.253.

rimin anarşiye neden olmaması gerektiğini söyler. Burke, Amerikan bağımsızlık hareketini, insanın soyut, tabii hakları, insanın özgür ve eşit doğduğu gibi metafizik değerler uğruna savunmamıştı. Burke'e göre İngiliz parlamentosu Amerikalılara vergi yükleyebilirdi ama asıl sorun bu değildi. Asıl sorun bu vergilendirmenin uygulanıp uygulanamayacağıydı. Burke, bir vergi eğer sayısız felaketi peşinden getiriyorsa bu vergi yararlı değildir ve uygulanabilecek bir düzenleme değildir.⁷ Kolonilerin istedikleri özgürlükler "İngiliz hak ve özgürlükleriydi" ve kolonilere karşı kuvvet kullanılması bu İngiliz özgürlüklerine karşıydı. Burke bu şekilde faydacı düşünce açısından Amerikan bağımsızlık hareketini savunmuştur.⁸ Fransız devriminde savunulan haklar ise Burke'e göre soyut ve metafizik karakterdedir.⁹

Burke, Fransız devriminin soyut ilkelerini eleştirmiştir ve bunların İngiltere için tehlikeli olacağını düşünmüştür.¹⁰ Fransız devrimi taraftarları eski rejimin gelişen yeni duruma cevap veremediğini ileri sürüyorlardı ve bunun için de eskiyi yıkıp yerine yeniyi kurmak istiyorlardı ama dayandıkları ilkeler soyut kavramlar olmakla eleştiriliyordu. Burke hukuku geleneklerin bir sonucu olarak görür ve Fransız devriminin İngiliz haklarını sağlayamayacağı eleştirisiyle Paine ile bir polemige girer.¹¹ Ancak Burke insan haklarına temelde karşı da değildi, İrlandalıların, Hinduların ve Amerikalıların haklarından bahseder ancak bu haklar için bir temel sağlanması ve birbirinden farkını da görmek gerektiği üzerinde durur.¹² Burke, "Gerçek insan haklarını teoride inkâr etmem; onları pratikte kısıtlamak bana göre değil. Onların yanlış hak iddialarını inkâr ederken gerçek haklara ve sözde hakların tamamen yok edeceği asıl hakları yok saymak istemiyorum. Eğer sivil toplum insan yararı içinse, insan yararına olan her şey insanın hakkıdır. Toplum bir fayda kurumudur ve yasa kendi halinde bir kurala göre işleyen tek faydadır" demektedir.¹³

1.2. Burke'ün Price ve Paine ile Polemiği

Paine ve Burke arasındaki polemik liberal gelenek içersinde bir tartışmaya yol açacaktır. 1791'de Burke *Yeni Whigslerden Eski Whigslere Çağrı*

⁷ GÖZE, 2013, s.254.

⁸ RAYNAUD, s.XV

⁹ BURKE, 1989, s.78.

¹⁰ GÖZE, 2013, s.255.

¹¹ MENKE; POLLMANN, 2007, s.44

¹² RAYNAUD, 1989, s.LVII.

¹³ BURKE, 2010, s.1149.

(Appeal from the new to the old whigs) adlı kitabı yayınlar. Başta Fransız devrimi İngiliz liberalleri arasında sempatiyle karşılanır çünkü Fransız Monarşisine “İngiliz Devrimi”nden beri tepki duymaktadırlar. Özellikle II. James’in Fransa’ya sığınması bu tepkiyi güçlendirmiştir. Fransız devrimindeki kurucu meclisle kral arasındaki çatışma, Fransız devrimini destekleyen Whigs taraftarları tarafından 1688’deki Parlamento ve I. James arasındaki çatışmaya benzetilmektedir. Burke, Fransız devriminin 1688 devrimi ile eş tutulmasına karşı çıkacaktır. Ona göre devrimin ilkelerini İngiltere’ye uygulamak anayasal düzenin ulusun iradesine bağlı olduğunu ve monarşiyi devam ettirmenin ulusun keyfine kaldığını söylemek olur.¹⁴ Oysa Burke’e göre İngiltere için kral, rejimde bir denge unsurudur.

Burke’ün *Fransız Devrimi Hakkında Düşünceler* başlıklı eserinin asıl amaçlarından birinin Richard Price’in yaptığı bir konuşmayı (4 Ekim 1789) eleştirmek olduğu söylenmektedir. 1688’in yıldönümü kutlamaları sırasında London Revolution Society’de (Constitutional Society gibi Fransız devrimi taraftarı bir topluluk) bir konuşma yapan Price, anayasada garanti altına alınan hakları, İngiliz hakları olduğu için değil, evrensel insan hakları doktrinine uygun olduğu için savunduğunu söyleyecektir. Price’a göre 1688 Devrimi, İngiliz halkına hükümet modelini seçme, hükümdarını belirleme ve görevden alma hakkı verdi.¹⁵ Burke, Haklar Bildirisine (Bill of Rights) (1689) dayanarak bu iddianın aksini kanıtlamaya çalışmaktadır. İngiliz monarşisinin diğer monarşilerden farklı olmadığını söyleyen Burke, bütün monarşilerin temelinde seçime benzer bir mekanizmanın bulunduğunu ama monarkların güncel meşruluklarının buna dayanmadığını söylemektedir. İngilizler için halefiyet yasalarının olmasının onların özgürlüklerini kısıtlamadığını aksine bir güvenlik garantisi olduklarını ileri sürer. III. William’ı tahta çağıran devrim, bir istisnadır.¹⁶ Burke’e göre çok özel bir konjonktüre bağlı bir gelişmedir.¹⁷ Bu istisnadan kamu hukukuna ilişkin ilkeler çıkarmak imkânsızdır. Özel bir durumda belli bir kişi için yapılan yasayı ilke olarak belirlemek tüm hukuk kurallarına aykırıdır. Burke, 1688 devrimini, yeni bir rejim kurma iradesi-

¹⁴ BURKE, 1989, s.19.

¹⁵ PRICE, 1789.

¹⁶ İngiltere Kralı II. James’in, bazı İngiltere ileri gelenlerinin daveti üzerine İngiltere’ye ordusu ve donanması ile çıkartma yapan Oranj-Nassau’lu William tarafından tahtından indirilmesi ve William’ın (III. William adıyla) İngiltere Krallığı, İrlanda Krallığı ve İskoçya Krallığı tahtlarına karısı II. Mary ile birlikte çıkmalarıdır.

¹⁷ BURKE, 1989, s.39.

nin ürünü olan, iradi bir eylem olarak görmemektedir. Bu devrimin, cumhuriyet ve restorasyon dönemi sırasındaki bölünmelerin sona ermesini ve İngiltere'nin doğal yapısına dönmesini sağladığını düşünmektedir. Ona göre parlamento geleneklerini korumak istemiştir. Burke'e göre Fransa'da kurucu meclis taraftarlarının politikasının en önemli özelliği, eşitlikçi ve bireyci soyutlamadan yola çıkarak, ulusta mevcut olan menfaatlerin temsilini organize edememesi ve bunu yapay birimlere ayırarak bölmesidir. Burke'e göre "Şanlı Devrim/Glorius Revolution" meşrudur çünkü geçmişle bağları koparmadığı gibi İngiliz tarihinin devamını sağlamaktadır. Geçmişe duyulan bu saygı İngiliz haklarının en iyi güvencesidir. Parlamento zaten eski olan bir geleneği devam ettirmekten başka bir şey yapmamaktadır. Burke'e göre İngiliz tarihinde en eski reform Magna Carta'dır.¹⁸

Liberal gelenek içersinde Burke ile böylelikle bir ayrışma başlar. Burke'ün Price ile başlayan polemîği Paine ile devam eder. Thomas Paine, 1774'de Amerika'ya giderek Amerikan ordusuna katılmıştır. Amerika'da kaleme aldığı "Common Sense" adlı eserin, Bağımsızlık Bildirgesine de katkıda bulunulduğu düşünülmektedir. Burke'ten farklı olarak Amerikan devriminden sonra Fransız devrimini de savunan Paine, 1792'de Calais eyaletinin onu Konvansiyon meclisine seçtiğini öğrenir. Bu da onun için zaten onu mahkûm etmeye karar vermiş bir hükümetin karşısına çıkmaktan daha önemli bir fırsat veriyordu. Derhal Calais'ye gider ve orada halk tarafından büyük bir coşkuyla karşılanır.

Paine, *İnsan Hakları* adlı eserinin önsözünde Burke'ün Amerikan devrimine ilişkin tutumu nedeniyle ona yakınlık duyduğunu ama Fransız devrimine ilişkin tutumuyla ondan ayrıldığını belirtmektedir. Burke'ün *Fransız Devrimi Üzerine Düşünceler* adlı eseri Paine'in dönüşünü müteakiben 1790'da çıkar. Üç aya varmadan Paine'in *İnsan Hakları* eserinin birinci bölümü yayınlanır. Burke'ün Amerikan devrimini savunmasına karşın Fransız devrimi konusunda eleştirel bir tutum alması Paine'in *İnsan Hakları*'nda eleştirilir.¹⁹ 1790 yıllarının başında Burke, Avam Kamarasında Fransız devriminin ilkelelerini şiddetle eleştirmiştir. Paine'in eseri Burke'e cevap niteliğindedir. Paine, eserinde Burke'ü sert bir şekilde eleştirmektedir. Özellikle Burke'ün eserine Paine'in *İnsan Hakları*'nın tek güçlü cevap olduğu söylenmektedir. Eser hü-

¹⁸ BURKE, 1989, s.40

¹⁹ İnsan Hakları projesi Amerikan ve Fransız devriminin fikirlerini birleştirmek ve bu fikirleri yaymaktı. Paine için bu amaçlar aynı hedefin ürünüydüler buna karşın Burke için her iki devrim uzlaşmazdı (HITCHENS, 2006, s.19).

kümet tarafından mahkûm edilir. Ancak Paine'in taraftarları da vardı. Özellikle bazı ezici vergilerin kaldırılması ve önemli planlarının uygulanması için Paine'e destek veriyorlardı.

Paine, insanın insan üzerinde mülkiyeti olmadığı gibi hiçbir neslin de gelecek kuşaklar üzerinde tasarruf hakkı yoktur, demektedir.²⁰ Eski sistem irsi, yenisi ise tamamıyla temsildir.²¹ Burke'e göre 1688 Devriminin amacı Stuart hâkimiyetine karşı tarihi ve doğal bir denge oluşturmaktır. İngiliz parlamentosu zorunluluk yasasına uymak dışında bir şey yapmadı. Paine'e göre ise aksine Parlamento halkın iradesinin temsilcisi gibi davranarak var olan düzeni yıkmıştır. Paine, "Ben yaşayanların hakları için mücadele ediyorum (...), Mr. Burke ise ölülerin yaşayanların hakları ve hürriyetleri üzerinde yetki sahibi olduklarını iddia ediyor", demektedir.²² Paine'e göre irade, geleneğin üzerindedir. Paine, Burke'ü özellikle irsi monarşiden yana olması ve gelenekselliği nedeniyle eleştirecektir. Paine'e göre temsili rejim yeteneklerin ortaya çıkabildiği sistemdir. Paine, İngiliz anayasasının Burke'ün söylediği erdemlere sahip olmadığını belirtecektir. Ona göre kökeni, irrasyonelliğe dayanır ve çoğu yeri birbiriyle uyumsuzdur. Paine'e göre Burke'ün devrime karşı geleneği savunması, var olan düzene bağlılığını göstermektedir. Paine, Burke'ü Fransız Devrimini anlamamakla suçlayacaktır.²³ Paine'e göre Fransa'da devrim bir anda ortaya çıkmamıştır, bir zihniyet inkılâbıdır. Ona göre devrim 16. Louis'e karşı değil, zorba ve despot hükümet ilkelerine karşı gerçekleştirmiştir.²⁴ İsyân hükümdarın şahsına değil, mutlak hükümdarlığın yerleşmiş zorbalığına karşıdır. Fransız örneğinde başından beri kişiler ve ilkelerin birbirinden ayırt edildiğini söylemektedir. (ör: İnsanların eşitliği fikri, medeni hakların kaynağı olarak tabii haklar, hükümet şekli değiştirme hakkının millete ait olması vs.). Paine, Burke'ün kişiler ile ilkeler arasındaki farka pek dikkat etmediğini söylemektedir. Oysa Paine, İngiltere'de II. James isyanının kişisel zorbalıklara yönelik olduğunu söylemektedir.²⁵

Paine, Anayasa'nın hükümetten önce olduğunu, hükümetin sadece

²⁰ PAINE, 1998, s.13; 208.

²¹ PAINE, 1998, s.208.

²² PAINE, 1998, s.14.

²³ PAINE, 1998, s.96.

²⁴ PAINE, 1998, s.21.

²⁵ PAINE, 1998, s.22.

anayasanın vücuda getirdiği bir şey olduğunu söylemektedir.²⁶ Bir ülkenin Anayasa'sının hükümetin tasarrufu değil, tersine hükümeti kuran halkın tasarrufu olduğunu belirtmektedir.²⁷ Paine, İngiltere'nin Fransa için yazılı anayasası olmadığı için bir örnek teşkil edemeyeceğini söylemektedir.²⁸ Yazılı anayasa olmamasını da keyfiliğe, eşitsizliklere ve temsil sistemindeki adaletsizliklere neden olarak göstermektedir. Paine, İngiltere'nin Fransız Devrimi'ni örnek alması gerektiğini söylemektedir.²⁹ Paine, Fransız Anayasasını inceleyerek, vergi verme koşullarındaki objektifliği, asalet unvanlarının kaldırılması, gibi örnekleri sıralar. İngiliz ve Fransız hükümetlerini karşılaştırır. Fransa'da kuvvetler ayrılığı ile yasama ve yürütmenin ayrıldığını ve Fransa'da milletin hakkı olarak görülenin, İngiltere'de hükümdarın bir lütfu gibi görüldüğünü söylemektedir. Vergi politikalarını eleştiren Paine, yoksullardan alınan verginin kaldırılması gerektiğini düşünür.³⁰ Paine, *İnsan Hakları* kitabının ikinci bölümünün önsözünde Burke'ün *Appeal from the new to the old Whigs* (Yeni Whigslerden Eski Whiglere Çağrı) başlıklı eserini de eleştirmektedir.

İktidar ve özgürlük arasında denge kurmaya çalışan düşünürler arasında liberalizmin iki zıt eğilimi görmektedir; biri gelenekçi diğeri ilerlemeci. Whigslerin³¹ tamamı Burke'ün yaptığı çağrışı (Appeal from the new to the old whigs) dikkate almadı. Bir kısmı Bentham gibi doğrudan Paine-Burke polemğine girmede.³² Burke tutucu bir faydacı olarak nitelendirilmektedir.³³ Bentham, Burke'e karşı Paine'de bazı argümanlar bulur. Ancak Bentham için canlıların haklarını korumak ebedi hakları korumak değildir. Esas olan toplumun faydasını korumaktır.³⁴ Bentham'ı Paine'e karşı Burke ile buluşturan ise Hume ampirizmidir.³⁵

26 PAINE, 1998, s.60.

27 PAINE, 1998, s.61.

28 PAINE, 1998, s.61.

29 PAINE, 1998, s.67.

30 PAINE, 1998, s.312

31 "Whigslerin Charles J. Fox Charles Grey'in öncülüğünü yaptığı bir kısmı reformcu bir çizgi içindeydi, Portland dükünün başını çektiği bir grup da Fransız devrimi karşısında yer alıyordu." (SCHOFIELD, 2011, s.2.)

32 SCHOFIELD, 2014.

33 STANLIS, 2009, s.29.

34 BINOCHE, CLÉRO, 2007, s.144.

35 BINOCHE, CLÉRO, 2007, s.144.

Burke hukukun geleneklerin bir ürünü olarak görmektedir. Bu nedenle tabii hukuk ve Rousseaucu sözleşmecî teoriyi eleştirmektedir.³⁶ Paine'in İngiltere'nin bir haklar bildirgesinden yoksun olduğunu söyleyen Bentham, bu çerçevede Burke'e daha yakın durmaktadır.³⁷ Paine'in İngiltere'nin bir Anayasaya sahip olduğunu inkâr ettiğini söyleyen Bentham, Paine'in tam olarak bunu nasıl ifade ettiğini hatırlamıyorum, hatırlanmaya değer olup olmadığını da hatırlamıyorum diyecektir.³⁸ Ancak Bentham'ın Paine ile de hemfikir olduğu noktalar vardır. Bentham da her neslin özgürce hareket etmesi gerektiğini savunmaktaydı.³⁹ Bentham 1793'te ulusal meclise kolonilerle ilgili bir uyarı yazısı kaleme almıştır. Ancak Amerikan Bağımsızlık Bildirgesini eleştirdiği *Bildirge Üzerine Kısa Açıklama* (Short Review on Declaration) başlıklı yazısında bağımsızlığı sağlamanın bildirgeyi ilan etmek kadar kolay olmayacağı konusunda uyarın Bentham, kolonilerin tutumunu eleştirmektedir.

Kolonileri bağımsızlaştırma önerisi getirdiği "Emancipate your Colonies!" yazısında özellikle insan hakları açısından kolonilerdeki durumu ortaya koymaktadır. Kolonilere gönderilen generallerin, koloniler ve Fransa arasında eşit bir ilişki kurmadığını söylemektedir.⁴⁰ Bunun da devrimin prensipleriyle uyuşmadığını belirten Bentham, "Avrupa'da demokrat, Amerika'da aristokratsınız" diyerek ulusal meclisi eleştirecektir.⁴¹ Sömürge karşıtı tavrı bazıları tarafından ikircikli görünse de genel olarak sömürgecilığe karşı olduğu söylenebilir.⁴² Bentham, Fransız devrimini başta coşkuyla karşıladıysa da, terör dönemi onu korkutmuş ve hayal kırıklığına uğratmıştır. Bu nedenle Bentham'ın daha sonraları Burke'e daha yakın durduğu söylenebilir.⁴³ Amerika'dan sonra Fransa'da yayılmaya başlayan insan hakları düşüncesi Burke ve Bentham tarafından eleştirilmiştir.⁴⁴ Ancak Bentham, Burke'den farklı olarak 1808'den itibaren James Mill'in de etkisiyle faydacı prensip üzerine temellenen parlamenter demokrasi savunusu yapmaya başlamıştır.⁴⁵

36 REHBERG, 1998, s.64.

37 BINOCHE, CLÉRO, 2007, s.148.

38 BENTHAM, 1839, s.520.

39 SCHOFIELD, 2004, s.398.

40 BOWRING, MDCCCXLI, s.407.

41 BENTHAM, 1793, (<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k369909>)(5.8.2014)

42 SCHOFIELD, 2006, s.60.

43 AUDARD, 1999, s.269.

44 HALÉVY, 1901, s.257.

45 AUDARD, 1999, s.269.

2. Faydacı geleneğin temsilcisi olarak Bentham

Faydacı gelenek, ilahi iradenin kararlarını ödev olarak benimseme alışkanlığını reddetmiştir. Bu gelenek ödev ve menfaati uzlaştırmaya, bireysel mutluluğu temel almaya çalışmıştır. Hatta Bernard Mandeville (*Fable des Abeilles*, 1714) ve Adam Smith (*Wealth of Nations*, 1776) gibi düşünürler, bireysel mutluluğu toplumsal mutluluğun kaynağı olarak göstermişlerdir.⁴⁶ İyimser bir okul olan faydacılık, ahlakın temeli olarak fayda ya da “en büyük mutluluk” ilkesini kabul etmiş ve mutluluğu arttırdığı sürece hareketlerin ahlaken doğru, mutluluğu azalttığı ölçüde yanlış olduğunu kabul etmiştir. Tüm rasyonel ve menfaatini düşünen varlıklar tarafından benimsenebilecek bir ahlak bilimini hedeflemişlerdir. Bentham, “Herkesin eşit olduğu bir ortamda, en büyük sayı için en büyük mutluluk” ilkesini⁴⁷ ortaya atmıştır.⁴⁸ Bu faydacılığın normatif ilkesi olarak kabul edilmekte ve yasa koyucuya yol göstermektedir. Faydacılığın bir diğer önemli ilkesi olan bireysel fayda ilkesi (self-prefence), herkesin kendi faydasını maksimize etmesine yöneliktir.⁴⁹ Ancak Bentham’a göre kamu yararını dışlamak zorunda değildir. Bir diğer ilke de çıkar ve ödevleri belirleme ilkesidir (interest and duty junction principle). Bu çıkar ve ödevler, yöneticinin de göz önünde bulundurması gereken ilkelere. Buna göre yasa koyucu, temel insan motivasyonları olan zevk ve acıyı temel almaktadır.⁵⁰

18. Yüzyılda Avrupa ve Amerika’da hukuk, tabii hukuk öğretisinin etkisi altında şekillenmekteydi. İnsan Yurttaş Hakları Bildirisi, Amerika Birleşik Devletleri Bağımsızlık Bildirgesi tabii haklar çerçevesinde düzenlenmiştir. İngiltere’de ise tabii hukuk diğer ülkelere göre daha az taraftar bulabilmiştir.⁵¹ Bentham, faydacı okulun önemli bir temsilcisi olarak tabii ve zamanaşımına uğramaz hakları reddeder ve tabii yasayı faydacılık ilkesiyle değiştirmek istemektedir. Bentham’da faydacılık insan hakları teorisinin karşıtı olarak

46 MILL, 1964, s.8.

47 Bu ilkede Bentham Beccaria’dan esinlenmiştir.

48 MILL, 1964, s.11.

49 OST, 1987, s.166.

50 Bentham, Spinoza gibi Hobbes’tan farklı olarak yönetici gücün sınırlandırılması gerektiğini düşünüyordu. Ancak bu sınırlandırmayı Spinoza’dan farklı bir yol izleyerek yapmaktadır. Bentham’da özgürlükler egemenin iradesi doğrultusunda çoğunluk adına sınırlandırılabilir. Sánchez, Bentham Spinoza’yı okusaydı faydacılığın hatta demokrasi teorisinin de farklı bir yol izleyebileceğini düşünmektedir (SÁNCHEZ, 2014).

51 GÜRİZ, 1963, s.63.

kendini ifade eder.⁵² Bentham, hakların pozitif hukuk tarafından belirlenmedikçe ve hükümetler tarafından korunmadıkça bir geçerliliği olmadığını düşünmektedir.⁵³ Hukukçu olan Bentham, kodifikasyon alanında önemli çalışmalar yapmış ve özellikle ceza hukuku alanında *Panopticon* isimli projesiyle ünlenmiştir.

Yasal haklar Bentham tarafından “gerçek haklar” olarak nitelendirilirken, tabii haklar “hayali haklar” olarak nitelendirilmektedir.⁵⁴ Bentham hakların ahlaki olarak temellendirilmesini de eleştirmektedir.⁵⁵ Bentham’a göre hukuku bilimsel temellerde ele alabilmek için ahlaktan bağımsızlaştırmak gerek.⁵⁶ Tabii hukuk okulunun sözleşme fikrini *Hükümet Üzerine (Fragment on Government, 1776)* başlıklı eserinde eleştirmektedir. Bentham, hukukun bilimsel temeller üzerine oturması gerektiği düşüncesini, David Hume’dan devralmıştır.⁵⁷ Hume’un da etkisi olduğu düşünülen sözleşme eleştirisi Bentham’da daha da pekişmektedir. Bentham’a göre yasalara faydaları yüzünden uyuyoruz; yoksa yöneten ve yönetilen arasındaki farazi bir sözleşme yüzünden değil. Bentham’ın İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’ni eleştirisini ele almadan önce sözleşme ve tabii haklar eleştirisine değinmekte fayda olacaktır.

2.1. Bentham’ın Sosyal Sözleşme Eleştirisi

Bentham sosyal sözleşmeyi zararlı bir kurgu olarak eleştirmektedir ve Hume’un sosyal sözleşme teorisi eleştirisine katılmaktadır.⁵⁸ Bentham eleştirilerini, sosyal sözleşme teorisinin ana eksenini oluşturan temel ahlaki önermeyi hedef alarak şekillendirmiştir; *pacta sunt servanda*.⁵⁹ Ona göre bir sözün geçerli olup olmadığına karar verilebilmesi için, neyin bu sözü geçerli kıldığına ya da neyin eksik oluşunun onu geçersiz kıldığına bakmamız gerekir. Bentham’a göre verilen sözün beraberinde getirdiği yükümlülük, sözün kendisinden değil, sözün geçerliliğini belirleyen şartlardan doğmaktadır.⁶⁰

52 TUSSEAU, 2002, s.409.

53 BEDAU, 2000, s.279.

54 HARRISON, 1983, s.80.

55 Lyons bunu “the moral rights exclusion thesis” olarak nitelendirmektedir. (LYONS, 1984, s.114.)

56 ÖZKURT, 2013, s.114.

57 ÖZKURT, 2013, s.92.

58 KRAMER-MC INNIS, 2008, s.142.

59 ÖZKURT, 2013, s.102.

60 ÖZKURT, 2013, s.104.

Bentham genel olarak sözleşme taraftarlarını eleştirmektedir. *Yasama'nın İlkeleri*'nde (Theory of Legislation), Hobbes, Locke ve Rousseau'nun teorileri için: “Doğrudan doğruya (birbirinin) bayağı zıddı olan bu üç sistemde ortak olan şey, bütün siyasal teorilerine kurmaca aracılığıyla başlamalarıdır; çünkü bu üç sözleşme de kurgusaldır. Yalnızca yazarlarının hayal güçlerinde varolurlar.”⁶¹ Bentham, Hobbes'un sözleşme teorisinin eleştirisiyle devam eder: “*Hobbes'un ki bariz bir yalandır. Despotluk her yerde şiddet ve yanlış dini düşünceler sonucudur. Bir kamusal fiille yüksek otoriteyi şeflerine teslim etmiş bir halk varolsa da; bu halkın, kendini egemenin bütün gaddar veya garip isteklerine boyun eğerek ifade ettiği doğru değildir.*”⁶²

Rousseau'nun toplum sözleşmesini de şu sözlerle eleştirmektedir: “*Rousseau'nun Toplum Sözleşmesi sert bir şekilde değerlendirilmemiştir, çünkü bu sistemin mantığında insanlar zor durumda değildir. Sistem (insanların) en çok sevdikleri şeyi, eşitliği ve özgürlüğü yerleştirir. Ama bu evrensel konvansiyon nerede oluşturuldu? Niye her zaman bilinmez (kaldı)? Ormanlardan çıkarken ve vahşi hayattan vazgeçerken mi, (insanlar) üzerinde bu ilkel konvansiyonun toplanmasının sağlandığı siyasal, ahlaki büyük düşüncelere sahiptiler?*”⁶³

Bentham'a Locke'un sözleşmesi de kurmacadır. “*Bu sözleşmenin özü, ilgili tarafların serbest rızalarıdır. Taahhüdün bütün konularının özgül ve biliniyor olduğunu varsayar. Oysa, eğer prens (tahta) çıkışında kabul veya reddetmede özgür olsa da, halk öyle midir? Bazı belli belirsiz alkışlar evrensel veya bireysel bir razı olma fiili midir? Bu sözleşme, bunun hiç konuşulduğunu duymayan, onu teyit etmeye çağrılmamış, hayatlarını ve servetlerini ortaya koymaksızın rıza vermeyi reddedemeyecek birey çokluğunu (birbirine) bağlayabilir mi? –Kaldı ki, monarşilerin büyük çoğunluğunda, bu sözde sözleşme bu zayıf gerçeklik görüntüsüne bile sahip değildir. Egemenlerle halklar arasında bir taahhüdün gölgesine denk gelinmez. İnsan türünün saadetini bir kurmacaya bağımlı kılmak gerekmez. Olduğu yere yığılacak bir kum temeli veya kilin üzerinde sosyal piramidi yükseltmek gerekmez.*”⁶⁴

Bentham hükümete, ne emniyet, ne aile, ne mülkiyet ne de sanayi olur demektedir. Bentham'a göre bitmeyen münakaşaların doğmasına hizmet edecek sözde sözleşmelere başvurmaksızın, hükümetlerin haklarını ve yü-

61 BENTHAM, 2011, s.92.

62 BENTHAM, 2011, s.92.

63 BENTHAM, 2011, s.92.

64 BENTHAM, 2011, s.93.

kümlülüklerini göz önünde bulundurarak sağlam bir biçimde muhakeme yapılabilir.⁶⁵ Eskiden hoş görülecek kurguların artık sahtekârlık sayılmaları gerektiğini söyleyen Bentham, insanların sözleşmeyle bağlı kalmaları gerektiği fikrini kişilerin nedenini bilmeden veya araştırmadan evrensel olarak kabul etmek zorunda oldukları bir önerme olarak göstermektedir.

2.2. Bentham'ın İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesini Eleştirisi

Bentham, başta Fransız devrimini desteklediyse de sonrasındaki terör ortamı onun devrimden uzaklaşmasına sebebiyet vermiştir. 1792'de Fransız vatandaşlığını kazanır. Fransız Meclisinin (états généraux) oluşumu üzerine yazdığı yazı ve Mirabeau'ya mektupları dışında özellikle İnsan ve Yurttaş Haklarını eleştirdiği metin, Bildirge hakkındaki görüşlerini özetlemektedir. Mirabeau'ya mektubunda İngiliz ve Fransız sistemlerini karşılaştırmaktadır. İngiltere'nin basın özgürlüğü, yürütmenin keyfiliği gibi sorunları çözmüş olduğunu söylemektedir.⁶⁶ Mirabeau'nun yanı sıra Bentham'ın Talleyrand ile de yakın bir ilişkisi olduğu bilinmektedir. Brissot'ya yazdığı bir mektupta Bildirge'yi metafizik öğeler taşıması nedeniyle eleştirmektedir. Amerikan Başkanı James Madison ile yazışmalarında ise Amerika'daki yasama faaliyetlerine katkıda bulunmaya çalıştığı gözlemlenmektedir.⁶⁷ Bentham, Amerika yanında Fransa'daki yasama faaliyetleri için de somut öneriler getirmektedir. Hem yargı hem de meclisin (états généraux) yeniden yapılandırılması⁶⁸ için getirdiği önerilerin çok ayrıntılı bir incelemenin sonucu olduğu görülebilmektedir.

1790'da Fransa'da yargı ile ilgili yapılabilecek düzenlemelere ilişkin İngiliz yargı sistemiyle ilgili bilgiler de verdiği "Drought of a code for the organisation of the judicial Establishment in France (Fransa'daki Yargı Kurumunun Organizasyonu Hakkında Yasa Taslağı)"ı kaleme alır.⁶⁹ "Jeremy Bentham to his fellow-citizens in France on Houses of Peers and Senates (Bentham'ın Fransız Vatandaşlarına Soylular Meclisi ve Senato Önerisi)" başlıklı yazısını Lafayette'in Fransa bir soylular meclisinin gerekli olup olmadığı sorusu üze-

⁶⁵ BENTHAM, 2011, s.94.

⁶⁶ BURNS, J.H. Burns,1966, s.98.

⁶⁷ BOWRING, MDCCCXLIII, s.535.

⁶⁸ Bentham'ın meclisin oluşumuna ilişkin yazısında herkese eşit oy hakkı verilmesinden ve kadınlara da oy hakkı tanınmasından yanaydı (SCHOFIELD, 2004, s.388.)

⁶⁹ BOWRING, MDCCCXLIII, s.287.

rine kaleme aldığını belirtir.⁷⁰ Yazının sonuç bölümünde anarşi ve demokrasi arasında kurduğu ilişkiyi yine Fransız devrimi üzerine yazdığı “Nonsense upon stilts”de dile getirecektir.

Bentham, bildirge üzerine görüşlerini *Observation on Thoughts of Declaration of Rights* (Haklar Bildirgesi üzerine Düşüncelerin İncelenmesi) adlı yarım kalan yazısını daha sonra 1795 yılında *Nonsense upon stilts or Pandora's box opened or the French Declaration of rights prefixed to the Constitution of 1791 laid open and exposed- with a comparative sketch of what has been done on the same subject in the Constitution of 1795, and a sample of citizen Sieyès*⁷¹ derlemesi ile tamamlamıştır.⁷² Bu yazılar İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi (1791), İnsan ve Yurttaş Hak ve Ödevler Bildirgesi (1795) ve Sieyès tarafından önerilen Hak Bildirgesi üzerine İnceleme'dir (Observations on parts of the declaration of rights, as proposed by Sieyès). Bentham'ın eleştirilerinde temel aldığı Bildirge 1789'dan sonra çok az değişiklik geçirmiş olan ve 1791 Anayasası'nın önsözü olarak yayınlanan 1791 Bildirgesi'dir. Bu derleme uzun zaman yayıncısı Dumont'un verdiği *Anarchical Fallacies*⁷³ (Anarşik Yanılgılar) adıyla tanınmıştır. Bentham'ın *Anarchical Fallacies*'te yer alan Sieyès ile ilgili yazısında, Sieyès'i de her şeyi bildiğini iddia ederek, aslında hiçbir şey bilmemekle suçlamaktadır.⁷⁴ Sieyès'in Bildirge için önerdiği ilk üç maddeyi de eleştirmektedir. Özellikle üçüncü maddenin köleliğe

⁷⁰ BOWRING, MDCCCXLIII, s.420.

⁷¹ “L'absurdité des échasses ou la boîte de Pandore ouverte ou la déclaration française des droits en préambule de la constitution de 1791 soumise à la critique et à l'exposition avec une ébauche comparative de ce qui été fait sur le même sujet dans la constitution de 1795, et un échantillon du citoyen Sièyes. Le droit enfant de la loi” Bu üst başlık altında Bentham'ın dört farklı yazısı yayınlanmıştır. 1) Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1791); 2) Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen (1795); 3) Observations sur la déclaration des droits proposés par le citoyen Sièyes; 4) Sur l'usage et l'abus du mot droit.) BINOCHE, CLÉRO, 2007, s.1.

⁷² SCHOFIELD, 2006, s.14.

⁷³ Siyasi Yanılgılar İncelemesi'nde (Handbook of political fallacies) Bentham, anarşik olarak nitelendirdiği yanılgıların hükümeti ortadan kaldırmayı amaçladıklarını ve bu yanılgıların Fransız İnsan Hakları Bildirgesinde de yer aldığını söylemektedir. Bentham, fallacies'i “Handbook of political fallacies”te hayal kırıklığına uğratan şey olarak nitelendiriyor: “By the name of fallacy it is common to designate any argument employed or topic suggested for the purpose, or with the probability of producing the effect of deception, or of causing some erroneous opinion to be entertained by any person to whose mind such an argument may have been presented” (LARRABEE, 1971, s.3)

⁷⁴ BENTHAM, 1839, s.530.

karşı kaleme alınmış olmasına karşın Sieyès'in bu maddenin tüm sonuçlarını öngöremediğini yazmaktadır.⁷⁵ Dumont⁷⁶ "Nonsense upon stils"i Fransızca yayınlanan *Yasamanın İlkeleri*'nin (Traité de législation civile et pénale) başına koymayı Sieyès'i kızdırma korkusuyla reddeder.⁷⁷ Bunu daha sonra Revue anti-jacobine'de yayınlamak istediği söylenmekte ancak burada da basılmadığı görülmektedir.⁷⁸

Fransız devrimini eleştirmeden önce Bentham, Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi'ni de tabii haklar açısından eleştirmiştir.⁷⁹ Bentham'ın insan hakları kavramı "Nonsense upon stils" ile belki de bütün insan hakları eleştirilerinde en çok atıf yapılanıdır.⁸⁰ Bentham Bildirge'de dört problem tespit eder: 1) Anarşi üretmeye meyilli olması 2) soyut ve çelişkili önermeler içermesi 3) şiddete yönelmesi 4) dildeki gramer hataları.⁸¹ Bentham tabii hakların dilinin demistifiye etmeye çalışır.⁸² Özellikle 1791 ve 1795 anayasalarının başına iliştirilen Bildirgelerdeki soyutluklara dikkat çekmektedir. Bentham madde madde eleştirdiği İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin kısmen bir anarşi kodifikasyonu olduğunu savunmaktadır.⁸³ Burns, Fransız devriminin Benthamcılığın ortaya çıkmasında etkili olduğunu söyler.⁸⁴

2.2.1. 1791 ve 1795 Bildirgelerinin Karşılaştırılması

1791 ve 1795 Bildirgelerini karşılaştıran Bentham, ikincisinin temel olarak birincisinden farksız olduğunu söyleyecektir. Bentham öncelikle Bildirge'nin başlığını eleştirir. Ona göre Fransız yasa koyucu ancak Fransızların haklarını dile getirebilir. Oysaki açıklanan İnsan ve Yurttaş haklarıdır. Yurttaşan anlaşılan siyasi bir bütüne dahil olmuş kişilerdir. Fakat insan kavramı ayrıca kullanıldığına göre yurttaşan farklı bir anlamı olmalıdır. Henüz siyasi

⁷⁵ BENTHAM, 1839, s.531.

⁷⁶ Mirabeau'nun sekreteri olan Dumont, Bentham ve kurucu meclis arasında aracılık yapmıştır.

⁷⁷ BINOCHÉ, CLÉRO, 2007, s.12.

⁷⁸ BINOCHÉ, CLÉRO, 2007, s.12.

⁷⁹ HART (Ed.), 1982, s.80.

⁸⁰ MORRIS, 2001, s.70.

⁸¹ SCHOFIELD, 2003, s.12.

⁸² SCHOFIELD, 2003, s.20.

⁸³ BINOCHÉ, CLÉRO, 2007, s.10.

⁸⁴ BURNS, 1966, s.114.

bir bütüne ait olmayanlar, tabii halde yaşayanlar, böyle bir Bildirge'nin yapıldığından bile haberi olmayanlar...⁸⁵

Bentham, öncelikle insan ve yurttaş arasında yapılan ayrımı eleştirmekle başladığı bu metinde, Bildirge'de insan hakları derken toplumu önceleyen haklardan mı bahsedilmelidir sorusunu sorar. Bentham, 1791 Bildirgesi'ne göre 1795 Bildirgesi'nde eşitliğin özgürlüğe göre çok daha fazla ön plana çıktığını belirtmektedir.⁸⁶ Özellikle Bentham'ın alaycı üslubuyla eleştirdiği 3. maddede⁸⁷ bireylerin doğuştan bir ayrıma tabii tutulmaması (*distinction de naissance*) öngörülmüştür. Bentham, tüm Fransızlar aynı anneden mi doğmuştur ki maddede böyle bir ifade kullanılmaktadır diye sorar ve Montmorency ailesinin Capet dönemine kadar uzandığı gerçeğinin ortadan kalkmayacağını söyler. Aslında Bentham, Bildirge'de neyin ifade edilmek istediğinin farkında olmakla birlikte ifade ediliş biçimini eleştirmek istemektedir.⁸⁸ İnsan ve Yurttaş Hak ve Ödevleri Bildirgesinin güvenliği düzenleyen⁸⁹ dördüncü maddesini Molière'in Hastalık Hastası (*Le malade imaginaire*) eserinden çıkmış gibi nitelendiren Bentham, özellikle ödevler kısmını da retorik açıdan yine Molière'in Kibarlık Budalası'ndaki (*Le Bourgeois Gentilhomme*) Monsieur Jourdain'in retoriğine benzetir.⁹⁰

Bentham, ödevlerle ilgili olarak ikinci maddenin İncil'deki "başkalarına kendine davranılmasını istediğin gibi davran" önermesinden kaynaklandığını söylemektedir.⁹¹ Ödevler Bildirgesine ilişkin olarak Bentham, tüm hükümetlerin ve ülkelerin amacının asosyal duyguları yok etmek iken Fransa'nın bunları körüklediğini söylemektedir.⁹² Anakreon'un⁹³ yazmaya başladığımda her şey sevgiye dönüşmekte sözüne atıf yapan Bentham, Fransız yasa koyucularının da neye dokunurlarsa anarşiye dönüşmekte olduğunu söylemektedir.⁹⁴ Hatta bir Fransız için bir yasa ve trajedi arasında fark yoktur diyecektir. Tüm

85 BENTHAM, 1839, s.525.

86 BENTHAM, 1839, s.525.

87 "L'égalité consiste en ce que la loi est la même pour tous, soit qu'elle punisse. L'égalité n'admet aucune distinction de naissance, aucune hérédité de pouvoirs"

88 BENTHAM, 1839, s.526.

89 BENTHAM, 1839, s.526.

90 BENTHAM, 1839, s.527.

91 BENTHAM, 1839, s.527.

92 BENTHAM, 1839, s.528.

93 Teoslu (Sığacık) şair (M.Ö. 582-485).

94 BENTHAM, 1839, s.529.

yasalar bir trajediyle biter ve tüm yasaların bir trajedi etkisi yaratması gerekir diyecektir.⁹⁵

2.2.2. Tabii Haklar Eleştirisi

Bentham'ın tabii haklara ilişkin görüşlerini *Anarchical Fallacies* olarak adlandırılan derlemenin 1791 Anayasasının önsözünü temel aldığı Bildirge'ye ilişkin yazısında bulabiliriz.⁹⁶ Bentham tabii haklar teorisinin faydacılık ile bağdaşmadığını düşünüyordu. Retorik bir anlamsızlık olarak nitelendirdiği tabii hakların varlığına karşı çıkar. Yasaya uyma nedenimiz faydadır ya da uymanın getireceği yaptırımlardır, bir takım gizemli tabii yasalara göre doğru olmaları değil diyecektir.

Bildirgenin ikinci maddesine göre: “her siyasi örgütlenmenin amacı insanın doğal ve zamanaşımına uğramayan haklarının korunmasıdır. Bu haklar özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve baskıya karşı direnmedir”. Bentham'a göre bu maddede düşünceler o kadar karışık ki bir anlam bulmak çok zordur. Bu maddeden çıkarılabilecek önermeler: 1) Hükümetin kurulmasından önce var olan bir takım haklar: tabii haklardan anlaşılabilir tek şey budur 2) Bu haklar hükümet tarafından ortadan kaldırılamazlar. Zamanaşımına uğramamanın tek açıklaması bu olabilir. 3) Mevcut hükümetler sözleşmeden kaynaklanmaktadır: Buna göre bir sözleşmeyle girilen topluluklar, üyeleri belli bir günde, yeni bir hükümet kurma amacı doğrultusunda oluşurlar.⁹⁷

Bentham bu üç önermeyi de inceler: 1) Birinci önermeyi tamamen yanlış bulmaktadır. Gerçek olan tabii hak diye bir şey olmadığını, hükümetin kuruluşundan önce bir hak olmayacağını söylemektedir. Hükümeteşiz yaşayan topluluklar olduğunu söyleyen Bentham, bu toplulukların alışkanlıklarını da bildiğimizi söylemektedir.⁹⁸ Bunların şef ve kanunları olmadığını ama kanunların olmamasının mülkiyet ve yasal güven yokluğuna yol açacağını belirtmektedir. Bu ifadeler Bentham'ın faydacılığının ve hukuki pozitivizmin en karakteristik ifadelerinden biridir.⁹⁹

Bentham'a göre tabii halde hukuk yoktur, özgürlük de herhangi bir hükümet tarafından sınırlanmamışsa garanti altında değildir. Avrupalıların

⁹⁵ BENTHAM, 1839, s.529.

⁹⁶ ÖZTÜRK, 2013, s.107.

⁹⁷ BENTHAM, 1839, s.500.

⁹⁸ BENTHAM, 1839, s.500.

⁹⁹ GÉRARD, 2007, s.86.

uzun bir süre bu durumda olduğunu söyleyen Bentham, insanların hukuksuzluktan şikâyet ettiğini ama bunu hakları oluşturmak için değil hakların sağladığı şeyleri elde etmek için olduğunu söyler; nasıl ki gıda besine duyulan isteğin kendisi değilse. Bentham, eğer tabii haklar olsaydı insanlar üzerinde arılar üzerinde olduğu gibi etkili olurdu ve bunlardan ayrılmak mümkün olmazdı. Bentham'a göre nesilleri birleştiren, zayıfları güçlülere karşı koruyan bu haklar sadece yasaların eseridir, toplumun eseridir, boyun eğmenin ürünüdür.¹⁰⁰

2) Bentham, ikinci önerme için tabii haklar kavramı nasıl yanılsıza zamanlaşımına uğramayan haklar önermesinin de bir o kadar yanlış olduğunu söyler. Yasalar mükemmele ne kadar yaklaşırsa o kadar az değişirler. Ama değişmeyen yasalar olmaz çünkü insana ilişkin şeyler değişen koşullara tabidir. Bentham'a göre mantık, hakların oluşturulmasında danışılacak tek ilkenin toplumsal mutluluk (bonheur public) olduğunu göstermektedir. Buna göre topluma yararlı olduğu sürece bir hak muhafaza edilmeli, zarar verdiğinde ortadan kaldırılmalıdır. Her hakkın avantaj ve dezavantajları kendi içinde değerlendirilmeli, "zamanlaşımına uğramayan haklar" gibi genel bir ifade ile bir arada değerlendirilmemelidirler.¹⁰¹ Bu ifadeyi sadece cahilce değil ama aynı zamanda ukalaca olarak nitelendiren Bentham, bu ifade ile daha sonraki yasa koyucuların bağlanmak istediğini dile getirmektedir ve bu yasalara sonsuzluk damgası vurulduğunu söylemektedir. Böylelikle Fransız Ulusal Meclisi gelecekteki yasa koyuculara üstün, onlar tarafından tartışılmaz hale gelmektedir. Bu hakları değiştirmeyi teklif eden, Fransız Ulusal Meclisi'ne başkaldırmış ve tabiata karşı suç işlemiş sayılır. Tabii ve zamanlaşımına uğramayan haklar ifadesi bu nedenle Bentham'a göre bir fanatizm barındırmaktadır.¹⁰²

3) Üçüncü önermede ise Bentham, hükümetlerin temelini iradi bir birlik olarak göstermenin belki yeni ortaya çıkan koloniler için doğru olabileceğini söyler. Bazı istisnalar hariç bildiğimiz tüm hükümetler zorla kurulup alışkanlıkla devam etmiştir. Bentham'a göre sözleşme olsun olmasın tüm hükümetlerin konusu toplumun mutluluğudur. İnsanların bu nedenle menfaatleri, monarşilerde de cumhuriyetlerde de aynıdır. Hükümetlerin ödevleri Pekin'de de aynıdır, Philadelphia'da da.¹⁰³

100 BENTHAM, 1839, s.501.

101 BENTHAM, 1839, s.502.

102 BENTHAM, 1839, s.503.

103 BENTHAM, 1839, s.502.

Yasamanın İlkeleri'nde de tabii yasanın mecazi bir ifade olduğunu söyleyen Bentham, insanda tabii olarak haz ve acı duyguları olduğunu ama bu duyguları yasa olarak adlandırmanın yanlış ve tehlikeli olduğunu söyler.¹⁰⁴ Eğer ortak iyiye doğru bütün insanları yönlendiren bir tabii yasa olsaydı, yasaların faydasız olacağını belirtir. Tabii haklar, tabii yasanın eseridir yani kaynağını başka bir metafordan alan bir metafordur.¹⁰⁵ İlk metafor sözleşme kuramıysa ikinci metafor da tabii haklardır.

2.2.3. Özgürlük, Eşitlik ve Genel İrade Kavramlarının Eleştirisi

Bildirgenin birinci maddesinde yer alan “İnsanlar özgür ve haklar açısından eşit doğarlar ve öyle kalırlar. Sosyal farklılıklar sadece ortak fayda üzerine kurulabilir.” cümlesi Bentham’a göre gramer bakımından iki farklı cümle içermektedir. İlk cümlede dört önerme bulunmaktadır: 1) insanlar özgür doğar 2) insanlar özgür kalırlar 3) insanlar haklar açısından eşit doğar 4) insanlar haklar açısından her zaman eşit kalırlar.

İlk iki önermeyi incelerken Bentham sorar, tüm insanlar özgür doğar ve özgür mü kalırlar? Bentham’ın buna cevabı hayırdır. Ona göre bu önerme tek bir insan için bile geçerli değil. Özgür bir insan hiç olmamıştır ve hiç de var olmayacaktır. Aksine tüm insanlar bir tabiiyet ilişkisi içinde dünyaya gelir. Bu, çocukların hayatlarının her anında bağımlı oldukları ebeveynlere ilişkin tabiiyetleri ile başlayan bir zincirdir. Tüm insanlar bu tabiiyet ilişkisi içinde doğar ve uzun süre öyle kalırlar.

İnsanlar haklar açısından eşit doğar önermesi için, Bentham bu varsayılan haklar hangi duruma tekabül eder diye sorar. Hükümetin/Kurucu İktidarın varlığından önce mi, sonra mı? Hükümetten önceyse hakların ne anlamı var? Hükümetten sonraysa nerede böyle bir önerme geçerli olabilir? Bentham, çocukları ve ebeveynleri bir kenara bırakalım yine de böyle bir eşitliğin geçerli olduğu bir hükümet bulamayız, demektedir. Bentham, tüm insanların eşit doğduğuna ilişkin önermeyi zavallı ve saçma olarak nitelendirir.¹⁰⁶

Bentham, üstelik de bu iddiayı ortaya atan insanların bazı insanların köle olarak doğduğunu söyleyerek sızlandıklarını ifade eder. O zaman bu insanlar yürürlükteki yasalara göre köle, tabii yasalara göre özgür mü sayılacaklar,

104 BENTHAM, 1839, s.105.

105 BENTHAM, 1839, s.107.

106 BENTHAM, 1839, ss.497-499.

diye sorar. Bentham, bu önermeye göre insanlar aynı zamanda hem özgür hem köle olabiliyor, demektedir. Bu önermeyi eleştirisinde insan hakları kavramına dahil edilmeyen köleler açısından sorunu incelemektedir. Bu açıdan Bildirge'deki insan haklarının kimin için olduğu sorusu tekrar belirir. Bentham, Bildirgedeki eşitlik ilkesini eleştirmektedir. “Bir çırak hak açısından ustasıyla eşit mi? Ustasının onu cezalandırma hakkı kadar onun da ustasını cezalandırma hakkı var mıdır?” diye sorar. Bentham, bu maddedeki eşitlikten ne anlaşılması gerektiğini sorgular ve bir delinin tımarhaneye kapatılması kadar başkalarını kapatmaya hakkı var mı diye sorar ve başka örnekleri sıralar. Durum böyleyse insanların mülkiyet konusunda da eşit olmaları gerektiğini söyleyen Bentham, öyle olsaydı açlıktan ölen kimsenin olmaması gerektiğini belirtir.¹⁰⁷ Bütün insanların eşit haklarla doğduğu fikrini eleştiren Bentham, ayrıca bu önermenin 13. Madde¹⁰⁸ ile tamamen zıt bir varsayımdan yola çıktığını söylemektedir.

Bildirge'nin ikinci maddesinin ikinci cümlesine gelirsek herkes her haktan sınırsız olarak yararlanıyor, denilmektedir. Sınırsız özgürlük her durumda herkesin hoşuna gideni yapması, gitmeyeni yapmamasıdır. Bentham, herkesin hakkı olan aslında hiç kimsenin hakkı değildir, diyecektir. Bentham'a göre özgürlüğün sınırsızlığı konusunda dördüncü madde sınır çizer gibi görünse de aslında hiçbir şeyi sınırlamamaktadır. Yasa koyucunun istismarını önlemek için bu haklar güvence altına alınmak isteniyor. Ancak Bentham'a göre burada gözden kaçırılanın tüm hakların, özgürlüklerden verilen ödünlerle elde edilmiş olduğudur. Bentham'a göre ona karşılık gelen bir ödev yoksa hak da yoktur. Aslında özgürlük yaratan tüm yasalar özgürlük kısıtlayıcıdır.¹⁰⁹

Başkasına zarar vermemek üzerinden tanımlanan dördüncü maddenin¹¹⁰ aslında üç önerme içerdiğini söylemektedir. Özgürlük bir diğerine zarar vermediğin her şeyi yapabilmektir. Bentham, burada hangi özgürlükten bahsediyoruz diye sormaktadır. Bunun için yasanın beni hangi durumlar için özgür bıraktığını bilmem gerekir, diyecektir. Burada sınırlamanın tamamen hükü-

107 BENTHAM, 1839, s.505.

108 Bildirge'nin 13. Maddesi: “Bu kamusal gücün ve yönetim görevlerinin devamlılığını sağlamak için genel bir vergi zorunludur. Bu vergilendirme bütün yurttaşların olanaklarına göre eşit ölçüde bölünmelidir.”

109 BENTHAM, 1839, s.503.

110 Bildirge'nin 4. Maddesi: “Özgürlük başkalarına zarar vermeden istediğini yapabilmektir: Her bir insanın doğal haklarını kullanması da toplumun diğer üyelerinin de aynı hakları kullanmasını garanti altına alacak sınırlar içindedir. Bu sınırlar da sadece yasalarla belirlenebilir.”

metlere ve onların koydukları yasalara göre değişeceğini belirtmektedir.¹¹¹ Bu maddedeki “başkası” kavramını eleştiren Bentham, burada topluluk ve birey arasında bir fark yapılmamasını eleştirmektedir. En tabii yorumla yasa koyucuyu her türlü önleyici, cezalandırıcı yasayı hazırlamaktan alıkoymaktadır. Bentham, Bildirge’nin dördüncü maddesinde başkalarına zarar vermeyen şeyleri yapma hakkı olarak algılanan özgürlük kavramını eleştirir. Burada özgürlüğü kavramak için yasaların sınırının kavranması değil de başkalarının sınırını zorlamak gerektiği fikrini alaycı bir üslupla eleştirir.¹¹² Maddeleri cümle cümle analiz eden Bentham, bir sonraki cümlede özgürlüğün ancak yasayla sınırlanabilmesini bu sefer tersten eleştirir. Hükümet var olmadan önce de tabii bir hak olan şey nasıl olur da sınırlandırılabilir diye sormaktadır.¹¹³

Bentham’a göre itaat etmenin genel faydası karşı koymanın faydasından büyük ise yasalara uymak gerekir. Bu sınırlar içinde itaat harfiyen uyma ve özgürce eleştirme arasındadır. İtaat etmenin genel faydası karşı koymanın faydasından büyük ise yasalara uymak gerekir.¹¹⁴ Çünkü Bentham her yasanın bir özgürlük ihlali olduğunu ve yasa koyucunun işinin kötüler arasından seçim yapmak olduğunu belirtmektedir.¹¹⁵ Bentham İngiltere’de itaatsizlik ve isyan ayrı şeylerken, Bildirge ile bu ikisinin aynıymış gibi gösterilmesini eleştirmektedir.¹¹⁶

Bentham, basın özgürlüğünün¹¹⁷ kamu düzenine zarar verilmemesi koşuluyla sınırlandırılmasıyla ilgili olarak böyle bir maddeyi 14. Louis de onayladı der.¹¹⁸ Kamu düzenine zarar verilmesiyle ilgili olarak bazılarının monarşik olmayan hükümet biçimlerinin Hristiyanlığa aykırı olduğunu söylediklerini hatırlatır. Bentham o zaman monarşik olmayan bir hükümetin bu yöndeki ifadelerle karşı tutumu nasıl olacak diye sorar.¹¹⁹ Bentham’a göre ifade özgürlüğü konusunda bu hakkın kötüye kullanılmasının yasa koyucu tarafından belirlenecek olması, yasa koyucunun keyfiyetine yol açacaktır.

¹¹¹ BENTHAM, 1839, s. 505.

¹¹² BENTHAM, 1839, s.505.

¹¹³ BENTHAM, 1839, s.505.

¹¹⁴ ÖZKURT, 2013, s.107.

¹¹⁵ ÖZKURT, 2013, s.201.

¹¹⁶ BENTHAM, 1839, s.528.

¹¹⁷ “Liberal rasyonalizm fanatığı Bentham’a kadar İngiltere’deki tartışma oldukça pratik ve pragmatikti. Bentham liberal bir sistemden yola çıkarak basın özgürlüğünün önemini ilan ediyordu.” (SCHMITT,1996, s.60).

¹¹⁸ BENTHAM, 1839, s.513.

¹¹⁹ BENTHAM, 1839, s.514.

Bentham, üçüncü maddedeki egemenlik halktadır cümlesini eleştirir.¹²⁰ Bu cümlemin kimseye bir şey öğretmeyeceği görüşündedir. İtaatin olmadığı bir yerde hükümet de yoktur.¹²¹

Özgürlük ve eşitlik dışında genel irade kavramını da eleştiren Bentham, altıncı madde olan “yasa genel iradenin ifadesidir” önermesini hangi yasa diye sorarak eleştirir. Bentham, temsilci yerine vekil kavramının kullanılmasının daha doğru olduğunu söyler. Genel iradedeki genel kavramının aslında evrensel anlamına geldiğini söyler.¹²² Bildirgenin “hakların güven altına alınmadığı ve güçler ayrılığının belirlenmediği bir toplumun anayasası yoktur” ifadesinin yer aldığı on altıncı madde ise Bentham tarafından en büyük saçmalık olarak nitelendirilir.¹²³ Çünkü bu ifade ile Fransız yasa koyucularının kendi anayasalarını sadece en güzel anayasa olarak değil aynı zamanda tek anayasa olarak kabul ettikleri anlamı çıkmaktadır.

Bentham, Shakespeare'in insan haklarından bihaber olmasının mümkün olmadığını söyleyecektir. Macbethler, Iagolar yoksa ne yapardı? Her komplo için bir maskeleri var diyecektir. Bu şekilde İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesindeki “insan haklarının” böyle bir maske olduğunu ve maskeyi indirdiğini söylemektedir.¹²⁴ Bentham “İnsan Hakları” kavramının Fransa'dan çok İngiltere'de ortaya çıktığını söyler. Belki diyecektir Bentham, kelimeyi değiştirmeden anlamını değiştirmemiz daha doğru tıpkı Don Kişot'un sihirli atıyla eyerinden inmeden yolculuk yaptığı gibi...¹²⁵

3. İnsan Haklarının Tarihçi Hukuk Okulu tarafından Eleştirisi

Tarihçi hukuk okulu, Burke'ten de etkilenerek onun tespitlerin benzerlerini Almanya için dile getirmiştir. Burke, liberal geleneğin içinden gelmesine rağmen Fransız devrimine karşı tutumu nedeniyle gelenekçi olarak nitelendirilmiştir. Burke, İngiliz Anayasa'sını ve hukuk sistemini, İngiliz ulusal ruhunun bir yansıması olarak yorumlamaktadır. Örf ve adete vurgu yapan görüşler daha çok Bentham'dan sonra ve onun görüşlerine bir tepki olarak, Alman ta-

¹²⁰ BENTHAM, 1839, s.507.

¹²¹ BENTHAM, 1839, s.504.

¹²² BENTHAM, 1839, s.507.

¹²³ BENTHAM, 1839, s.520.

¹²⁴ BENTHAM, 1839, s.524.

¹²⁵ BENTHAM, 1839, s.523.

rihçi hukuk okulu etkisi ile güçlenmişlerdir.¹²⁶ Tarihçi hukuk okulunun temel fikri olan hukukun değişkenliği anlayışı Bentham tarafından da benimseniyordu.¹²⁷ Aslında faydacı ve tarihçi hukuk okulunun birleştikleri en önemli nokta tabii hukuk eleştirisidir. Ancak bu eleştiri konusundaki yöntemleri farklıdır.

3.1. Savigny ve Tarihçi Hukuk Okulu

Tarihçi hukuk okulu kavramı, N.T. Gönner ile 1807’de ortaya çıkmıştır.¹²⁸ Ancak Savigny Hukuk Tarihi Dergisinde, (*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 1815) bu okulun temel kavramlarını ortaya koymaktadır. Savigny (1779-1861) Berlin Üniversitesi Roma Hukuku kürsüsüne başkanlık etmiş ve Prusya hukuk sistemine önemli katkıları olmuş bir kişidir. Savigny’nin *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, tarihçi hukuk okulunun manifestosu olarak kabul edilir. Tabii hukuk okulunu “tarihçi olmayan okul” olarak nitelendiren Savigny, tarihçi hukuk okulunu, milletin geçmişi ile ilişki kurması nedeniyle tabii hukuk okulundan ayıracaktır. Tarihçi hukuk okulu, tabii hukuk okulunun sadece şimdiki zamana hakim olan, kanundan bağımsız olarak yasama gücüne sahip olanlar tarafından oluşturulduğunu iddia etmektedir.¹²⁹ Tarihçi hukuk okulu, hukuku, örf ve adetin ürünü olarak toplumda oluşan birşey olarak görür. Bu okula göre hukuk, toplumdan topluma farklılık göstermektedir. Savigny, tarihin bir sürekliliği olduğundan bahseder.¹³⁰ Ona göre devrimci kopuş tamamıyla bir yanılsamadır.¹³¹ Herder’in organizmacı düşüncesini devam ettiren Savigny, organik bütünlük, tarihsellik ve ulus gibi kavramların yerleşmesini sağlar. Tarihçi hukuk okulu Fransız Devriminin bireyciliğine karşıdır¹³² ve soyut ve evrensel kavramları eleştirmektedir.¹³³

Tarihçi hukuk okulunun temel kavramları olan organik bütünlük, tarihsellik ve partikularizim, daha öncesinde de var olan kavramlardır.¹³⁴ Ancak

¹²⁶ ÖZKURT, 2013, s.161.

¹²⁷ STARK, 1993, s.125.

¹²⁸ JOUANJOUAN, 2005, 35.

¹²⁹ SAVIGNY, 2010, ss.1153-1154.

¹³⁰ BINOCHE, CLÉRO, 2007, s.186.

¹³¹ BINOCHE, CLÉRO, 2007, s.189.

¹³² ROSENBAUM, 1972, s.48.

¹³³ STRAUSS, 1954, s.25.

¹³⁴ DUFOUR, 1991, s.158.

tarihçi hukuk okulu bu kavramlara yeni bir anlam kazandırmıştır. Organik bütünlük kavramı Schelling tarafından ortaya atılmıştır ama daha sonraları Savigny ve Puchta tarafından da kullanılmıştır.¹³⁵ Bu toplumdaki atomizme ve bireyselliğe karşı kullanılan bir kavramdı. Tarihsellik ve ulusal partikülizm kavramı ise Herder ve Burke'den kaynaklanmaktadır.¹³⁶

Tarihçi hukuk okulunun hukukun değişkenliği olarak gördüğü her toplumun kendi hukuk sisteminin olmasıdır. Bu çerçevede Herder ile şekillenen “halk ruhu” (Volksgeist) kavramı karşımıza çıkmaktadır. Her kültür çevresinin kendine özgü hukuk sistemi oluşturduğu ve hukukun dil gibi yavaş yavaş ait olduğu çevre içinde oluştuğu fikri hem Romanist olan Savigny¹³⁷, daha sonra da onun öğrencileri olan ve Cermen akımın temsilcileri sayılan Grimm kardeşler tarafından savunulmuştur. Tarihçi hukuk okulunun iki akımı vardı: biri Romanist-kozmpolitist; diğeri Cermen ulusalcı.¹³⁸ Gustave Hugo, romanist akımın temsilcisi olarak tabii hukuku, *Lehrbuch des Naturrechts* başlıklı eserinde eleştirmektedir. Hugo halk ruhu kavramını Roma hukukunun nasıl dönüştüğünü anlatmak için kullanmıştır.¹³⁹ Savigny ise Roma hukukunu organik olarak oluşmuş hukuk olarak görmektedir.¹⁴⁰ Savigny, Hugo, Puchta, Romanist akımı temsil ederken¹⁴¹ Eichhorn, Jacob Grimm and Beseler Cermen akımın temsilcileri arasındadırlar.¹⁴² Cermen akım tekrar Cermen kaynaklara dönmek gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu kaynağa ilişkin farklı bakış açısı da her iki akım arasındaki tartışmayı oluşturmaktadır.¹⁴³ Almanya'da 19. Yüzyılda felsefi okul, Savigny ile özdeşleşen tarihçi hukuk okulunu eleştirmektedir.¹⁴⁴

¹³⁵ Hegelci “halk ruhu” kavramın Puchta aracılığıyla Savigny üzerinde etkili olmuştur (BRIE, 1909, s.1).

¹³⁶ Herder ulusu tabii organizma ve kültürel ve tarihi bir birlik olarak anlamaktadır (REGHABY, 1963, s.63).

¹³⁷ SAVIGNY, 1814, s.13.

¹³⁸ DUFUR, 1991, s.158.

¹³⁹ MEDER, 2005, s. 273.

¹⁴⁰ SCHRÖDER, 2006, s.101.

¹⁴¹ JOUANJOUAN, 2005, s.48.

¹⁴² DUFUR, 1991, s.162.

¹⁴³ GIERKE, 1903.

¹⁴⁴ İngiltere’de Bentham’ın da içinde kabul edildiği analitik okul (Analitik okul, John Austin tarafından kurulan ve Jeremy Bentham’ın da temsilcisi sayıldığı bir okuldur.) Henry Summer Maine’in İngiltere’de temsilcisi olduğu tarihçi hukuk okulu tarafından eleştiriliyordu. Denis

3.2. Savigny ve Thibaut arasındaki Kodifikasyon Tartışması

Tarihçi hukuk okulunun önemli temsilcisi Savigny ve Thibaut arasındaki kodifikasyon tartışması da dönemin önemli polemiklerindendir. Thibaut¹⁴⁵ Almanya'ya özgü bir kodifikasyonun gerekliliğini savunurken Savigny, Roma hukukunun birleştirici unsurunu vurgular ve yeni bir yasama hareketine Almanya'nın henüz hazır olmadığını söyler.¹⁴⁶ Tabii hukuku öğretilmiş hukuk olarak nitelendiren Savigny, Roma hukukunu örnek göstererek Roma hukukunun örf ve adetten kaynakladığını belirtmektedir.¹⁴⁷

Savigny, Fransız devriminin eski Anayasa'nın ve Medeni Kanunu'nun büyük bölümünü yıkıma uğrattığını belirtmektedir.¹⁴⁸ Napoléon'un kodifikasyon hareketinin teorik olarak devrimci ama uygulamada daha sonra ortaya çıkacak despotizme meyilli olduğunu düşünmektedir.¹⁴⁹ Savigny kodifikasyonun Fransa'yı bir adım geriye götürdüğünü söylemektedir. Aslında Thibaut ile tartışmasının temelinde bir düşmanlığın ya da kutuplaşmanın olmadığını söyleyen Savigny, aynı amaç için farklı bir yol izlediklerini belirtmektedir.¹⁵⁰ Thibaut iki veya üç yıl içinde bir kodifikasyon yapılacağı görüşündedir. Savigny ise yapılacak kodifikasyonun daha büyük bir organik bütünlük gerektirdiğini düşünmektedir.¹⁵¹

Thibaut, Almanya'da bir Medeni Kanunun gerekliliği üzerine kaleme aldığı eserde, bu kanunun birleştirici bir rolü olacağını düşünüyordu.¹⁵² Thibaut, Roma hukukunu, Alman ulusuna yabancı bir ulusun eseri olarak nitelendirmektedir. Thibaut, böyle bir kanunlaştırma hareketinin Napoléon'un kodunu benimsemek isteyenler için de bir cevap olacağını düşünüyordu.

Hegel, bu çatışmada Thibaut'nun tarafında yer almaktadır. Hegel'in kodifikasyon konusundaki tespitlerinden biri İngiliz Anayasasını Prusya'lı-

Caulfield Heron ise tarihçi hukuk okulunu ve analitik okulu yani Savigny ve Bentham'ı bir arada değerlendiriyor (SCHOFIELD, 1995, s.58; 79).

145 Thibaut'nun eseri Almanya için bir Medeni Kanunun gerekliliği üzerinedir. (*Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*).

146 SAVIGNY, 1814, s.38.

147 SAVIGNY, 1814, s.33.

148 SAVIGNY, 1814, s.55.

149 SAVIGNY, 1814, s.56.

150 SAVIGNY, 1814, s.155.

151 SAVIGNY, 1814, s.155.

152 THIBAUT, 1997, s.15.

lara kabul ettirmek ne kadar anlamsızsa Prusyalılarını de Türklere kabul ettirmenin o kadar absürd olacağıdır.¹⁵³ Buna tarihten verdiği örnek de Napoléon'un İspanyollara kabul ettirmek istediği Anayasa'dır. Bu Anayasa'nın iyi olduğunu ama İspanyol halkının yapısına uymamakta olduğunu belirtir. Bir anayasayı *a priori* kabul ettirmeye çalışmanın sakıncalarına dikkat çeken Hegel¹⁵⁴, bu durumda anayasanın içselleştirilemeyeceğini söyler.¹⁵⁵

Savigny "halk ruhu" kavramını bir toplumun ve kültürün ideali olarak görürken, Thibaut toplumun bütünü olarak algılar.¹⁵⁶ Hegel "halk ruhu kavramını"¹⁵⁷ Savigny'den farklı yorumlar. Hegel için halk ruhu sürekli değişim halinde olan bir yapıdır. Hegel, halk ruhunu dünya ruhu (Weltgeist) ile ilişkilendirir ve halk ruhunu sürekli bir oluşum halinde görür. Bu yönüyle Hegel'in bakış açısı halk ruhunu sadece geçmişle ilişkilendiren Savigny'den farklılaşmaktadır.¹⁵⁸ Hegel'de halk ruhu, halkın örgütlenmiş ve üretken olduğu hali temsil eder. Bu açıdan Hegel, halk ruhu ve anayasa arasında yakın bir ilişki bulunduğunu tespit eder.

4. Hegel ve Fransız Devrimi Eleştirisi

Hegel, tarihçi hukuk okulu içerisinde değerlendirilemese de Binoche ve Cléro tarihçi bakış açısını: 1) rasyonalist tarihçi 2) organizmacı tarihçi ve 3) maddeci tarihçi¹⁵⁹ olarak sınıflandırmaktadır. Organizmacı tarihçi eleştiriyi de ikiye ayırmaktadırlar: 1) çizgisel organizmacı ve 2) diyalektik organizmacı.¹⁶⁰ Hegel'in bakış açısı da böylelikle organizmacı tarihçi eleştiri içerisinde, diyalektik organizmacı olarak değerlendirilmektedir.

Hegel'in eleştirisi tarihçi hukuk okulun organizmacı görüşü ile aydın-

153 HEGEL, 1974, s.663.

154 HEGEL, 1986, s.440.

155 HEGEL, 1974, s. 663.

156 SCHRÖDER, 2006, s.100.

157 KANTOROWICS, 1912, s. 231.

158 Savigny ve Hegel arasındaki karşıtlık tarihçi ve felsefi hukuk okulu arasındaki karşıtlık olarak da nitelendirilmektedir (JOUANJOUAN, 2005, s.57).

159 Binoche ve Cléro tarafından maddeci tarihsel eleştiri içinde sınıflandırılan Marx da *Yahudi Sorunu* (Die Judenfrage) adlı yazısında Bildirge'deki hakları burjuva hakları olarak eleştirmiştir. Babeuf'ten Marx'ın devraldığı Bildirge eleştirisi Bildirge'nin "insan"ı ardında burjuva olduğuna ilişkindir. Marx da Bildirge'deki özgürlükleri burjuva özgürlükleri olmakla eleştirmiştir (BINOCHE, CLÉRO, 2007, s. 210).

160 BINOCHE, CLÉRO, 2007, s.191.

lanmanın akılcılığının bir sentezidir.¹⁶¹ Hegel'in tabii hukuk eleştirisi tarihçi hukuk okulundan ayrışmakta ve özgürlük kavramına odaklanmaktadır. Hegel de Bildirge ile kabul edilen tabii hukuku eleştirir ve tabii hukuku “felsefi hukuk” olarak isimlendirir. Çünkü Hegel’e göre tabiattan bahsettiğimizde bilinçsiz tabiatı anlarız.¹⁶² Hegel'in teorisinde geleneksel bir tabii hukuk anlayışı göremeyiz.¹⁶³ Hegel’e göre tabii hukuk ve pozitif hukuku birbirinden ayırtırmamak gerekir.¹⁶⁴ Tabii ya da felsefi hukuk, hukuk kavramını ve onun gerçekleştirilmesini içerir.¹⁶⁵ Hegel’e göre bir anlamda hukuk, felsefenin bir bölümüdür.¹⁶⁶ Hukukun pozitif hale gelmesini: a) biçimsel olması, yani bir devlette geçerlilik kazanması b) içerik olarak bir halkın kendine özgü yapısı ile tarihsel gelişiminin bir parçası olması ve tabii zorunluluklara tabi olması gibi niteliklerle açıklar.¹⁶⁷ Bu şekilde Savigny’den farklı olarak Hegel tabii hukuku tamamen reddetmemekte tabii hukuk ve pozitif hukuku uyumlu hale getirmeye çalışmaktadır.¹⁶⁸

Hegel, Bildirge’nin sadece tabii hukuk anlayışını eleştirmekle kalmamış, Rousseau’nun genel irade kavramını da eleştirmiştir. Hegel, Rousseau’nun toplumdaki birliği sözleşmeye indirgediğini ve bu nedenle devleti keyfi iradeler üzerine temellendirdiğini söylemektedir.¹⁶⁹ Hegel’in amacı yıkıcı bir bireyselliğin ötesine ulaşmaktır.¹⁷⁰ Bu açıdan bireyselliği, Sittlichkeit (Törellik/ Objektif Ahlak) ile uyumlu hale getirmeye çalışmaktadır.¹⁷¹

Gençlik yıllarında devrimi büyük bir coşkuyla kutlayan ve “muhteşem bir güneşin doğuşu” olarak nitelendiren¹⁷² Hegel, daha sonraları devrimi eleştirmiştir. Hegel özellikle iki husus üzerinde durulması gerektiğini belirtmiştir:

¹⁶¹ BINOCHE, CLÉRO, 2007, s.191.

¹⁶² HEGEL, 1986, s. 35.

¹⁶³ GÉRARD, 2007, s.51.

¹⁶⁴ HEGEL, 1986, s.35.

¹⁶⁵ HEGEL, 1986, ss.29-30.

¹⁶⁶ HEGEL, 1986, s.30.

¹⁶⁷ HEGEL, 1986, s.34.

¹⁶⁸ Bkz. Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, seine Stelle in der praktischen Philosophie und sein Verhältnis zu den positiven Rechtswissenschaften, (HEGEL, 1986b.)

¹⁶⁹ HEGEL, 1986a, s.400.

¹⁷⁰ KLEIN, 2005, s.142.

¹⁷¹ KLEIN, 2005 s.143.

¹⁷² HEGEL, 1970b, s.529.

1) Fransa'da devrimin ilerleyişi 2) Devrimin dünya tarihine mal olması. Devrime özgürlük ve erdem gibi soyut ilkelerin hakim olduğunu söyleyen Hegel, Robbespierre tarafından erdemin yüceltilmesiyle korkunun hakim olduğunu söylemektedir. Çünkü Hegel'e göre öznel bir erdem en korkunç tiranlığı beraberinde getirmektedir.¹⁷³

Hegel, Fransız devriminin önemini kabul etmekle birlikte sonrasındaki terör ortamını eleştirmektedir. Devrim Hegel'e göre kalıcı çözümler bulamamıştır. Anayasalar sürekli değişmiş ve siyasal bir istikrar sağlanamamıştır.¹⁷⁴ Hegel Fransız devrimini tarih içerisinde bir ilerleme olarak görür ve önemini kabul eder.¹⁷⁵ Fransız devriminin felsefeden yola çıktığını söyleyen Hegel, tam da bu nedenle soyut düşünceyi ortaya koyabildiğini belirtmektedir.¹⁷⁶ Ancak ona göre devrim ancak soyut özgürlük anlayışını gerçekleştirebilmiştir. Oysa özgürlük somut bir özgürlük olarak tanınmalıdır.

Hegel'in dünya tarihi okuması özgürlüğün ilerlemesini temel alır. Bu anlamda Fransız devriminin rolü büyüktür ama bu ilerlemenin sadece bir durağıdır. Fransız devriminde siyasi özgürlük ilk kez evrensel olarak toplum ve devletin amacı olarak ortaya atılmıştır.¹⁷⁷ Hegel'e göre devrim prensiplerine aykırı olarak gelişmiştir. Ona göre, devrimin soyut ve negatif bir özgürlük anlayışı getirmiştir.¹⁷⁸ Tarih Felsefesi derslerinde, bu özgürlüğün neden biçimsel olarak kaldığını ve Almanların değil de Fransızların bu ilkeyi gerçekleştirmeye çalıştığını sorar.¹⁷⁹ Hegel'in buna ilişkin tespiti, Almanya'da Aydınlanma'nın teolojinin yanında yer alması oysa Fransa'da teolojiye karşı olmasıdır.¹⁸⁰ Devrimi bir soyutlama olarak eleştiren Hegel, "biçimsel" ve "gerçek" özgürlük arasında bir ayrım yapar. Hegel'e göre somut ya da gerçek özgürlük sadece bireysel çıkarların gerçekleştirilmesi değil, genel çıkarın da kavranarak, bireysel çıkar ve toplumsal çıkarın birlikte değerlendirilmesi ile ilgilidir.¹⁸¹ Burada Hegel'in bireyselliği, toplumsallık içine yerleştirdiğini gö-

173 HEGEL, 1970b, s.533.

174 RITTER, 1965, s. 21.

175 RITTER, 1965, s. 22.

176 HEGEL, 1970b, s.528.

177 RITTER, 1965, s. 29.

178 RITTER, 1965, s. 60.

179 HEGEL, 1970b, s.525.

180 HEGEL, 1970b, s.525.

181 HEGEL, 1986a, s.407.

rüyoruz. Ona göre özgürlüğün dört aşaması vardır; özgürlük ilk olarak öznel, ikinci olarak akli, üçüncü olarak somut ve son olarak kurumsallaşmış hale gelmelidir.¹⁸²

Hegel’de böylelikle devrim eleştirisinin “özgürlük” kavramına odaklandığını görüyoruz. İnsan hakları, Hegel’e göre bir çıkış noktasıdır ama aynı zamanda bu soyut ve biçimsel düşünce aşılmalıdır.¹⁸³ Hegel “İnsan, insan olduğu için dikkate alınmalıdır, Yahudi, Katolik, Protestan ya da Alman, İtalyan olduğu için değil. Bu düşünce çok önemlidir ama kozmopolitizm olarak devlete karşı bir şey olarak anlaşıldığında eksiktir” demektedir.¹⁸⁴ Somut özgürlük, Hegel’de bir bilinçlenme sürecinde oluşabilir. Somut özgürlük, aynı zamanda eşitliğin de temelidir. Hegel’in özgürlük kavramı için çok önemli olan köle-efendi diyalektiği olarak da isimlendirilen „tanınma teorisi“ (Anerkennungstheorie) insan hakları çerçevesinde hala atfı yapılan bir teoridir.¹⁸⁵

Tinin Fenomenolojisi’nde (Phänomenologie des Geistes) mutlak özgürlük ve korku olarak ele alınan bölüm Hegel’in Fransız devrimine yaptığı bir gönderme olarak okunmaktadır.¹⁸⁶ Hegel mutlak özgürlüğü bir olumsuzlama olarak ele almaktadır.¹⁸⁷ Hegel’in *Tinin Fenomenolojisi*’nde ele aldığı bir bilinç problematiği olan köle-efendi diyalektiği, Kojève tarafından farklı tarihsel evreler (Yunan, Roma, Hıristiyanlık, Fransız Devrimi) içersinde yorumlanır.¹⁸⁸ Köle-efendi diyalektiğindeki korku kilit bir kavramdır, çünkü terör dönemini de ifade eder. Bu çerçevede köle-efendi diyalektiği, Fransız devrimine uyarlanabilecek bir bilinç sorunu olarak ele alınabilir. Somut özgürlüğe de ancak bu diyalektik bilinçlenme süreci sonunda ulaşılabilir.

“Tanınma teorisi” günümüzde tekrar Taylor ve Honneth gibi düşünürler tarafından ele alınmaktadır. Taylor, tanınma teorisini çok kültürlülük açısından ele almaktadır¹⁸⁹, Honneth ise dayanışma kavramını tanınma teorisi çerçevesinde değerlendirir.¹⁹⁰ Honneth, Hegel’in dayanışma kavramının Fransız

¹⁸² KLEIN, 2005, s.227.

¹⁸³ PONTON, 1990, s.73.

¹⁸⁴ HEGEL, 1986a, s.360.

¹⁸⁵ MULLENDER, 2003, ss.555-556.

¹⁸⁶ RITTER, 1965, s. 22.

¹⁸⁷ HEGEL, 170a, s.440.

¹⁸⁸ KOJÈVE, 2001, ss.59-78.

¹⁸⁹ TAYLOR, 1994, s.43;54; 62;70

¹⁹⁰ HONNETH, 2002, s.113.

devrimindeki “kardeşlik” kavramından kaynaklandığını söylemektedir.¹⁹¹ Böylelikle Hegel’in “tanınma teorisi”nin hala güncel tartışmalara konu edildiği görülebilir.

5. İnsan Hakları Tartışmasında Süregelen Eleştiri: Soyutluk

Burke’e göre “İngiliz hakları” insan haklarından daha iyi koruma sağlamaktaydı. Tarihçi hukuk okulu da Alman örf ve adetlerini ön plana çıkarmıştır. Almanya’da Ernst Brandes, August Wilhelm Rehberg ve Friedrich Gentz, Burke’ten etkilenmişlerdir.¹⁹² Burke’ü eleştirenler arasında ise Almaya Üzerine’yi (De l’Allmagne) yazan Germaine de Stael¹⁹³ ve Benjamin Constant¹⁹⁴ bulunmaktadır. Burke, soyut insan haklarını İngiltere için bir tehlike olarak görmektedir, Constant ise Anayasa ve İnsan Hakları arasında böyle bir gerilim olmadığını çünkü insan haklarının bir Anayasa’nın meşruiyetini sağladığını söylemektedir.¹⁹⁵

Bir diğer Burke’ten etkilenen isim ise Sardanya’da doğan ve Cizvitle-
rin etkisinde kalan Maistre’dır. Burke hayranı olan Maistre 1796’da Fransa
Üzerine Değerlendirme (Considération sur la France) başlıklı eseri yazar. Na-
poléon’a teslim olan Sardanya’dan bir süre uzaklaşan Maistre, Vaud (İsviçre)
kantonunda diplomat olarak görev yapar ve devrimden kaçanları karşılar.
Maistre’in, “Savoylu Bir Kraliyet Yanlısının Çağdaşlarına Mektuplar (Lettres
d’un royaliste savoisien à ses contemporaines)” başlıklı eseri ve diğer yazıları
da devrim karşıtıdır. Maistre’in özellikle hayatımda Fransız, İtalyan ve Rus
gördüm, hatta Montesquieu sayesinde İranlıların varolduğunu öğrendim ama
“İnsan”a hayatımda hiç rastlamadım sözü ünlenmiştir.¹⁹⁶ Rusları da Peters-

¹⁹¹ HONNETH, 1989, s.182.

¹⁹² RAYNAUD, 1989, s.XC.

¹⁹³ De l’Allemagne’in da yazarı olan Staël, *Des circonstances actuelles qui peuvent terminer la Révolution et des principes qui doivent fonder la République en France* başlıklı eserinde Burke’ü eleştirmektedir.

¹⁹⁴ Constant’ın “De la liberté des anciennes comparé à celle des modernes” (1796), eski ve yenilerin özgürlük anlayışını karşılaştırdığı eserdir. Eski Yunandaki özgürlük anlayışının siteden bağımsız düşünülmemeyeceğini belirten Constant, kendi döneminde ise daha farklı bir özgürlük anlayışının ortaya çıktığını belirtmektedir.

¹⁹⁵ WEBER, 2009, s.45.

¹⁹⁶ « La Constitution de 1795, tout comme ses aînées est faite pour l’homme. Or, il n’y a point d’homme dans le monde. J’ai vu, dans ma vie, des Français, des Italiens, des Russes, etc. ; je sais même, grâce à Montesquieu, qu’on peut être Persan : mais quant à l’homme, je déclare ne l’avoir rencontré de ma vie ; s’il existe, c’est bien à mon insu. », MAISTRE, 1989, s.145.

burg Büyükelçiliği (1802) sırasında tanıyan Maistre'in Burke'te de karşımıza çıkan soyutluk eleştirisini devam ettirdiğini görmekteyiz. Özellikle Bildirge'deki "İnsan" soyutlamasını eleştiren Maistre'in insan hakları eleştirisi kayracı (providentialiste) olarak sınıflandırılmaktadır.¹⁹⁷

Soyutluk eleştirisi Faydacı ve Tarihçi Hukuk Okulu tarafından da devam ettirilmektedir. Faydacı ve Tarihçi hukuk okulunun eleştirilerinin tabii hukukun sözleşme ve tabii haklar kavramları üzerinde yoğunlaştığını görebiliyoruz. İnsan haklarını oluşturan üç modelin (Tabii Hukukçu Yaklaşım, Tarihselci Yaklaşım ve Etik Yaklaşım) temelinde faydacı ve tarihçi hukuk okulunun etkilerini bulabilmekteyiz. Tarihselci yaklaşım evrensel haklardan değil sadece değişken ve görece haklardan söz eder.¹⁹⁸ Etik yaklaşımın "insan haysiyeti" kavramı dışında başvurduğu "insan ihtiyaçları" kavramı da faydacı hukuk okulundan esinlenmiştir.

Faydacı ve tarihçi hukuk okulunun eleştirilerin birleştikleri husus tabii haklar teorisini ve sözleşmecî düşüncüyü reddetmeleridir. Faydacı teori, değerlerin kaynağı olarak sadece eylemin faydalı sonuçları üzerine yoğunlaşarak, sosyal faydadan bağımsız olarak insanın onur ve özeklikten doğan hakları görmezlikten gelmekle suçlanmaktadır.¹⁹⁹ Ayrıca bireyselliği gözden kaçırmakla da eleştirilecektir.²⁰⁰

Tarihçi hukuk okulu da toplumdan topluma değişen hukuk anlayışı ve "halk ruhu" kavramıyla nasyonal sosyalizmin yolunu açmakla suçlanmıştır. Her iki okul tabii hukuk okuluna eleştirilerini farklı açıdan yöneltse de tabii haklara ilişkin soyutluk eleştirisinde birleşmektedirler. Aslında bugün benzer bir çatışmayı insan haklarının evrensellik ve kültürel görecelik taraftarları arasında görebilmekteyiz.

Günümüz insan hakları teorisi farklı modelleri geliştirmekte ve kaynaştırmaktadır.²⁰¹ Faydacılığın insan hakları ile bağdaşabileceği ve faydacı teorisinin argümanları yani bireysel faydanın toplumsal çıkar da gözetilerek ger-

¹⁹⁷ BINOCHÉ, CLÉRO, 2007, s.147.

¹⁹⁸ AKAL, 2004, s.237.

¹⁹⁹ ERDOĞAN, 2011, s.56.

²⁰⁰ SHESTACK, 1998, s.213.

²⁰¹ Freeden gözden geçirilmiş bir faydacılığın insan hakları ile bağdaşabileceği görüşündedir. Bu yaklaşıma göre sosyal-faydacı bir bakış açısı bireysel gelişmenin korunması ve teşvikini toplumsal çıkarların korunmasıyla birleştirebilir çünkü böyle bir gelişmeyi temin eden insan haklarının desteklenmesi genel refaha yol açacaktır (ERDOĞAN, 2011, s.56).

çekleştirebileceği düşüncesi ileri sürülmektedir. Tarihselci hukuk okulunun da “kültürü” temel alan bazı argümanları bugün yine önem kazanmaktadır. İnsan haklarının kültürlerin farklılıklarını göz önünde bulundurması gerektiği ve özellikle kültürel haklarda bir tür göreceliğin kabul edilebileceği ileri sürülmektedir.²⁰²

Bugünkü insan hakları tartışmaları da aslında faydacı ve tarihselci hukuk okulununkilere benzer eleştirilere odaklanmaktadır. Bir yandan “insan hakları” adına yapılan askeri müdahaleler insan hakları kavramının içeriğini boşaltarak “soyutluk” ve “biçimsellik” eleştirisini tekrar gündeme taşınmaktadır. Diğer yandan bazı ülkelerin (özellikle Afrika ve Asya’da) insan haklarını “batılı” ve batılılar için olduğu gerekçesiyle benimsemediğini görüyoruz. Burada tarihçi hukuk okulunun argümanlarının benzerlerinin kültürel görecelik taraftarlarıncı benimsendiğini görüyoruz. Her toplumun kendi yapısının göz önünde bulundurulması gerektiği ve insan haklarının empoze edilmesinin doğru olmadığı söylenmektedir. Donnelly katı ve zayıf kültürel görecelik ve katı ve zayıf evrensellik kavramlarını²⁰³ ortaya koyarak bir uzlaşma bulmaya çalışacaktır.²⁰⁴

Bir diğer eleştiri “İnsan Hakları”nın kapsayıcılığına ilişkindir. “İnsan Hakları” kavramındaki, “İnsan”ın soyut oluşuna ilişkin eleştiriler, bizi yerli haklarını savunan Las Casas ve Sepulveda arasında geçen ve yerlilerin insan olup olmadığını sorgulayan Valladolid Tartışmasına kadar götürür.²⁰⁵ İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesiyle bu soru tekrar gündeme gelir. Bildirgeyle belirlenen haklardan kimler faydalanacaktır? Bir yandan devrim sırasında özellikle kadınların²⁰⁶ ve kölelerin bildirge kapsamında ortaya çıkan haklardan faydalanmadığını görüyoruz. Buna göre vatandaş statüsünü kazanamayan haklardan da yararlanamayacaktır. “Haklara sahip olma hakkı” Arendt’in Hitler iktidarı sonrasında üzerinde durduğu bir konudur. Burke’ün soyutluk eleştirisini devralarak aslında vatandaşlık hakkı olmadan insan haklarının da anlamsız ve korunmasız olacaklarını ifade eder.²⁰⁷ Burke-Paine polemğinde

202 Kültürel Görecelik için Bkz. DONNELLY, 2013.

203 DONNELLY, 2013, s.120.

204 Donnelly göreceli bir evrensellikten yanadır. (DONNELLY, 2007).

205 Bu tartışma için bkz. AKAL, 2003, ss.114-120.

206 Olympe de Gouges, Kadın ve Yurttaş Hakları Bildirgesini (Déclaration des droits de la Femme et citoyenne 1791) kaleme almıştır ve “Kadına darağacına çıkma hakkı tanınıyor; öyleyse kürsüye çıkma hakkı da olmalıdır” diyecektir. Ayrıca köleliğin kaldırılması için de birçok yazı kaleme almıştır.

207 PONTON, 1990, s.157.

Burke’ü haklı bulan Arendt²⁰⁸, aslında Burke’ün metafizik ve gerçek insan hakları ayrımını devralmaktadır.²⁰⁹ Ancak Arendt, Burke ve Bentham ile oluşan hukuki pozitivist geleneği devam ettirmemektedir.²¹⁰ Arendt’e göre insan haklarının ancak vatandaşın hakkına dönüşürse gerçekleşmesi mümkündür. Bu da insan haklarının temel haklar olarak kabul edilmesi ve anayasal hiyerarşi içinde yerlerini almalarıyla mümkün olabilir.²¹¹ Ancak siyasi iktidarlar bu hakları kabul etmekte isteksiz davranırlarsa ne olacaktır?

Etik yaklaşıma göre hakların hukuki normlara dönüştüğüne bakılmaksızın etik yaklaşımla saptanmış değerler olarak saygı gösterilmesi gerekmektedir.²¹² Ancak Etik yaklaşımın dayandığı “insan haysiyeti” kavramı da “insan tabiatı” kavramında olduğu gibi evrensel olması istendiği ölçüde aşkın bir odağa gönderme yapmaktadır.²¹³ İnsan haklarının kaynağını aşkınlaştırılmış bir kavrama dayandırmak yerine içsel bir dönüşümde aramak gereklidir. Bir tür deneyim ve yaşanmışlıkların aktarıldığı bir kavram olarak “insan hakları kültürü”. Bir toplumda çekilen acıların diğerlerinde de yaşanmaması için bir deneyim aktarımı olarak insan hakları eğitimi bu anlamda çok önemlidir. Bu çerçevede insan haklarını dayatılan bir şey olarak değil de yaşanmış felaketlerden edinilen deneyimlerin aktarılması ile içselleştirilebilecek olan bir süreç olarak görmek mümkündür. Hitler sonrası Almanya’da Holokust-Eğitimi buna bir örnektir. Bu çerçevede Hegel’in “eğitim (Bildung)” ve “özgürlük” kavramlarının Horkheimer ve Adorno tarafından geliştirildiğini görmekteyiz. Adorno, eğitimin Almanya’da yaşananların bir daha tekrarlanmayacağını garanti edebileceğini söyler.²¹⁴ Bir “insan hakları kültürü”nden²¹⁵ bahseden Rorty’nin çözümü: duygusal eğitimidir.²¹⁶ Aslında günümüzde insan hakları açısından önemli olan birikim ve kültürün aktarılmasıdır.

Gauchet, insan haklarının ideolojik boyutuna dikkat çeker. Ona göre insan hakları kesin ve yaygın bir biçimde bir siyasete dönüşmüştür. Bu dönü-

208 ARENDT, 1990, s.45.

209 RAYNAUD, 1989, s.LIX.

210 BALIBAR, 2010, s.210.

211 AKAL, 2004, s.240.

212 AKAL, 2004, s.240.

213 AKAL, 2004, s.240.

214 ADORNO, 1970, s.104.

215 Rorty bu kavramın ilk kez Eduard Rabossi’nin “Human Rights naturalised (Tabiileştirilmiş insan hakları)” adlı makalesinde yer aldığını belirtmektedir. (RORTY, 1998, s.170.)

216 RORTY, 1998, s.170.

şüm de bir zarara yol açmaksızın gerçekleşemez.²¹⁷ İnsan hakları siyaseti ona göre bir yandan eylemi en güçlü biçimde tetikleyen, aktörlerin kendiliğinden harekete geçmesini sağlayan ama doğası gereği kendi gerçekleşme koşullarını düşünmekten acizdir.²¹⁸ Akal da asıl tehlikenin insan hakları adına mücadele veren pozitivistlerin içine düştükleri tehlikenin olduğunu söyleyecektir.²¹⁹ Hakların görece niteliğini kabul ederek, hakların kaynağının araştırılmasına değil de hakların korunmasına ağırlık verilmesini isteyenler, hakların kaynağına ulaşamadıkları için garip bir konumda kalacaklardır.²²⁰ Akal'a göre pozitivistlerin insan hakları adına verdikleri mücadele, hakların değişken niteliğini onayladıklarına göre, isteseler de istemeseler de keyfi, kişisel, siyasi bir seçimin sonucu olacaktır.

Fransız devriminden beri temel sorun insan haklarına ilişkin ilkelerin yayılmasının biçimiyle ilgilidir. Yayılmacı politikalar, diğer toplumların bu ilkeleri benimsemesini zorlaştırmıştır. Başta Fransız devriminden sonra coşkuyla karşılanan bu ilkeler, geniş kitlelerce kabul görmüştür. Ancak Napoléon'un yayılmacı politikası, bu çerçevede her toplumun kendine özgü hakları ön plana çıkarmasına neden olmuştur. Günümüzde de insan haklarına ilişkin temel eleştiriler aslında bazı politikaların insan haklarının ardına sığınarak gerçekleştirilmesine ilişkindir. Bu hem insan haklarına olan inancı sarsmakta hem de bu kavramın içeriğini boşaltmaktadır. Hem de Bentham, Savigny ve Hegel'den beri gelen "soyutluk" eleştirisinin devam etmesine sebep olmaktadır.

Sonuç

Burke ile başlayan Fransız devrimi sonrası eleştiriler özellikle tabii haklar ve sözleşme teorisine odaklanmaktadır. İngiltere'de Burke ve Paine arasında liberal gelenek içersinde bir kırılma gerçekleşmiştir. Burke, "Fransız Devrimi Üzerine Düşünceler"inde devrimi ve getirdiği ilkeleri sert bir dille eleştirirken, Paine, Fransız devrimini İngiltere'nin örnek alması gerektiğini düşünüyordu. Bu aynı zamanda İngiliz devrimine ilişkin bakış açısında farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Burke'e göre İngiliz devrimi bir istisnadır oysa Paine'e göre kamu hukukuna ilişkin yeni ilkeler ortaya atmıştır.

²¹⁷ GAUCHET, 2013, s.158.

²¹⁸ GAUCHET, 2013, s.202.

²¹⁹ AKAL, 2012, s.329.

²²⁰ AKAL, 2012, s.329.

Bentham, Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi açısından Paine’e katılmaktaysa da Fransız devrimi ile ilgili görüşleri geleneksel bir faydacı olarak da nitelendiren Burke’e daha yakındır. Bentham, İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’nin temel aldığı tabii haklar ve sözleşme teorisini faydacı geleneğin içersinden eleştirmektedir. Tabii hakları “hayali haklar” olarak nitelendiren Bentham, Bildirge’yi Pandora’nın kutusuna benzetir. Bentham, Bildirge’yi hem temel aldığı kavramlar hem de dilbilimi açısından alaycı bir üslupla madde madde eleştirir.

Almanya’ya da Fransız devriminin etkileri farklı şekillerde tesir etmiştir. Tarihçi hukuk okulu tabii okulu eleştirir ve onu “tarihçi olmayan okul” olarak nitelendirir. Örf ve adetin önemini vurgulayan tarihçi hukuk okulunun önemli kavramlarından biri olan “halk ruhu”, toplumun zaman içerisinde oluşan yapısına dikkat çeker. Tarihçi hukuk okulunun kurucusu olarak kabul edilen Savigny ve Thibaut arasında gerçekleşen kodifikasyon tartışması, “Code Napoléon”un etkisiyle Almanya’da alevlenen bir tartışmadır. Savigny, Almanya’nın henüz bir kanunlaştırma hareketi için hazır olmadığını söylerken, Thibaut, Almanya’da Napoléon’unki gibi bir kodifikasyon yapılabileceği ve bunun zorunlu hale geldiği görüşündeydi.

Hegel bu tartışmada Thibaut’nun tarafında yer almaktaydı ve tarihçi hukuk okulunun “halk ruhu” gibi kavramlarını devraldıysa da halk ruhu (Volksgeist) kavramını farklı bir şekilde kullanmaktaydı. Bir halkın üretkenliği olarak ele aldığı halk ruhu kavramı ve anayasa arasındaki ilişki üzerinde duran Hegel, her halkın kendine özgü bir anayasası olduğunu vurgulamıştır. Bu çerçevede Napoléon’un İspanyollara kabul ettirmeye çalıştığı Anayasa’nın kendilerinininkinden daha iyi olduğunu ama o toplum tarafından benimsenmediği için reddedildiğini söyleyecektir. Hegel, Fransız devriminin tarihsel önemini kabul ederken ilk kez bazı siyasi özgürlüklerin kabul edildiğini belirtmektedir. Ancak Hegel’e göre bu özgürlükler soyut olup henüz somutlaşmamışlardır. Bu nedenle özellikle özgürlük düşüncesinin belirli bir aşamada kaldığını söylemektedir. Hegel’in somutlaşma için kullandığı yöntem Taylor, Honneth gibi düşünürlerce de kabul edilen “tanınma teorisi”dir. Eğitimin bilinçlenme açısından önemine vurgu yapan Hegel’in görüşlerinin bir kısmı Adorno ve Horkheimer tarafından da devralınmıştır.

Fransız devriminden itibaren devam eden “soyutluk” eleştirisi hala devam etmektedir. Günümüzde tabii haklar, tarihçi hukuk okulunkine benzer argümanlarla kültürel görecelik taraftarlarınca da eleştirilmektedir. Her iki görüşün (tabii ve tarihselci yaklaşım) bir sentezini yapmaya çalışan Etik görüş ise faydacı teorisinin kavramlarını kullanmaktadır.

İnsan haklarının “insan onuru” gibi aşkın kavramlara gönderme yapılarak temellendirilmesi de eleştiri konusu olmuştur. Burke’ün eleştirisini devralan Arendt de insan haklarının vatandaşın haklarına dönüşmedikçe koruma altında olmadığını, “haklara sahip olma hakkı” üzerinden değerlendirmiştir. Özellikle insan haklarının bir müdahale aracı olarak kullanılması “soyutlama” eleştirisini pekiştirmektedir. Gauchet’nin de belirttiği gibi insan hakları siyasete alet edilmekte ve bu da insan haklarına zarar vermektedir. İnsan hakları bu soyutlamadan nasıl kurtulabilir sorusu güncelliğini korumaktadır. İnsan haklarının içselleştirilmesi nasıl mümkün olabilir? Bu açıdan Adorno ve Horkheimer’in “eğitim” ve Rorty’nin “duygusal eğitim” kavramları önem kazanmaktadır. İnsanlığın yaşadığı felaketlerden edindiği bir tecrübe ve birikim olarak “insan hakları kültürü” kavramı karşımıza çıkmaktadır. Ancak bir “insan hakları kültürü” empoze edilmeden nasıl oluşturulabilir sorusu hala kolay cevaplandırılabilir bir soru değildir. İnsan haklarının temellendirilmesinde ve özellikle tabii hukukun aşkın kavramlarına erken bir cevap vermeleri açısından da faydacı ve tarihçi hukuk okulunun etkisi de gözden kaçırılmamalıdır. İnsan haklarının meşruiyeti açısından uygulamanın yanında düşünsel temellerinin de göz önünde bulundurulması ve nasıl içkin hale getirilebileceği üzerine tekrar tekrar düşünülmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- ADORNO Theodor W., **Erziehung zur Mündigkeit**, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1970.
- AKAL Cemal Bâli, **Modern Düşüncenin Doğuşu**, 3. Basım, Dost Yayınevi, Ankara, 2003.
- AKAL Cemal Bâli, **Varolma Direnci ve Özerklik, Bir Hak Kuramı için Spinoza'yla**, Birinci Basım, Dost Yayınevi, Ankara, 2004.
- AKAL Cemal Bâli, "Hukukun Kaynağı Hakkında Çalışma Notları", **Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan**, Der Yayınları, İstanbul, 2012, ss.323-361.
- ARENDT Hannah, **On Revolution**, Penguin Books, London, 1990.
- AUDARD Catherine, **Anthologie historique et critique de l'utilitarisme I**, Bentham et ses précurseurs, Puf, Paris, 1999.
- BALIBAR Étienne, "Arendt, le droit aux droits et la désobéissance civique", **La proposition d'égaliberté**, Puf, Paris, 2010.
- BEDAU Hugo Adam, "Anarchical Fallacies: Bentham's Attack on Human Rights", **Human Rights Quarterly**, 22, 2000, ss.261-279.
- BENTHAM Jeremy, Jeremy Bentham to the national convention (1793), (<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k369909>)
- BENTHAM Jeremy, **Anarchical Fallacies being an examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution**, Works of Jeremy Bentham, Ed. John Bowring, Part VIII, Edinburgh, 1839.
- BENTHAM Jeremy, **Yasamanın İlkeleri**, Çev. Barkın Asal, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011.
- BINOCHE Bertrand Binoche; CLÉRO Jean-Pierre, **Bentham contre les droits de l'homme**, Puf, Paris, 2007.
- BOWRING J.B. (ed.), **The Woks of Jeremy Bentham**, Vol. IV, Edinburgh, MDCC-CXLIII.
- BRIE S., **Der Volksgeist bei Hegel und in der historischen Rechtsschule**, Dr. Walter Rothschild, Berlin; Leipzig, 1909.
- BURKE Edmund, **Réflexions sur la révolution de France**, Hachette, Paris, 1989.
- BURKE Edmund, **Fransız Devrimi Üzerine Düşünceler**, Der. Alev Alatlı, Batı'ya Yön Veren Metinler III, İlke Eğitim ve Sağlık Vakfı, 2010.
- BURNS J.H., "Bentham and the french revolution", **Transactions of the royal historical sociey**, vol.16, 1966, ss.95-114.
- DONNELLY Jack, **Universal Human Rights in Theory and Practice**, Cornell University Press, 2003.

- DONNELLY Jack, "The relative Universality", **Human Rights Quarterly**, vol.29, no:2, 2007, ss.281-306.
- DUFOUR Alfred, **Droits de l'homme. Droit naturel et histoire**, Puf, Paris, 1991.
- ERDOĞAN Mustafa, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Orion, Ankara, 2011.
- GAUCHET Marcel, **Yurttaşını arayan Demokrasi**, Derleyen ve Çeviren: Zeynep Savaşçın, İletişim Yayınları, İstanbul, 2013.
- GÉRARD Philippe, **L'esprit des droits. Philosophie des droits de l'homme**, Saint Louis, Bruxelles, 2007.
- GIERKE Otto, **Die historische Rechtsschule und die Germanisten**, Gustav-Schade, Berlin, 1903.
- GÖZE Ayferi, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, 14. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.
- GÜRİZ Adnan, **Faydacı Teoriye göre Ahlak ve Hukuk**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1963.
- HALÉVY Elie, **La formation du radicalisme philosophique**, Tome I, La jeunesse de Bentham, Ancienne Librairie Germer Baillere, Paris, 1901.
- HARRISON Ross, **Bentham, The Argument of Philosophers**, Ed. By Ted Honderich, Routledge & Kegan Paul, 1983.
- HART H.L.A., (Ed.) **Essays on Jurisprudence and Theory**, Clarendon Press, Oxford, 1982.
- HEGEL G.W.F., **Rechtsphilosophie**, Hrsg. Karl-Heinz Ilting, 4. Band, Frommann-Holzboog, 1974.
- HEGEL G.W.F., **Phänomenologie des Geistes**, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1970.(a)
- HEGEL G.W.F., **Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie**, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1970.(b)
- HEGEL G.W.F., **Grundlinien der Philosophie des Rechts**, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1986.(a)
- HEGEL G.W.F., **Jenear Schriften**, Suhrkamp Verlag, 1986. (b)
- HITCHENS Cristopher, **Über Thomas Paine Die Rechte des Menschen**, Dtv, München, 2006.
- HONNETH Axel, **La lutte pour la reconnaissance**, Cerf, Paris, 2002.
- HONNETH Axel, "Atomisierung und Sittlichkeit. Zu Hegels Kritik der Französischen Revolution", **Die Ideen von 1789**, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989, ss.174-186.

- JOUANJOUAN Olivier, **Une Histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)**, Puf, Paris, 2005.
- KANTOROWICS Herman, “Volkgeist und die historische Rechtsschule”, **Historische Zeitschrift**, Band 108, 2, 1912.
- KLEIN P., **Hegel and the other: A Study of Phenomenology of Spirit**, State University of New York Press, Albany, 2005.
- KOJÈVE Alexandre, **Hegel Felsefesine Giriş**, çev. Selahattin Hilav, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2001.
- KRAMER-MC INNIS Georg, **Der “Gesetzgeber der Welt”, Jeremy Bentham’s Grundlegung des klassischen Utilitarismus unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechts und Staatslehre**, Dike/Nomos, Zürich, 2008.
- LARRABEE Harold A. (Ed.), **Bentham’s Handbook of Political Fallacies**, Apollo Editions, 1971.
- David Lyons, “Utility and Rights”, **Theories of Rights**, Jeremy Waldron (Ed.), Oxford Univ. Press, 1984.
- MAISTRE Joseph de, **Ecrits sur la Révolution**, Puf, Paris, 1989.
- MEDER Stephan, **Rechtsgeschichte**, Böhlau Verlag, Köln, 2005.
- MENKE Christoph; POLLMANN Arndt, **Philosophie der Menschenrechte**, Junius, 2007.
- MILL John Stuart, **Utilitarianism, Liberty, Representif Government**, Everyman’s Library, Dent, London, 1964.
- MORRIS Kenneth E., “Western Defensiveness and Defense of Rights. A Communitarian Alternative”, **Negotiating Culture and Human Rights**, Ed. Lynda S. Bell; Andrew J. Nathan; Ilan Peleg, Columbia Univ. Press, 2001.
- MULLENDER Richard, “Hegel, Human Rights, and Particularism”, **Journal of Law and Society**, Vol. 30, 2003, ss.554-574.
- OST François, “Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham”, Ph. Gérard, F. Ost, M. Van de Kerchove, **Actualité de la pensée de Jeremy Bentham**, Bruxelles, 1987.
- ÖZKURT Hülya, **Jeremy Bentham’ın Faydacı Ahlak ve Hukuk Teorisi**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013.
- PAINE Thomas, **İnsan Hakları**, M.E.B, 1998.
- PONTON Lionel, **Philosophie et Droits de l’homme**, Vrin, 1990.
- PRICE Richard, “A Discourse on the love of our country” (1789), <http://oll.libertyfund.org/titles/368> (5.7.2014)

- RAYNAUD Philipe, Préface (Önsöz), Edmund Burke, **Réflexions sur la révolution de France**, Hachette, Paris, 1989
- REGHABY Heydar, **Revolutionäre und konservative Aspekte in der Philosophie des Volksgeistes**, Inaugural-Dissertation, Berlin, 1963.
- REHBERG A.Wilhelm, **Recherches sur la révolution française**, Vrin, Paris, 1998.
- RITTER Joachim, **Hegel und die Französische Revolution**, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1965.
- RORTY Richard, “Human Rights, Rationality and Sentimentality”, **Thruth and Progress**, Philosophical Papers, vol.3, Cambridge University Press, 1998, ss.167-185.
- ROSENBAUM Wolf Rosenbaum, **Naturrecht und positives Recht**, Hermann Luchterhand Verlag, Darmstadt, 1972.
- SÁNCHEZ José J. Jimenez, “If Bentham had read...”, http://www.stern.nyu.edu/cons/groups/content/documents/webasset/con_036905.pdf (1.5.2014).
- SAVIGNY Friedrich Carl, “Yasal Düşüncenin İki Ekolü”, Der. Alev Alathı, **Batr’ya Yön Veren Metinler III**, İlke Eğitim ve Sağlık Vakfı, 2010.
- SAVIGNY Friedrich Carl, **Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft**, Heidelberg, 1814.
- SCHMITT Carl, **Parlamentar Demokrasinin Krizi**, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 1996.
- SCHOFIELD Philip, **Utility and Democracy: The Political Thought of Jeremy Bentham**, Oxford, 2006.
- SCHOFIELD Philip, “Bentham and Nineteenth-Century English Jurisprudence”, **The Journal of Legal History**, 12:1, 1996, ss.58-88.
- SCHOFIELD Philip, “Colonies and constitutional Law”, **Utility and Democracy: The Political Thought of Jeremy Bentham**, Oxford, 2006, ss.200-220.
- SCHOFIELD Philip, “Jeremy Bentham and the british intellectual response to the French Revolution”, **Journal of Bentham Studies**, vol. 13, 2011, ss.1-27.
- SCHOFIELD Philip, “Jeremy Bentham’s “Nonsense upon stilts””, **Utilitas**, vol. 15, is.1, 2003, ss.1-26.
- SCHOFIELD Philip, “Jeremy Bentham, the french Revolution and political radicalism”, **History of political Ideas**, 30:4, 2004, ss.381-401.
- SCHRÖDER Rainer, **Rechtsgeschichte**, Alpmann Schmidt, 2006.
- SHANKIRI M.El, “Jeremy Bentham: critique des droits de l’homme”, **Archives de philosophie de droit**, 1964.

- SHESTACK Jerome J., “The philosophic foundations of human rights”, **Human Rights Quarterly**, 20.2, 1998, ss.201-234.
- STANLIS Peter James, **Edmund Burke and the natural law**, Transaction Publishers, New Brunswick, London, 2009.
- STARK W., “Jeremy Bentham as an Economist”, **Jeremy Bentham: Critical Assessments**, ed. Bhikhu C. Parekh, Taylor & Francis, 1993, ss.467-431.
- STRAUSS Leo, **Droit Naturel et Histoire**, Flammarion, Chicago Press, Chicago, 1954.
- TAYLOR Charles, **Multiculturalisme, Différence et démocratie**, Aubier, Paris, 1994.
- THIBAUT A.F.J. Thibaut, **Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland**, Keip Verlag, Goldbach, 1997.
- TUSSEAU G., “Jeremy Bentham et les droits de l’homme: un réexamen”, **Revue Trimestrielle des droits de l’Homme**, 50, 2002. <http://www.rtdh.eu/pdf/2002407.pdf> (5.5.2014)
- VILLEY Michel, **Le droit et les droits de l’homme**, Puf, 1990.
- WEBER Florian, **Benjamin Constant und der liberale Verfassungsstaat. Politische Theorie nach der Französischen Revolution**, Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2009.

Rawls ve Nozick'in Adalet Teorileri Açısından İnsan Onurunun Değerlendirilmesi

Nagehan GÜRBÜZ*

ÖZET

İnsan onuru, her insanın yalnızca insan olmaktan kaynaklanan değerini ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu kavramı günümüze en yakın anlamıyla temellendiren düşünür ise Immanuel Kant'tır. Kant, otonom bir varlık olan ve bu nedenle onur sahibi olan insana başkalarının amaçları için bir araç olarak muamele edilmesini kabul edilemez bulmaktadır. John Rawls ve Robert Nozick de gelirin nasıl paylaştırılacağı konusunda geliştirmiş oldukları adalet teorilerinde insan onuruna atf yapmaktadırlar. Ancak her iki düşünür de insan onuruna vurgu yapmış olmalarına rağmen birbirlerinden oldukça farklı sonuçlara ulaşmışlardır. Bu çalışmada Rawls ve Nozick'in adalet teorileri insan onuru çerçevesinden değerlendirilecek ve hangi teorisinin insanın araçsallaşmasını engellediği ortaya konmaya çalışılacaktır.

Anahtar kelimeler: İnsan onuru, Rawls, Nozick, Sosyal Adalet, Yarcılık.

Evaluation of Human Dignity from the Point of Rawls and Nozick's Justice Theories

ABSTRACT

Human dignity is used to express the inherent worth derived from merely being human. Immanuel Kant is the philosopher who grounds human dignity with a meaning closest to its modern-day use. Kant finds it unacceptable that a human, who is an autonomous; therefore dignified creature, is treated as a merely mean for the ends of others. John Rawls and Robert Nozick refer to human dignity in their justice theories dealing with the question of income distribution. Despite the fact that the abovementioned philosophers emphasize human dignity, they come up with radically

* Ar. Gör., İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

different results. In this paper, Rawls and Nozick's justice theories with regard to human dignity will be analyzed and the answer to the question of which theory protects human from instrumentalization will be sought.

Keywords: Human Dignity, Rawls, Nozick, Social Justice, Utilitarianism.

GİRİŞ

Hem John Rawls hem de Robert Nozick, gelir ve servetin en adil şekilde nasıl dağıtılacağı üzerine adalet teorileri geliştirmiştir. Her ikisi de paylaşımın nasıl yapılacağına dair tasarımlarını oluştururken bireyin toplum yararına feda edilmemesini ve korunmasını istemiştir.

Toplam yararı maksimize etmeyi hedefleyen yararcılara karşı teorilerini temellendiren her iki düşünür de insan onurunu ve Kantçı ilkeleri kendilerine rehber edinmiştir. Ancak çıkış noktaları aynı olan bu iki düşünür insan onuru kavramına çok farklı açılardan yaklaşmış ve adalet tasarımları da bu doğrultuda birbirinden uzaklaşmıştır. Rawls, “Bir Adalet Teorisi” adlı kitabında sosyal adalet kavramını öne çıkarırken; Nozick, “Anarşi, Devlet ve Ütopya” adlı eserinde sosyal adaleti ve yeniden dağıtım politikalarını reddeden ve dahası özel mülkiyeti yücelten bir anlayışı benimsemiştir.

Bu çalışmanın amacı da Rawls ve Nozick'in adalet teorilerine insan onuru penceresinden bakmak ve hangi teorinin bir yandan sosyal adaleti sağlarken bir yandan da insanın araçsallaştırmasını engellediğini anlamaya çalışmaktır.

Bu doğrultuda öncelikle insan onurundan ne anlaşılması gerektiği üzerinde kısaca durulacak ve ilerleyen kısımların daha anlaşılır olması için Kant'ın insan onuru anlayışı daha detaylı biçimde incelenecektir. Çalışmanın devamında ise Rawls ve Nozick'in adalet teorileri insan onuru çerçevesinden değerlendirilecektir. Rawls ve Nozick'in teorilerinin her açıdan etraflıca incelenmesi bu çalışmanın kapsamı dışında olduğu için yalnızca düşünürlerin teorilerinin insan onuru ile bağlantılı noktaları üzerinde durulmakla yetinilecektir.

I. GENEL OLARAK İNSAN ONURU

A. İnsan Onuru Kavramının Tarihsel Kökenleri

İnsan onuru, kabaca her insanın yalnızca insan olmaktan kaynaklanan değerini ifade etmek için kullanılmaktadır. Liberal öğretisi ve bu öğretinin ürünü olan insan hakları belgelerinde insan onuru, insan haklarının varlık nedeni olarak görülmektedir. Bu anlayışa göre onur, insan olma sıfatına yerleşiktir.

İnsan olma sıfatına yerleşik olma (*inherent dignity*) ile kastedilen ise insanların sosyal konumlarından, yeteneklerinden, kişisel özelliklerinden, tercihlerinden yani her türlü arızı özelliklerinden bağımsız olarak yalnızca insan olmaktan dolayı bu değere sahip olmalarıdır.¹ Bu değer, insanı diğer canlılardan ayıran insana özgü yapısal olanaklardır.² İşte insan hakları, tür olarak insanın değerini oluşturan böyle olanakların gerçekleştirilebilirliğinin nesnel koşullarıdır. İnsan hakları, kişilerin bu olanaklarını gerçekleştirebilmeleri için nasıl muamele görmeleri ve birbirlerine nasıl davranmaları gerektiğini göstermektedir.³

Ancak insan onuru her zaman bugün anladığımız biçimde kullanılmamıştır. Örneğin Roma'da onur, kişinin insan olmaktan kaynaklanan öz değerini ifade etmekten ziyade onun toplum içerisinde sahip olduğu değerine, sosyal statüsüne ve yükümlülüklerine vurgu yapmaktaydı.⁴ Yine Ortaçağ'da insan onuru, Hristiyanlık inancı çerçevesinde temellendirilmekteydi. Bu inanca göre, insan Tanrı suretinde yaratılmıştır (*imago Dei*) ve bu nedenle onur sahibidir. Tanrı, mutlak sevgisiyle insana onur lütfetmiş ve bu onuru dokunulmaz kılmıştır.⁵

İnsanın belirli özelliklerinden ve sosyal konumundan bağımsız olarak ele alınmayan insan onuru kavramı, Rönesans ve Aydınlanma Çağı ile farklı bir çehreye kavuşmuştur. İnsanın tek başına bir değer olarak kabul edilmesinin ve insanın devletten önce hak sahibi olduğunu kabul eden doğal hukuk anlayışının etkisi ile yalnızca belirli bir grubun değil herkesin insan olmaktan kaynaklanan onura eşit biçimde sahip olduğu anlayışı yerleşmeye başlamıştır.⁶

İnsan onurunu bugüne en yakın anlamıyla temellendiren ise kuşkusuz Immanuel Kant olmuştur. İlerleyen bölümlerde inceleneceği üzere John Rawls teorisini oluştururken kendisine Kant'ı rehber almaktadır. Hem insan onurunu anlamak bakımından Kant'ın teşkil ettiği önem hem de çalışmanın konusu bakımından Kant'ın insan onuru anlayışı üzerinde daha detaylı olarak durmak gerekmektedir.

1 SULMASY, 2007, s. 12.

2 KUÇURADİ, 1996, s. 49.

3 KUÇURADİ, 2008, s. 78.

4 DONNELLY, 2009, s. 16-17., http://www.udhr60.ch/report/donnelly-HumanDignity_0609.pdf, 08.05.2013; SULMASY, 2007, s. 11.

5 THURNER, 2006, s. 53.

6 ŞİMŞEK, 1999, s. 22.

B. Kant'ın İnsan Onuru Anlayışı

Kant'a göre insanı diğer canlılardan farklı kılan ve ona onurunu ve değerini veren şey, sahip olduğu iyi irade ve bu iradeyi otonom olarak ahlak yasasına uygun biçimde kullanabilme kapasitesidir.⁷ İyi irade, ödevin ne olduğunu bilen ve ödevi ödev olduğu için yerine getiren iradedir. Ahlaka uygun eylem, doğuracağı sonuç ve etkiden bağımsız olarak kendisi için gerçekleştirilen, ödevde yani insana ahlaki değerini kazandıran ahlak yasasına saygıdan kaynaklanan eylemdir.⁸ Kant'a göre, bir eylemin ahlaki açıdan değerli bir eylem olarak kabul edilmesi için ödevde uygun olması yetmez, aynı zamanda bu eylemin ödevden dolayı yapılmış olması da gerekir. Bir başka ifadeyle, ödevde uygun ama kişisel çıkar gibi başka bir saikle yapılan eylem, ahlaki açıdan değerli bir eylem olarak kabul edilemez.⁹

Kant'a göre eylemlerin ahlaki değeri, eylemin sonuçlarından değil, öznenin eylemine temel yaptığı maksimden gelir. Ayrıca Kant'a göre insanların eylemlerine temel yaptığı maksim sadece mutluluk olmamalıdır. Ahlaklılığın yalnızca mutluluk ile ilgili olması halinde, insanların doğal ihtiyaçlarını temin ederek mutluluğa ulaşan hayvanlardan bir farkı kalmayacaktır.¹⁰ Kant, daha sonra maksim dediğimiz davranış ilkelerini kategorik yani koşulsuz ve hipotetik yani koşullu buyruk diye ikiye ayırır. Koşullu buyruk, kendisi için değil arzu edilen sonuca ulaşmak için kabul edilen ve bu nedenle evrensel bir geçerliliğe ve bağlayıcılığa sahip olmayan davranış ilkesini ifade eder. Oysa kategorik /koşulsuz buyruk, başka herhangi bir amaçla ilgi kurmadan, bir eylemi yalnızca kendisi için zorunlu olarak sunan buyruktur. Buna göre, gerçek ahlaki emperatif, mutluluk dahil arzu edilen herhangi bir sonuçtan bağımsız olarak emreden buyruktur. İşte Kant'ın iyi irade ile birlikte insana onur kazandırdığını belirttiği ahlak yasası budur ve bu tek ahlaki yasanın farklı formülasyonları söz konusudur.¹¹ Evrensellik ilkesi olarak da adlandırılan birinci formül şu şekildedir: *“ancak, aynı zamanda genel bir yasa olmasını isteyebileceğin maksime göre eylemde bulun”*.¹² Yani en temel ahlak yasasına göre ahlaki karar verme durumunda kalan insanlar her seferinde kendilerine *“bu*

⁷ BEYSAN, 2008, s. 104.

⁸ YALÇIN, 2004, s. 78. ; AKARSU, 1987, s. 42-43. ; BEYSAN, 2008, s. 103.

⁹ YALÇIN, 2004, s. 78.

¹⁰ GÜRLER, 2007, s. 35.

¹¹ KANT, 2009, s. 29-37.; METİN, 2010, s. 61-62.

¹² KANT, 2009, s. 38.

ilke bütün insanların kendisine uyacakları evrensel bir ahlak kuralı olabilir mi” diye soracaklardır.¹³

Kant'ın ahlak yasasının veya kategorik emperatifin bir diğer formülasyonu ise şöyledir: *“İnsan ve genel olarak her akıl sahibi varlık, şu veya bu isteme için rastgele kullanılacak sırf bir araç olarak değil, kendisi amaç olarak vardır; ve gerek kendine gerekse başka akıl sahibi varlıklara yönelen bütün eylemlerinde hep aynı zamanda amaç olarak görülmelidir.(...) Her defasında insanlığa kendi kişinde olduğu kadar başka herkesin kişisinde de sırf araç olarak değil, aynı zamanda amaç olarak davranacak biçimde eylemde bulun.”¹⁴*

Kant'ın bu formülasyonuna göre insan, sırf insan olmaktan dolayı değerlidir ve başlı başına bir amaçtır. İnsana her zaman amaç olarak davranılmalıdır çünkü insan diğer canlılardan farklı olarak akıl sahibidir.¹⁵ Bir başka deyişle Kant, insanın akıl sahibi bir varlık olmasından dolayı onun araçsallaştırılmasını istemektedir. Burada karşımıza otonomi kavramı çıkmaktadır. Kant için “ahlaki otonomi” insan onurunun temelidir. Bir kişinin ahlaki otonomisinden söz edebiliyorsak ancak onun onur sahibi olduğundan bahsedebiliriz.¹⁶ Kant, etik anlayışını insanın otonomisinde temellendirmektedir. İnsanın akıl ve özgürlük sahibi olması onun otonom bir varlık olmasının sebebidir ve yalnızca insan, özgür iradeye yani otonomiye sahip olduğu için ahlak yasasına saygı ile davranabilir ve kendi ahlaki tercihlerine göre eylemde bulunabilir.¹⁷

İnsanın akıl sahibi olmasından dolayı araçsallaştırılmaması kişiye iki yönlü bir ödev yüklemektedir. İlki başka insanları hiçbir zaman sadece kendi amaçlarımız için kullanmamamız gerektiği ödeviyken, ikinci ödev, kendimizi hiçbir zaman başkalarının amaçları uğruna yalnızca bir araç olarak kabul etmememiz gerektiğidir.¹⁸

Rawls da, Kant'tan insan onuru doktrinini devralır ve insanı amaç olarak görececek bir toplumun nasıl oluşturulabileceğini adalet teorisi aracılığıyla ortaya koymaya çalışır.¹⁹

¹³ METİN, 2009, s. 62.

¹⁴ KANT, 2009, s. 45-46.

¹⁵ BEYSAN, 2008, s. 106.

¹⁶ ŞİMŞEK, 1999, s. 25.

¹⁷ HEPER, 2008, s. 260. ; BEYSAN, 2008, s. 107.

¹⁸ BEYSAN, 2008, s. 106-107.

¹⁹ RAWLS, 2003, s. 36.

II. RAWLS'UN ADALET TEORİSİ ÇERÇEVESİNDE İNSAN ONURUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Rawls, liberal sistem içinde kalarak toplumun avantajsız kesiminde yer alanların refahtan yeterli pay almasının mümkün olup olmadığını anlamaya çalışmakta ve bunu mümkün hale getirmek için bir yandan liberal demokrasi anlayışını “dağıtıcı adalet” çerçevesinde yeniden oluştururken, diğer yandan bu anlayışı yararcılıktan bağımsızlaştırmaya çalışmaktadır.²⁰

A. Rawls'un Yararcılığa Getirdiği Eleştiriler Bakımından İnsan Onuru

Daha çok Anglo-sakson dünyada benimsenen ve ilk temellerini David Hume'ün attığı yararcılık, Antik Yunan düşüncesindeki hazcı görüşün devamı niteliğindedir. En önemli temsilcisi Bentham olan yararcılara göre, insanlar yaradılış icabı haz veren şeyleri arzu eder ve ıstırap veren şeylerden kaçınır. Bu bağlamda, eylemleri ahlaki açıdan iyi ya da kötü olarak değerlendirmenin yolu da eylemin doğurduğu haz ve acıya bakmaktan geçer. Haz doğuran eylemler ahlaken doğru iken, acı veren eylemler ahlaken yanlıştır. Bentham'a göre, mutluluk ölçülebilen bir kavramdır ve herkesin mutluluğunun toplanmasıyla hesap edilir. Yani mutluluk ölçülürken yalnızca tek bir birey esas alınmayacak; toplumdaki tüm bireylerin yararının toplamı göz önünde bulundurulacaktır. Bu bağlamda bir eylemin iyi olabilmesi için en fazla sayıdaki insanın azami mutluluğunu sağlaması gerekmektedir.²¹

Yararcılığın en fazla sayıdaki insanın azami mutluluğunu hedeflemek suretiyle yapmış olduğu fayda-maliyet analizi, bireyi daha fazla sayıdaki insanın yararı için feda edilebilir bir konuma sokmuştur. Bu görünümüyle yararcılık kapitalizm ile de uyumlu bir görünüm arz etmektedir.²² Bu bağlamda yararcılığın, her bir insanın yalnızca insan olmaktan kaynaklanan değerine vurgu yapan insan onuru anlayışı ile bağdaşması imkânsızdır. Zira yararcılık daha fazla sayıdaki insan için feda edilen insanların haklarını görmezden gelmekte ve eylemleri yalnızca sonucuna göre değerlendirmektedir.²³ Bu anlayış o denli tehlikelidir ki, en temel hakların dahi ihlal edilmesine izin verebilir.

²⁰ IŞIKTAÇ, 2012, s. 28.

²¹ GÜRİZ, 1963, s. 2-3. ; ÜSKÜL, 2003, s. 136-137. ; IŞIKTAÇ, 2006, s. 220-225. ; METİN, 2010, s. 54.

²² METİN, 2010, s. 54.

²³ ÜSKÜL, 2003, s. 139.

Örneğin çoğunluğun yararı için bazı insanların köleleştirilmesi mümkündür. Yararcılara göre önemli olan köleliğin adil olup olmadığı değil, çoğunluğun yararına hizmet edip etmediğidir.²⁴ Rawls'un yararcılığa itirazı da tam bu noktada ortaya çıkmaktadır.

Rawls'un Adalet Kuramı'ndaki temel amacı, sosyal sözleşme doktrinine dayanan ve yararcı görüşe karşı olan bir adalet teorisi temellendirmektir.²⁵ Rawls'un yararcılığa ilk itirazı, en büyük toplam fayda uğruna bireyler arasındaki farklılıkları ihmal ediyor olmasıdır. İkinci olarak yararcılık, toplam faydayı maksimize etmek için kişilerin özgürlüklerinde sınırlandırmalar yapılmasına izin vermektedir. Oysa başkaları tarafından paylaşılan daha büyük bir iyi için bazı kişilerin özgürlüğü sınırlandırılmamalıdır.²⁶ Her insanın toplumun refahı için dahi olsa feda edilemeyecek, adalet temeline dayanan bir dokunulmazlığı bulunmaktadır.²⁷

Rawls'un esas amacının klasik yararcı görüş ile sezgici adalet teorilerini dengelemek ve her iki görüşe karşı bir alternatif oluşturmak olduğu söylenebilir.²⁸ Sezgicilik Rawls bakımından iki açıdan önemlidir. Sezgiciliği Rawls bakımından önemli hale getiren ilk konu, adaleti iyiden bağımsız olarak ele almasıdır.²⁹ İkinci ve konumuz bakımından daha önemli olan ise Kant'tan insan onuru doktrininin devralması ve yararcı görüşün insanı zevkleri peşinde koşan bir varlık olarak ele aldığı anlayışı reddetmesidir.³⁰

Rawls'a göre, sezgisel adalet duygusu ve Kant'ın iyi iradesi insan onurunun önemli bir parçasını oluşturur. Hakkaniyet olarak adaletin, her bir bireyi özerk olarak görmesi ve dahası hiçbir bireyin çıkarını daha fazla sayıdaki insanın daha büyük mutluluğu için feda edilebilir olarak görmemesi de insan

24 ÜSKÜL, 1996, s. 70.

25 RAWLS, 1971, s. 11-27. ; GOROWITZ, 1994, s. 268. ; UYGUR, 2003, s. 8.

26 HÜNLER, 1997, s. 33-34. ; UYGUR, 2003, s. 8.

27 ÜSKÜL, 1996, s. 73.

28 WOLFE, 1977, s. 11. ; HÜNLER, 1997, s. 28.

29 Rawls için adaletin iyiye önceliği vardır. Rawls'a göre özerk ahlaki özne olarak insan iki önemli kapasiteye sahiptir: Adalet duygusu ve iyiyi anlama kapasitesi. Ancak toplumda çok farklı iyi anlayışları bulunmaktadır. Adalet duygusu ise bu farklı iyi anlayışlarının gerçekleşmesini sağlayacak ortamı hazırlayabilecektir. Her bir insanın özerkliği ve rasyonalitesi ile şekillenen birbirinden farklı iyi anlayışlarının liberal bir sistem içinde dengelenmesi gerekmektedir. Bir başka deyişle, liberal devletin bu farklı iyi anlayışları karşısında tarafsız olmasının nedeni bireysel otonomiye duyulan saygıdır. Bkz. IŞIKTAÇ, 2012, s. 29.

30 WOLFE, 1977, s. 12.

onuru gereğidir. Adalet duygusunun olmadığı yerde zevk, acı, haz, mutluluk dikkate alınacak yegâne ölçüt olacak ve yararcı prensibin uygulanmasına kimse karşı çıkmayacaktır.³¹

Rawls, yararcılığı Kant'ın ilkelerini kullanarak eleştirmektedir. Geliştirmeyi arzu ettikleri amaçlara sahip rasyonel bireylerin başkalarının yararlanaacağı daha büyük bir tatmin için kendi özgürlüklerinden vazgeçmesi mümkün değildir. Rawls'a göre birey, özgürce gelişmeye bırakılan ahlaki yeteneklerle donatılmış, düşünen, özerk bir varlıktır. Rasyonel birey³², sadece yararlar toplamını maksimize eden fakat bunun kendi çıkarları üzerinde yapacağı etkileri dikkate almayan bir kurumu kabul etmeyecektir. Bu nedenle de yarar prensibi kabul edilmeyecektir.³³

Rawls'un adalet tasarımıında kişiler, toplam yararın maksimize edilmesini değil, dengeli bir adaletin sağlanmasını tercih edeceklerdir. Rawls'a göre toplumun her üyesinin adalete dayalı bir dokunulmazlığı olduğunu, hiç kimse- nin refahının çığnenemeyeceğini ve birçok kişinin elde ettiği daha büyük bir fayda için bazılarının özgürlüğünü kaybetmesinin doğru olmadığını kabul etmemiz durumunda yarar prensibini terk ederek sosyal sözleşme teorisine sapmamız gerekmektedir.³⁴

B. İlk Durum ve Adalet İlkeleri

1. İlk Durum

Rawls'un sosyal sözleşmeye dayalı düşünme biçimlerine başvurmalarının nedeni, toplumsal refaha ve dağıtıma ilişkin faydacı yaklaşımın zayıflıklarını bertaraf etmek ve aynı zamanda tarafsız ve makul bir eşitlik içinde adaleti garanti etmektir.³⁵ Diğer sosyal sözleşmelerdeki doğa durumuna denk düşen "ilk durum"da (*original position*) taraflar bir araya gelecek ve belirleyecekleri adalet ilkeleri ile ileride birlikte yaşayacakları toplumun temellerini atacaklardır.³⁶

³¹ RAWLS, 1963, s. 303-305.

³² Burada bahsi geçen rasyonel birey, yararcılıkta olduğu gibi yalnızca kendi iyisinin peşinde koşan birey olarak anlaşılmamalıdır. Rawls'un bireyi hakkaniyet duygusu ile makul davranmaktadır. Bkz. IŞIKTAÇ, 2012, s. 32.

³³ RAWLS, 2003, s. 21. ; ÜSKÜL, 2003, s. 141.

³⁴ RAWLS, 2003, s. 7. ; IŞIKTAÇ, 2012, s. 33.

³⁵ RAWLS, 2003, s. 7. ; IŞIKTAÇ, 2012, s. 30., 32.

³⁶ ÜSKÜL, 2003, s. 143.

Bu adalet ilkeleri belirlenirken, sözleşmenin tarafları belli bilgilerden yoksundurlar. Rawls buna “cehalet perdesi” (*veil of ignorance*) adını vermektedir. Bu perde arkasındaki insanların hiçbirini, toplumdaki yerini, sınıfsal konumunu, sosyal statüsünü, psikolojik eğilimlerini, doğal piyangodan kendisine ne düştüğünü ve hatta hangi nesle ait olduğunu bilmemektedir. Ancak herkes belirlenecek adalet ilkelerini anlama kapasitesini haizdir.³⁷ İlk durumda tarafların cehalet perdesinin arkasında olmasının nedeni, adil olanın ne olduğu bulunmaya çalışılırken insanların çıkarlarından ve içinde bulundukları koşullardan sıyrılmış olarak karar vermelerinin sağlanmak istenmesidir.³⁸ İlk durumdaki kişilerin belirleyecekleri adalet ilkeleri de kimsenin toplumsal ve doğal koşulları sebebiyle avantajlı olup olmadığını bilmediği bir ortamda eşitler olarak razı olacakları ilkelere³⁹

2. Adalet İlkeleri Bağlamında İnsan Onuru

Tarafların ilk durumda seçtikleri iki adalet ilkesi vardır:

1. Her bireyin, diğeriyle uyuşan en geniş temel özgürlükler açısından eşit hakları olmasının sağlanması ilkesi (kişisel bağımsızlık ya da özgürlük ilkesi)
2. Sosyal ve ekonomik eşitsizliklere ilişkin yapılacak düzenlemede en zor durumda olanın yararının temel alınması ilkesi. Bu ilke iki koşulu içermektedir:
 - a. En zor durumda olanın korunması,
 - b. Yapılan düzenleme fırsat eşitliğini bozmamalı ve toplumdaki mevkiler herkese eşit şekilde açık olmalıdır.⁴⁰

Rawls bu iki adalet ilkesi arasında hiyerarşik bir ilişki kurmuştur. İlk ilke olan özgürlük ilkesi ikinci ilkeye her zaman üstündür. Yani temel özgürlükler hiçbir zaman daha fazla gelir elde etmek için sınırlanamayacaktır. Bir başka deyişle, iktisadi fayda uğruna kişiler özgürlüklerinden feragat etmeyi seçmemelidir. Özgürlüğün önceliği ile kastedilen, bir temel özgürlüğün ancak bir

³⁷ RAWLS, 1971, s. 136-137. ; RAWLS, 2006, s. 156. ; ÜSKÜL, 2002, s. 1687.

³⁸ ÜSKÜL, 1996, s. 27., 51-52. ; ÜSKÜL, 2002, s. 1679.

³⁹ KYMLICKA, 2006, s. 89.

⁴⁰ RAWLS, 1971, s. 302. Adalet ilkelerinin Türkçe çevirisinde yararlanılan kaynak için bkz. İŞIKTAÇ, 2006, s. 393.

diğer özgürlüğü ya da özgürlükleri korumak adına kısıtlanabilmesidir.⁴¹ İkinci ilkenin “fırsat eşitliği”ni düzenleyen b bendi de, en düşük düzeydeki grubun korunmasını amaçlayan, a bendinde ele alınmış “fark ilkesi”ne önceliklidir.⁴²

Rawls bu iki adalet ilkesi ile Kant arasında bir ilişki kurmaktadır. Rawls’a göre taraflar birbirlerini araç olarak değil amaç olarak görmek istiyorlarsa bu iki adalet ilkesini seçmeleri gerekir. Hakkaniyet olarak adalet anlayışı çerçevesinde, tarafların başlangıçta kabul ettikleri ilkelere göre eşit muamele görmesi sayesinde kişiler birbirlerini yalnızca amaç olarak görecekle ve birbirlerine hiçbir zaman araç olarak davranmayacaktır. Çünkü bu durumda kişiler, eşit bir temsile sahiptirler ve kabul ettikleri ilkeler kişiliklerinin isteklerini koruyacak biçimde rasyonel olarak belirlenmiştir.⁴³

a. Fark İlkesi ve Doğal Eşitsizlikler

Fark ilkesine göre, toplumda en dezavantajlı konumda olanın korunması gerekmektedir. Bu ilke aynı zamanda eşitsizliğe kapı aralamaktadır. Şöyle ki eğer fakir ile zengin arasındaki eşitsizliklerde en fakir olanın durumu eşitlikçi bir ortama göre daha avantajlı ise bu eşitsizlik kabul edilebilecek niteliktedir. Bir başka deyişle, ilk durumda taraflar seçimde bulunurken eşitsizliğin var olduğu durumu, mutlak eşitliğin sağlandığı ama herkesin daha az aldığı duruma tercih edecektir. Bu ilkeyi bir örnekle açıklamak için toplumun R ve N kişilerinden oluştuğunu varsayalım. İlk dağılımda hem R hem N 100 birim alıyor olsun. İkinci dağılımda ise R 110 alırken N 130 almakta ise, Rawls’a göre başlangıç durumundaki taraflar ikinci durumu tercih edeceklerdir. Çünkü cehalet perdesi kalktıktan sonra kişi N grubundan olduğunu anlasa bile ilk durumda R kişisinden daha fazla almış olduğu için ikinci durumu daha fazla isteyecektir.⁴⁴

Rawls’un fark ilkesi, insanların sadece araç olarak kullanılması ile onların amaç olarak görülmesi arasında ayrım yapar. Bir insanın amaç olarak görülmesi için onun beklentilerine katkıda bulunmayan kazançlardan vazgeçebilmek gerekmektedir. İnsanı araç olarak görmek ise daha büyük bir avantaj toplamı ve bazı insanların daha yüksek beklentilerinin telafisi için diğer insanlara daha düşük standartları dayatmaktır. Hakkaniyet olarak adalet an-

41 RAWLS, 2006, s. 148.

42 SAĞLAM, 2007, s. 185. ; IŞIKTAÇ, 2006, s. 393.

43 RAWLS, 2003, s. 36.

44 SAĞLAM, 2007, s. 186. ; IŞIKTAÇ, 2012, s. 35. ; KYMLICKA, 2006, s. 92.

layışına göre, bazılarının daha büyük kazançlarına ancak daha az talihlilerin kayıpları telafi ediliyorsa izin verilecektir.⁴⁵

Fark ilkesi insanı yalnızca amaç olarak görürken, Rawls'a göre yararcılık insanı hem araç hem amaç olarak görmektedir. Şöyle ki, herkesin refahına aynı ağırlığı vermesi sebebiyle yararcılık her bir insanı amaç olarak görmekteyken; toplumda en az avantajlı konumda olanların kayıpları üzerinden diğerlerinin gelir elde etmesine izin verdiği için de insanları araçsallaştırmaktadır.⁴⁶

Rawls, fark ilkesini doğal eşitsizlikler üzerinden de temellendirmektedir, doğal eşitsizlikler adeta fark ilkesinin nedeni olarak açıklanmaktadır. Rawls'a göre, doğal piyangodan kişilere düşen doğal yetenekler hak edilmemiştir ve bu nedenle bir şekilde tazmin edilmesi gerekir.⁴⁷ Rawls, fark ilkesi ile araçsallaştırma yasağı arasındaki bağlantıyı burada da kurmaktadır. Doğa tarafından kendilerine daha çok avantaj sağlanmış kişilerin beklentilerini yüksek tutmak için doğal eşitsizliklerden muzdarip olan kimselerin daha çok özveride bulunmasını istemek onları araçsallaştırmak anlamına gelir demektedir.⁴⁸

Rawls'a göre hak edilmemiş eşitsizliklerin ortadan kaldırılması için, fırsat eşitliğine ilişkin genel kabul gören görüşten ayrılmamız gerekmektedir. Çünkü genel kabul gören görüş, doğal yeteneklerdeki farklılıkları görmezden gelip yalnızca toplumsal koşullardaki farklılığı esas alır. Ancak nasıl ki toplumsal koşullardaki farklılıklardan doğan avantajlar hak edilmemiş ise aynı şey doğal yetenekler için de geçerli olmalıdır ve bu bağlamda fırsat eşitliği aracılığıyla doğal piyangoonun olumsuzlukları giderilmelidir. Hiç kimse belli bir sınıfa, belli bir cinsiyete ya da ırka mensup olarak doğmayı hak etmediği gibi engelli ya da düşük bir IQ düzeyine sahip olarak doğmayı da hak etmemiştir. Doğal yetenekler ve toplumsal koşullar şans meselesidir ve insanların ahlaki hak talepleri şansa bırakılmamalıdır. Bunun içindir ki doğal olarak yetenekli birinin gelir ve serveti daha fazla hak ettiğini söylemek zordur.⁴⁹ Bu bağlamda, hak edilmemiş doğal eşitsizliklerin etkisi yüzünden kimsenin zorluk çekmemesi gerekmektedir ve doğal olarak yetenekli olan insanlar elde ettikleri avantajı hak etmedikleri için daha fazla gelir beklentisi içinde olmalıdır. Ancak bazı durumlarda bu doğal eşitsizlikler herkesin yararlanabile-

45 RAWLS, 2003, s. 36.

46 RAWLS, 2003, s. 37.

47 SAĞLAM, 2007, s. 186.

48 RAWLS, 2003, s. 37.

49 KYMLICKA, 2006, s. 81-82. ; SAĞLAM, 2007, s. 187.

ceği şekilde kullanılabilir. Rawls'un fark ilkesine göre, bu eşitsizlikten doğal piyango bakımından dezavantajlı olanlar da faydalanabiliyorsa, avantajlı grubun daha fazla gelir elde etmeye yönelik beklentisi gayri adil değildir.⁵⁰

Rawls'un anlayışında doğuştan kazanılan ayrıcalıklar bireylerin toplumsal alanda eşit şansa sahip olmasına engel olduğu için doğal yeteneklerin toplumun kolektif serveti olarak görülmesinde de bir sakınca yoktur.⁵¹

Rawls'un bu görüşlerine karşı çıkan ve doğal yeteneklerin ve doğal yetenekler ile üretilen her şeyin sahibinin kişinin kendisi olduğunu savunan ve tezini insan onuru aracılığıyla meşrulaştırmaya çalışan düşünür ise Nozick'tir.

III. NOZICK'İN ADALET TEORİSİ ÇERÇEVESİNDE İNSAN ONURUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Nozick, “Anarşi, Devlet ve Ütopya” isimli eserinde temelde üç sav üzerinde durur. Bunlardan ilki, anarşist düşünceye karşı minimal bir devletin gerekliliğidir. Minimal devlet, güç kullanımı, hırsızlık ve sahtekârlığı önleme, sözleşmelere uyulmasını sağlama gibi sınırlı işlevlere sahip olan devlettir. Nozick'e göre, daha geniş yetkilere sahip olan devlet, insanların bazı şeyleri yapmaya zorlanmama hakkını ihlal edeceği için kabul edilemez niteliktedir. Nozick'in minimal devleti, klasik liberal teorinin gece bekçisi devletine karşılık gelmektedir.⁵² İkinci sav, Rawls'un hakkaniyet olarak adalet teorisinin eleştirisi üzerine kurulmuştur. Nozick'e göre Rawls'un teorisi, insanların doğal yeteneklerini, kolektif servet olarak kabul ederek yeniden dağıtım tabi tuttuğu için insanların kendileri üzerinde sahip oldukları hak ve yetkileri hiçe saymaktadır. Bu bağlamda Nozick, Rawls'un teorisine karşı “kendi kendinin sahibi olma hakkı”nın (*self-ownership*) ve piyasa adaleti ile şekillenen minimal devletin ahlaki meşruiyetini ispatlamaya çalışmaktadır. Nozick'in adalet teorisine göre en önemli hak, bireyin kendisi üzerinde sahip olduğu mülkiyet hakkıdır. Nozick'in üçüncü savı ise bireylerin kendi ütopyalarını yaşamalarının ancak minimal devlet düzeni içerisinde mümkün olduğudur. Çünkü ancak minimal devlet, insanları başkaları tarafından araç, vasıta, malzeme ve kaynak olarak görmeyecek ve bu insanlara hakları olan ve bir onura sahip kişiler olarak muamele edecektir.⁵³

50 RAWLS, 1971, s. 102. ; KYMLICKA, 2006, s. 81-82.

51 RAWLS, 1971, s. 101-102., 179.

52 NOZICK, 2006, s. 21., 59.

53 NOZICK, 2006, s. 413-414. ; SAĞLAM, 2008, s. 64,72. ; ÜSKÜL, 2003, s. 188.

A. Nozick'in Yararcılığa Getirdiği Eleştiriler Bakımından İnsan Onuru

Rawls gibi Nozick de kimi insanların başkalarının yararına kendini feda etmesine izin verdiği ve bu suretle insanlara kendinde amaçlar olarak davranılmasını engellediği için yararcılığı eleştirmektedir. Her iki düşünür de kişinin başkalarının yararına ya da genel olarak toplum yararına⁵⁴ kullanılmasının sınırlandırılmasını istemektedir.⁵⁵ Nozick'in teorisi daha çok Locke'un teorisine yakın olmakla beraber, hem Nozick hem de Rawls insanlara araç olarak değil amaç olarak davranılması gerektiğine işaret ederek Kant'ın izinden gitmektedirler.⁵⁶

Nozick kuramını birey ve bireyin hakları üzerine inşa etmiş olduğu için, toplumun en büyük mutluluğunu sağlamak üzere bireyin feda edilebileceğini öngören bir teorinin Nozick tarafından kabul edilmesi zaten pek mümkün gözükmemektedir. Nozick'e göre her insanın eşsiz ve farklı yaşamı vardır. Bu eşsiz yaşamları birbirinin aynısı kabul ederek daha büyük bir iyi adına görmezden gelmek ise kabul edilemeyecek niteliktedir.⁵⁷ Her insanın başka başka istekleri olduğuna göre, bir insandan başkalarının yararına yapması istenecek fedakârlıkların da bir sınırı olmalıdır.⁵⁸ Nozick'e göre minimal devlet, bireylere "araçlar ya da kaynaklar" olarak değil, bireysel haklara ve bunun yarattığı onura sahip kişiler olarak davranacaktır.⁵⁹

Ancak Rawls ve Nozick'in görüşleri hangi haklar bakımından kişiye kendinde amaçlar olarak davranılacağı konusunda farklılık arz etmektedir. Şöyle ki, Rawls'a göre toplumun kaynaklarından belli bir paya sahip olabilmek, kişilerin sahip olması gereken en önemli haklardandır. Nozick ise kendi üzerinde hak sahibi olmaya ve kendi kendinin sahibi olma düşüncesine önem atfeder⁶⁰ ve bu düşünceden hareketle Rawls'un görüşlerini insan onuru açısından da eleştirir.

54 Yukarıda bahsedildiği üzere Rawls, doğuştan kazanılan ayrıcalıkların toplumun kolektif serveti olarak görülebileceğini savunmaktadır. Ancak bir yandan da toplum yararına bireyin araçsallaştırılmamasını istemektedir. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde daha ayrıntılı olarak inceleneceği üzere birbiriyle çelişen bu iki tez, Rawls'un teorisi bakımından eleştirilebilecek niteliktedir.

55 KYMLICKA, 2006, s. 151.

56 STETSON, 1998, s. 56.

57 ÜSKÜL, 2003, s. 192-195.

58 NOZICK, 2006, s. 66.

59 NOZICK, 2006, s. 414. ; KYMLICKA, 2006, s. 151.

60 KYMLICKA, 2006, s. 151.

B. Kendi Üzerinde Hak Sahibi Olma ve Doğal Yetenekler

Nozick, minimal devlet düşüncesini modernite açısından çok önemli bir kavram olan “kendine sahiplik” kavramı aracılığıyla temellendirmeye çalışmıştır.⁶¹ Nozick’e göre kendine sahiplik kavramı, kendine amaçlar olarak davranma ilkesinin bir yorumudur.⁶² Nozick insan onuru ile kendine sahiplik düşüncesi arasında bağ kurarken doğal yetenekler üzerinde durmakta ve Rawls’un fark ilkesini ve dağıtıcı adalet teorilerini eleştirmektedir.

Nozick, bireyin doğal bir varlık olarak kendisine bahşedilen her şeyin yegâne sahibi olduğunu düşünür ve bunu teorisinin merkezine oturtur. Libertaryan⁶³ ahlaki ilke olarak bireysel hakların kutsallığından anlaşılması gereken, kişinin mülkiyet hakkı kapsamında bedensel ve zihinsel bütünlüğünden doğan tüm avantajları kullanmasıdır. Buna göre kişi doğal piyangodan kendisine düşen yeteneğe, beceriye, zekâya, beden gücüne, aileye, emek ve çabaya kendiliğinden sahiptir. Bu bağlamda kendi kendine sahip olma düşüncesi doğrudan özel mülkiyet hakkı ile ilişkilidir.⁶⁴

Nozick’e göre Rawls’un fark ilkesi birçok açıdan insan onurunu hiçe saymaktadır. İlk olarak Rawls’un doğal yetenekleri kolektif servet olarak kabul eden görüşü, kendine sahiplik düşüncesine aykırıdır. Eğer kişi kendinin sahibiyse, doğal yeteneklerinin de sahibidir. Dahası eğer yeteneklerinin sahibiyse bu yetenekleri ile ürettiği her şeyin de sahibi olması gerekir.⁶⁵

Bu bağlamda kişinin kendi yetenekleri ile ürettiklerinin bir kısmından toplumdaki en az dezavantajlı durumdaki kişilerin lehine vazgeçmesini öngören Rawls’un fark ilkesi insanı araçsallaştırmakta ve dolayısıyla insan onurunu ihlal etmektedir. Başkalarının refahını arttırmak için zenginlerin mallarının bir kısmından vazgeçmesini öngören yeniden dağıtım politikaları da bu nedenle kabul edilmez niteliktedir. Nozick, minimal devlette sosyal refahın sağlanması için alınacak önlemlere yer olmadığını söylemekte ve vergilendir-

⁶¹ ÜSKÜL, 2003, s. 201.

⁶² KYMLICKA, 2006, s. 150.

⁶³ Libertaryanizm, bireyci anarşizmin yeni bir yorumu olarak değerlendirilebilir. Hatta onlar için sağın anarşistleri denilebilecektir. Zira libertaryanlar, birey üzerinde her türlü devlet denetimine karşı olup; bireyin kendi eylemlerinin sorumluluğunu üstlenmesini istemektedir. Yine libertaryanlar, kapitalist rejimin ve bireysel özgürlüklerin de en ateşli savunucuları arasındadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÜSKÜL, 2003, s. 176-187.

⁶⁴ SAĞLAM, 2008, s. 133.

⁶⁵ NOZICK, 2006, s. 293. ; KYMLICKA, 2006, s. 152. ; SAĞLAM, 2007, s. 208.

meye de karşı çıkmaktadır. Nozick'in devlet tasarımı vergilendirme, insan onuruna aykırı bir uygulamadır.⁶⁶

Nozick'e göre, iktisadi hakların kısıtlanması bireyin Kantçı anlamda sürekli bir amaç olarak görülmesini engellediği gibi ahlaki dokunulmazlığını da ihlal etmektedir. Bu görüş sağlık hakkı bağlamında değerlendirilecek olursa, Nozick devletin tüm vatandaşların sağlık harcamalarını karşılamak için vergi almasına da karşı çıkmaktadır. Nozick'in önerisi bu işin bireylerin gönüllü bağışlarına ve devlet dışındaki toplumsal organizasyonlara bırakılması ve bu sayede ahlaki alana ilişkin açığın kapatılmasıdır. Ancak böylesine önemli bir konunun gönüllülere bırakılması halinde, en zor durumdaki hastaların gerekli tıbbi bakımdan yoksun kalma ihtimali her zaman mevcuttur.⁶⁷ Bu ihtimalin gerçekleştiği durumda ise hasta insanların onurlarının nasıl korunacağı merak konusudur.

Bu bağlamda, vergilendirmenin ya da sosyal yardımın insan onurunu ihlal ettiği tezini ileri süren Nozick'e katılmak oldukça güçtür. Tam tersine vergilendirme yoluyla gelirin yeniden dağıtılmadığı ve insanların var olan ile yetinmek zorunda kaldıkları koşullar, insanları araçsallaştırmakta ve onurlarını ihlal etmektedir. İnsan onuru ilk kısımda da açıkladığımız üzere insana özgü yapısal olanaklardır. İnsanın asgari geçim koşullarına sahip olmadığı bir ortamda insanların bu olanaklarını gerçekleştirmeleri ise mümkün görünmemektedir.

Yine, kazancın yeniden dağıtılması ile insanlar arasında dayanışma ortamı yaratılmakta ve birlikte yaşam duygusundan ve karşılıklı saygıdan hareketle insanlar birbirlerinin ihtiyaçlarını önemsemektedirler. Bu suretle yeniden dağıtımdan pay alan kişi araçsallaştırılmamakta bilakis amaç olarak görülmektedir.⁶⁸ Bu noktada yeniden dağıtımdan pay alanın çalışmaması veya tembelliği nedeniyle zor durumda kalması durumunda ne yapılacağı sorusu akla gelebilir. Yani ağustosböceği ve karınca hikâyesindeki ağustosböceği, kış geldiğinde karıncanın yaz boyu biriktirdiklerinden faydalanmalı mıdır? Bu soruya cevap da insan onuru aracılığıyla verilebilecektir. Zengin bir kimsenin onurunu korumak adına gelirinin yeniden dağıtımına konu edilmemesi durumunda, toplumun dezavantajlı kesimlerini ölüme ya da yaşanması zor

⁶⁶ KYMLICKA, 2006, s. 152., 178. ; ÜSKÜL, 2003, s. 202. ; ROEMER, 1996, s. 206-207.

⁶⁷ SAĞLAM, 2007, s. 215.

⁶⁸ ÜSKÜL, 2003, s. 203.

koşullara terk ediyorsak burada insan onurunun korunduğunu söylemek oldukça zordur.⁶⁹

1. Doğal Yetenekler ve Tercihler Sorunu

Nozick, Rawls'un insanların kendi doğal yeteneklerini geliştirme konusunda ne şekilde tercihte bulunduklarını dikkate almadığını iddia etmekte ve Rawls'un bu konuyu tercihte bulunan kişinin kontrol alanı dışında gördüğünü ileri sürmektedir. Yine Rawls'un kişinin karakterinin talihli bir aileye ya da içinde bulunduğu sosyal şartlara dayandığını belirten ve yapacağı tercihlerin de bu bağlamda şekillendiğini ileri süren tezi de Nozick tarafından eleştirilmektedir. Nozick'e göre kişinin eylemlerini ve bu eylemlerinin sonuçlarını tamamen dış faktörlere bağlamak kişinin özerkliğini ve dolayısıyla onurunu ihlal edecektir.⁷⁰

Rawls'a göre yetenekler, zekâ ve hatta gayretli olma gibi kişisel özellikler tesadüfî niteliktedir ve bireysel kimlikten ayrı olarak düşünülebilir. Rawls, bireysel kimlik ile sahip olunan özellikler arasında ayırım yapmakta ve araç olarak kullanılanın birey olmadığını sahip olunan özellikler olduğunu söyle-

69 Bu soruya en güzel yanıtı Nazım Hikmet'in aşağıdaki hikâyesinde bulmak mümkündür:

"Ağustos böceği artisttir (sanatçıdır). Bütün bir yaz, sıcak sarı kırları, ılık yıldızlı geceleri sevinçli türküsüyle doldurur. Kirlarda çalışanlar, yıldızların altında yorgunluk çıkaranlar onun aydınlık sesinden tad duyarlar.

Ağustos böceği artisttir. Şarkısını söylemek için soluk tüketir; yüreciğini parça parça, ışıklı damlalar gibi ses biçimine sokarak havalara dağıtır. Yorulur. Didinir. Yalnız kendisi için değil, bütün bir kendini dinleyenler için. O, bu işe, başkaları için türkü söylemeğe öyle alışmıştır ki, kendini düşünmez. Bütün bir yaz, kendi özel yaşamını bir kerecik olsun aklına getirmez.

Kara kış gelmiştir. Ağustos böceği aç. Ağustos böceği donuyor soğuktan. Gider, karıncanın kapısını çalar.

Karıncı, bütün bir yaz yalnız kendini, yalnız özünü düşünerek kışık yiyeceğini düzmüş, ambarlarını doldurmuştur. Şimdi buğday çuvalları arasında, burnu kaf dağında oturmaktadır. Bütün bir yaz, taneleri birbiri peşinden kendi evine sürüklerken, ağustos böceğinin, türkülerinden hız aldığını, o türkülerle yazın güzelliğini bir parçacık olsun anlayabildiğini çoktan unutmuştur. Şimdi, kapısını çalan ağustos böceğini, üstüne üstlük, kendi aklınca bir de alay ederek kovar.

Ben bu masaldaki karıncadan tiksiniyim, iğrenirim. Ağustos böceğine gelince; ona bütün bir yaz kendini, özünü düşünmeden, türkü çağırdığı için değil; hayır, bu onun en güzel, en kahraman yanındır; hayır, ben ağustos böceğine, gidip karıncanın kapısını çalacak kadar budalalaştığı, en sonunda yüreğinin gücünü böylece kaybettiği için kızarım."

Hikâye için bkz. HİKMET, 1979, s. 7-8.

70 NOZICK, 2006, s. 276. ; İŞIKTAÇ, 2012, s. 39.; SAĞLAM, 2007, s. 207-208.

mektedir. Ancak bireylerle, onların becerileri, yetenekleri ve özel nitelikleri arasında bir ayrım yapılırsa ortada tutarlı bir insan kavramının kalıp kalmayacağı da belirsizdir.⁷¹ Rawls bir yandan insan onurunu ve dolayısıyla özerkliği öne çıkarmak isterken bir yandan da insanların sosyal yapılardan ve çevresel etkilerden bağımsız ve onları önceleyen özerklikleri olmadığını söyleyerek adeta insan onurunun içini boşatmıştır.⁷²

Rawls'un kişinin doğal yetenekleri geliştirme ve kullanma konusunda tamamiyle dış faktörlerin etkisinde olduğu tezine karşı, Nozick'in öne sürdüğü böyle bir kabulün insanın özerkliğini ve onurunu ortadan kaldırdığı iddiası makul görünmekle beraber, kişinin tercihleri sonucu yaşayacağı hayatın koşullarının nasıl olacağı konusu üzerinde iki düşünürün görüşleri çerçevesinde biraz daha durmak gerekmektedir.

Nozick'e göre, bireylerin tercihleriyle şekillenen dağıtımın adil olmadığını ileri sürerek yeniden dağıtım yapmak, bireylerin hak ve özgürlüklerine tecavüz anlamına gelir.⁷³ Nozick bu savını kanıtlamak için de ünlü Amerikan basketbolcusu Wilt Chamberlain'i örnek gösterir. Örnekte D1 konumu başlangıç noktasıdır. Bu konum, malların dağıtımının meşru gözüktüğü bir konumdur. D1 konumundayken, Chamberlain bir basketbol takımıyla sözleşme yapar. Yapılan sözleşmeye göre, Chamberlain kendi sahasında yapılan her maçta satılan bilet başına yirmi beş sent alacaktır. Sezonun başlamasıyla insanlar maç seyretmeye gelir ve aldıkları her biletin yirmi beş senti Chamberlain'e gider. Chamberlain sezon sonunda çok para kazanmıştır. Yani en baştaki dağılım bozulmuştur ve yeni bir konum ortaya çıkmıştır. Bu yeni konum da D2 konumudur. Nozick'in cevabını aradığı soru, D2 konumunda Chamberlain'in kazandığı paranın meşru olup olmadığıdır. Nozick'e göre Chamberlain'e bu parayı kazandıran basketbol severler kendi istekleriyle D1 konumundan D2 konumuna geçtiklerine göre Chamberlain'in kazancı meşrudur. İzleyiciler paralarının yirmi beş sentini sinemaya gitmek ya da başka bir aktivite için harcamak yerine Chamberlain'e vermeyi tercih ediyorlarsa, Chamberlain'in kazandığı bu para üzerinde toplumun diğer üyelerinin hak iddiası olamaz.⁷⁴ Dahası Nozick, Rawls'un Chamberlain'in doğal piyangodan şanslı olduğu ve basketbola yetenekli oluşunun hak edilmemiş bir avantaj olduğuna dair

71 RAWLS, 1971, s. 101-102. ; STETSON, 1998, s. 60-61. ; NOZICK, 2006, s. 293-294.

72 STETSON, 1998, s. 63-64.

73 SAĞLAM, 2007, s. 194.

74 NOZICK, 2006, s. 216-217. ; ÜSKÜL, 2003, s. 199-200. ; SAĞLAM, 2007, s. 195.

düşüncesine de katılmamaktadır.⁷⁵ Nozick'in teorisine göre eğer Chamberlain'in kazandığı paraya müdahale edilecek olursa, bu durum basketbolcuyu araçsallaştıracak ve onurunu ihlal edecektir.

Görüldüğü üzere her ne kadar bireylerin tercihlerine ve bu dolayısıyla özerkliklerine saygı duymak insan onurunun gereğiye de yapılan tercihler sonucu oluşan adaletsiz koşullara kişilerin katlanmasını beklemek makul olmayacaktır. Kaldı ki Chamberlain örneğinde bireyler yalnızca tercihlerinden dolayı da dezavantajlı konuma düşmemektedirler. Piyasada yapılan mübadele işlemlerinden rızaları olmaksızın etkilenenler de vardır. Taraftarların çocukları rızaları olmaksızın bu tercihin mağduru olacak ve hayatlarına eşitsiz koşullar altında başlayacaklardır. Chamberlain'in çocukları ise hayata daha önde başlayacaklardır.⁷⁶

Chamberlain örneğini Rawls'un teorisi bağlamında değerlendirecek olursak, Rawls'a göre Chamberlain doğuştan basketbola yetenekli olduğu için onun yeteneği kolektif servetten sayılır ve herkesin bu yetenek üzerinde söz hakkı vardır. Dolayısıyla Chamberlain'in elde ettiği gelirin bir kısmı vergilendirilecek ve toplumun daha alt gelir grupları arasında dağıtılacaktır. Chamberlain'in kazancının toplumun en dezavantajlı kesiminin durumunu daha fazla kötüleştirmede olduğu durumda ise Chamberlain'in kazancı adil kabul edilecektir.

Her ne kadar Rawls'un teorisi daha adil gözüküyor olsa da toplumun en kötü durumunda olanın koşullarının daha da kötüleşmemesi durumunda Chamberlain'in kazancının adil kabul edilmesi, toplumsal sınıfların devamına yol açacak, yalnızca bu sınıflar arasındaki uçurumun çok derin olmamasını sağlayacaktır. Ama yine de Nozick'in teorisi karşısında, Rawls'un adalet tasarımının insan onurunu güvence altına almak bakımından daha tercih edilebilir olduğu söylenebilecektir.

SONUÇ

Rawls ve Nozick'in her ikisi de teorilerini yararcılık eleştirisi üzerine kurmuş ve tezlerini büyük ölçüde insan onuru üzerine oturtmuş olsalar da bu iki düşünürün insan onurunu değerlendirme biçimleri birbirinden oldukça farklıdır.

Rawls, en fazla sayıdaki insanın en büyük mutluluğu uğruna bireyleri feda edebilecek bir teori olması sebebiyle yararcılığa karşı çıkmış ve yararcı-

⁷⁵ SAĞLAM, 2008, s. 148.

⁷⁶ SAĞLAM, 2008, s. 148-149.

lığın karşısına her bir insanın her durumda hak sahibi olmasını öngören insan onuru kavramını koymuştur. Yine sosyal sözleşme tasarımı cehalet perdesi arkasındaki bireylerin belirleyecekleri adalet ilkelerinin kurulacak toplumda insan onurunu gözetecek biçimde belirlenmesini istemiştir.

Ancak Rawls'un insan onuru ile ikircikli bir ilişkisi bulunmaktadır. Şöyle ki, bir yandan insan onuru kavramını teorisinin merkezine oturturken diğer yandan doğal yetenekler ve tercihler bahsinde insanın özerkliğini göz ardı etmektedir. İnsanların tercihlerinin tamamen kendileri dışındaki koşulların etkisi ile belirlendiğini söyleyen Rawls bu söylemiyle özerkliği ve insan onurunu hiçe saymaktadır.

Nozick'in insan onuru yorumu ise oldukça ilginçtir. Bireye ve bireyin haklarına yönelik her türlü müdahaleyi Nozick insan onuruna aykırı kabul etmektedir. Kendine sahiplik ilkesi doğrultusunda insanların yetenekleri ile kazandığı şeylerin yeniden dağıtım politikalarına konu olmasını insanın araçsallaştırılması olarak nitelermektedir. Bu bağlamda vergilendirme, sosyal yardım gibi mekanizmalar mülkiyet hakkını ihlal ettiği için insan onuruna aykırı olacaktır.

Ancak Nozick'in teorisinde, araçsallaştırıldığı iddia edilen insanların yalnızca mülkiyet hakkını kullanabilen kişilerden oluştuğu açıktır. Nozick, yeniden dağıtım ihtiyacı duyan bireyleri adeta yok saymakta ve sosyal adaletin sağlanmasına yönelik tedbirlerin alınmaması durumunda bu insanların onurunun ihlal edileceğini gözden kaçırmaktadır.

KAYNAKÇA

- AKARSU, Bedia, **Çağdaş Felsefe: Kant'tan Günümüze Felsefe Akımları**, 2. bs., İnkılap Kitabevi, İstanbul, 1987.
- BEYSAN, Nazime, "Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2008.
- DONNELLY, Jack, "Human Dignity and Human Rights", **Protecting Dignity: An Agenda for Human Rights**, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, 2009, s. 16-17. http://www.udhr60.ch/report/donnelly-HumanDignity_0609.pdf, 08.05.2013.
- GOROWITZ, Samuel, "John Rawls: Bir Adalet Kuramı", çev. Serap Can, **Çağdaş Siyaset Felsefecileri**, yay. haz. A. De Crespigny, K. R. Minogue, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 267-281.
- GÜRİZ, Adnan, **Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1963.
- GÜRLER, Sercan, **Ahlak ve Adalet: Çağdaş Ahlak Felsefesi ve Adalet Sorunu**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007.
- HEPER, Altan, "Hukuk Felsefesi Açısından Biyoetiğin Temel Sorunları", **Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu**, İstanbul, 2008, s. 251-275.
- HİKMET, Nazım, **Yel Üfürdü, Su Götürdü**, yay. haz. Asım Bezirci, Cem Yayınevi, İstanbul, 1979.
- HÜNLER, Solmaz Zelyüt, **İki Adalet Arasında**, Vadi Yayınları, Ankara, 1997.
- İŞIKTAÇ, Yasemin, **Hukuk Felsefesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.
- İŞIKTAÇ, Yasemin, "Dikkat Cehalet Peçesinde Yırtık Var", **HFSA: Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar**, yay. haz. Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur, Saim Üye, 24.Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012, s. 28-45.
- KANT, Immanuel, **Ahlak Metafizığının Temellendirilmesi**, çev. İoanna Kuçuradi, 4. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2009.
- KUÇURADİ, İoanna, **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 1996.
- KUÇURADİ, İoanna, "İnsan Onuru Kavramı ve İnsan Hakları", **Demokrasinin Garantisi: İnsan Hakları ve İnsan Onuru**, ed. Ulrike Dufner, İstanbul, Böll Stiftung Derneği Türkiye Temsilciliği, 2008, s. 77-80.
- KYMLICKA, Will, **Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş**, 2. bs., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006.

- METİN, Sevtap, **Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- NOZICK, Robert, **Anarşi, Devlet ve Ütopya**, çev. Alişan Oktay, 2. bs., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006.
- RAWLS, John, “The Sense of Justice”, **The Philosophical Review**, Vol. 72, No.3, July 1963, s. 281-305.
- RAWLS, John, **A Theory of Justice**, Oxford University Press, Oxford, 1971.
- RAWLS, John, “Bölüştürücü Adalet”, çev. Vural Fuat Savaş, **HFSA**, yay. haz. Hayrettin Ökçesiz, 7. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2003, s. 19-53.
- RAWLS, John, “Temel Özgürlükler ve Öncelikleri”, çev. Başak Demir, **Liberaller ve Cemaatçiler**, der. André Berten, Pablo de Silveira, Hervé Pourtois, yay. haz. Zeynep Özlem Üskül Engin, Dost Kitabevi, Ankara, 2006, s. 145-172.
- ROEMER, John E., **Theories of Distributive Justice**, Harvard University Press, 1996.
- SAGLAM, Rabia, “Liberal Adaletin İki Farklı Görünümü: John Rawls ve Robert Nozick”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XI, Sayı:1-2, 2007, s. 181-217.
- SAGLAM, Rabia, **Liberalizm, Adalet ve Ütopya**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- STETSON, Brad, **Human Dignity and Contemporary Liberalism**, Praeger Publishers, Westport, 1998.
- SULMASY, Daniel P, “Human Dignity and Human Worth”, **Perspectives on Human Dignity: A Conversation**, Ed. Jeff Malpas, Norelle Lickiss, Dordrecht, Springer, 2007, s. 9-18.
- ŞİMŞEK, Oğuz, “Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 1999.
- THURNER, Martin:“İnsan Hakları, İnsan Onuru ve Hristiyanlık”, **İnsan Onuru: İslam ve Hristiyanlık'taki Temelleri**, Ed. Mualla Selçuk, Richard Heintzmann, Felix Körner, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2006, s. 49-54.
- UYGUR, Gülriz, “John Rawls'un Ardından”, **HFSA**, yay. haz. Hayrettin Ökçesiz, 7. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2003, s. 5-10.
- ÜSKÜL, Zeynep, “John Rawls'un Adalet Kuramı”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1996.
- ÜSKÜL, Zeynep, “John Rawls'un Doğal Durum Anlayışı”, **Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı**, Cilt:II, Beta Yayınları, İstanbul, 2002, s.1675-1694.

ÜSKÜL, Zeynep Özlem, **Bireyciliğe Tarihsel Bakış**, Büke Yayıncılık, İstanbul, 2003.

WOLFF, Robert Paul, **Understanding Rawls**, Princeton University Press, Princeton, 1977.

YALÇIN, Şahabettin, “Adaletin Felsefi Temelleri”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, Ed. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2004, s. 73-81.

“*Hester Prynne*’i Gerçekten Yaşadı mı?”

17. Yüzyıl *New England* Kolonileri’nde Cinsel Suçlar, Özgürlük ve Kadın*

Fatma Gül KARAGÖZ**

ÖZET

Edebiyat eserlerinin, özellikle tarihi romanların, konu aldıkları dönemi aydınlatmak gibi bir işlevleri olması gerekmez. Bu tip romanlarda tarih, yazarın anlatmak istediklerini anlatmasına yarayan bir araç olarak da kullanılabilir. Ancak, tarihi romanların anlattıkları dönem bakımından belli bir gerçeklik olgusunu içermeleri de mümkündür.

Bu çalışmanın amacı, 17. yüzyılın Amerika’ında geçen bir romandan, *Nathaniel Hawthorne*’un *Kızıl Damga*’sından yola çıkarak, dönemin *New England* kolonilerinde mevcut olan din, dine bağlı hukuk ve özgürlük algısının bir çerçevesini ortaya koymaktır. *Hawthorne*’un romanının fikir dünyası bakımından 17. yüzyıldan ziyade 19. yüzyılın düşünce biçimine yakın olduğu ifade edilmiştir. Ancak romanın anlattığı döneme tamamen

* Bu makale “Manen Damgalı Adamlar, Maddeten Damgalı Kadınlar: *Kızıl Damga*’da Hoşgörüsüzlük ve Özgürlük” başlığı ile Cemal Bali Akal ve Yalçın Tosun tarafından Dost Yayınevi’nin Yasa-Siyasa Dizisi için hazırlanan **Edebiyat, Hukuk ve Sair Tuhafliklar** adlı derlemede yer almıştır. (Ankara, Dost Yayınevi, 2015)

** Ar. Gör., Galatasaray Üniversitesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

1 *Hester Prynne*, *Nathaniel Hawthorne*’un *Kızıl Damga* (*The Scarlet Letter*) isimli romanının başkarakterlerinden biridir. Romanda, *Salem*’de zina suçunu işleyen ve bu suçunu temsil etmesi için elbisesinde herkesin görebileceği kırmızı bir A (*adultery*nin -yani zinanın- A’sı) harfi işlenmesini taşımak zorunda kalan İngiliz göçmen *Hester*’ın, bu cezaya çarptırıldıktan sonra yaşadıkları anlatılmaktadır. Kıta Avrupa’sından Amerika’ya gelerek orada kocasını bekleyen ve bu arada birlikte kuracakları düzeni oturtmaya çalışan *Hester*, eşinin yokluğunda, kimliği daha sonra açıklanacak olan Rahip *Dimmesdale* ile “yasak” bir ilişkiye girmiş ve bu ilişkiden *Pearl* isimli bir kızları olmuştur. *Hester* toplum tarafından açık bir biçimde yargılanır ve toplumun baskısıyla yüzleşirken, *Dimmesdale*’in “suç”un diğer ortağı olduğu romanın ortalarına kadar açıklanmaz. *Hester*’ın kayıp kocasının *Roger Chillingworth* adı ile koloniye

yabancılaşmış olmadığı da dikkati çekmektedir. Çalışmada, Kızıl Damga'nın hukuk algısı ve düşünce tarihi bakımından tarihsel arka planı irdelenecektir. Bu şekilde *New England*'da hukuka ve kadına bakışın din algısı tarafından ne biçimde şekillenmiş olduğundan da bahsedilecektir.

Anahtar kelimeler: Zina, Püritenizm, ceza, özgürlük, din.

“Did Hester Prynne Really Existed?” Sexual Crimes, Liberty and Woman in the Colonies of 17th-Century New England

ABSTRACT

Literary works, more specifically, historical novels do not have to be consistent about the period on which their subject is based. In these types of novels, history could be a tool of the writer to tell his/her story. Nevertheless, it is possible for historical novels to be compatible with the historical facts of the period that they are based on.

The aim of this study is to describe an outline of the religion, the idea of religion-based law and the idea of liberty in the 17th-century New England colonies, departing from “The Scarlet Letter”, a novel about 17th-century America written by Nathaniel Hawthorne. The novel of Hawthorne is much more impressed by the intellectual world of 19th century rather than the world of 17 century. However, the novel is not totally disconnected from the period that it is based on. This study will emphasize the legal and intellectual background of The Scarlet Letter and then will try to define in what extent the 17th-Century New England defined the place of woman and the law by the religion.

Keywords: Adultery, Puritanism, punishment, liberty, religion.

gelmesi ve karısının sevgilisinin kimliğini bulmaya çalışması da *Dimmesdale*'in yüzleşemediği suçunun yükünü arttıran bir etken olacaktır. *Chillingworth* başta bilinçsiz olarak, aradaki ilişkiyi keşfettikten sonra ise bilinçli olarak *Dimmesdale* üzerinde bir tür psikolojik baskı kuracaktır. Kendini hayır işlerine ve küçük kızının refahına adanmış olan *Hester*, sevgilisini içinde bulunduğu durumdan kurtarmak için ona koloniyi birlikte terk etmeyi önerir. Ancak *Chillingworth*'un de kendileriyle aynı gemiye bineceğini öğrenmek hem bu fikrin gerçekleşmesine engel olacak, hem de üçlü arasındaki problemi de çözecektir. Netice itibarıyla *Dimmesdale*, *Chillingworth*'un planından habersiz olsa dahi umutsuzluk ve pişmanlık ile yaşayamayacak hale gelir ve ölmeden evvel toplumun önünde suçunu itiraf eder, *Pearl*'ü kızı olarak kabul eder. *Chillingworth* ise yaşamak için bir amacının kalmadığı hissiyle *Dimmesdale*'den sonra çok fazla hayatta kalmayacak, varını yoğunu *Pearl*'e bırakacaktır. Bu olaylar üzerine koloniyi kızıyla terk eden *Hester*, yıllar sonra, yine üzerinde kızıl harfi taşıyarak koloniyi gelecek ve bir tür “bilge kadın”a dönüşmüş olacaktır.

Giriş

“İki yüz yıl kadar önce bir yaz sabahı, *Prison Lane*’de bulunan hapishanenin önündeki çayırılıkta bir sürü Bostonlu toplanmış, gözlerini demir çakılı meşe kapıya dikmişlerdi. Başka herhangi bir halk arasında veya daha geç bir tarihte *New England*’da bu iyi insanların sakallı yüzlerini taşılaştıran o haşın katılık, korkunç bir şeyin olageleceğine işaret sayılabilirdi. Mesela halkın verdiği ve usulüne göre kurulu bir mahkemenin teyitle yetindiği bir kararla meşhur bir suçlunun beklenen idamına bir işaret olabilirdi. Fakat o ilk zamanlardaki Püriten karakterlerin haşinliği düşünülecek olursa kesin olarak böyle bir düşünce çıkarılmasına imkân yoktu. Bu hal pekala tembel bir kölenin veya ana babasının sivil idareye teslim ettiği itaatsiz bir evladın falakaya yatırılıp ıslah edileceğine, veya bir Antinomian’ın, bir Quaker’ın veya dinden yana kabul edilmiş ilkelerden ayrılıp bunda ayak direyen bir kimsenin şehirden kırbaçlana kırbaçlana kovulacağına, yahut da beyaz insanların verdiği alkolle sokaklarda rezalet çıkaran işsiz güçsüz serseri bir Kızılderili’nin kamçılana kamçılana karanlık ormana sürüleceğine; hatta belki de, hâkimin ters huylu dudu Bayan *Mistress Hibbins* gibi bir büyücünün idam edileceğine dair bir işaret olabilirdi. Ancak durum ne olursa olsun, seyircilerin davranışlarındaki ciddiyet aynı idi; bu hal de dinle kanunu hemen hemen özdeş sayan, ve bunların benliklerinde tamamıyla kaynaşmış olduğu, bundan dolayı da en hafif cezaların da, en ağırlarının da hem kutsal hem dehşet verici olması gerektiğini kabul eden bir halka uygun düşmekteydi. Doğru yoldan ayrılan bir kişi idam yerinde bu çeşit seyircilerden pek merhamet bekleyemezdi”²

Bu tasvir, bir tarih veya hukuk tarihi kitabından değil, Amerikalı yazar *Nathaniel Hawthorne*’un *Kızıl Damga* isimli romanından alındı. 1804 yılında *Salem-Massachusetts*’te doğan, hayatının önemli bir kısmını *Salem*’de geçiren yazarın, kendi çağından yaklaşık iki yüz yıl önce geçen olayları anlattığı belki de en ünlü romanının bu satırlarında 17. yüzyılda Amerikan kolonilerinde var olan hukuk algısı ve hukuka bakış ile ilgili bir tespitte bulunduğu düşünülebilir. Sırf bu bölüm dikkate alınacak olursa, *Kızıl Damga*’nın Püritenler’in hukuku algılamalarıyla ilgili bir tarihi roman olarak kabul edilmesi gibi bir sonuç dahi ortaya çıkabilir. Ancak, eser sadece 17. yüzyıl tarihini ve hukukunu anlatan bir roman değildir; tıpkı, *Victor Hugo*’nun *Notre Dame*’ın Kamburu’nun sadece Orta Çağ Fransa’sını anlatan tarihi bir roman olmaması gibi. Nitekim *Hawthorne*’un eserini yalnız hukuk tarihi veya sosyal tarih

2 HAWTHORNE, 1963, s. 39-40.

açısından değerlendirmek, okuyucuyu ya da eleştirmeni -haklı olarak- bazı eksiklikler bulmaya götürür: *Hawthorne*'un eserinin Püriten toplumunun cinselliğe ve zinaya bakışını genel olarak doğru bir biçimde yansıtmakla beraber, bu konuda tek boyutlu kaldığı ifade edilmiştir.³ Buna rağmen, eserin tarihi gerçeklikten bütünüyle kopuk olduğunu ifade etmek de hatalı olacaktır. Bu çalışmanın amacı, Kızıl Damga'nın hukuk tarihi ve düşünce tarihi açısından arka planını keşfetmeye çalışmaktır. Bu bakımdan *New England* Kolonileri'nde zina suçuna, kadına ve aileye olan bakış açısının dinî unsurlardan ne derece etkilenmiş olduğu sorusu çalışma açısından ön planda işlenen bir soru olacaktır.

1. Püritenizm'in Eski Dünya'daki Kökenleri

17. yüzyılda din kültürü açısından tutucu görüşlerin yükselmesi sadece Amerika'ya özgü bir durum değildi. Bu dönemde, Dünya'nın farklı yerlerinde dinsel fanatizmin yükselmiş olduğu dikkati çekmektedir. Örneğin, Osmanlı İmparatorluğu'nda Kadızâde Ailesi mensuplarının görüşlerine itibar edilmesi 17. yüzyıla rastlar. Söz konusu ailenin mensubu olan din adamları, ibadete ilişkin konularla ilgili olarak imparatorlukta bazı uygulamaların, İslam dinine göre pek çok sapma içerdiğini ifade ederek İslam'ın mistik bir biçimde yorumlanmasına karşı çıkmışlardır.⁴ Literatürde “Kadızâdeli Hareketi” olarak anılan bu olaylar serisinin o dönemdeki Osmanlı Devleti'nin hukuk uygulamaları açısından ne derece etkili olduğu ise tartışmalı bir konudur. Ancak söz konusu dönemde dinsel anlamda taassubun artması ve yaygın bazı mistik hareketlere karşı çıkılmış olması yine de ilgi çekicidir.

Avrupa'da ve onu müteakiben Amerika'da da “Püritenizm” adı altında benzer dinî akımların ortaya çıkmasının temelinde 16. yüzyılda Protestanlık'ın yayılması etkili olmuştur. Püritenizm İngiltere'de *Cromwell* Dönemi ile gücünün zirvesine ulaşmıştır. Koloni Dönemi Amerika'sında da Püritenizm'in etkileri belirgindir. 17. yüzyılda hem Osmanlı Devleti'nde hem de Avrupa'da ve ona bağlı olarak Amerika'da farklı inanç gruplarında benzer dinî akımların ortaya çıkması ya da güçlenmesi, düşünce tarihi açısından ilgi çekici bir durumdur. Kuşkusuz, her fikir hareketi, içine doğduğu toplumun özellikleriyle beslenmiş olduğu için kendine özgüdür. İngiliz ve Amerikan örneği açısından, ideolojiyi kendine özgü kılan etken, Püriten kültürünün bazı

³ HAMBLETON, 2004, s. XI.

⁴ ZILFI, 1988, s. 134.

konularda “devrimci” denemese bile çağına göre epey modern sayılabilecek fikirleri ortaya koyabilmiş olmasıdır.

16. yüzyıldan itibaren, Avrupa’da Hristiyanlık çeşitli bölünmelerle karşı karşıya kalmıştır. Bu dönemde yaşanan bölünmenin temelinde, Papalık’a karşı Protestanlık mezhebinin ortaya çıkması ve gelişmesi bulunmaktadır. Almanya’da *Martin Luther* önderliğinde başlayan Protestan akımı zamanla İsviçre ve diğer Avrupa ülkelerine de yayılmıştır. *Luther*’in düşüncesine göre, insan “yalnızca ve yalnızca *İsa Mesih’e* duyduğu imanla aklanır ve kurtulur”⁵. Kurtuluşun Tanrı tarafından karşılıksız bir şekilde bahşedileceğine inanan *Luther*’in karşı çıktığı uygulamalardan biri de, o dönemde “endüljans”ın, yani günahların affedildiğini belirten bir belgenin satılmasıdır. *Luther*’in düşüncesine göre, günahları affetmek sadece Tanrı’ya mahsus bir özellik idi, bu durumda bireylerin veya kurumların böyle bir yetkisi olamazdı. Nitekim *Luther*’in Almanya’da *Johann Tetzel* isimli bir keşişin, bu çeşit bir af belgesini satması, dönemin Saksonya Elektörü’nün de tepkisini çekmiş ve *Tetzel*, Elektör tarafından sürülmüştü.⁶ Bu olay yerel egemenlerin politikası ile *Luther*’in düşüncelerinin aynı doğrultuda ilerleyebildiğini göstermektedir. Prens bu tutumunun arkasındaki temel kaygılarından biri de, af belgesinden elde edilen gelirlerin Papalık’a aktarılması olmuştur.⁷ Netice itibarıyla Protestanlık, dinsel bir fikir olarak başlamış ama siyasi karşıtlıklar ile beslenmiştir.

Politikanın Protestan mezhebinden destek almasının daha belirgin bir örneği, İngiliz Kilisesi’nin bağımsızlığını kazanması olabilir. Dönemin İngiltere’inde Kral VIII. *Henry’nin* girişimi ile başlayan reform hareketleri, İngiliz Kilisesi’nin Roma Kilisesi’nden ayrılmasıyla sonuçlanmıştır. Bu ayrışmanın temel ve en yaygın olarak bilinen sebebi, tahtı devredebileceği bir erkek varis isteyen kralın eşinden boşanma arzusunun Papalık tarafından kabul görmemesidir. Bu noktadan hareketle, Papalık ile bağlarını kopartan İngiltere’de, bu kopuş sonrasında, kilisenin malları ve mülkleri müsadere altına alınabilmiş ve neticede kral İngiliz Kilisesi’nin tek başkanı unvanını elde etmiştir.⁸ Bu mevki, İngiltere Kralı’na, Papalık’tan bağımsız karar verebilme kabiliyetini de kazandırmıştır. Kilise mallarını müsadere etme arzusu ise ekonomik bağımsızlığı sağlama ve bir tür tekel oluşturma gibi saiklerin varlığı ile açıklanabilir.

5 ELIADE, 2003, s. 268.

6 DAVIES, 2006, s. 526.

7 DAVIES, 2006, s. 536.

8 DAVIES, 2006, s. 531.

Martin Luther'den ve İngiliz Kilisesi'nin bağımsızlığını ilan etmesinden kısa bir süre sonra Protestanlık içinde, daha farklı bir düşünce tarzıyla hareket eden bir lider daha ortaya çıktı ki bu lider *Jean Calvin*'di. Fransız kökenli olan *Calvin*'in çalışmalarını kabul ettirebildiği etki alanı Cenevre ve dolayısıyla İsviçre olmuştu. *Calvin*, insanın kurtuluşu konusunda *Luther*'e nazaran daha karamsar bir inancı benimsemişti. Bu inanca göre, insanın günahkâr sıfatından kurtulması asla mümkün değildi.⁹ *Calvin* ayrıca, gündelik hayatın her anının kontrol edilmesini gerekli görmekteydi. Onun düşüncesine göre, ideal bir Hristiyan, keyif verici her türlü davranıştan kaçınmak zorundaydı ki bu davranışlar arasında “*dans etmek, şarkı söylemek, parlak giysiler giymek, eğlendirici kitaplar okumak*” vb hareketler vardı. *Davies*'e göre *Calvin* “*Katolikler'in eski günah yüküne, yeni görünümünü uygun durumda tutma yükü*”nü eklemiştir.¹⁰ Görüldüğü üzere tek tip bir Protestanlıktan söz edebilmek mümkün değildir. Bu hareket, zamanla kendi içinde de çeşitli ideolojik bölünmelere uğramıştır. Protestanlık mezhebinin kendi içinde adeta “*liberal Protestanlık*” ve “*Ortodoks Protestanlık*” olarak ikiye ayrıldığına dair yorumlar dahi yapılmaktadır. Buna göre liberal Protestanlık *Martin Luther*'in, Ortodoks Protestanlık ise *Jean Calvin*'in öğretilerinin izinden gitmektedir.¹¹

İngiltere'de, *VIII. Henry*'nin “Ortodoks Protestan” olarak değerlendirilebilecek halefi *VI. Edward*'ın ölümünden sonra başa geçen Kraliçe *Mary* döneminde, Katolik inancının tekrardan hükümdar tarafından tercih edilen inanç haline gelmesi sonucu bazı yeni düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerin temel amacı İngiltere'de Roma Katolik Kilisesi'ni yeniden tesis etmektir.¹² Bu süreçte İngiltere, Protestan mezhebi mensupları için güvenli bir yer haline gelmiş; tehdit, baskı ve idamlar sonucu, önemli bir grup Protestan, İsviçre'ye sığınmış, diğer bir grup ise inançlarını gizli olarak sürdürmeye gayret etmişlerdir.¹³ Bu olayların etkisiyle şekillenen Ortodoks Protestanlık, İngiltere'de, genel olarak “Püriten” terimiyle anılır.¹⁴ Püriten (*puritan*), kelime olarak saf,

⁹ ELIADE, 2003, s. 276.

¹⁰ DAVIES, 2006, s. 533.

¹¹ ZAFIROVSKI, 2007, s. 4. Yazar, Simmel'e atıfla yaptığı bu çıkarıma ek olarak, yine Simmel'in sözleriyle bağlantılı bir biçimde, tam tersi bir çıkarım yapılabileceğini de ekler. Ancak, yazar, ilk yapılan (yani Kalvinizm'i Ortodoks kabul eden) çıkarımın, Weberyen çerçeveye daha uygun olacağını da ekler.

¹² BREMER, 2009, s. 6.

¹³ BREMER, 2009, s. 6.

¹⁴ Püriten terimi, burada özellikle, İngiliz ve ona bağlı olarak Amerikan Protestanlığı ile ilgili olarak kullanılacaktır. Ancak, Antik Sparta'dan İslam'a, Nasyonal Sosyalizm'den Komü-

temiz anlamına gelen *pure*dan türetilmiştir. Püritenizm'in İngiltere'de sosyal bir reform olarak şekillenmesi, 1558 yılından sonraya, *I. Elizabeth*'in hükümlerine denk gelir.¹⁵ Bu dönemde, *Elizabeth*, selefi *Mary* zamanında ilga edilmiş olan kilise reformlarını tekrardan yerleştirmiş, onun bu kararı da Püritenizm'in şekillenmesinde, özellikle zanaatkârlardan, göçebe köylülerden, kamu görevlilerinden ve avukatlardan oluşan ve giderek yükselmeye başlayan orta sınıfın arasında güç kazanmasında ve taraftar bulmasında etkili olmuştur.¹⁶ Protestan ritüellerinin, mezhebin getirdiği ahlak ve çalışma anlayışının, orta sınıfa günlük mücadeleye katlanmak konusunda daha fazla imkân sunması bu yayılmanın önemli sebeplerinden biri olarak kabul edilmiştir.¹⁷

Elizabeth'in dikkatle davranmış olduğu noktalardan biri de, *Mary*'nin Katolik Kilisesi'ni yeniden güçlendirmek için yaptığı reformları ilga etmesine karşın, *Mary*'nin selefi olan Kral *Edward*'ın benimsediği kadar "Ortodoks Protestan" bir düzeni benimsememiş olmasıdır. *Elizabeth*'in bu tutumu, *Mary* döneminde Kıta Avrupa'sına ve İsviçre'ye kaçıp oradaki düzeni İngiltere'de görmek isteyenleri hayal kırıklığına uğratmıştır.¹⁸ Bu hayal kırıklığına rağmen, *Elizabeth* Dönemi'nin, *Mary* Dönemi'ne göre Protestanlar ve Püritenler açısından daha olumlu bir ortam yaratmış olduğu kesindir. Ancak, İngiltere'de Püritenler'in devlet gücünü elde etmesi, 17. yüzyılda *Oliver Cromwell* önderliğinde kurulan Cumhuriyet Dönemi'ne denk gelecektir.¹⁹ 30 Ocak 1649'da Kral *I. Charles*, vatana ihanetten yargılandıktan sonra idam edilmiş ve İngiltere'de monarşi ile Lordlar Kamarası devrilmiştir. Ancak *Cromwell* Dönemi, beklenen "demokratik" hamleleri ortaya koyamayınca zamanla destekçilerinin bir kısmını yitirecektir.²⁰ İngiliz Cumhuriyeti kısa süren bir deneyim olmuş, monarşi tekrardan restore edilmiştir. Yine de bu dönemde ortaya çıkmış olan bazı yenilikçi fikirlerin düşünce tarihi açısından önemli oldukları açıktır. 1647'de *Putney Tartışmaları* sırasında erkeklere -malvarlığına bakılmaksızın- genel oy hakkı tanınması gündeme geliyordu²¹, yine 1647-1649

nizm'e, pek çok siyasi/dini akımın Püriten özellikler barındırabileceği ifade edilmektedir. Ayrıntı için bkz. Zafirovski, 2007, s. 15.

15 PORTERFIELD, 1992, s. 18.

16 PORTERFIELD, 1992, s. 18-19.

17 HILL, 2013, s. 360.

18 BREMER, 2009, s. 7.

19 DAVIES, 2006, s. 534.

20 HILL, 2013, s. 112.

21 HILL, 2013, s. 129.

yılları arasında *Buckinghamshire*'da arazileri çevreleyen çitlerin yıkılması söz konusu olabiliyordu.²² *Christopher Hill*, bu dönemin en ilginç kalemlerinden biri olan *Gerrard Winstanley*'nin şu sözlerini aktaracaktır: “Eşitlik ve akla dayanmayan, saygın kişiler dışında herkese evrensel özgürlük tanımayan bütün yasalar, Kral'ın kafasıyla birlikte kesilip atılmalıdır.”²³ *Winstanley* bununla da kalmıyor, 1652'de yayınladığı “*The Law of Freedom in a Plat-form*” (İlke Olarak Özgürlüğün Yasası) adlı eserinde gerçek insan onurunun ancak özel mülkiyetin ortadan kalkması ve toprak ve emeğin satım konusu olmasının sona ermesiyle mümkün olabileceğini ifade ediyordu.²⁴ Yazarın suç ve ceza kavramı üzerindeki fikirleri de ilgi çekicidir: “*Birbirini esaret altına sokmak için hapseden kırbaçlayan, ya da idam eden yasalara ne ihtiyacımız var?*”²⁵ Kanunların cezalandırmadan ziyade ıslah etmeyi hedeflemesi gerektiğini düşünen *Winstanley*, idamın da bir tür cinayet olduğunu ifade edebilmiştir. *Winstanley*'nin bütün fikirlerinin gerçekleştiğini görmek mümkün olmayacaktır. Ancak *New England* Kolonilerinde İngiltere'den gelen bu tarz fikirlerin de, din konusundaki fikirler gibi etkili olduğu hatırlanmalıdır.

2. Yeni Dünya'nın Eski Temelleri

İngilizler'in Yeni Dünya'daki tarihleri 1585'e kadar uzatılabilir. İngiliz göçmenlerin sonradan “*Virginia*” ismiyle anılacak topraklara yerleşimleri ise 1607 yılında başlamıştır.²⁶ Nitekim *Hawthorne*, *Prison Lane*'deki hapishanenin önünde bekleyen ahali için “Kraliçe *Elizabeth*'in yurttaşları” nitelendirmesini yapacaktır.²⁷ *Virginia*'nın zaman içinde Püriten görüşleri benimsemiştiği dikkati çekecektir.²⁸ Püriten inancına bağlı olan ve İngiltere kilisesinden ayrılmak isteyen “Hacılar” ilk defa *Plymouth*'a 1620 yılında geldiler.²⁹ Püritenler'in Amerika'ya kitle halinde göç etmeleri ise İngiltere'de kendilerine yapılan zulmün arttığı 1630'lu yıllara denk gelecektir.³⁰ Bu insanlar, 17. yüzyılda Yeni Dünya'da yeni bir hayat kurmak isteyenlerin arasında sadece bir

22 HILL, 2013, s.130.

23 HILL, 2013, s. 147.

24 HILL, 2013, s. 148.

25 HILL, 2013, s. 149.

26 ZINN, 2005, s. 18.

27 HAWTHORNE, 1963, s. 39-41.

28 KESSLER, 1992, s. 778.

29 MCGARVIE ve MENSCH, 2008, s. 333.

30 KESSLER, 1992, s. 779.

gruptu; Protestan İngilizler'in dışında koloni kurmak için gelen Avrupalılar'ın içinde Fransızlar, Almanlar, Hollandalılar ve elbette Katolikler de bulunmaktaydı.

Kızıl Damga romanının geçtiği *New England* bölgesi, isminden de anlaşılacağı üzere ağırlıklı olarak İngiliz göçmenlerinin kurmuş olduğu bir bölgedir. 1620-1630 yılları arasında, İngiliz Püritenleri tarafından *Plymouth*, *Massachusetts*, *Virginia* gibi yerleşim yerleri kurulmuştur.³¹ *New England* bu bölgeye verilen genel bir isimdir. Farklı coğrafyalardan gelen ve yepyeni bir coğrafyayla ama aynı zamanda yepyeni insanlarla, yani yerlilerle karşılaşan bu kişiler yeni bir hukuk sistemini kurarken, bir ölçüde Kıta Avrupası ve İngiliz sistemine olan bağlılığını korumuş, bir ölçüde de var olmaya çalıştığı yeni bir coğrafyada yeni kurallara ihtiyaç duymuş olmalıdırlar. İngiltere'den Amerika'ya göçün başlamasının ve *New England* kolonilerinin kurulmasının temelleri, görüldüğü üzere, *Cromwell* öncesi dönemde atılmıştır.

Alexis de Tocqueville'in *New England*'a gelen göçmenler hakkında iki unsuru ön plana çıkardığı dikkati çekmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere, Püritenizm, İngiltere'nin orta sınıfı içinde yayılmış bir akımdı. Dolayısıyla, *New England* kolonilerine, örneğin *Massachusetts*'e ve *Connecticut*'a hâkim olan göçmenler orta sınıf ailelerdi. *Tocqueville* için, bu durum *New England* Kolonileri'nin halkına bir tür üstünlük bahşeden bir özelliktir: Aileleriyle birlikte göç etmiş olan bu kişiler, para peşindeki maceraperestler değil, ideallerinin peşinden giden insanlardır ve bu durum daha sonra Amerikan demokrasisinin temellerinden birini oluşturacaktır.³² Göçmenlerin sosyal ve ekonomik kökeni bakımından *New England*'a zıt bir örnek *Virginia*'dır. Bu şehre, genç, fakir beyaz işçiler bütün plantasyonlarında sözleşmeli olarak çalışmak üzere göç etmişlerdir.³³

New England göçmenlerinin kimliğini belirleyen diğer unsur ise aralarında var olan eşitlik duygusudur. *Tocqueville*, *New England*'a gelen göçmenleri tanımlarken aralarında herhangi bir üstünlük duygusunun bulunmamasına dikkat çekecektir, bu eşitliğin kaynağını ise şu şekilde tamamlar: “*Mutlu ve güçlü olanlar sürgüne gitmez ve insanlar arasında eşitliğin yoksulluk ve talihsizlikten daha emin bir garantisi yoktur.*”³⁴ *Tocqueville*'in bu ifadesi akıllara

31 ZAFIROVSKI, 2007, s. 10.

32 TOCQUEVILLE, 1994, s. 31.

33 CONFORTI, 2006, s. 2.

34 TOCQUEVILLE, 1994, s. 29.

başka bir soru getirmektedir: Eşitlik, yoksulluk ve talihsizlik sayesinde ortaya çıkıyorsa, bu iki durum ortadan kalktığı takdirde eşitliğin korunması mümkün olabilecek midir? Püriten kolonilerinde zamanla tam da bu yöne doğru bir gelişme olduğu görülecektir.³⁵

En azından başlangıçta, göç eden “mutsuz” Püritenler’in temel amacı cemaatlerini korumak ve her türlü yozlaşmadan bağımsız bir kilise inşa edebilmektir.³⁶ *Tocqueville*’in “eşit konumda insanlar” olarak tanımladığı *New England* Kolonileri’nin bu “kurucu babaları”nın amacı “yeni bir İngiltere” kurmaktı aynı zamanda. Ancak “Yeni Dünya”daki din ve ona bağlı olarak hukuk anlayışını belirleyen iki prensip, temellerini yine Eski Dünya’daki fikir akımlarından almıştır. Bunlardan ilki “önceden belirlenmişlik”³⁷ kavramı, ikincisi ise “taahhütname”³⁸ teorisidir. Önceden belirlenmişlik teorisinin köklerinde *Saint Augustin*, *Luther* ve *Calvin*’in öğretileri bulunmaktadır. Bu teoriye göre, “*Herhangi bir zamanda yaşamış ve yaşayacak olan bazı kadınların ve erkeklerin kaderinde cennete, bazılarının kaderinde ise cehenneme gitmek vardır ve insanın yapabileceği herhangi bir şey bunu değiştiremez.*”³⁹ Bu düşünceye göre sadece Tanrı tarafından seçilmiş olmak bir günahkâra kurtuluş getirebilirdi.⁴⁰ Teorinin temelinde “*Tanrı’nın tüm insanlığın kaderine daha Dünya yaratılmadan önce karar vermiş olması*” inancı yatmaktadır ve bu İncil temelli bir söylemdir.⁴¹ Yine önceden belirlenmişlik fikrine göre, eğer bir Hristiyan, Tanrı tarafından seçilmiş değil ise, ne kadar çabalarsa çabalasın, kurtuluşa ulaşması mümkün olamayacaktır. Buna rağmen, kendini maddi ve manevi olarak günahlardan arındırmak, seçilmiş olsun olmasın, her Hristiyan’ın görevidir. Bununla bağlantılı olarak *New England* göçmenlerinin, kendilerini disipline edebilmek için sıklıkla İncil’in Yaratılış kısmına başvurmakta ol-

35 *Tocqueville*’in Hristiyanlık ve Amerikan toplumunun oluşumu üzerine olan fikirlerinin bazı konularda eksik kaldığı, özellikle Kalvinizm’in Püriten inanç ve ibadetini nasıl şekillendirdiğine değinmemiş olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca *Tocqueville*’in Amerika’da dinin 1830’lardaki haline gelmeden nasıl bir dönüşüm geçirdiği ve kilise ile devletin ayrılmasının nasıl tamamlanıldığını da anlatmamış olduğu eleştiriler arasındadır. Daha fazla detay için bkz. Kessler, 1992, s. 790. Amerika’da din algısının gelişimi konusunda “Birinci Uyanış”, “İkinci Uyanış” gibi fikir akımlarının etkili olduğu da gözden kaçırılmamalıdır.

36 ROJAS, 2007, s. 66.

37 “*Pre-destination*”

38 “*Covenant*”

39 BREMER, 2009, s. 39.

40 BREMER, 2009, s. 40.

41 ROJAS, 2007, s. 11.

dukları ifade edilmiştir.⁴² Bu tutum ve inanç bir yandan kaderci bir bakış açısını içermekte; diğer yandan birey üzerinde sürekli bir kontrol yaratmaktadır.

“Taahhütname” teorisine (ya da “federal” teoriye) göre, Tanrı’nın insanlarla kurduğu ilişki İncil’de bahsi geçen bazı “anlaşma”ların varlığı ile anlaşılabilir. İlk anlaşma, Tanrı ve Âdem arasında yapılmıştır. Buna göre, insan Tanrı’nın buyruklarına uyduğu sürece günahattan kurtulmayı da hak etmiş olacaktır.⁴³ Ancak İncil’deki anlatıya göre, Âdem yasak meyvenin tadına bakarak günah işlemiş, böylece anlaşma bozulmuştur. İsa’nın kendini tüm günahkârların bağışlanabilmesi için feda etmesiyle ikinci bir anlaşma meydana gelmiştir ki bu da Tanrı’nın seçilmişleri bağışlayabileceği üzerinedir.⁴⁴ 16. ve 17. yüzyıllarda farklı reformcular tarafından ele alınmış ve geliştirilmiş olan taahhütname teorisi, *New England* kolonilerinin kuruluşunda da önemli bir rol oynamıştır. Buna göre, *New England* halkı, kendilerini Tanrı tarafından seçilmiş grupların sonuncusu olarak görmekteydiler.⁴⁵ Bu seçimin amacı, Kilise’nin küfürden ve şeytanî ayinlerden kurtarılmasını ve “gerçek Hristiyanlık”ın yayılmasını sağlamaktı. Taahhütname teorisinin bir sonucu olarak, koloni halkı, taahhütnamede bulunmuş olan insanların, Tanrı’nın buyruklarına uymayı sürdürdükleri müddetçe, Tanrı tarafından bereket ile ödüllendirileceklerine inanmaktaydılar. Ancak, eğer koloni halkı başarısız olursa, “*kara ve denizde kayıplara maruz kalmak, düşmanları tarafından yenilgiye uğratılmak ve Kızılderililer tarafından katledilmek*” gibi farklı yöntemlerle Tanrı tarafından cezalandırılacaklarını düşünmekteydiler.⁴⁶ Bu bakımdan, *New England* halkının sadece kendi hareketlerini değil, komşularının hareketlerini de kontrol etmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁷ Tanrı ile anlaşma yapan bireyler değil cemaatin tamamıydı ve tek bir bireyin dahi anlaşmaya uymaması bütün cemaat üzerinde olumsuz sonuç doğuracaktı. Önceden belirlenmişlik teorisi de bir bakıma taahhütname teorisi ile doğrudan bağlantılıdır ve cemaat üzerindeki kontrolün yerleşmesinde etkili olmuştur. Her iki teoride de Tanrı tarafından seçilmiş olma inancı rol oynamaktadır. Öte yandan, *Hill*’e göre, Protestanlığın kaderci tarafının yanı sıra seçilmişlere bahsettiği “özgür irade” tarafına da dikkat çekmek gerekir. Bu bakımdan, seçilmiş olanlar “*Tanrı’nın*

⁴² MCLEOD-HUTCHINS, 2010, s. 117.

⁴³ BREMER, 2009, s. 40.

⁴⁴ BREMER, 2009, s. 41.

⁴⁵ ROJAS, 2007, s. 10.

⁴⁶ HAMBLETON, 2004, s. 10.

⁴⁷ HAMBLETON, 2004, s. 10.

amaçlarını anlarlar ve onunla işbirliği yaparlar ve evrenin yöneticisiyle bu yakınlık duygusu onlara bir güven, iç huzuru verir ki bu onların öteki dünyayı elde etmeleri kadar bu dünyada müreffeh olmalarını da sağlayabilir.”⁴⁸

Bu iki teori, *New England* Püritenizm'inin temellerini oluşturmuş, hem kolonideki yaşam tarzını, hem de ahlak ve hukuk anlayışını etkilemiştir. Daha önce ifade edildiği üzere Püritenler, Tanrı tarafından “Yeni bir İsrail” kurmak için görevlendirildikleri inancını taşımaktaydılar.⁴⁹ Dönemin *New England* valisi *John Winthrop*'un şu sözleri bu inancın bir ifadesi olarak aktarılmıştır: “*Unutmamalıyız ki biz tıpkı tepenin üzerindeki şehir gibi olacağız, bütün halkların gözü üzerimizdedir; öyle ki üstlendiğimiz bu görevde Tanrı'ya karşı hata işler ve (Onun) hali hazırdaki yardımını bizden esirgemesine sebep olursak hikâyemiz tüm Dünya'da anlatılacaktır.*”⁵⁰ Valinin bu sözleri, cemaatin her bireyinin belli bir görev bilinciyle hareket etmesi gerektiğini de vurgulamaktadır. Bireyin hareketlerinin, cemaatin tamamı üzerinde belli bir etkisi olduğu inancı mevcuttur. Bu aşamada, koloni toplumundaki sosyal hayat üzerinde, en azından teorik açıdan, bazı sonuçlara ulaşılabilir. Buna göre, cemaatte bir kişi bile kurallara aykırı hareket ediyorsa, bu durum cemaatin aleyhine olacak ve yine hâkim olan inanca göre cemaat Tanrı'nın güvenini kaybetmiş olarak sayılabilecektir. Aynı şekilde, *New England* cemaatinin her üyesinin diğer üyelerin de kurallara uymasından sorumlu olması cemaatin tamamına verilmiş olan bir görevin varlığı ile açıklanabilir. Bu bakımdan, toplum üzerindeki sosyal kontrolün, hukukî mercilerden önce kişilerin tarafından gerçekleştirildiği sonucuna da ulaşılabilir. *Winthrop*'tan aktarılan “...hikâyemiz tüm Dünya'da anlatılacaktır” sözleri, “Yeni bir İsrail” kurmak amacı ile birlikte değerlendirilmelidir. Nasıl İsrail'in hikâyesi, İncil vasıtasıyla tüm (Hristiyan) Dünya'da yayılmışsa, Yeni İsrail olan *New England*'ın hikâyesi de öyle yayılacaktır. Ancak göçmenlerin görevi, bu hikâyenin bir tür Hristiyan rol modeli içermesini sağlamaktır. Bu rol modelini gerçekleştiren en önemli araç ise elbette hukuk olacaktır.

3. Dinden Hukuka

Hawthorne, Kızıl Damga'ya bir tür giriş teşkil eden “Gümrük Binası” başlıklı bölümde, kendi geçmişini ve aile üyelerinden birini tanıtırken şu sözleri edecektir:

⁴⁸ HILL, 2013, s. 169.

⁴⁹ HAMBLETON, 2004, 10.

⁵⁰ WINTHROP, 2002, 72.

“Buralara yıllarca evvel, elinde mukaddes kitabı ve kılıcı ile göçmüş olan, daha yepyeni sokaktan vakar ve azametle yürüyüp geçen, savaşta, barışta kendine seçkin bir mevki edinen bu ağırbaşlı, sakallı, siyah cübbeli, sivri şapkalı atam sayesinde bu şehirde oturmaya, adı seyrek duyulan ve yüzü hemen hemen bilinmeyen benim gibi birinin sağlayabileceğinden daha güçlü bir hak iddia edebildim. Askerdi, kanunların yapılışında vazife almıştı, hâkim olmuştu. Kilisenin de başlarından.”⁵¹

Bu tanımda aslında 17. yüzyılda Amerika'daki Püritenlerin imajına dair temel bazı klişeleri bulmak mümkündür: Sade, basit giyimli, ağırbaşlı ve imanlı adamlar ve kadınlardan oluşan bir toplum. Ancak bir elinde Kutsal Kitap'ı, bir elinde ise kılıcını taşıyan göçmen imgesi hiç kuşkusuz başka şeyleri de çağrıştırmaktadır: Bir elinde yasaı, diğer elinde kılıcı taşıyan kral gibi... Hawthorne'un bu imgeyi özellikle kullandığını söyleyebilmek ne derece mümkündür? Bu konuda kesin bir cevap verebilmekten uzak olsak da, yasa ve kılıcın yerine Kutsal Kitap ve kılıç imajı belirgin olarak kendini göstermektedir. Nitekim koloni dönemi hukuku ile ilgili olarak, *Massachusetts Körfezi*'ne ve genel olarak *New England*'a gelen Püritenler'in, din anlayışını değiştirmeye çalışırken aslında kanunu da değiştirmeyi istedikleri ve Püriten bakış açısının, İngiliz hukukunu, kilise mahkemeleri ve laik mahkemeler arasında sıkışmış, genellikle yozlaşmış bir hukuk olarak kabul ettiği dile getirilmektedir.⁵² Bu memnuniyetsizliğin kaynağı da “Eski Dünya”ya bağlanabilir: *Tudor* dönemi İngiltere'sinde günahlar için ceza kesen kilise mahkemelerinin radikallerce “para toplama makinesi” olarak algılanmakta olduğu ifade edilmiştir.⁵³

Buna rağmen, 17. yüzyıl *New England*'ı bir koloniydi ve koloni olarak anakarayla belli hukuksal bağları vardı.⁵⁴ Sorulması gereken sorulardan biri şu olacaktır: Hukuku dönüştürmeye çalışan New England göçmenleri bunu nasıl ve ne şekilde yapmaya çalıştılar ve bu konuda ne kadar başarılı olabildiler? İkinci bir soru ise Püriten hukukunun zaman içinde başlangıçtaki haline kıyasen ne gibi farklılıklar gösterdiği olabilir. Zira kuruluş aşamasındaki bir toplumun hukuk kuralları ile organları yerine oturmuş bir toplumun hukuk sistemi arasında bazı farklar olacaktır. Sorulması gereken diğer bir soru, *New England* koloni eyaletlerinin her birinde benzer tipte bir dönüşümün gerçekleşip gerçekleşmediğidir.

51 HAWTHORNE, 1963, s. 8.

52 CHANDLER, 2008, s. 35.

53 HILL, 2013, s. 175.

54 CHANDLER, 2008, s. 4.

Hawthorne'un Kızıl Damga'da yukarıdaki üç soruya dolaylı bir cevap verebilmiştir. Ancak; hayli alaycı bir cevaptır bu: “*Yeni bir yerleşme kuranlar, önceleri nasıl bir fazilet ve saadet ülkesi hayal etmiş olurlarsa olsunlar, bakir toprakların bir parçasını mezarlık, bir diğer parçasını da hapishane yeri olarak ayırmak zorunda oldukları gerçeğini daima kabul etmişlerdir.*”⁵⁵ Yazar, eserinde, ölüm ve cezanın, tabiri caizse *Demokles*'in kılıcı gibi, hep toplumun üzerinde olduğunu belirtir ve hapishane binasını şöyle tanımlar: “*Suçla ilgili her şey gibi, bu binanın da gençlik çağı olmamıştı.*”⁵⁶ *Hawthorne*, bu “yaşlanma”nın şehrin kurulmasını takip eden 15-20 yıl içinde gerçekleştiğini ifade eder. Hapishane binasının ne zaman kurulduğu, daha doğru bir anlatımla, suçluların tutulduğu binanın bugünkü anlamıyla bir hapishane olup olmadığı üzerinde düşünmek gerekebilir. Bir örnek üzerinden yola çıkmak gerekirse, 1620 yılında, göçmenler *Plymouth*'a geldiklerinde ve şehri kurmaya başladıklarında, henüz bağımsız bir kolluk kuvveti yerleşmiş olmadığı için, cemaatin tamamı bu görevi üstlenmiş gibiydi. Dolayısıyla düzene aykırı görülen bir olay karşısında toplu olarak harekete geçiliyordu.⁵⁷ Uyuşmazlıkların çözümünde, *Hawthorne*'un “*asker, hâkim ve kanun koyucu*” sıfatlarını taşıyan dedesinin tüm bu özelliklerini anımsatır biçimde, kasaba toplantıları, kilise cemaatinin toplantıları ve mahkemeler iç içe geçmiş vaziyetteydi. Hemen her platformda toplananların benzer kaygılarla harekete geçtikleri; günahın kökünün kazınması ve cemaatin yenilenmesi doğrultusunda karar alındığı ifade edilmiştir.⁵⁸

Amerika'daki yeni toplumun eskisiyle olan bağının kesilmesi bir anda ortaya çıkmamış, belli aşamaların sonunda meydana gelmiştir. 1630 yılında, henüz idam edilmemiş olan İngiltere Kralı *I. Charles*'ın imzalamış olduğu, vali *John Winthrop*'a verilmiş olan bir bildirge, kâr amaçlı bir anonim şirket yaratıyor ve bu şirkete, *New England* Kolonileri'nde, İngiliz kanunlarıyla çalışmadığı takdirde, her türlü kanunu yerleştirebilme hakkı tanınıyordu. Ancak, göçmenler, bu sınırlamayı görmezden geldiler ve ağırlıklı olarak İncil'deki yönlendirmeyi takip ettiler.⁵⁹ *Massachusetts*'in kuruluş döneminde İncil'de yer alan cezalar hukuk sistemine ekleniyordu. Koloninin İngiliz hukuk geleneğinden kopmasıyla ilgili olarak, mülkiyet hakkına yönelik suçlarda ölüm

⁵⁵ HAWTHORNE, 1963, s. 38.

⁵⁶ HAWTHORNE, 1963, s. 38.

⁵⁷ MCGARVIE ve MENSCH, 2008, s. 333.

⁵⁸ MCGARVIE ve MENSCH, 2008, s. 333.

⁵⁹ MCGARVIE ve MENSCH, 2008, s. 333.

cezasından vazgeçilmesi örneği verilmiştir.⁶⁰ İngiltere'de ölüm cezasına hatta mülkiyete tamamen karşıt fikirlerin ortaya çıkmış olduğu yukarıda *Winstanley*'den bahsederken ifade edilmişti. Püritenler'in bu fikirlere ne kadar yakın olabilecekleri tartışmalı bir konu olsa da, servetin reddinin bazı durumlarda din tarafından da olumlu görüldüğü dikkati çekmektedir.

1641 tarihli *Body of Liberties*'de ölüm cezası verilebilecek suçlar, Tanrı'dan başka bir tanrıya tapma, cadılık, kutsal üçlüye küfür, adam öldürme, hayvanlarla cinsel ilişkiye girme, eşcinsel ilişki, zina, hırsızlık ve isyan olarak belirlenmiştir.⁶¹ Eski Ahit'e göre de zina⁶², bestializm⁶³, adam öldürme⁶⁴, hırsızlık⁶⁵, cadılık⁶⁶, başka bir tanrıya inanma⁶⁷ suçları ölüm cezasıyla cezalandırılabilirdi. Ölüm cezası haricinde farklı yaptırımlarla karşılanan suçlar da mevcuttu. 1635'te *Massachusetts* kolonisinde Kilise ayinlerine devam zorunluluğu geldi.⁶⁸ 1630'larda ve 1640'larda, avarelik, inatçılık gibi davranışlar sergilemek, kâğıt oyunları oynamak, av mevsimi dışında balık tutmak, sarhoş olmak, yalan söylemek, küfür etmek ve Tanrı'nın adını gereksiz yere anmak kanun ile cezaya bağlanmıştı.⁶⁹ Netice itibarıyla *Hawthorne*'un bahsetmiş olduğu gibi, 19. yüzyılda gülünç kabul edilen bir cezanın ağır ceza gibi karşılanabildiği; yine 19. yüzyılda suç dahi teşkil etmeyecek bazı hareketlerin suç olarak görülebildiği bir toplum ortaya çıkmıştı.⁷⁰ Özellikle “avarelik”, “inatçılık” gibi tutumların da cezaya bağlanması *Hawthorne*'un toplum tasvirini destekler niteliktedir. Nitekim 1645 yılında *Connecticut Genel Mahkemesi*'nin *Susan C.* adlı bir hizmetçi ile ilgili olarak aldığı ve *Howard Zinn* tarafından nakledilen bir karar, dönemin suç anlayışını yansıtmaktadır.⁷¹ Bu kararda ifade edilenlere göre *Susan*, hanımına karşı asi denecek tavırlar içindedir. Bu kabahati nedeniyle ıslahevine gönderilir, az yemek verilerek çok çalışmaya,

60 MERANZE, 2008, s. 193.

61 Massachusetts Body of Liberties 1641, Ölüm Cezası madde 94, (Çevrimiçi).

62 The King James Version of The Holy Bible, Leviticus 20:10, 2004, s. 69.

63 The King James Version of The Holy Bible, Leviticus 20:15, 2004, s. 69.

64 The King James Version of The Holy Bible, Exodus 21:12, 2004, s. 42.

65 The King James Version of The Holy Bible, Exodus 21:16, 2004, s. 46.

66 The King James Version of The Holy Bible, Exodus 22:18, 2004, s. 46-47.

67 The King James Version of The Holy Bible, Exodus 22:20, 2004, s. 48.

68 MCGARVIE ve MENSCH, 2008, s.334.

69 MCGARVIE ve MENSCH, 2008,” s. 334.

70 HAWTHORNE, 1963, s. 39-41

71 ZINN, 2005, , s. 111.

herkesin önünde nasihat dinlemeye ve bu biçimde bir hafta göz hapsinde tutulmaya mahkûm edilir. Bu noktada bahsi geçen *Susan C'*nin *indentured* denilen özel bir tür hizmet sözleşmesiyle Amerika'ya geldiği hatırlanmalıdır. Bu sözleşme tipiyle, Amerika kıtasına yol masrafı karşılanan kişi, belli bir süre boyunca, genelde boğaz tokluğuna, masrafını karşılayan kişiye hizmet etmeyi kabul ediyordu. Yine de cezanın bir bölümünün herkesin önünde nasihat dinleme zorunluluğunu içermesi ilgi çekicidir.

Daha ağır bir vaka ise Vali *William Bradford* tarafından anlatılmıştır. 1642 yılında kaleme aldığı bir tarih kitabında Vali, *Thomas Granger* isimli genç bir uşağın işlemiş olduğu suçlardan yakınmaktadır. Valinin anlattıklarına bakılacak olursa *Granger* çeşitli hayvanlarla fiili livata suçunu işlemiştir.⁷² Yakalanan *Granger*'a hangi hayvanlarla ilişki kurduğu sorulmuş, sorgu esnasında bazı hayvanlar tek tek önüne çıkartılmış, *Granger* da hangilerine fiili livatada bulunduğunu söylemiştir.⁷³ Vali, bu itiraftan sonra, *Leviticus 20:15*'e göre, önce *Granger*'ın ilişkiye girdiğini söylediği kısırak, koyun ve diğer hayvanların suçlunun gözlerinin önünde öldürüldüğünü söyler, daha sonra ise suçlunun idam edildiğini ifade eder.⁷⁴ Burada kanun olarak Kutsal Kitap'a atıf yapılmış olması dikkate değerdir; *William Bradford* doğrudan "*Kanun Leviticus 20:15*"⁷⁵ ifadesini kullanmıştır. Diğer bir önemli husus ise *Bradford*'ın, *Granger*'ın bu alışkanlığı İngiltere'de çobanlık yaptığı bir arkadaşından öğrendiğini yazmış olmasıdır. Bu bilgiyi veren *Bradford*'ın, tek bir kişinin günahının birçok kişinin üzerinde nasıl bu kadar etkili olabileceğini dile getirmesi, cemaat üzerindeki toplu kontrol anlayışının da bir parçası olmalıdır.

Başlangıçta maddi dünyadan çok manevi dünyayı koruyan *New England* hukukunda 17. yüzyılın ortalarına doğru, hem ölüm cezasıyla yargılanabilecek suçlar sayıca artmış, hem de mala zarar vermeyi konu alan suçlar ölüm cezasıyla yargılanabilir nitelikte düzenlenmiştir. Bu gibi gelişmeler, koloniler hukukunun İngiliz hukukuna daha fazla benzerlik göstermeye başladığının ifade edilmesine sebep olmuştur.⁷⁶ Kolonilerin ilk döneminde mala zarar vermeyi düzenleyen suçların ölüm cezasıyla yargılanmaması, bu dönemle ilgi-

⁷² BRADFORD, 1856, s. 397. (Çevrimiçi)

⁷³ BRADFORD, 1856, s. 398. (Çevrimiçi)

⁷⁴ BRADFORD, 1856, s. 398. (Çevrimiçi)

⁷⁵ Orijinal metin şu şekildedir: "A very sade spectacle it was; for first the mare, and then § cowe, and § rest of § lesser cattle, were kild before his face, according to § law; Levit: 20.15." (İngilizcedeki yazım hataları metnin orijinalinin dilinden kaynaklanmaktadır.)

⁷⁶ MERANZE, 2008, s. 193.

li *Tocqueville* tarafından dile getirilmiş olan vasıfları doğrulayan bir unsur olarak görülebilir: Muhtemelen bu dönemde, “yoksul ve mutsuz” göçmenler arasında mülkiyet veya maddi zenginlik pek önem arz etmemekteydi. Bununla bağlantılı olarak, mülkiyete dokunulması ölüm cezasını gerektirecek bir suç tipi olarak algılanmamıştır yorumu da yapılabilir. Mülkiyeti ve maddi zenginliği ikinci plana iten bu düşünce tarzının, 17. yüzyılın belli bir döneminde Eski Dünya’da yaşayan radikaller arasında da dile getirilmekte olduğu, *Gerard Winstanley* gibi fikir adamlarının varlıkları sayesinde, söylenebilir. Ancak bu düşüncelerin hukuka sürekli bir biçimde aksettirilemediği de hem Eski Dünya hem de Yeni Dünya için geçerli bir durum olacaktır.

Daha ileri tarihlerde kolonilerde mülkiyete zarar veren kişilerin ölüm cezasıyla yargılanabiliyor olması ekonomik gelişmenin bir göstergesi olarak yorumlanabilir. Malın ekonomik değeri önem kazandıkça, mala karşı işlenen suçun verdiği zarar da o derece yüksek olarak algılanacaktır. Ancak burada mülkiyetin hak olarak değil, meta olarak korunduğuna dikkat etmek gerekmektedir. Kolonilerin ilk döneminde, hukukun fonksiyonu kişisel özgürlükleri korumak değildi. Göçmenlerin pek çoğu açısından için özgürlük “tanrısal bir topluluk” kurabilme özgürlüğü olarak algılanmaktaydı.⁷⁷ Bunu gerçekleştirmek için elbette bir sosyal kontrol gerekecekti ki bunun da modern anlamda özgürlük kavramından farklı bir özgürlüğü ifade ettiği belirtilmiştir.⁷⁸ Bu bakımdan verilecek bir örnek ise ticaretin sınırlandırılmasıdır: Seçilmişlik doktrinine uygun olarak yabancılarla kurulan ticari ilişkiler, özellikle toprak mülkiyetinin el değiştirmesi gibi hukuki işlemler bakımından kontrol edilebiliyordu. Bu noktada, aile reislerinin katıldığı kasaba meclisleri kurulur ve yabancılara toprak satışı bu meclislerin onayından geçerd.⁷⁹ Bu durum en azından büyük ve kozmopolit şehirlerin ortaya çıkışına kadar devam etmiş olmalıdır. Ama böyle bir düzenleme, cemaatin ve dolayısıyla kolonilerin, yabancıların etkisine kapalı olma gayretine de işaret eder. Uygulamada bu kapalılığın ne derece sağlandığı ise ayrı bir çalışma konusudur. Öte yandan, koloninin içinde dahi bu düzenden memnun olmayan kişilerin ortaya çıkması an meselesi olacaktır.

5. Yeni Dünya’da Kadınlar

17. yüzyılda yaşayan pek çok toplulukta olduğu gibi Püriten toplumunda da kadınların erkeklere göre daha aşağı konumda olduğu düşünülmektey-

⁷⁷ MCGARVIE ve MENSCH, 2008, s. 326.

⁷⁸ MCGARVIE ve MENSCH, 2008, s. 326.

⁷⁹ KONIG, 2008, s. 169.

di. Bu inancın temeli de İncil'deki "Havva'nın Âdem'in kaburga kemiğinden yaratılması", "Yasak Elma'yı ilk tadanın Havva olması" ve "Âdem'in Havva'nın teşviki/kandırması ile Yasak Elma'nın tadına bakması" anlatısına dayanmaktadır ki bu da kadının erkekle eşit konumda değil erkeğin yardımcısı konumunda olması fikrini beraberinde getirir.⁸⁰ *Massachusetts* kolonisi temel olarak "patriarkal" bir toplumdur.⁸¹ Bu patriarkal yapılanmanın getirdiği kontrol sadece kadınlar üzerinde değil aynı zamanda çocuklar ve hizmetçiler üzerinde de kendini hissettirmektedir.⁸² Buna göre koruyucu figür ya baba ya da koca olacaktır.⁸³ "Aile reisi" tanrısal ilgiyi ve itınayı yerleştirmeyi de bir bakıma görev edinmiştir.⁸⁴ Aile reisi, kasaba meclislerinin bir üyesi olarak da görev yapmakta ve çeşitli hukuki kararların alınmasında etkili olabilmekteydi. Böylece aile reisinin hem kendi ailesi üzerinde, hem de meclisteki yeri sebebiyle kasabanın tamamı üzerinde belli bir kontrolü gerçekleştirdiği söylenebilir.

Reform dönemi Hristiyanlığı'nın, Orta Çağ Hristiyanlığı'ndan ayrıldığı noktalardan biri de cinsel ilişkinin algılanma biçimindedir. Püritenler cinsel ilişkinin gerekliliğini savunmaktaydılar ancak bunun mutlaka geçerli bir evlilik içinde yapılması gereken bir fiil olduğunu düşünmekteydiler ve hukukun yapılması da buna paralel şekildeydi. Orta Çağ Hristiyan düşünürleri ise kutsallığı bekârlıkla özdeşleştirir, evli çiftlerin bile cinsel ilişkiden kaçınmaları gereğini vurgulardı. Ancak Püritenler için dahi cinsel ilişki, karı ve koca arasındaki hiyerarşi çerçevesinde gerçekleşmeliydi.⁸⁵ Seçilmişlik doktriniyle bağlantılı olarak Püriten toplumunda, evliliğin de seçilmiş kişiler arasında sağlam bir bağ içermesi gerektiği savunulmaktaydı.⁸⁶ Bu bağın sadece manevi anlamda değil, maddi anlamda da bir ilişkiyi kapsamakta olduğu ifade edilmektedir: Püritenizm bireyselliği reddettiği için kadının mülkiyeti aile mülkiyetine giriyordu ki bu aslında kocaya kadının üzerinde bir kontrol aygıtı daha sağlamaktaydı.⁸⁷ Cinsel ilişki ise neticede çocuk doğurma eyleminin bir parçasıydı ve yeni doğan her çocuk Püriten cemaati için yeni bir üye anlamına

80 HAMBLETON, 2004, s. 9.

81 HAMBLETON, 2004, s. 9.

82 HAMBLETON, 2004, s. 9.

83 HAMBLETON, 2004, s. 9.

84 KONIG, 2008, s. 172.

85 PORTERFIELD, 1992, s. 14.

86 KONIG, 2008, s. 172.

87 KONIG, 2008, s. 172.

geliyordu.⁸⁸ Burada belki, Püritenlerin cinselliği bir görev olarak kabul ettikleri söylenebilir. Püritenlerin önem verdikleri diğer bir nokta da kontroldü.⁸⁹ Cinsel ilişki kontrolü gevşettiği için evlilik yoluyla çocuk doğurma amacına hizmet etmesi gerekmektedir.⁹⁰ Bu yönelim, aynı zamanda cinsel ilişkinin kutsal bir amaca hizmet etmesi dolayısıyla ruhanileştirilmesi olarak da yorumlanabilir. Evlilik içindeki cinsel ilişki, bir bakıma Tanrı'ya duyulan sevginin de bir parçası olarak yorumlanmıştır. Ancak, Püriten öğretisinde koca ve karı arasındaki sevginin Tanrı'ya duyulan sevginin ötesine geçmemesi gerektiği de aşılmıştır.⁹¹ Bu da ruhanileşme işleminin bir parçasıdır. Püritenler her şeyden önce seçilmiş ve “misyon”u olan insanlardı, kadın-erkek ilişkileri de bu seçilmişten payını almışa benzemektedir. Böylece Püritenler için cinsellik, ruhani bir görev haline getirilerek evlilik çerçevesinde meşru kılınmıştır.

Püritenler'in kaçındıkları evlilik dışı cinsel ilişkidir, ama evlilik içinde cinsel ilişki onaylanan hatta teşvik edilen bir fiildir.⁹² Püriten inancı cinsel ilişkideki memnuniyet ve çocuk doğurmanın birbirine bağlı olduğunu da savunmaktaydı.⁹³ Evliliğin sağlıklı bir biçimde yürümesi, cemaatin bütünü açısından önemliydi ve sağlıklı evlilikler cemaatin refahını tehdit etmekteydi.⁹⁴ Püriten hukukunun İngiltere'den çok daha evvel tam bir boşanmaya olanak tanınması da buna bağlanmıştır; istatistiksel olarak 1670 ile 1799 arasında sayısı hemen hemen bine yaklaşan boşanma davasından söz edilir.⁹⁵ Boşanma sebeplerinden biri de erkeğin kocalık görevlerini yerine getirmemesidir. 1682 tarihli bir davada, boşanma talep eden *Catherine Ellinwood*, kocası ile cinsel ilişkiye giremediği için tam anlamıyla evli sayılmadığını, bu durumun kendisini günaha sürükleyebilme tehlikesi olduğunu belirtir. Davada *Catherine*, zina suçundan kaçınabilmek ve günaha girmemek için kocasından boşanmasının şart olduğunu da anlatmıştır. Koca *Ralph Ellingwood* ise cadıların kendisine büyü yaptıklarını söyler; bu sebeple kocalık görevlerini yerine getiremediği iddiasında bulunur ve hatta bununla ilgili olarak karısını da suçlar.⁹⁶

⁸⁸ CHANDLER, 2008, s. 8-9.

⁸⁹ HAMBLETON, 2004, s. 45.

⁹⁰ HAMBLETON, 2004, s. 45.

⁹¹ GODBEER, 2002, s. 55.

⁹² HAMBLETON, 2004, s. IX.

⁹³ HAMBLETON, 2004, s. XI.

⁹⁴ KONIG, 2008, s. 174.

⁹⁵ KONIG, 2008, s. 174.

⁹⁶ HAMBLETON, 2004, s. 4.

Bunun üzerine *Catherine Ellingwood* cadı olmadığını kanıtlayabildikten sonra boşanma gerçekleştirebilecektir. Bu olay, aslında kocanın kadın üzerindeki hâkimiyetinin de bir yansımasıdır. Kadının günaha girmemesi için, kocanın kocalık görevlerini yerine getirmesi beklenmektedir. Daha da önemlisi, kadın kendini günaha girebilir bir varlık olarak algılamaktadır. İlginç bir biçimde, Kızıl Damga'da *Hester*'ın aldattığı kocası *Roger Chillingworth*, karısıyla yüzleşirken evliliklerini en baştan bir hata olarak kabul edecektir. Bu hatanın temelinde ise *Hester*'ın genç ve sağlıklı bir kadın olması, kocasının ise yaşlı bir adam olması vardır. Hatta *Chillingworth* aradaki evlilik bağına sağlıksız ve doğaya aykırı olarak tanımlayacaktır.

Evlilik içinde cinsel ilişkiyi kabul eden hatta makbul gören Püriten toplumu, evlilik dışı cinsel ilişkiyi ise kabul edilemez bulur ve mundar, kirli gibi terimlerle tanımlar.⁹⁷ Evlilik dışı cinsel ilişkide dönemin kadına bakışı da yerini alır: Kadın günahkâr Havva'nın kızıdır ve günah işlemeye erkekten daha fazla yatkındır. Bulgular, zina suçu dolayısıyla kadının erkeğe göre daha sık ve daha ağır ceza aldığını bildirmektedir.⁹⁸ *Hambleton*, kadına bu karşı bakış açısının salt Püritenlere özgü olmadığını belirtir, bu aslında Yahudi-Hıristiyan geleneğinin bir parçası ve Eski Dünya'nın bir mirasıdır.⁹⁹

New England Püritenleri açısından evlilik ailelerin kontrolü altındaydı ve evlenen tarafların statüsel olarak eşitliği dikkat edilmesi gereken bir konuydu.¹⁰⁰ İngiltere'de, özellikle *Cromwell* döneminden önce, hâkimler, evlenecek çift arasındaki ortak evlilik iradesinin meşru bir evlilik birlikteliği kurduğunu kabul etmekteydi. Bu bakımdan İngiliz mahkemelerinin üç kriteri aradığı belirtilmektedir ki bu kriterler şunlardır: tarafların ergenliğe ulaşmış olması, her iki tarafın da evliliğe sözel onay vermesi, evliliğin (cinsel ilişki yoluyla) gerçekleşmiş olması. Massachusetts'te ise evlilik her iki tarafın ailesinin yazılı rızası olmadan gerçekleşemezdi.¹⁰¹ Ancak, kolonilerin içinde de bu evlilik biçimlerine aykırı davranışlar görülmekteydi. Bu bakımdan evlilik teriminden ne anlaşılması gerektiğinin, toplumun her kesiminde farklı olduğu ifade edilmiş, bu farklılık bazen mahkeme kayıtlarına da yansımıştır.¹⁰² Din

⁹⁷ HAMBLETON, 2004, s. XII.

⁹⁸ HAMBLETON, 2004, s. XII.

⁹⁹ HAMBLETON, 2004, s.1.

¹⁰⁰ HAMBLETON, 2004, s.84.

¹⁰¹ HAMBLETON, 2004, s.14.

¹⁰² GODBEER, 2002, s. 9.

adamları evliliği, yetkili bir memurun önünde gerçekleşen kamusal bir tören olarak tanımlarken bazı göçmenlerin bu kamusalılığı aramadığı belirtilmektedir. Özellikle Güney kolonilerinde, evliliğin gerçekleşmesi için, resmi törenin yapılması, memurlara ulaşmanın fiziksel zorluğuyla birleşince pek gerekli görülmemekteydi.¹⁰³ *New England*'da da, tüm kontrole rağmen, benzeri örneklerin görüldüğü mahkeme kayıtlarından anlaşılmaktadır.¹⁰⁴

Abby Chandler, 17. ve 18. yüzyıllardaki anlamıyla “cinsel suç”un tanımını yaparken bu suçun evlilik dışında gerçekleşen her türlü cinsel ilişkiyi kapsadığını belirtir.¹⁰⁵ Buna göre örneğin ırza tecavüz de, zina da bir cinsel suç sayılacaktır. *New England*'daki diğer cinsel suç tiplerine örnek olarak erkeğin evlenme vaadini yerine getirmemesi kadının ayartıcı ve baştan çıkarıcı davranması gibi suçlardan bahsedilebilir.¹⁰⁶ Cinsel suçların tarih boyunca koruduğu yarar bakımından farklı örnekler verilebilir. Bu çalışmada başvuru kaynaklar çerçevesinde zinanın bir suç olarak düzenlenmesiyle korunan iki farklı yarar göze çarpmaktadır. Bunlardan biri ekonomik diğeri ise dini-ahlaki yarardır. Avrupa'da ve özellikle İngiltere'de laik mahkemeler cinsel suçların ekonomik yanıyla ilgilenirken kilise mahkemeleri suçun ahlaki boyutunu dikkate almıştır.¹⁰⁷ Püritenler açısından ise kilise mahkemesinin varlığı söz konusu değildir¹⁰⁸ ve suçun hem ahlaki hem ekonomik boyutu “laik” mahkemelerde çözüme bağlanır. Zina teşkil eden fiil, İncil'de de yasaklanmış olduğu için Tanrı'nın buyruğuna da aykırılık teşkil ediyor dolayısıyla taahhütnameyi bozuyordu. Bu durum da sadece failer için değil cemaat açısından Tanrı'nın gazabını gerektiren bir suç teşkil ediyordu.¹⁰⁹ Böylece, Püritenler bakımından korunması gereken ahlaki bir yarar ortaya çıkmaktaydı.

Doğrudan ahlaki kaygılar ile hareket eden Püriten toplumu için ailenin korunması da öncelikle ahlaki temelli olarak düşünülecektir. Öte yandan, kolonilerde ekonomik faaliyetin temelinde de aile/hane bulunmaktaydı.¹¹⁰ Toplumu şekillendiren göçmenlerin, bekârlardan ziyade ailelerden oluştuğu

¹⁰³ GODBEER, 2002, s. 38.

¹⁰⁴ GODBEER, 2002, s. 38-39.

¹⁰⁵ CHANDLER, 2008, s. 5.

¹⁰⁶ MCGARVIE ve MENSCH, 2008, s. 335.

¹⁰⁷ CHANDLER, 2008, s. 14.

¹⁰⁸ CHANDLER, 2008, s. 104.

¹⁰⁹ HAMBLETON, 2004, s. 132.

¹¹⁰ HAMBLETON, 2004, s. 132.

hatırlanacak olursa aile birliğinin korunması da anlam kazanacaktır. Ailesini İngiltere’de bırakan aile babaları, ailenin geride kalan üyelerini de yanlarına almak zorunda tutulmuşlardı. Bu mecburiyeti yerine getirmeyen bir aile babası, İngiltere’ye dönmek zorunda bırakılabiliyordu.¹¹¹ Evlilik dışı çocuk doğurmuş bir kadının tek başına, ekonomik araçlara sahip olsa dahi, bağımsız bir aile kurması ise düşünülememekteydi. Evlilik dışı doğan çocuklar, özellikle hizmetçilerin çocukları ise, hane reisini hizmetçinin çalışmasından yoksun bırakıyor ve hane reisine fazladan bir ekonomik yük getiriyordu, özellikle de kolonileşmenin ilk dönemlerinde, iş gücü kıt iken.¹¹² Bu noktada Püriten hukuku ile İngiliz hukukunun farklılıklarından biri daha belirgin hale gelmektedir. İngiltere’deki mahkeme kayıtlarında dikkati çeken bir özellik, özellikle maddi durumu kötü olan kadınların doğurduğu evlilik dışı çocukların vakaları üzerinde durulmasıdır.¹¹³ Bu yoğunluğun yoksullara yardım için ayrılan ödenekten tasarruf etmek gayesiyle bağlantılı olduğu belirtilmiştir. Yine bununla bağlantılı olarak, İngiltere’de, evlilik içinde erken doğan çocuklarla ilgili zina suçlamasına gidilmemiştir. Oysa *New England* için farklı bir durum söz konusudur. Burada kadının veya adamın çocuğa bakacak maddi olanaklara sahip olması, evli olması önem taşımamaktadır. Kayıtlara göre, 1692 yılında, *Boston*’da *Elizabeth Denham* isimli bir kadının, evliliğinden itibaren birkaç hafta içinde çocuk doğurması problem teşkil edebilmekteydi.¹¹⁴ Aynı cemaatin içinde, bir 10 yıl sonra, *Stephen Johnson*, hali hazırda karısı olan kadınla evlenmeden evvel cinsel ilişkiye girdiği için “disipline edilmiştir”.¹¹⁵ İngiliz hukuku, zinanın ekonomik zararına odaklanmışken, Püriten hukukunda ahlaki zararın daha önemli yer tuttuğu bu bölümdeki örneklerden de anlaşılmaktadır. *Hambleton, New England*’da suç teşkil eden fiilin cinsel ilişkinin kendisi olduğunu, aynı dönemin İngiliz mahkemelerinde ise evlilik dışı çocuk doğurmanın suç teşkil ettiğini ifade edecektir. İngiltere’de suçun temelinde, kamu bütçesine yük bindirecek olan bir çocuk doğurmak fiili bulunmaktadır.¹¹⁶ *New England*’da ise çocuğun varlığı cezayı ağırlaştıran bir etken olabilir, özellikle zina sonucu doğurduğu çocuğun babasının kim olduğuna dair bir cevap veremeyen ya da vermek istemeyen kadınların daha sert cezalara tabi olduğu ifade

¹¹¹ HAMBLETON, 2004, s. 132.

¹¹² HAMBLETON, 2004, s. 132.

¹¹³ HAMBLETON, 2004, s. 10.

¹¹⁴ GODBEER, 2002, s. 34.

¹¹⁵ GODBEER, 2002, s. 34.

¹¹⁶ HAMBLETON, 2004, s. XIII.

edilmiştir.¹¹⁷ Kızıl Damga'da *Hester*'ın suç ortağının kim olduğunu söylememesi bu bakımdan anlamlıdır. Gerçi *Hester*, görece hafif bir ceza almıştır. Romanda bunun sebebi cemaatin, iki yıldır kayıp olan kocanın ölmüş olduğu üzerinde bir tür faraziye kabul etmesidir.¹¹⁸ Böylece başlangıçta kısa bir süre hapis yatan *Hester*, Kızıl Damga'yı taktıktan sonra serbest bırakılmıştır. *New England*'da zinanın ve genel olarak ölüm cezalık olan suçların kanıtlanabilmesi için ya itiraf, ya da en az iki tanığın ifadesi gerekirdi. Tanıkların olay anında şahit olmaları şartı, *New England* hukukunda da aranmaktaydı. Her zaman iki şahit bulmak kolay olmadığı için, idam cezası nadiren gerçekleşirdi, bunun yerine şüpheli davranış veya teşebbüsten kamçılama veya para cezası ödetme yollarına başvurulurdu.¹¹⁹ *Hester*'ın durumunda, hamilelik yeterli delil sayılsa da, kocanın “gaip” benzeri bir statüsünün olması bir tür hafifletme teşkil etmiştir.

6. Eski ve Yeni Dünyanın Radikalleri

Yukarıda bahsedildiği üzere, *New England* göçmenleri “Yeni bir İsrail” kurmak istemişler ve Eski İsrail'i de kendilerine örnek olarak almışlardır. Bu bakımdan, göçmenlerin, İngiliz hukukunu Eski Ahit'teki hukuki düzenlemeler ile uyumlu olduğu ölçüde benimseyerek ceza hukukuna kaynak olarak aldıkları ifade edilmiştir.¹²⁰ Ölüm cezası haricinde, kolonilerde kırbaçlama, boyunduruğa vurma, para cezasına mahkûm etme, damgalama, işaretleme, dil koparma ve cemaat dışına atma gibi cezalar da vardı.¹²¹ Ancak, bazı koloniler bu genel yapının dışına çıkabiliyorlardı. Bunun tipik örneği *Rhode Island* kolonisidir. Bu koloninin temelleri, *Massachusetts*'ten kovulan *Roger Williams* tarafından *Providence* şehrinin kurulması ile atılmıştır.¹²² Dolayısıyla koloninin hukukî ve sosyal yapılanmasının *Massachusetts*'te geçerli olan kurallara bir tür tepki şeklinde oluştuğu ifade edilmektedir. *Roger Williams*'a göre, hukukun dine hizmet etmesi Hristiyan özgürlüğünü zehirlemekte ve İsa'nın kilisesine zarar vermektedir.¹²³ *Williams* ayrıca, hukukî otoritenin tamamen insan yapısı olduğunu ve insanın eksikliklerine bir taviz olduğunu, dolayısıyla

¹¹⁷ CHANDLER, 2008, s. 53.

¹¹⁸ HAWTHORNE, 1963, s. 49.

¹¹⁹ GODBEER, 2002, s. 102.

¹²⁰ MCGARVIE ve MENSCH, 2008, s. 328.

¹²¹ MCGARVIE ve MENSCH, 2008, s. 328.

¹²² MCGARVIE ve MENSCH, 2008, s. 338.

¹²³ MCGARVIE ve MENSCH, 2008, s. 338.

meşruiyetinin geçici olduğunu belirtir.¹²⁴ Bu bakış açısı, tutucu bir şekilde dinin hukuktan üstün olduğu şeklinde yorumlanabilir. Ancak *Williams*'ın din kuralları ve hukuk kuralları arasında belli bir ayırım yapılması gereğini kastedtiği de düşünülebilir. Burada belki *Williams*'ın amacı, hukukun dini ya da ahlaki prensiplerden değil dünyevî prensiplerden hareket etmesi gerektiğini vurgulamaktır. Yapılan hukuki düzenlemelere bakıldığında bu yorumu destekleyen verilerle karşılaşmak mümkündür. *Massachusetts*'ten farklı olarak, *Rhode Island*'da ceza hukukunun %85'i İngiliz hukukuna dayanarak oluşturulmuştur.¹²⁵ *Massachusetts*'te ise bu oran %40'da kalmış, %40'a yakın bir oranda düzenleme ise Eski Ahit'ten alınmıştı.¹²⁶ Örnek vermek gerekirse, *Rhode Island Ceza Kanunu*'nda sapkınlık, Sebt gününde çalışmak, veya dine küfretmek suç olarak tanımlanmış değildir.¹²⁷ *Rhode Island*'daki bu tip düzenlemeler, hukukun gelişiminde farklı bir sosyal yapıya dikkat çekmektedir. Bu farklılık ise aslında Eski Dünya'dan tam bir kopuşu işaret etmemektedir. Temelde tutucu, baskıcı ve dine dayalı bir yaşam ve hukuku savunan Püritenlerin İngiltere'de bir kralı tahttan indirmeyi ve yargılamayı düşünebilen, neredeyse “devrimci” adlandırılacak bir taraflarının olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. *Hawthorne, Hester*'ın dışlandığı dönemde kapıldığı düşünceleri tasvir ederken bu devrimciliği anımsatır:

“Dünyanın kanunu zihnine hâkim olan kanun değildi. Öyle bir devirdi ki o zaman hürriyetine yeni kavuşmuş olan insan zekâsı, yüzyıllar boyunca olduğundan daha faal, daha geniş bir sahada işlemeye başlamıştı. Kılıç adamları asilleri, kralları devirmişlerdi. Bunlardan daha cesur, daha yiğit kimseler eski devirlerin prensiplerinin çoğuna tesir etmiş olan eski peşin hükümleri alaşağı etmiş, yeni bir tertip ve düzene sokmuştu. (Ancak bunu fiiliyat sahasından ziyade, kendi gerçek bölgeleri olan nazariyat sahasında başarmışlardı.) *Hester Prynne* bu ruhu benimsemişti. Atlantik'in öte tarafında revaçta olan öyle bir düşünce ve tasavvur hürlüğü elde etmişti ki atalarımız bunu bilselerdi, kızıl harfle damgalanmış olan suçtan daha tehlikeli bir suç sayarlardı. Deniz kenarındaki ıssız kulübesinde, *New England*'da başka hiçbir eve girmeye cesaret edemeyecek düşünceler *Hester Prynne*'i ziyaret ederdi. Bu hayalet ziyaretçiler, sadece kapıyı çaldıkları bir görölse, evine bir sürü şeytan alıyor diye ev sahibinin başına bela açarlardı.”¹²⁸

¹²⁴ MCGARVIE ve MENSCH, 2008, s. 338-339.

¹²⁵ MCGARVIE ve MENSCH, 2008, s. 339.

¹²⁶ MCGARVIE ve MENSCH, 2008, s. 340.

¹²⁷ MCGARVIE ve MENSCH, 2008, s. 340.

¹²⁸ HAWTHORNE, 1963, s. 127.

Hawthorne'un zihinsel olarak yansıtmaya çalıştığı bu dünya, kendi yaşamakta olduğu 19. yüzyıl Amerika'sı mıdır yoksa *Hester*'in Amerika'sı mı bu kısım her zaman tartışmaya açıktır. *Hester*'in söz konusu zihinsel özgürlüğe kavuşmasının yazınsal arka planında toplum tarafından dışlanarak tek başına kalması ve kendi üzerinde düşünmeye başlamış olması, tarihsel arka planındaysa kuşkusuz İngiliz devrimi ve *I. Charles*'ın tahttan indirilmesi sonrasında ortaya çıkan yeni düşünce akımları vardır. Hukuk ve mülkiyet açısından *Winstanley* örneğinde görülen bu fikirler başka alanlarda da ortaya çıkacaktı. *Cromwell* İngiltere'sindeki gezgin vaiz *Lawrence Clarkson*, cennet ve cehennem, beden yeniden dirilmesini reddettiği gibi, günah kavramını da sorgulayabiliyordu:

*Tanrı gözündə sarhoşluk, zina, hırsızlık diye bir eylem yoktur... Günah kavramı yalnızca bir kuruntudur... Sizin tarafınızdan ışıktaki ve sevgide hangi eylem yapılırsa, isterse buna zina densen ışıktaki ve sevgidir. Kutsal Kitap, azizler ya da kiliseler ne derse desin, eğer o sizin içinizdeki sizi lanetlemiyorsa, siz lanetlenmeyeceksiniz.*¹²⁹

Nitekim *Hester*, *Dimmesdale* ile olan ilişkisini de buna benzer bir biçimde yorumlar ve aralarında olanın bir tür kutsama olduğunu düşünür. Ancak *Hester*'in belli ölçüde dile getirebildiği bu yeni düşünce tarzı sevgilisi *Rahip Arthur Dimmesdale*'de görülmez. Bu eksikliğin sebebi öncelikle ikisinin karakterleri arasındaki fark ile, ikinci olarak ise *Dimmesdale*'in kimliğinin açıklanmamış olması, yani toplum tarafından terk edilmemiş, yalnız bırakılmamış olması ile açıklanmıştır:

Hester Prynne doğuştan cesur ve faal olan ruhu ile, ve bunca yıl cemiyetten sadece uzaklaşmış değil sürgün edilmiş olduğundan, rahibe tamamen yabancı gelen bir düşünce serbestliğine alıştırmıştı kendisini. Tâbi olacağı kaide ve rehber olmadan manevi bir çölde dolaşmıştı ki, o da şimdi mukadderatıyla ilgili bir karar vermek üzere bulundukları bu vahşi orman kadar geniş, karışık ve karanlıktı. Kafası ve ruhu sanki çöllük yerlerde bir yurt buluyorlardı kendilerine ve buralarda ormandaki vahşi yerliler gibi serbestçe dolaşabiliyorlardı. Yıllarca bu cemiyetten uzak görüş noktasından insan müesseselerine, rahiplerin, kanuncuların kurdukları şeylere bakmıştı ve her şeyi bir yerlinin rahibin şeritlerine, hâkimin cübbesine, tomruğa, idam sehпасına, ocak başına, kiliseye...duyacağından pek daha fazla saygı göstermeden yer-

129 Lawrence Clarkson, "A Single Eye", s. 8-12, 16 aktaran Hill, 2013, s 236-237.

*mişti. Kader ve bahtı onu hürriyete kavuşturmuştu. Kızıl damga, başka kadınların ayak basmaya cüret edemeyecekleri bölgelere girmesini sağlamış olan bir belge idi. Utanç, ümitsizlik, yalnızlık! Bunlar öğretmenleriydi onun; sert ve yabani öğretmenlerdi; ona kuvvet vermişler, ancak epey de aksak şeyler öğretmişlerdi.*¹³⁰

Hester'ın karakterini tanımlayan bu sözlerin başlangıcında, *Hawthorne*'un yaşadığı yüzyılın, özellikle transandantalizm akımının etkisi belirgindir. *Hester*'ın, kendi içinde, herhangi bir “kaide ve rehber”e tabi olmadan bulabildiği gerçekliğe, büyük bir ihtimalle *Hester*'dan çok daha iyi bir eğitim almış olan *Dimmesdale* de, *Chillingworth* de ulaşamaz. Ancak *Hawthorne*, her ne kadar *Hester*'ın cezasının, önce içinde bulunduğu topluma yabancılaşmasını, sonra da o toplumun kurallarının o kadar da önemli olmayabileceğini sorgulamasını mümkün kıldığını sezdirse de, hikâyenin sonunda kahramanını tam bir özgürlüğe kavuşturamaz. Bu da belki de romanın 19. yüzyıl öğretisinden çıkıp 17. yüzyıla yaklaşmasına sebep olan unsurlardan biridir. *Hester*'ın tam anlamıyla bağımsızlığa kavuşmasını engelleyen iki şey vardır. Bunlardan biri, üzerinde hâkim olan günah duygusudur: *Hawthorne* bu bakımdan *Hester*'ı çağının bir kadını olarak çizer, günah işlemiş olma duygusu *Hester*'ın benliğine kazınmış gibidir, bu bakımdan kendisini bir “reformist” olarak da göremez. *Hester*'ın düşüncesine göre, “... Tanrı'nın bileceği bir gün, dünya olgunlaştığı, hazır olduğu bir zaman daha aydın bir çağ gelecek, erkek kadın münasebetlerini karşılıklı saadetten yana daha sağlam temeller üzerine oturacak yepyeni bir hakikat”¹³¹ ortaya çıkacaktır. Fakat *Hester* bile bu ilerlemenin ancak saf, temiz ve günahsız bir kadının vasıtasıyla gerçekleşebileceğini düşünmektedir.

Hester'ın tam bir bağımsızlığa kavuşmasının arkasındaki ikinci etken ise *Dimmesdale* ile ilişkisi sonucu doğurduğu kızı *Pearl*'dür. Bu çocuk, annesi tarafından sık sık bir tür cin olmakla suçlanır. Öte yandan, *Pearl* hem bir can simididir hem de kontrol mekanizmasıdır *Hester* için:

“Ancak manevi alemden küçük Pearl gelmemiş olsaydı durum büsbütün farklı olabilirdi. O zaman, Hester Prynne bize tarih sayfaları içinde, Anne Hutchinson ile elele bir dini mezhebin kurucusu olarak gözükebilirdi, hatta bir peygamber olabilirdi. Belki, belki değil muhakkak, devrin sert mahkeme-

¹³⁰ HAWTHORNE, 1963, s. 154.

¹³¹ HAWTHORNE, 1963, s. 199-200.

lerinde Püriten yerleşmesinin temellerini uçurmaya teşebbüsten ölüme bile sürüklenebilirdi.”¹³²

Pearl'ün annesi üzerinde kontrolüne şahit olduğumuz iki olaydan biri *Hester*'ın *Dul Bayan Hibbins*'in peşinden “ormandaki kara adam” ile buluşmasına engel olmaktır. Cadılık doğrudan Kızıl Damga içinde kendine yer bulmaz, sadece dolaylı olarak kendini gösterir, *Dul Bayan Hibbins* ve elbette *Pearl*'e bağlı olarak. Diğer çocuklardan farklı, neredeyse vahşi denebilecek tavırlar gösteren *Pearl*'ün bu tutumunda *Hester*'ın sevgilisinin ismini açıklamamış olması da etkindir: kasabalılar ve özellikle çocuklar, *Pearl*'i şeytanın çocuğu sayarlar. Bu durumun aslında zina sonucu doğan ve babası bilinmeyen pek çok başka çocuk için de geçerli bir kabul olduğu ifade edilir. *Hester* ise kızını günahının sembolü olarak görür, onun için “hem mutluluğum hem de işkencem” tabirini kullanır. Nitekim *Pearl*'ün bir karakterden çok bir sembol olduğu ifade edilmiştir.¹³³ *Hester* sık sık *Pearl* olmazsa kendini kaybedeceğini, kara adama ismini yazdırabileceğini dile getirir. Kimdir ormandaki kara adam? *Bayan Hibbins* gerçekten cadılık mı yapmaktadır? Bu konuda fazla bir şey öğrenemeyiz. Ancak, orman, toplumun kurallarının dışında, doğanın egemen olduğu bir mekân olarak romandaki yerini alacaktır. *Hester* ve *Dimmesdale*'in buluşma ve yüzleşmeleri ya gece vakti, ya da ormanda gerçekleşir. *Hester* ve *Dimmesdale*'in ormandaki yüzleşmelerinde, *Pearl* yine annesini kontrol edecektir. Sevgilisine *Salem*'i terk etmeyi öneren *Hester*, elbisesinde Kızıl Damga sembolünün işlenmiş olduğu örtüyü çıkarıp atar bir an için. Ama üzerinde o kumaş olmadan kızına seslendiğinde *Pearl* onu tanıyamaz. Yazar daha önceden, *Pearl*'in ilk farkına vardığı şeyin annesinin göğsündeki kızıl damga olduğunu dile getirmiş, bir bakıma bu sahnenin yolunu hazırlamıştır. Bu durum bir tür kimlik haline gelen suçu mu gösterir yoksa *Hester*'ın bilinçaltında bir yerde baskıdan tamamen kurtulamamış olduğunu mu gösterir? Şüphesiz her iki sonuca da ulaşabilmek mümkündür.

Bu soruların dolaylı bir yanıtını, İngiliz radikalleri üzerinde yapılmış bir çalışmada bulmak ilginçtir. *Hill*'e göre, “Protestanlık ile insanlar kendini papazlardan kurtarmıştır ancak papazın yerini kendi vicdanlarından içselleşen papaz almıştır.”¹³⁴ *Hill* aynı zamanda 17. yüzyıl Radikallerinin teolojiden kaçarken kaçış rotalarının yine teoloji çerçevesinde kaldığını ifade etmiş-

¹³² HAWTHORNE, 1963, s. 127.

¹³³ NOLTE, 1965, s. 168.

¹³⁴ HILL, 2013, s. 171

tir.¹³⁵ Ancak dış etmenden kaynaklanan baskıların içsel/vicdani baskı lehine yıkılmış olması İngiliz Radikallerinin lehine yazılan bir puandır. *Hester*'in tam anlamıyla özgürlüğe kavuşamamasındaki sebeplerin de içsel nedenler olduğunu *Hawthorne* belirtmekten çekinmez. Nitekim *Dimmesdale* ile ormandayken dile getirebildiği fikirlere rağmen *Hester*, Pazar yerinde üzerine dikilen bakışlardan rahatsız olur, aynı meydan okumayı topluluk içinde gerçekleştiremez. Ama bu rahatsızlık onun kızıl damgayı benimsemesine de, onu bir süse çevirmesine de engel olamaz. Günahı simgelemesi gereken bu harf, *Hester*'in dikiş nakıştaki becerisi sayesinde bir güzellik sembolüne dönüşür. Bu durumu kocası *Chillingworth* de farketmiş gibidir. *Hester* kendi suçuna ve cezasına boyun eğmiştir. Bu sebeple, yani bir tür “iyi halden ötürü” damganın belli sürelerle üzerinden çıkarılabileceği teklifi yapılır. Ancak bunu bizzat kocasından duyan *Hester*'in yanıtı şu olacaktır: “*Bu damgayı oradan silebilmek hâkimlerin arzusuna bağlı değildir dedi, ondan kurtulmaya hak kazanmışsam kendiliğinden düşer o, veya başka bir manası olan bir şey olur.*”¹³⁶

Her ne kadar *Hawthorne*'un gözünde *Hester* günahkârlığı aşamasa da, (ya da *Hawthorne* bilerek kahramanını bu şekilde gösterse de), okuyucunun sempatisi *Hester*'ladır, yazar bu bağı tamamen koparmaz veya bu kopuşu gerçekleştiremez.¹³⁷ *Hawthorne*'un bu bakımdan *Winthrop* gibi, doğal biçimde yaşanan özgürlük konusunda şüpheci olduğu, ancak Püritenler'de de görülen, sivil özgürlüğün yolunun sivil otoriteye boyun eğmekten geçtiği fikrine karşı çıktığı da ifade edilmektedir.¹³⁸ *Hester*'in görünüşte sivil otoriteye boyun eğdiği en azından romanın başı ve ortası için söylenebilir: Kendisini dışlayan ve aşağılayan toplumu terk etmeyi düşünmediği gibi yoksulların da yardımına koşar, dikiş becerisi ile kazandığı paradan kendine çok az, kızına epey bir fazla ayırdıktan sonra geriye kalanı hep bağışlar. Nitekim *Hester*, *Dimmesdale* ile ormanda buluştuklarında, rahibe daha fazla kendi kendine işkence etmemesini; onun yerine bilgisini, ihtiyacı olanların yararına kullanmasını, eğitilmiş insanların arasında yeni bir hayata başlamasını tavsiye eder.¹³⁹ Bu aslında, *Hester*'in benimsemiş olduğu yaşam tarzıdır. Romanın sonunda *Hester*'in yaşadığı ve etrafıyla paylaşabildiği, dile getirebildiği aydınlanma, kafa-

135 HILL, 2013, s. 202.

136 HAWTHORNE, 1963, s. 130.

137 WEINSTEIN, 2008, s. XXXII

138 THOMAS, 2001, s. 187. (Çevrimiçi)

139 HAWTHORNE, 1963, s. 120.

sını yalnızken ziyaret eden ve ormanda ifade ettiği özgür düşüncelere oranla küçük bir aşamayı temsil edecektir. Ancak *Hester*, fikirlerini ve geleceğe dair umutlarını ifade etmekten çekinmeyecektir, her ne kadar Püriten toplumunun o fikirlere hazır olmadığını bilse de.

Okuyucunun esas problemi, olayın diğer faili, toplumla ve kendisiyle yüzleşmeyi kabul edemeyen *Dimmesdale* ve *Hester*'ın, olayı bilmesine rağmen bunu bir intikam aracı haline çevirmek isteyen kocası *Chillingworth* iledir. *Hester*, yasaya karşı gelmenin bedelini açık ve dürüst bir biçimde öder, bunu yaparken yasa ve vicdan üzerine düşünür de. Oysa *Dimmesdale*'de böyle bir bilinçlenme gerçekleşmez:

“Halbuki rahip, genel olarak kabul edilmiş kanunların sınırı ötesine götürecektir bir tecrübe geçirmemişti, gerçi en kutsal kanunlardan birini ihlal etmişti ama, bu tutkunun sebep olduğu bir günahı, prensip veya hatta niyetten yana bir suç sayılamazdı; ve o bahtsızlık anından beri, kolayca düzenleyebileceği hareketlerini değil her heyecan nefesini, her düşüncesini marazi bir gayret ve dikkatle kollamıştı. O devrin rahipleri, içtimai düzenin başında gelirdi, bu sebepten cemiyetin kuralları, prensipleri hatta peşin hükümleri hareketlerini engellerdi. Arthur Dimmesdale, rahip olarak, mesleğinin çerçevesinin sınırları içinde çaresiz kapalı kalmıştı. Bir kere günah işlemiş ve vicdanı kapanmamış bir yaranın kemirişiyle devamlı bir surette uyanık ve hassas kalmış bir adam olarak faziletin sınırları içinde bulunması, hiç günah işlememiş gibi bir durumda olmaktan çok daha emin olurdu.”¹⁴⁰

Chillingworth, *Dimmesdale*'i değerlendirirken, onda vicdan azabının ve dışlanmanın getireceği yükü kaldırmak için gereken kuvvetin var olmadığını, oysa *Hester*'ın bu kuvvete sahip olduğunu ifade eder.¹⁴¹ *Dimmesdale* de kendi güçsüzlüğünün toplumla yüzleşmemek olduğunu kabul eder:

“Sen bir bakıma bahtlısın *Hester*. O damgayı göğsünde taşıyorsun. Benim damgam gizli gizli yanıyor. Bilmezsin, yedi yıllık bir sahtekârlığın azabından sonra benim ne olduğumu bilen birinin gözlerine bakmak ne rahatlık veriyor insana.”¹⁴²

140 HAWTHORNE, 1963, s. 154.

141 HAWTHORNE, 1963, s. 132.

142 HAWTHORNE, 1963, s. 148.

Dimmesdale'in *Hester*'a, hatta *Chillingworth*'e nazaran daha bir 17. yüzyıla ait olduğu kuşku götürmez. Çağının ahlak anlayışından kopabilmiş bir adam değildir *Chillingworth*, bu bakımdan *Dimmesdale* ve *Hester* arasında bir yerdedir. Ancak onun da tam bir bilgeliğe ve buna bağlı olarak radikalliğe ulaşmasını engelleyen bir husus vardır ki o da affetme yeteneğine sahip olamamasıdır. *Hester* bu iki karaktere oranla modern insana çok daha yakındır:

“Yaşamın olağan zincirlerinden, artık sadece hep daha iyi bilmek için yaşayacak kadar kurtulmuş olan bir insan, öteki insanların gözünde bir değere sahip olan şeylerin birçoğundan, hatta hemen hemen hepsinden, hiçbir kıskançlık ve sıkıntı duymadan vazgeçebilmelidir; arzu edilir bir durum olarak insanlar, töreler, yasalar ve şeylerin geleneksel değerlendirilmeleri üzerinde özgürce korkusuzca süzülmeğe ona yetmelidir. Bu durumdan duyduğu sevinci seve seve paylaşır ve belki de yoktur paylaşacak başka şeyi – yani bir yoksunluk, bir vazgeçme daha içeren bir şeyi. Yine de ondan daha fazlası istenirse, kafasını anlayışla sallayarak, kardeşine, özgür eylem insanına işaret edecek ve belki biraz da alay etmekten geri kalmayacaktır; çünkü onun özgürlüğünün kendine özgü bir niteliği vardır.”¹⁴³

Koloniye terk edip gidebilecekken, kolonide kalıp cezasını çeken, yıllar sonra, maddi özgürlüğe sahipken koloniye dönmeyi tercih eden *Hester*'in özgürlüğünün de, kendine özgü bir tarafı olduğu su götürmez bir gerçektir.

7. Komşusunun ve Kendisinin Bekçisi Olan Vicdanlar

Tocqueville'in, *New England*'da demokrasinin kökenlerini arayan tespitleri şekilden çok biçime yönelmiş gibidir: Yazar, bu kanunların zorla değil oylamayla yerleştirildiğine dikkat çeker ve kasabaların kendi yargıçlarını belirliyor, kendi vergilerini tespit ediyor olmalarını olumlu bir puan olarak kaydeder.¹⁴⁴ Tepeden gelen baskının yerini daha farklı bir tipte kontrol almıştır: toplumun onayıyla kabul edilen bir kontrol. Toplumun temel yapısı çatlayana, ya da daha doğru bir tabirle sosyal değişim gerçekleşene kadar bu kontrolün gerekleri yerine getirilecektir. Yeni Dünya'da Kilise'den alınan bu kontrol, cemaatin üzerine verilmiş ve her ne kadar bir tür bağımsızlık sağlanmış olsa da, yeni bir tür dinî baskı ortaya çıkmıştır.

¹⁴³ NIETZCHE, 2007, s. 55.

¹⁴⁴ TOCQUEVILLE, 1994, s. 39-40.

New England'da kasaba ve şehirleşmenin genellikle komşuların birbirlerini denetleyebilecekleri şekilde gerçekleştiğine dair bulgular mevcuttur. Buna göre, pek çok Püriten aile, bir kasabada iki farklı toprağa sahip oluyordu. İlki kasabanın merkezinde genellikle toplantı evi çevresinde yer alan konut idi. Diğeri ise tarım arazisiydi. Tarım arazisinin şekillenmesi, uzun ve ince parçalar halindeydi, böylece komşu, komşunun tarlasında neler olup bittiğinden haberdar olacaktı.¹⁴⁵ Kasabaların bu şekilde düzenlenmesi, mahremiyeti azaltan ya da en azından azaltmaya çalışan bir yapıya uygundu. Aynı biçimde, evlerin iç mimarisinde de mahremiyete pek yer olmadığı ifade edilmektedir. Dönemin fiziksel şartları, genellikle hane halkının tamamının aynı odada uyumasını gerektirebiliyordu. Buna göre en düzgün yatak hanımla beye gidiyor, hizmetçiler ve/veya çocuklar onların ayakucunda yatmak durumunda kalabiliyorlardı.¹⁴⁶ Bu durum elbette, efendilerin hizmetçileri ve hizmetçilerin de efendileri kontrol altında tutmasını kolaylaştırmaktaydı. Mahremiyetin biçimleri günümüze göre farklılık gösteriyor, bu da birey üzerinde daha sınırlı bir hareket alanı tanıyordu.

Komşunun komşusunu gözlediği bir ortamın yaratılmasında, zamanla hukuk kuralları da etkili olmuştur. 1677 yılında, Genel Mahkeme her kasabada komşuların yaşamını ve evini denetleyecek yetkililerin atanmasını istemiştir. Bu denetim sadece zina ve cinsel suçlar bakımından değil aynı zamanda Sebt günü ibadetinin yerine getirilmemesi, içki içme ve kutsal değerlere küfür konusunda da işleyecekti.¹⁴⁷ Ancak bu görev, sadece atanmış kişiler tarafından değil cemaatin tüm üyeleri bakımından da yerine getiriliyordu: 1682 yılında 19 yaşındaki *Mary Brown*'ın, *James Creeke*'i başka bir adamın karısını öperken gördüğüne dair şahitlik etmesi, cemaatin kimi üyelerinin kontrol görevini nasıl benimsediğine dair örneklerden biridir.¹⁴⁸ Doğrudan gerçekleşmemiş bir tanıklık, olayın uyarı ile sonuçlanmasına sebep olabilmektedir. 1638 yılında *John Underhill*, bakırcı *Joseph Faber*'ın evinde *Faber*'ın karısıyla yalnız kaldığı gerekçesiyle *Boston*'da devam ettiği kiliseye çağırılmıştır.¹⁴⁹ *Underhill*, kadını teselli ettiğini ve birlikte dua ettiklerini belirtince kilise yaşlıları böyle bir durumda kapalı mekânda kadın ve erkeğin yalnız kalmamaları için bir “kız kardeş” veya bir “erkek kardeş”in çağırılması gerektiğini ifade etmişlerdir.

¹⁴⁵ GODBEER, 2002, s. 89.

¹⁴⁶ HAMBLETON, 2004, s. XIII.

¹⁴⁷ MCGARVIE ve MENSCH, 2008, s. 335.

¹⁴⁸ MCGARVIE ve MENSCH, 2008, s. 335.

¹⁴⁹ GODBEER, 2002, s. 91.

Daha sonra *Underhill* ile ilgili, *Faber*'ın karısıyla cinsel ilişkiye girdiğine dair farklı bir suçlama gelmiştir.¹⁵⁰ Bu olay, hem kilise yaşlılarının cemaat üyelerini “kız kardeş” “erkek kardeş” olarak adlandırmaları bakımından hem de evli olmayan kadın ve erkeğin aynı çatı altında bulunmasının hoş görülmemesine bir örnek teşkil etmesi bakımından önemli bir örnektir. Yüzyılın sonunda kardeşlik kavramı en azından sözel ifadede, ortadan kalkmış değildir.

Suçun işlenmesinden evvel var olan sosyal kontrol suç işlendikten sonra cezalandırma aşamasında da mevcuttur. Toplum üzerindeki en önemli kontrolün cezanın ve suçlunun halkın önünde teşhir edilmesiyle sağlandığı dahi söylenebilir. *Hester*'in durumunda, teşhir sürecinin yıllara yayılabildiği de ortaya çıkmaktadır:

“Size söz veriyorum, *Hester Prynne* öyle bir yere konacak ki, her erkek, her kadın, her çocuk, öğleyi bir saat geçinceye kadar onun bu süslü elbisesini adamakıllı görebilecek. Günahı böyle gün ışığına çıkaran hak ve adaletten şaşmaz yerleşmemiz *Massachusetts*'i Tanrı takdis eylesin! Yürüyün Bayan *Hester*, Pazar yerinde gösterin kızıl damganızı.”¹⁵¹

Hester Prynne'in damgasına benzer cezaların gerçekten verildiği çalışmalarla ortaya konmuştur. Mahkeme kayıtlarında, “*bawdy behaviour*” yani müstehcen davranış içinde olan kadınların B harfi taşımak durumunda oldukları da belirtilmiştir.¹⁵² Bunun yanı sıra kadınlara kırbaç cezası da uygulanmıştır. 1639 yılında ise *John Davies* hem *Boston*'da hem de *Ipswich*'te çapkın davranışları yüzünden kırbaçlanmış ve altı ay boyunca “kirli”yi temsilen U (*unclean*) işlemlerini taşımaya mahkûm edilmiştir.¹⁵³

Kızıl Damga'da *Hester*'in kasaba önünde teşhirini izleyen bir *New England*li, koloni insanları hakkında şu yorumu yapacaktır: “Dostum, çöllerde geçmiş gün ve sıkıntılarınızdan sonra *New England* gibi günah ve fesadın izlenip halk ve idarecilerimizin gözü önünde cezalandırıldığı dini bütün bir ülkeye gelmeniz sanırım ki yüreğinizi ferahlatacaktır.”¹⁵⁴ Cezanın halkın gözü önünde adeta suçluyu teşhir edilerek verilmesi ister istemez *Michel Foucault*'yu hatırlatacaktır. *Foucault*, “Hapishane'nin Doğuşu” adlı eserinde mo-

¹⁵⁰ GODBEER, 2002, s. 34.

¹⁵¹ HAWTHORNE, 1963, s. 43.

¹⁵² CHANDLER, 2008, s. 109.

¹⁵³ GODBEER, 2002, s. 100.

¹⁵⁴ HAWTHORNE, 1963, s. 48.

dern toplumlarda cezanın aşama aşama bir tür gösteri olmaktan çıkıp farklı bir şeye dönüşmesini irdeler.¹⁵⁵ Buna göre pre-modern toplumlarda ceza ve işkence aynı zamanda törensel bir nitelik taşımaktadır. Kurbanı ya da suçluyu “alçaklık” ile işaretlemek veya cezalandırmayı aleni bir şekilde gerçekleştirmek, toplumun diğer bireyleri bakımından bir tür “ibret-i alem”i ortaya koymaktır.¹⁵⁶ Cezanın “ibret-i âlem” olabilmesi için şiddet dozajının yüksek olması esastır. Bu bakımdan Püritenler’in uyguladıkları kıyafetin üzerinde suçun baş harfini gösteren bir damga taşıma cezası işaretleme, kırbaçlanma cezası ise ibret-i âlem olarak yorumlanabilir. Bazı durumlarda ise kırbaçlama yerine toplum içinde rencide etme gibi yaptırımlardan söz edilebilir. Buna verilebilecek bir örnek; *Suffolk County Mahkemesi*’nde evlilik öncesi cinsel ilişkiyle suçlanan *William* ve *Elizabeth Middleton* çiftine uygulanan, cemaatin önünde suçlarını itiraf etmeleri yaptırımıdır. Mahkeme bu itirafın gerçekleşmesi için çifte bir aylık süre vermiştir. Süre içinde itirafta bulunmazlarsa kırbaçla dövülme cezasına çarptırılacaklardır.¹⁵⁷ Burada elbette, toplum içinde yapılan bir itirafın da belli oranda aşağılanma ve dışlanmayı getirebileceği düşünülebilir. *New Haven*’da ise 1648 yılında, evlilik öncesi cinsel ilişkiye giren bir çift hem para cezasına çarptırılmış hem de “yaptıklarından utanabilmeleri için cezalandırma meydanına getirilmeleri” emredilmiştir.¹⁵⁸ Bu kırbaç ve para cezalarının, diğer genç çiftleri benzeri harekette bulunmaktan kaçınmaya teşvik edeceği düşünülmektedir.¹⁵⁹

Foucault, cezanın toplum önünde infazını sadece hukuki değil aynı zamanda politik bir tören olarak görür. Ona göre bu infaz, iktidarın kendini gösterme biçimidir.¹⁶⁰ *Foucault* bu yorumu özellikle monarşi sistemlerindeki hukuk düzeni için yapmaktadır: buna göre monarşik bir hukuk düzeninde ceza seyircinin gözünde terör yaratmaya yarar ve iktidarın bir parçasıdır. Reformcu hukukçular ise, *Foucault*’ya göre, cezayı bireyleri hukuki birer özne olarak nitelendiren bir araç olarak algırlar. Yine Reformcu hukukçular için cezalandırma iktidarın sahibine ya da monarka değil toplumun tümüne ait bir haktır.¹⁶¹ Püritenler’in durumunda monarşik hukukun da reform hukukunun

155 FOUCAULT, 1995, s. 9.

156 FOUCAULT, 1995, s. 34.

157 GODBEER, 2002, s. 100.

158 GODBEER, 2002, s. 35.

159 GODBEER, 2002, s. 35.

160 FOUCAULT, 1995, s. 47-48

161 FOUCAULT, 1995, s. 130.

da etkisi olduğu söylenebilir. Ceza toplum önünde gerçekleşmekte ve toplumun tamamının belli bir iktidarın farkına varmasını sağlamaktadır. Ancak bu iktidarın sahibi, *New England* Püritenleri için, monark değildir. Belki seçilmişler cemaatinin iktidarından söz edebilmek mümkündür. *New England* kolonilerinde hukukun ve cezalandırmanın, Foucault'nun eski dönem ve reform dönemi olarak adlandırdığı dönemlerin arasında kaldığı söylenebilir.

Püritenlerin yerleştirmeye çalıştığı sosyal kontrolü kısıtlayan etkenler cemaatin içinde doğmuştur. 17. yüzyılın sonuna doğru, kasabaların şehirleşerek kozmopolit bir yapıya bürünmesiyle kapalı bir cemaati gerçekleştirmek giderek güçleşmekteydi.¹⁶² Püriten göçmenlerin, Amerika'da doğan evlatları, ebeveynlerinin ateşli imanından uzak bir konumdaydılar, bu bakımdan 1660'ların değişim yılları olduğu tarihçiler tarafından dile getirilmiştir. Cemaatin kimi üyeleri zenginleştikçe birbirine *kardeş* olarak hitap etme geleneği de yavaş yavaş son bulmuştur.¹⁶³ Bu çalışmada verilen örneklerden görüldüğü üzere, kontrol birdenbire ortadan kaybolmamış, aksine bazı hukuki tedbirler 1660'tan sonra da alınmıştır. Ancak değişim uzak değildir. Yine de Püritenler ellerinden geldikçe aynı ahlak anlayışının hâkim olduğu homojen yapıyı sürdürmeye çalıştılar. Kültürel açıdan da aranan bu homojen yapının bir yansıması da, Kızıl Damga'da dolaylı olarak bahsi geçen cadılık suçlamaları idi.¹⁶⁴ Hukuk ve din gibi, cadılara ve doğaüstü olaylara olan inanç da "Eski Dünya'nın bir mirasıydı:

"17. yüzyıl Britanya'sında erkek ve kadınların çoğu hâlâ, Tanrı'nın ve şeytanın günlük olan işlere karıştığı bir büyü dünyasında; bir cadılar, periler ve sihirler dünyasında yaşıyordu. Eğer bunlar başarısız olursa, kralın bir dokunuşu sıracayı (deri ve mukoza tüberkülozu) iyileştirirdi. 1607'de Merionetshire'de doğmuş olan Arise Evans, hırsızların asılıp asılmayacağını öğrenmek için kurnaz adamlara ve müneccimlere danışmalarının olağan bir iş olduğunu söylüyordu. Köylerin çoğunun kendi kurnaz adamları, beyaz cadıları vardı; bunlar doktorlardan ya da avukatlardan daha ucuzdu."¹⁶⁵

İngiltere'de doğaüstü olaylar ve bu olaylarla ilgilenen ya da bunlardan kazanç elde eden kişilerin aynı zamanda bir tür sosyal ihtiyaca cevap verdiğini yukarıdaki alıntıyla da fark etmek mümkündür. Yolunda gitmeyen işlerin

¹⁶² GODBEER, 2002, s. 32.

¹⁶³ HAMBLETON, 2004, s. 136.

¹⁶⁴ MCGARVIE ve MENSCH, 2008, s. 336.

¹⁶⁵ HILL, 2013, s. 98.

doğüstü olaylara bağlanması da bir tür “*catharsis*” sunuyor olmalıdır. Çekilen acılar, yaşanan hastalıkların doğüstü veya şeytani bir sebebe bağlanması o dönemde yaşayan insanlara bir tür rahatlama ve olan bitene katlanma imkânı da sunmuş olabilir. ¹⁶⁶

Salem'de ise cadılık suçlaması ile ilgili takipler, ruhani varlıklarla ilgili; hayaller ve ruhsal formlar hariç kanıt olmadığı için, sona erdirilmiştir. Ancak 18. yüzyılın ortasına kadar hortlaklar ve ruhani varlıklar *Massachusetts* mahkemelerinde geçerli delil olarak kabul edilmekteydi. ¹⁶⁷ Cadılık suçlamasının temelinde de Şeytan ile cinsel ilişkiye girmek var idi. ¹⁶⁸ Öte yandan, kadınlar kadar erkekler hatta hayvanlar da bu suçlamaya maruz kalabiliyordu. Ancak *New England*'da bir kadın, hele ki toprak sahibiyse, bir erkeğe oranla çok daha fazla cadılıkla suçlama riskiyle karşı karşıyaydı. Tarihçiler suçlanan her dört kadına karşı bir erkeğin cadılıkla itham edilmiş olduğunu belirtirler. ¹⁶⁹ Cadılık suçlamasının arkasında dini etkenlerin; bilinmeyen, tanınmayan psikolojik hastalıkların yanı sıra ekonomik, sosyal bazen de siyasi sebeplerin de var olduğunu söylemek mümkündür. Kızıl Damga'nın yegâne cadısı *Bayan Hibbins*, dul bir kadındır, üstelik herhangi bir adamın değil bir hâkimin eşidir. Tekinsiz davranışlarının yanı sıra, statü olarak pek de düşük bir seviyede olmadığı romanda kırıntı halinde dahi olsa sezdirilmiş vaziyettedir.

Sonuç

Tarihsel romanlar söz konusu olduğunda eserin tarihi arka planı ne derece yansıttığı ister istemez tartışma ve eleştiri konusu olmaktadır. Bir romanın tarihi gerçekliği göstermek gibi bir işlevi olmadığı gibi, bir roman yazarından da bir tarihçi titizliğini ve bilimselliğini beklemek hata olacaktır. Tarih, bazı durumlarda yazar için bir araç haline gelebilmektedir. ¹⁷⁰ *Hawthorne*'un Kızıl Damga'da kullandığı araç, 17. yüzyılda *New England* kolonilerinde bir zina suçunun ortaya çıkmasından sonra yaşananlar olmuştur. Romanın sadece belli bir dönemde olan bitene ayna tutan bir roman olmadığı açıktır. Nitekim edebiyat eleştirmenleri, yazarın kendi döneminde etkisinde kaldığı transandanta-

¹⁶⁶ HILL, 2013, s. 328.

¹⁶⁷ MCGARVIE ve MENSCH, 2008, s. 337.

¹⁶⁸ HAMBLETON, 2004, s. 3.

¹⁶⁹ BREWER, 2008, s. 300-301.

¹⁷⁰ Bu tip eleştirilere en yakın örneklerden biri de ülkemizde, Elif Şafak'ın “Ustam ve Ben” romanı üzerine yaşanmıştı. Nitekim yazarın, romanın üç yıl süren bir araştırma sonucu yazılmış olduğunu ifade etmesi bu bakımdan okuyucuyu ayrı bir titizlik göstermeye yöneltmiş de olabilir.

lizm akımının etkisinin asla göz ardı edilmemesi gerektiğini ifade ederler. Romanın hukuk tarihi açısından arka planı, hem ceza kavramının gelişimi, hem de özgürlük fikrinin ve temel hakların şekillenmesi ile bağlantılıdır. Romanın odak noktasını teşkil eden zina suçunu belirleyen ve tanımlayan başlıca etken kolonilerin dini inancı ve bu inanca bağlı bir biçimde ortaya çıkan hukuk kurallarıdır. Bu inancın temelinde Avrupa'daki Protestanlık ve Püriten akımı vardır. Amerika Püritenleri kendilerine Yeni İsrail'i kurma görevini yüklemiş, toplumu bu bakış açısıyla şekillendirmeye çalışmışlardır. Öte yandan zina fiilinin suç olarak düzenlenmesinin arkasında ekonomik bazı unsurların da etkisi olduğu görülmektedir.

Zina fiilinin denetlenmesi ve cezalandırılması, sosyal kontrole hizmet edecek şekilde düzenlenmiş ve bu hususta aleniyet esas alınmıştır. Dönemin fiziksel şartlarının mahremiyeti sınırlaması bu kontrolün gerçekleşmesinde etkili olan faktörlerdendir. Ancak, mahkeme kayıtlarından da görüldüğü üzere, istenen kontrolün sağlanması her zaman mümkün olmamıştır. Bazı durumlarda kendilerini Püriten olarak tanımlayan kişiler, yerleştirilen kuralları önemsememiştir. Yine 17. yüzyılın sonuna doğru, seçilmişlik doktrinine olan inancın genç kuşaklar arasında azalmasıyla, kurallara uymama gibi sonuçlar doğmuştur. 17. yüzyılın ortalarında Rhode Island gibi bir örneğin varlığı, fikir akımlarının hukuka tesiri bakımından genelleme yapılmasının yanıltıcı olacağını kanıtlar niteliktedir.

Zina, ceza sorumluluğu ve günah haricinde romanın diğer odak noktası özgürlük sorunudur. Özellikle karakterlerin geçirdiği zihinsel değişimler çerçevesinde *Hawthorne*, bazı önemli meselelere değinme fırsatını bulmaktadır. Üç başkarakter içinde romanda tam bir gelişim gösterebilen *Hester* olacak; aklının gösterdiği yolla, zihinsel bir özgürlük kavramına ulaşmayı da o becerecektir. *Dimmesdale* açısından durum farklıdır. *Dimmesdale* suçun getirdiği dışlanmayla karşı karşıya kalmamış, bu bakımdan *Hester*'in geçirdiği değişimi geçirememiştir. Bu bakımdan tuhaf bir biçimde *Chillingworth*'un varlığından kaynaklanan dolaylı bir vicdani baskıya uğrar. Ancak toplum önünde olaydaki payını itiraf ettikten sonra *Chillingworth*'un baskısından kurtulabilir. Hem *Hester*'a hem *Dimmesdale*'e oranla daha iyi bir eğitim almış olan *Chillingworth*, kendi hatasının farkına varmıştır, ancak, öfkesini yenemeyecek, bu öfkeyi hal-i hazırda cezasını çeken eşine değil eşinin sevgilisine yöneltecektir. Bu üçlü arasında “en az Püriten olan”¹⁷¹ karakter *Hester*'dir; kendi çağın-

171 NOLTE, 1965, s. 170.

daki insanlardan çok 19. yüzyılın transandantalizmine uygun bir kahramandır o.¹⁷² Potansiyel olarak ise Püriten prototipe en uygun karakter *Dimmesdale*'dir. Romanın sonunda *Dimmesdale*'in Püriten Salem'in dışında, *Chillingworth*'un ise *Dimmesdale* ile olan ve psikolojik bir baskıya dayanan ilişkisi dışında bir hayat hayal edemediği ifade edilir.¹⁷³ Üçlünün yaşamış olduğu değişim bir yandan zaman ve mekân ötesi gözüktüğü de, öte yandan zamana ve mekâna o kadar da yabancı kalmayan bir değişimdir. Püritenlerin yaşamının temelinde tepedeki monarktan veya kiliseden gelen baskı unsurunun kaldırılması, yerine cemaatin ve bireyin baskısının gelmesi söz konusudur. Hem *Hester*, hem *Dimmesdale* bu tip bir baskıyı yaşarlar; biri toplumun, diğeri ise kendi vicdanının ve bir ölçüde *Chillingworth*'un eliyle. *Chillingworth*'ün kendisi de tam anlamıyla özgür sayılmaz, ancak onu kısıtlayan toplumdan veya kendi vicdanının bekçisi olmaktan ziyade öfkelerini yenememek ve affedememektir. Üçlü arasında en az eğitilmiş olan *Hester*'in en özgür kişi olması, cehaletin mutluluğunun değil, kişinin gerçeğe kendi içinde var olan bilgelikle ulaşmasının yüceltilmesi olacaktır.

172 NOLTE, 1965, s. 170.

173 NOLTE, 1965, s. 185.

KAYNAKÇA

Massachusetts Body of Liberties 1641, Ölüm Cezası madde 94 (Çevrimiçi) Hanover Historical Texts Project, Hanover College Tarih Bölümü

history.hanover.edu/texts/masslib.html 26.12.2011.

The King James Version of The Holy Bible, AV, Yenilenmiş Bs, Pdf Versiyonu, 2004.

BREMER Francis J., **Puritanism, A Very Short Introduction**, Oxford University Press, Oxford, 2009.

BRADFORD William, **History of Plymouth Plantation**, ed. Charles Deane, Boston, Özelbası, 1856, Internet Archive

(çevrimiçi: <https://archive.org/stream/historyplymouth00bradgoog#page/n12/mode/2up>) 29.04.2014

BREWER Holly, "The Transformation of Domestic Law" **The Cambridge History of Law in America: C.I Early America (1580 –1815)**, ed. Michael Grossberg ve Christopher Thomas, Cambridge University Press, New York, 2008.

CHANDLER Abby, **At The Magistrate's Discretion: Sexual Crime and New England Law 1636-1718**, Basılmamış Doktora Tezi, Maine Üniversitesi, Tarih Bölümü, 2008

CONFORTI Joseph A., **Saints and Strangers New England in British North America**, John Hopkins University Press, Baltimore, 2006.

DAVİES Norman, **Avrupa Tarihi**, çev. Ed. Mehmet Ali Kılıçbay, çev. Burcu Çığman, Kudret Emiroğlu, Suat Kaya, Elif Topçugil, İmge Kitabevi, Ankara, 2006.

ELİADE Mircea, **Dinsel İnançlar ve Düşünceler Tarihi Muhammed'den Reform Çağına**, çev. Ali Berktaş, Kabcacı Yayınevi, İstanbul, 2003.

FOUCAULT Michel, **Discipline & Punishment The Birth of Prison**, çev. Alan Sheridan, Vintage Book, New York, 1995.

GODBEER Richard, **Sexual Revolution in Early America**, John Hopkins University Press, Baltimore, 2002.

HAMBLETON Else L., **Daughters of Eve, Pregnant Brides and Unwed Mothers in Seventeenth Century Massachusetts**, Routledge, New York, 2004.

HAWTHORNE Nathaniel, **The Scarlet Letter**, Oxford University Press, Oxford, 2008.

Kızıl Damga, çev. H. Aydın, Varlık Yayınevi, İstanbul, 1963.

HİLL Christopher, **Dünya Altüst Oldu: İngiliz Devriminde Radikal Düşünceler**, çev. Uygur Kocabaşoğlu, İletişim Yayınları, İstanbul, 2013.

- MCLEOD-HUTCHİNS Zachary, **Inventing Eden, Primitivism, Millenialism and The Making of New England**, University of North Carolina, İngilizce ve Karşılaştırmalı Edebiyat Bölümü, Basılmamış Doktora Tezi, 2010.
- KESSLER Sanford, "Tocqueville's Puritans: Christianity and the American Founding", **The Journal of Politics**, C. LIV, S. 3, 1992, s. 776-792.
- KONIG David Thomas, "Regionalism in Early American Law", **The Cambridge History of Law in America: C.I Early America (1580 –1815)**, eds. Michael Grossberg & Christopher Thomas, Cambridge University Press, New York, 2008
- MCGARVIE Mark ve Elizabeth MENSCH, "Law and Religion in Colonial America", **The Cambridge History of Law in America: C.I Early America (1580 –1815)** ed. Michael Grossberg ve Christopher Thomas, Cambridge University Press, New York, 2008.
- MERANZE Michael, "Penalty and the Colonial Project: Crime, Punishment, and the Regulation of Morals in Early America", **The Cambridge History of Law in America: C.I Early America (1580 –1815)**, ed. Michael Grossberg ve Christopher Thomas, Cambridge University Press, New York, 2008.
- NİETZCHE Friedrich, **İnsanca, Pek İnsanca C. I**, çev. Mustafa Tüzel, 2. Bs., İthaki Yayınları, İstanbul, 2007.
- NOLTE William H., "Hawthornes's Dimmesdale, A Small Man Gone Wrong", **The New England Quarterly**, C. XXXVIII, S. 2, 1965, s.168-186.
- PORTERFIELD Amanda, **Female Piety in Puritan New England: The Emergence of Religious Humanism**, Oxford University Press, New York, 1992.
- ROJAS Rene, **A Nation Unchurched: The Apocalyptic Community in Massachusetts Bay, 1620-1713**, The State University of New York, İngilizce Bölümü, Basılmamış Doktora Tezi, 2007.
- THOMAS Brook, "Citizen Hester: The Scarlet Letter as Civic Myth", **American Literary History**, C. XIII, S. 2, 2001, s. 181-211.
- TOCQUEVILLE Alexis de, **Democracy in America**, Everymans Library, Londra, 1994.
- WINTHROP John, "Governor John Winthrop Provides a Model of Christian Charity, 1630", **Major Problems in American History C. I**, ed. Elizabeth Cobbs Hoffman ve Jon Gjerde, Houghton Mifflin, 2002, Boston, s. 72-73.
- ZAFIROVSKI Milan, **The Protestant Ethic and the Spirit of Authoritarianism Puritanism versus Democracy and Free Civil Society**, Springer, New York, 2007.

ZOLFI Madeline C., **The Politics of Piety The Ottoman Ulema in the Postclassical Age**, Biblioteca Islamica, Minnesota, 1988.

ZINN Howard, **Amerikan Halklarının Tarihi**, çev. Sevinç Sayan Özer, İmge Yayınevi, Ankara, 2005.

Küçük Kalibreli Askeri Mühimmatın Silahlı Çatışmalar Hukukuna Uygunluğu Meselesi

Bleda R. KURTDARCAN*

ÖZET

Küçük kalibreli askeri mühimmatın silahlı çatışmalar hukukunun temel ilkelerine uygunluğu, bu tip mühimmatın hizmete girmeye başladığı Vietnam savaşı döneminden beri zaman zaman tartışma konusu yapılmaktadır. Küçük kalibreli mühimmatın terminal balistik özellikleri, yani yaralama mekanizması ve modelleri nedeniyle gereksiz acı ve aşırı yaralanmaya sebep olduğu iddia edilmektedir. Oysa balistik testlerin incelenmesinin de ortaya koyduğu gibi terminal balistik özellikleri açısından 5,56 mm'lik küçük kalibreli askeri mühimmatın klasik 7,62 mm'lik mühimmattan büyük bir farkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla küçük kalibreli mühimmatın hukuka aykırılığına ilişkin iddialar hukuki temeli olmayan siyasi ve iktisadi mülahazalarla gündeme getirilen yapay bir tartışma konusudur.

Anahtar kelimeler: Genişleyen mermiler, askeri küçük kalibreli mühimmat, *spitzer* mermisi, terminal balistik, yaralama mekanizma ve modelleri, gereksiz acı, aşırı yaralanma

Legality of Military Small Caliber Ammunition

ABSTRACT

The compliance of small caliber military ammunition with principles of law of armed conflict has been subject of many heated debates since its introduction into military inventories during the Vietnam War. It has been suggested that because of its terminal ballistic properties, i.e. wounding mechanisms and patterns, small caliber ammunition causes unnecessary suffering and superfluous injury and therefore it violates the basic principles upon which law of arms, a branch of law of armed conflict is built. However as the analysis of ballistic tests demonstrate, with respect to ter-

* Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.

minal ballistic characteristics, 5.56mm (.22 cal.) small caliber ammunition is not very different from classical 7.62mm (.30 cal.) military ammunition. Consequently allegations with respect to illegality of small caliber military ammunition seem to be devoid of legal grounds and seem to be made for political and economic purposes.

Keywords: Expanding bullets, military small caliber ammunition, *spitzer* projectile, terminal ballistics, wounding mechanisms and patterns, unnecessary suffering, superfluous injury.

Bilindiği gibi silahlı çatışmalar sırasında çatışmanın taraflarının başvurabileceği savaş araç ve yöntemleri uluslararası hukuk tarafından kısıtlanmıştır. Nitekim çağdaş silahlı çatışmalar hukukunun oluşmaya başladığı 19. yüzyılın 2. yarısından itibaren kabul edilen metinlerde bu hukukun üzerinde yükseldiği temel ilkelerden biri olarak gereksiz acılar ve aşırı yaralanmalara sebep olacak silahların kullanılmasının açıkça yasaklandığı görülmektedir.¹ Temelinde piyade silahları ve mühimmatı göz önünde tutularak ortaya konan bu yasak, hiç şüphesiz ki gelişen teknolojiye ve buna paralel olarak yıkım gücü artan yeni ve sofistike silahlara rağmen günümüzde hala özündeki savaş araçlarını yani piyade tüfeklerini ve bunlardan ateşlenen mühimmatı ilgilendirmeye devam etmektedir. Gerçekten de 1899 tarihli 3 no'lu Lahey Bildirgesi'nden beri uluslararası silahlı çatışmalarda gereksiz acı ve aşırı yaralanmalara sebep olduğu kabul edilen insan vücudunda *genişleyen* ya da *kolayca düzleşen* mermilerin kullanılması yasaktır ve bu yasağın, yerleşik ve açık bir kural olarak uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan teamüli insancıl hukukun bir parçasını teşkil ettiği kabul edilmektedir.² Bununla be-

¹ Bu hususun temelleri 1868 tarihli St. Petersburg Bildirgesiyle atılmış, bağlayıcı hukuk kuralı olarak antlaşma metinlerine derç edilmesi ise daha sonra 1899 ve 1907 tarihli Lahey Düzenlemeleri ve nihayetinde de 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerinin I No'lu Ek Protokolünün 35. Maddesinin 2. fıkrasının düzenlemeleri ile gerçekleşmiştir. Uluslararası Adalet Divanı Nükleer Silahlar Hakkındaki Danışma Görüşünde de bu ilkenin uluslararası silahlı çatışmalar hukukunun iki temel prensibinden biri olduğunu vurgulamıştır. Detaylar için bkz. KURT-DARCAN, Bleda, "Uluslararası Silahlı Çatışmalar Hukukunda Yasaklı Silahlar ve Beyaz Fosforun Kullanımı Sorunu", *Güncel Hukuk*, 7-55, Temmuz 2008, s.46.

² BERRY, Major Joshua F., 'Hollow point bullets: How History has hijacked their use in combat and why it is time to reexamine the 1899 Hague Declaration concerning expanding bullets', *206 Mil. L. Rev.*, 2010, s.95. Yazarın da haklı olarak ortaya koyduğu gibi bu teamüli niteliği konusunda şüphe bulunmayan bu yasağın mantıksal temelleri pek sağlam değildir. Detaylar için bkz. BERRY, 2010, s.106-117, özellikle s.116.

3 No'lu Lahey Bildirgesi metni için bkz. *Declaration (IV,3) concerning Expanding Bullets, The Hague, 29 July 1899*.

raher hızla gelişen muharebe teknolojilerinin bir asırdan daha yaşlı olan bu hukuk kuralı ile uyumluluğunun sağlanması piyade silahları gibi temel savaş araçları söz konusu olduğunda da ciddi bir sorun yaratmış ve özellikle son 40 yılda dönem dönem ciddi tartışma konusu olmuştur.

Nitekim 10 Haziran 2010 tarihinde yapılan Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin 10. Genel Kurul toplantısında kabul edilen RC/Res.5 sayılı karar ile Roma Statüsünün 8. maddesinde değişiklik yapılmış ve bu maddenin (2) (e) bendine (xv) fıkrası altında yasaklı mermilerin kullanımına ilişkin bir savaş suçu eklenmiştir. Bu düzenlemeye göre uluslararası silahlı çatışmaların yanında artık uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda insan vücudunda *genişleyen* ya da *kolayca düzleşen* mermilerin kullanılması da savaş suçu teşkil etmektedir.³ Uluslararası silahlı çatışmalarda zaten yasaklanmış ve kullanımı savaş suçu teşkil eden bu mermilerin⁴ uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da yasaklanmasına yönelik çalışmalar ve nihayetinde Roma Statüsünde bu yönde bir düzenlemenin kabul edilmiş olması, özellikle 1970'li yıllarda büyük tartışma yaratan bir hususun, yani küçük kalibre ve yüksek hızlı mühimmatın hukuka uygunluğu meselesinin yeniden gündeme gelmesine vesile olmuştur.

Bir muharebe aracı olarak küçük kalibreli piyade tüfeği mühimmatının kullanılması, bunun 1960'lı yıllarda hizmete girmeye başlamasından beri tartışma yaratmıştır. Doktrinde genel olarak kabul edildiği şekliyle küçük kalibreli mühimmat, 20. yüzyılın başından beri yerleşik olan 7,62 mm çapındaki mermilerden oldukça küçük kalibrede olanlardır.⁵ Günümüzde dünya çapında büyük oranda standart olarak kabul edilen bu mermilerin silahlı çatışmalar hukukunun temel ilkelerinden olan gereksiz acı verme ve aşırı yaralanmalara sebep olma yasağını ihlal edip etmediği 1970'li yıllarda silahlı çatışmalar hukuku doktrininde üzerinde mürekkep akıtılmış bir husustur. Silahlı çatışmaların yoğun bir şekilde yaşandığı 21. yüzyılın ilk 10 yıllık döneminde de bu konu, ilgili çevrelerin tartışma gündeminde yeniden kendine yer bulmuştur. Bununla beraber konunun teknik yönünün oldukça ağır basması işbu tartışmaların doktrinde çok sınırlı bir çevrede yapılmasını beraberinde getirmiştir.

<http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=F5F-F4D9CA7E41925C12563CD0051616B>.

3 http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.5-ENG.pdf.

4 **Rome Statute art. 8 (2), b) xix).**

5 **Conference of Government Experts on the Use of Certain Conventional Weapons, Report (second session- Lugano 28. 1-26.2.1976), ICRC, Geneva, 1976, s. 13, para. 33.**

Bu kısa çalışma, meselenin teknik kısımlarını olabildiğince anlaşılır hale getirerek zaman zaman çeşitli çevrelerce gündeme getirilen tartışmanın aslında bir yapay bir mesele olduğunu göstermeye çalışacaktır.

* * *

Bir yandan askerlerin taşıdığı mühimmatın ağırlığını azaltması ve böylece savaş alanında daha fazla cephaneye taşımalarını sağlaması; diğer yandan da ateş ederken (özellikle tam otomatik modda) silahlarının büyük kalibreli olanlara nazaran çok daha az geri tepmesi nedeniyle askerlerin daha kontrollü ve nispeten daha isabetli vuruşlar kaydetmelerini mümkün kılmak gibi avantajlar⁶ sunmasının etkisiyle küçük kalibreli piyade tüfeklerinin 1960'lerden öncelikle Birleşik Devletler silahlı kuvvetlerinin, 1980'lerden itibaren de dünya çapında orduların envanterine girmiş olduğu görülmektedir. 1970'li yıllarda özellikle Vietnam Savaşındaki deneyimlerden yola çıkan bazı çevreler, piyade tüfeklerinde yeni kullanılmaya başlayan bu düşük kalibreli mühimmatın gereksiz acılara ve aşırı yaralanmalara sebep olduğu cihetle yasaklanması gerektiği fikrini ortaya atmıştır. 1980 yılında kabul edilen Bazı Konvansiyonel Silahlar Üzerine Sözleşmenin hazırlık konferansı sırasında küçük kalibreli mermi ve bunları ateşleyen silahların yarattıkları etkiler göz önünde alındığında da özel bir protokolle düzenlenmesi gerektiği düşüncesi dile getirilmiş ancak kabul görmemiştir. 'Konferansa katılan 80 devlet, modern askeri hafif silahların ve mühimmatlarının yaralama özelliklerinin bunların yeni bir protokolle düzenlenmesini gerektirecek özellikte olmadığına karar vermiştir.'⁷

6 McNAB, C., KEETER H., **Tools of Violence, Guns, tanks and dirty bombs**, Osprey Publishing, N.Y., 2008, s. 48.

5,56 mm mühimmat ile değiştirilen büyük ve ağır 7,62x51mm mühimmat, bunu ateşleyen silahlarda yarattığı geri tepme sebebiyle nişan alınarak yapılan yarı-otomatik atışları yavaşlatmakta, tam otomatik atışları da tamamen kontrol dışı kılmaktadır. DONALDSON, Peter, "International Weapons Conference Report", **Small Arms Defense Journal**, vol 3, no2, 2011, s.26

7 PARKS, W. Hays, **International Legal Initiatives to Restrict Military Small Arms Ammunition**, s.2-3. <http://www.dtic.mil/ndia/2010armament/TuesdayLandmarkBHaysParks.pdf>.

Küçük kalibreli mühimmat Hazırlık Konferanslarında tartışılacak diğer silah sistemleri arasında listeye alınmış, ancak Konferans neticesi benimsenen Protokolde yer almamıştır. İşbu Protokolün 11 Ağustos 1994 yılında yapılan ilk gözden geçirme konferansında küçük kalibre silahların yasak kapsamına alınması çalışmaları yine sonuç üretmemiştir. Bununla beraber o tarihten bu yana bu yönde çalışmalar sürmekte ve zaman zaman bu hususta bazı çevrelerce bir uluslararası yasak getirilmeye çalışılmaktadır. BOOTHBY, William H., **Weapons and The Law of Armed Conflict**, Oxford University Press, 2009, s. 153-154.

Bununla beraber merminin çapı (yani insan vücuduna giren çekirdeğin büyüklüğü) küçüldükçe bu tip mühimmatın nasıl iddia edildiği gibi gereksiz ve aşırı acılara sebep olabileceği ve ne sebeple bazı çevrelerce bu tip mühimmatın yasaklanması talebinde bulunulduğu *prima facie* kolaylıkla anlaşılabilen bir unsur değildir. Basit bir mantık, vücuda giren ve dokuları parçalayarak zarar veren bir mühimmatın çapının küçüldükçe silahlı çatışmalar hukukunun amaçlarına daha uygun hale geldiği; ölümü kaçınılmaz kılacak derecede ağır yaralayıcı olmayacağı ya da düşmanı savaş dışı kılmak için gereken zarardan daha fazlasını vermeyeceği sonucuna götürebilir. İşte bu noktada küçük kalibreli silahların hukuka uygunluğu tartışmasının gerekçesini iyice kavramak için mermilerin insanları nasıl yaraladığının dinamiklerini yakından incelemek gerekmektedir ki bu dinamikler de konunun çok kısıtlı bir çevrede tartışılmasına neden olan teknik karışıklığının temelinde yatan unsurdur.

Balistik 101

Ateşli silahların mühimmatının (dolayısıyla askeri piyade tüfeği mühimmatının da) karakteristik unsurları üç başlık altında toplanmaktadır. Bunlardan ilki olan iç balistik, mühimmatın silahtan etkin bir biçimde ateşlenmesini; dış balistik mühimmatın silah namlusunu terk ettikten sonraki uçuşu boyunca sergilediği (menzil ve doğruluk/isabetlilik gibi) özellikleri; terminal balistikse mühimmatın hedefe vurduktan sonra yarattığı sonuçları incelemektedir.

Kalibresi ne olursa olsun modern askeri mermilerin sahip olduğu sivri uçlu ve akış çizgisi (*streamlined*) biçimli⁸ mühimmat dizaynı, 20. yüzyıl başından beri kullanılmakta olup, esas olarak mühimmatın, uçuşu sırasında üzerinde meydana gelen sürtünme etkisini en aza indirip, düzgün bir uçuşla nişan alınan hedef üzerinde daha uzun mesafelerde etkili olmasını sağlamak amacıyla (yani dış balistik özellikleri sebebiyle) kabul edilmiştir.⁹

Yine bu zamanlarda benimsenen merminin metal (çoğunlukla bakır) bir kaplama (ceket) ile kaplanması ise mühimmatın iç balistik özellikleri, yani

⁸ Bu dizayna *spitzer mermisi* ya da *spitzer uçlu mermi* denmektedir.

⁹ **Weapons That May Cause Unnecessary Suffering or Have Indiscriminate Effects, Report on the work of the experts**, ICRC, 1973 s. 31 para.81.

‘Bu akış çizgisi şeklinde mühimmat tasarımının avantajı düşük hava direnci sayesinde merminin uzun mesafelerde hızını koruyabilmesidir.’ FACKLER, Martin L., “Wounding patterns of military rifle bullets”, **International Defense Review**, 1/1989, s.63;

‘1910 yılına gelindiğinde yuvarlak uçlu mermiler, başta Fransa, Almanya, Birleşik Devletler, Birleşik Krallık ve İsviçre olmak üzere birçok devlet tarafından hizmetten çıkarılmış ve yerlerine *spitzer* mermisi benimsemiştir.’ PARKS, 2010, s.6.

seri ateş etmek üzere geliştirilen yeni silahların iyi ve etkin şekilde, tutukluk yapmaksızın işlemesi için benimsenmiştir. Özellikle bu dönemde geliştirilen yüksek atış hızlı makineli tüfeklerde büyük önem arz eden bir unsurdur.¹⁰

Böylece 20. yüzyılın başı itibarıyla devlet uygulamasında günümüzde kullanılan piyade tüfeği mühimmatına ait genel özelliklerin, sivri eliptik yapıda *spitzer* uçlu ve metal ceket kaplamalı dizaynı şeklinde yerleştiği gözük-mektedir.

Terminal balistik ve mühimmatın sebep olduğu bedensel zararlar

Bir mühimmatın hedef üzerindeki etkisi, yani terminal balistik özellikleri merminin karakteristik özellikleri ile doğrudan alakalıdır. ‘Merminin kütlesi ve vuruş hızı işbu merminin zarar verme potansiyelini gösterir; hedef üzerinde yaratacağı etkinin (insan dokusunda neden olacağı yarılma ve kesilmelerin) sınırlarını belirler. Merminin şekli ve yapısı ise sahip olduğu potansiyelin ne kadarının gerçekte dokuyu ezmekte ve kesmekte kullanıldığı belirlemektedir.’¹¹

‘Kabul etmekten hoşlanmasak da askeri tüfek mermilerinin aslı amacı insan dokusuna zarar vermektir. Bununla beraber mermilerin vücut üzerindeki etkileri -değişik mermilere ait karakteristik dokuya zarar verme modelleri-bilfiil bu mermileri dizayn edip üretenlerce de çok iyi bilinmemektedir.’¹² Her mühimmatın terminal balistik ve yaralama etkisi modellemesi günümüzde dahi kesin olarak gerçekleştirilememektedir. Bir mühimmatın gereksiz ve aşırı yaralanma ve acılara sebep olup olmadığı konusunda farklı görüşlerin olması ve meselenin oldukça karışık teknik terim ve kavramlarla ifade edilmesinin temelinde de bu sorun yatmaktadır. Her ne kadar terminal balistik her olayın kendi şartlarına özgü sonuçlar çıkarılacak bir görünüm arz etse ve böylece kesin, genel bir profil çıkarılmasını engelleyen bir görünüm sergilese de mermilerin dokularda nasıl bir dinamik sergileyip etki gösterdiği genel hatlarıyla ortaya konabilmiştir.¹³

¹⁰ Aynı yönde bkz. PARKS, 2010, s.6.

Merminin ceketle kaplanması, merminin hızını artırmanın yanı sıra yüksek atış hızlı silahlar da mermi yatağında ceketsiz mermilerden kalacak kurşun artıklarının birikmesinden meydana gelecek arızaları engellemek ve ateşlenen mermiden kaynaklanacak kurşun tozunun solunması ile ortaya çıkabilecek sağlık sorunlarının önüne geçme gibi amaçlara hizmet etmektedir. BERRY, 2010, s.155.

¹¹ PARKS, 2010, s.6; FACKLER, 1989, s.59.

¹² FACKLER, 1989, s.59.

¹³ Dr. MacPherson, biyolojik faktörlerin etkisiyle karmaşık bir hal alan bir mühendislik sorunu

Mermiler insan vücudunda 2 temel etki göstererek zarara sebep olurlar. Bunlar kalıcı kavite/oyuk ve geçici kavite/oyuktur.¹⁴ Merminin dokuda yarattığı bozulma, ‘kalıcı kavite EZİĞİ ve geçici kavite GERİLMESİ’den ibarettir.¹⁵ Bunlardan ilki gerçek anlamda en önemli etkiyi gösteren yaralanmadır. Kalıcı kavite, vücut içinde ilerleyen merminin yolu üzerindeki dokuları ezme ve yarmak suretiyle kendine açtığı yoldan ibarettir.¹⁶ Her ne kadar bu açılan yolun büyüklüğü ve dokularda yarattığı zararın ciddiyeti merminin çapına bağlı olarak değişiklik gösterse de bu konuda bir diğer önemli etken merminin dokular içinde ilerlerken sergilediği davranıştır. Bazı mermiler vücut içinde seyrederken kendi eksenleri boyunca sapma sergileyebilirken bazıları, mermilerin yapısı ve dizaynının etkisiyle, havadan daha yoğun olan vücuda çarptıkları anda genişleyip düzleşerek merminin orijinal çapından çok daha büyük bir kalıcı kaviteye sebep olabilmektedirler.¹⁷

olarak tanımladığı yaralanma modellemesi hakkında ‘bertaraf edici yara travmalarına ilişkin olarak 1980’lerin ortasından 1990’ların ortasına kadar yapılan çalışmalar, bu konuda tıbbi açıdan sağlam ve gelecekte de ciddi bir değişim gösterme şansı az olan bir konsensüs oluşmasını sağlamıştır’ tespitinde bulunmaktadır. Bkz. MACPHERSON, Duncan, **Bullet Penetration, Modelling the Dynamics and the Incapacitation Resulting from Wound Trauma**, Ballistic Publications, 2005, s.47-48.

- 14 Doktrinde yaralama mekaniğini basitleştirmeden 4 ayrı unsur altında açıklayan yazarlar da mevcuttur. Örneğin Binbaşı Berry’ye göre merminin yaralama mekanizması i) delme, ii) kalıcı kavite, iii) geçici kavite, iv) parça tesiribden müteşekkildir. BERRY, 2010, s. 138. Bununla beraber delme /ezme ile kalıcı kavite oluşumu arasındaki doğrudan ilişki nedeniyle bunun tek bir başlık altında değerlendirilmesi; parça tesirinin ise merminin özelliğine ve onun vücut içindeki seyri esnasında çarptığı kemik dokusunun bulunmasına göre değişiklik arz eden ve her yaralanmada bulunmayan ikincil bir etki olması nedeniyle, yaralanma dinamiğinin iki temel bileşen üzerinde, yani kalıcı ve geçici kavite kapsamında incelenmesi bizce en doğru analiz gibi durmaktadır.
- 15 FACKLER, Martin L., **Effects of Small Arms on the Human Body**, s.1. http://ammo.ar15.com/project/Fackler_Articles/effects_of_small_arms.pdf.
- 16 Temelde kalıcı yara kavitesindeki doku zararı, dokunun hızla yol alan mermi tarafından ezilmesinden kaynaklansa da zararın bir bölümü, mermi eğer kesici bir dizayna sahipse özellikle de düşük hızla seyrettiğinde dokuların ezilmesinden ziyade kesilmesinden doğacaktır. Mermi yolu önünde bulunan bu dokular tamamen yok edilmiştir ancak yara zamanla iyileşir. MACPHERSON, 2005, s.56-57.
- 17 Uluslararası silahlı çatışmalarda bu tip mermilerin kullanımı 1899 Lahey Deklarasyonu ile yasaklanmıştır. Yumuşak uçlu ya da boşluklu uçlu mermiler havadan daha yoğun olan dokuya çarptıklarında, çarpmanın stresiyle yumuşak/ya da ortası hava boşluğu içerecek şekilde oyuk bırakılmış mermi ucu düzleşerek / açılarak merminin çapını genişletmekte ve bu da merminin vücutta ilerlerken orijinal çapından daha geniş bir kalıcı kavite yaratmasına sebep olmaktadır.

Bununla beraber bir merminin kendi çapından büyük kalıcı kavite oluşturması için illa ki de düzleşip genişlemesi gerekmemekte; mühimmat eksensel sapma özelliği göstererek de bu şekilde bir yaraya neden olabilmektedir. ‘Eksensel sapmaya ilişkin olarak vurgulanması gereken unsur, genişleme/açılma özelliği *bulunmayan* tüm mermilerin doku boyunca ilerlerken ters dönme özelliği sergilemesidir.’¹⁸ Gerçekten de *spitzer* uçlu mermiler yapıları gereği dengesizdirler ve sivri uçları ileride olacak şekilde düz olarak seyretmeleri için gereken cirooskopik denge tüfek namlusundaki yiv-set tarafından mermiye verilen dönüş etkisi ile sağlanmaktadır. Bununla beraber merminin havadaki seyri için yeterli olan dönüş, bunlar havada yoğun doku içinde seyrettiklerinde yetersiz kalmakta sürtünmeyle artan ani hız kaybı nedeniyle er ya da geç 180 derece dönerek doğal denge halleri olan ağırlık merkezi önde, yani sivri uçları geriye bakacak şekilde seyretme eğilimi göstermektedirler.¹⁹ ‘*Spitzer* tipi mühimmatın ortak özelliği bu olmakla birlikte farklı dizayn ve ölçülerdeki mermilerin bu özelliklerini sergilemesi için doku içinde seyrettikleri mesafe değişiklik arz etmektedir.’²⁰

‘Geçici kavite ise hem bilimsel hem de popüler anlamda oldukça yanlış anlaşılan bir mekanizmadır. Geçici stres kavitesi olarak da adlandırılan bu kavite, elastik dokuların bunları yaran mermi tarafından kendilerine yük-

18 McNAB, KEETER, 2008, s. 47. Aynı yönde bkz. FACKLER, Martin L., “Ballistic injury” , *Annals of Emergency Medicine*, 15:12 December 1986, s.112/113.

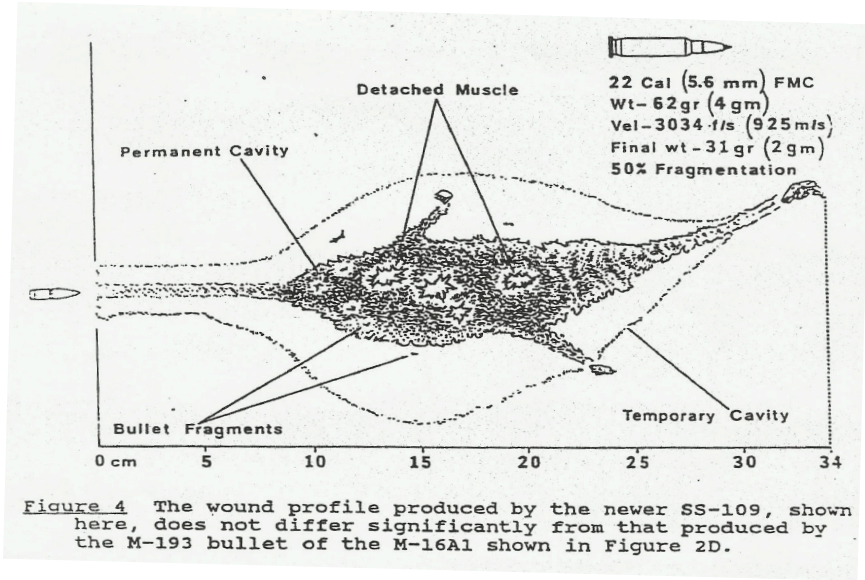
19 FACKLER, 1989, s.64.

Gerçekten de küçük kalibreli ve uzun mermiler (yani yüksek boy /kalibre oranına sahip olanlar) su ya da insan vücudu gibi havadan daha yoğun ortamlardan geçtiklerinde oldukça dengesiz davranmaktadırlar. Tüfeğin namlusu boyunca ilerlerken yiv-set sayesinde kazandıkları dönme bu mühimmatın işbu yoğun ortamlarda seyri sırasında ihtiyaç duyacağı dengeyi sağlayamamakta; bunun neticesinde de mermi takla atmaktadır. **Weapons That May Cause Unnecessary Suffering or Have Indiscriminate Effects, Report on the work of the experts**, s.35 para.99.

Ancak doktrinde vurgulandığı gibi söz konusu olan tam olarak takla atma değildir. *Spitzer* tipi mermiler istisnai olarak dikey eksenleri boyunca 360 derece dönerek takla atarlar. Çoğunlukla söz konusu olan merminin arka tarafı öne gelecek ve doğal dengesini bulacak şekilde 180 derece dönüp (yarım tur atıp) vücut içinde seyretmesidir. Bkz. PARKS, 2010, s.9 ve FACKLER, 1986, s.111-113.

20 McNAB, KEETER, 2008, s.47. Bu konuda belirtilmesi gereken bir husus da merminin vücuda temas/vuruş açısının da bu mesafe üzerinde etkili olduğudur. PARKS, 2010, s.7; PROKOSCH, Eric, “Bringing the dum dum ban (1899) up to date”, *International Review of the Red Cross* no:307, 1995, para. V <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jmma.htm>.

nilen stresin etkisiyle maksimum ne genişliğe kadar esnediğini ifade etmek için kullanılmaktadır.²¹ Yüksek hızla hareket eden mermi tarafından yanlara doğru itilerek kinetik enerji kazanan dokular, dokunun elastisitesi sayesinde bu enerjiyi gerginlik enerjisine (potansiyel enerjiye) çevirirler. Hareket durduğunda yani kavite maksimum genişliğe ulaştığında depolanan gerginlik enerjisi esneyen dokuları hemen hemen anında yaklaşık eski pozisyonlarına geri getirir. Geçici kavitenin genişliği sadece dokuya yüklenen enerjiye değil aynı zamanda enerji yüklenen dokunun strese ne kadar dirençli olduğuna göre değişir.²² Geçici kavite elbette ki bir yaralama mekanizmasıdır. Ancak birçok durumda söz konusu olan, her ne kadar şiddetli bir şekilde vuku bulmuş olsa da yarılan ve merminin yolundan itilen dokunun milisaniyelerle ölçülen bir süre içinde geri gelerek kalıcı kavitenin duvarları oluşturacak biçimde eski pozisyonunu geri kazanmasıdır. Bununla beraber vücudun daha az esnek olan dokuları (barsak, karaciğer ya da omuriliği gibi) bu geçici kavitenin etki alanında iseler ciddi zararlara maruz kalacakları da fiziksel bir gerçekliktir.



21 Benzer bir tanım için bkz. FACKLER, Martin L., "Wounding patterns of military rifle bullets", s.59.

22 MACPHERSON, 2005, s.58-59.

Bu tür kavite, ete vuran merminin, önünden çekilen dokunun üzerinde yarattığı şok dalgası ve buna bağlı 'sıçratma etkisinin' neticesinde saniyenin oldukça küçük bir bölümünde gerçekleşmektedir. bkz. McNAB, KEETER, 2008,, s. 4; FACKLER, 1986, s. 113.

Bu bağlamda aşağıda sunulan ve Dr. Fackler'in çalışmalarında sıklıkla kullandığı diagramda²³, bir küçük kalibre, M-16 tüfeği mermisinin dokular-daki seyri ve yarattığı tahribat mekaniği rahatlıkla görülmektedir. 10. ve 25. cm'ler arasındaki kalıcı boşlukta meydana gelen genişleme, merminin kendi ekseninin yarım turluk dönüş yapması sebebiyle ortaya çıkmaktadır.

Küçük kalibreli ve yüksek hızlı mermiler: M 193 örneği

Bu bilgiler ışığında küçük kalibrenin neden tartışma konusu olduğunu açıklamak daha kolaylaşmaktadır. Vietnam Savaşı esnasında bir Birleşik Devletler ordusu askerinin M-16'dan çıkan merminin bir Viet Cong askeri üzerindeki etkisini anlatırken kullandığı ifadeler dikkat çekicidir: 'Görece-ğim şeye hiçbir şekilde hazır değildim. Mermi hedefin vücuduna girdiğinde kolunu omuz hizasından kopardı. Momentin etkisiyle (askeri) kendi etrafında döndürdü ve onu yere o kadar sert düşürdü ki asker yerden sekti.'²⁴ O dö-nemde kullanılan M193 kodlu 5,56x45 mm merminin hedef üzerinde sebep olduğu ciddi yaralanmalar sadece bu dramatik sahneler şahit olan askerlerce değil bu cephanenin kendisinden beklenmeyecek kadar geniş sürekli kavite yaratarak yol açtığı ağır yaralanmaları tedavi eden Vietnam'da hizmet eden cerrahlarca da ifade edilmiştir.²⁵

5,56 mm çapındaki bir merminin bu etkiyi nasıl gösterdiğini açıklamak bu silahları gereksiz acı veren silahlar olup olmadığını da ortaya koyacaktır. Küçük kalibreli mermiler hedef üzerinde yıkıcı etkilerini *yüksek namlu hızla-ryla sayesinde elde ettikleri kinetik enerjileri ile gösterirler*.²⁶ Gerçekten de

²³ FACKLER, 1989, s.5.

²⁴ KATCHER, Philip, *Armies of the Vietnam War (1962-1975)*, Osprey Publishing, London, 1980 s. 18.

²⁵ FACKLER, Martin L., "Wounding patterns of military rifle bullets", s.61. Eric Prokosch da Vietnam Savaşı boyunca konu hakkında yapılan resmi olmayan inceleme-lere atıfta bulunarak 5,56 mm çapındaki mermi tarafından standart piyade angajmanı mesafe-lerinde (yakın olmayan mesafeler) neden olunan yaralanmaların hiç de bu çapta silahtan bek-lenmeyecek şekilde olduğuna işaret etmektedir. Nitekim yazarın atıfta bulunduğu kaynaklar, bu tip mermilerin beklendiği gibi vücutta ufak bir giriş deliği açtığını, ancak vücuttan çıkış yarasının beklenmeyecek kadar geniş olduğunu; merminin vücut içindeki seyrinin de vücut içinde geniş alana yayılmış yumuşak doku ve kemik parçalanmasını beraberinde getirdiğini belirtmektedir. PROKOSCH, 1995, para. III.

²⁶ Kinetik enerji, kütle hızının karesi ile doğru orantılı olduğundan namlu hızlarındaki ufak artışlar dahi kinetik enerjinin önemli oranda yükselmesine sebep olmaktadır. Bu yüzden bu mühimmeta yüksek enerjili mühimmat adı da verilmektedir.

küçük kalibreli mühimmatlar, yüksek hızları sayesinde sahip oldukları deliş güçleri ile yerine geçtikleri büyük kalibreli olarak tarif edilen ve 20. yüzyılın başından itibaren kullanılagelen 7,62 mm çapındaki mühimmattan ayrılmakta; özellikle savaş alanında piyadenin giderek atan oranda sahip olduğu koruyucu ekipmanını (vücut zırhı ya da zırh plakalarını) delip hedefi savaş dışı bırakmak için en uygun mühimmat olarak kabul edilmektedir. Nitekim piyadenin miğferini ya da vücut zırhını delmek üzere tasarlanan 5,56 mm çapındaki M-16 tüfek mermisinin (M193), 945 m/s namli çıkış hızı ile daha önce kullanılan bütün askeri mermilerden *çok daha yüksek olan hızı sayesinde daha yok edici bir yaralama gücüne ve muazzam bir öldürücülüğe* sahip olduğu ifade edilmiştir. Bu yüksek hızlı mühimmatın yolu üzerindeki dokulara teması ve bunları ezmesine ilaveten yolundan ittiği dokularda yarattığı şok dalgası, merminin çapının 30 katı kadar genişlikte bir alanda geçici kavite yaratmakta ve bu alanda dokuları öldürmektedir.²⁷ Nitekim bu tip mühimmatın sahip olduğu yüksek hız nedeniyle dokuları teması ile yarattığı hidroşok dalgasının yoğunluğunun, daha düşük hızlı klasik 7,62 mm'lik mühimmattan daha çok olduğu bazı uzmanlarca vurgulanmış ve bu durumun da 5,56 mm'lik cephanenin neden olduğu aşırı olarak kabul edilebilecek yaralanmaların temelindeki unsurlardan biri olduğu iddia edilmiştir. Bu şok ile oluşan geçici kavite doğrudan mermi yolu üzerinde bulunmayıp yarılmaktan kurtulan kan damarları ve sinirler üzerinde yıkıcı etkilere neden olmaktadır. Ayrıca geçici kavitenin bu hızlı oluşumu, dalgalanması ve kasılması sırasında yara bölgesinde pozitif ve negatif basınç değerleri arasına hızlı bir değişim yaşanmakta, bu durum da yaranın içine doku dışından bakterilerin emilmesine neden olmaktadır.²⁸

27 McNAB, KEETER, 2008, s. 47.

5,56 milimetre bir mühimmat yaklaşık olarak 7,62 mm bir mühimmatın ağırlığının yarısı kadardır. Bu hafiflik merminin silahın namlusunu terk etmesini takiben başladığı uçuş boyunca hızını büyük kalibreli mühimmata göre daha hızlı kaybetmesine yol açmaktadır. Bu nedenle standart angajman mesafelerinde (200 m civarı) merminin düşük ağırlığına rağmen hasma zarar verici etkilerinin korunması amacıyla namli çıkış hızının olabildiğince yüksek tutulmasına çalışılmaktadır. Bu durum da yüksek hızlı sıfatının, küçük kalibreli mühimmatın niteliyi olarak kabul edilmesini beraberinde getirmektedir. Aynı yönde bkz. **Weapons That May Cause Unnecessary Suffering or Have Indiscriminate Effects, Report on the work of the experts, ICRC, 1975, s. 33 para.92-93.**

28 'Geçici kavite oluşurken dokuların maruz kaldığı yüksek radyal kuvvet yüksek hızlı mermilerin sebep olduğu zararların temelindeki nedendir. Bir kez bu kavite oluşuktan sonra dokunun dalgalanması sırasındaki şok dalgaları çok kuvvetli bunlar kadar kuvvetli olmasa da yine de oluşan yaraların ağırlaşmasına neden olabilir.' **Weapons That May Cause Unnecessary Suf-**

Oysa yukarıda açıklandığı gibi bazı istisnai bölgeler dışında bu şok dalgası esneyen ve yarılip sıçrayan elastik doku tarafından emilmekte ve doku kısa bir süre sonra eski halini almaktadır.²⁹ Dr. MacPherson, bu geçici kavite ile ilgili olarak tartışma konusunun, bunun varlığı ya da meydana geliş dinamiği değil yaralama mekanizmasına katkısı olduğunu vurguladıktan sonra dokudaki kalıcı kaviteden birkaç kat daha geniş olan bu ‘açık ve dramatik etkinin her zaman çok ciddi bir yaralama mekanizması olduğuna yönelik bir inancın hatalı bir şekilde kabul edildiğini’ belirtmektedir.³⁰ Aynı şekilde Dr. Fackler de merminin yüksek hızı ve buna bağlı olarak sahip olduğu kinetik enerjinin, mermimin dokularda neden olduğu tahribatla, özellikle de geçici kavitenin yaratacağı tahribatla, doğrudan alakası olmadığını; yaralanmanın hangi tür dokuda vuku bulmakta olduğunu önem arz ettiğini belirtmektedir.³¹

Dolayısıyla bu durum tek başına yukarıdaki örnekte verilen Viet Cong askerinin yaralanmasını açıklamamaktadır. Bu yaralanmayı açıklamak için küçük kalibreli M-16 mermisinin ikinci bir özelliği dikkate alınmalıdır. Nitekim her ne kadar merminin başı bir kaplama ile kaplanmamış ve çekirdeğin yumuşaklığı nedeniyle vücuda çarptığında ezilip/düzleşmesi ve buna bağlı olarak mermiden parçaların kopması engellenmiş olsa da bu mermi, vücut içinde ilerlerken düşey eksenini üzerinde yarım tur atmakta ve bu sırada merminin gövdesinde oluşan stres merminin arka bölümünün ezilmesine ve parçaların kopmasına sebep olmaktadır. ‘Günümüzde askeri tüfek mermisi standardı olan metal ceketle kaplanmış mermi vücuda girdikten bir süre sonra düşey (kısa) aksı boyunca dönmeye başlayacaktır. Mermi bir kez dönmeye başlayınca dönme hızı artacak ve önce 90 derece, sonra da merminin kuyruğu öne getirecek şekilde 180 derece dönüp ilerlemeye devam edecektir. Bu noktada

fering or Have Indiscriminate Effects, Report on the work of the experts, ICRC, 1975, s. 36-39 para.102 ve 105.

29 FACKLER, 1986, s.113.

30 MACPHERSON, 2005, s.60.

Geçici kavitenin yaralama mekanizması genellikle tahmin edilenden daha karmaşıktır. Ancak doku içinde yara travmasının oluşumu elastik dokunun stres limitinin üzerinde bir güce maruz kalmasına bağlıdır. Oysa dokuların büyük kısmı büyük oranda stres zarar görmeden dayanabilecek yapıdadır. Dolayısıyla bazı dokular istisna kalmak koşuluyla yüksek hızlı tüfek mermileri söz konusu olduğunda geçici kavite önemli bir faktör olmakla birlikte genellikle ciddi bir yaralama mekanizması değildir. Aynı yönde bkz. MACPHERSON, 2005, s.60-61, 63 ve 66.

31 FACKLER, “Effects of Small Arms on the Human Body”, s.6-7.

mermi tekrar dönmeye başlayabilir ve kuyruğu öne gelecek şekilde bir yarım tur daha atabilir.³² Gerçekten de tüfek namlusu tarafından *spitzer* formlu mermiye verilen rotasyon dokular içinde merminin ucu önde seyretmesi için yeterli değildir ve bunun sonucunda mermi havadan yoğun doku içinde ilerleyip hız kaybettikçe ve dönüşü yavaşladıkça doğal olarak dengeli halinde seyretmeye, yani arka tarafının öne gelmesine meyletmektedir.³³ Oysa merminin ters dönmesi havadan yoğun canlı dokusu içinde meydana geldiğinde dokunun sebep olduğu direnç dönen mermi üzerinde ciddi bir stres yaratmakta ve merminin yapısına bağlı olarak yaklaşık 90 derecelik dönüş aşamasında mermi kırılmaktadır. Bu kırılma tamamen merminin takla atmasının bir yan ürünü olup bağımsız bir olgu değildir.³⁴

Nitekim merminin kaplı baş kısmı ve arkasının ikiye ayrılmasıyla sonuçlanan bu kırılma neticesi birçok küçük parça da mermiden ayrılabilmekte ve bu kopan parçalar doku içinde farklı yönlerde hareket ettiklerinde kendi seyirlerine göre şekillenen kalıcı ve geçici kaviteler yaratmaktadır. Bu süreç esnasında ortaya çıkan kalıcı kaviteler, sok dalgalarıyla yaratılan geçici kaviteler ile birleşmekte, kalıcı kaviteler arasındaki dokuyu esnekliğinin ötesinde yıpratmakta ve geniş çaplı bir doku alanında ciddi zarara sebep olarak nihayetinde bazı muharıpler ve cerrahlar tarafından ‘patlayıcı etki’ şeklinde tarif edilen etkiyi ortaya çıkarmaktadır.³⁵

Sonuç olarak, bu olgulara dayanarak küçük kalibre ve yüksek hızlı piyade tüfeği mühimmatının daha düşük hızlı yüksek kalibreli mühimmata göre hem derece hem de tür açısından farklı ve aşırı olarak kabul edilecek yaralanmalara ve gereksiz acılara yol açtığı savı 1970’li yıllarda oldukça yüksek sesle ileri sürülmüştür. ‘5,56 mm’lik mermiler yüksek hızları ve ters dönme eğilimleri sebebiyle askeri gereklilikleri aşan yaralara sebep olmaktadır.’³⁶ Dolayısıyla bu mühimmatın ters dönme ve parçalanma özelliği hukukça yasaklanmış

32 PROKOSCH, 1995, para.V.

33 FACKLER, 1986, s.111-113.

34 PROKOSCH, 1995, para.V.

35 Aynı yönde bkz. FACKLER, 1986, s.113,

Dr. MacPherson, kalıcı kavitenin ötesine saçılan mermi parçalarının mermi tarafından üzerinde geçici kavite yaratılan dokularda stres konsantrasyonları meydana getirdiğini; böylece de dokularda ciddi bir zarar meydana gelmesine yol açtığını belirtmektedir. MACPHERSON, 2005, s.61.

36 **Conference of Government Experts on the Use of Certain Conventional Weapons**, s. 14, para.34.

olan kolayca düzleşen ya da genişleyen mermiler gibi etki gösterdiği dolayısıyla bu yasak kapsamına alınması gerekmektedir.³⁷

SS 109 Standart NATO mermisi:

Tüm bu eleştirilere rağmen 5,56 milimetre çapında mühimmat ve bunları ateşleyecek silahlar, askeri harekâtların ihtiyaçlarını mevcut 7,62 mm çapındaki mermilere göre daha iyi karşılayacağı düşüncesiyle devletler tarafından kabul görmüştür. Nitekim 1981 yılında NATO'nun 7,62mm dışında ikinci piyade tüfeği mühimmatı standardı haline gelen 5,56 milimetrelik mermiler Belçikalı FN Herstal tarafından üretilmiş ve SS 109 kodu ile belirlenmiştir.³⁸

Doktrinde küçük kalibre ve yüksek hızlı mermilerin uluslararası hukuka uygun olmadığını savunan uzmanların genellikle dayandıkları argümanlardan biri SS109 mühimmatını üreten firmanın ürününü tanıtırken kullandığı, işbu cephanenin 1970'li yıllarda M193 mermisinin etkileri sebebiyle uluslararası planda yarattığı tepkilere uygun olarak özel olarak şekillendiği ve sahip olduğu yüksek dönüş hızı sebebiyle doku içinde takla atmadan dengeli bir şekilde daha uzun süre ilerlediği (böylece içinden geçtiği vücut bölgesinin kalınlığına göre takla atmadan ve kırılmadan vücuttan çıkabildiği) iddiasıdır.³⁹ Bu iddiaya

37 PROKOSCH, 1995, para.II.

38 Birleşik Devletler de aynı yıllarda M193 mermisi yerine SS109 mermisine çok büyük oranda benzeyen M855 mühimmatını envantere sokmuştur.

39 M193 mermisi için doku içinde takla atma kritik hızına düşmeden ilerleme mesafesi yaklaşık 12 cm'dir. Sınırlı sayıda atış ile elde edilen sonuçlara göre SS109 mühimmatı için elde edilen değer 14 cm civarındadır. Ancak Fackler'in de ifade ettiği gibi terminal balistik profili kesin olarak çıkarılamamakta ve her olayda farklı seyir takip etmektedir. Dolayısıyla verilen bu ortalama değerler nihai olmaktan çok uzaktır ve testlerin sonuçları yakından incelendiğinde mühimmatta ani hız kaybı ve buna bağlı dengesizlik ile takla atmanın vuku bulduğu mesafe aralığının aslında bu ortalama değerinin %25 altı ve üstü arasında olduğu görülmektedir. Dolayısıyla M193 mühimmatı takla atmaya doku içinde 9 ila 15 cm arasında bir mesafe kat ettikten sonra; SS109 ise 11,5 cm ile 17,5 cm arasındaki bir mesafe aralığında başlamaktadır. FACKLER, 1989, s.61-63.

Bu mesafeler şu açıdan önemlidir: 12 cm, ergen bir insanın uyluk kalınlığını, 25 cm de önden arkaya göğüs bölgesi genişliğini vermektedir. FACKLER, *Effects of Small Arms on the Human Body*, s.4.

Dr. MacPherson uzman çevrelerce mermilerin hedefi durdurma ve tehdit olmaktan çıkarmak amacıyla hayati organlara ulaşma ve bunları delip geçmesi için genellikle insan vücudundaki yumuşak dokuda en azından 30 cm katetmesi gerektiği konusunda hemfikir olduğunu vurgulamaktadır. MACPHERSON, 2005, s.54-55 Dolayısıyla yumuşak doku içinde ilerlerken yukarıdaki dönme profilini sergileyen her iki 5,56mm tüfek mermisinin de bu hayati organlara

dayanarak doktrinde bazı yazarların 5,56 mm mühimmatın uluslararası hukuka uygun olması için SS109 gibi dizayn edilmesini ima ettikleri görülmektedir.⁴⁰ Bununla beraber Dr. Fackler, mühimmatların balistik özelliklerini karşılaştırarak, SS109 mühimmatının M193'ten daha uzun yapısının havada dengeli seyretmesi için zaten bu sonuncudan daha fazla dönüşe ihtiyaç duyduğunu; bu dönüşün ise hızının merminin terminal balistik değerlerinde doğrudan ciddi bir etkisi olmadığını ve aslında her iki cephanenin de yaralama profillerinin benzer olduğunu belirtmektedir. Mühimmatların sadece doku içinde ilerlerken takla atmaya başlama mesafesi benzer olmakla kalmayıp ikisi de takla atmaya bağlı stres altında kırılma ve parçalanma eğilimi göstermektedir.⁴¹

Bu bilgiler bizi yüksek hızlı 5,56 mm'lik mühimmatın doğası gereği 'özel bir şekilde' dizayn edilmesi ile bile aşılamayacak bir aşırı yaralanmaya yol açtığı sonucuna götürmektedir. Bu durumda doktrinde iddia edildiği gibi gerçekten 5,56 milimetre çapı mühimmat için uluslararası silahlı çatışmalar hukukunun temel prensipleriyle bağdaşmayacak bir görünüm arz ettiği ve aşırı ve gereksiz yaralanmalara yol açtığı için yasaklanması gerektiği çıkarımı yapılacaktır. Böyle bir düşüncenin kabulü ise iki sonuç doğuracaktır: Ya etkili olması için hızı 5,56 mm'lik mühimmat kadar yüksek olması gerekmeyen yeni bir kalibre geliştirilecektir ya da temele geri dönülecek ve kullanımı 1980'li yıllara kadar hiçbir hukuki tepkiyle karşılaşmamış 7,62 mm'lik mühimmatın yeniden benimsenecektir. Yeni bir kalibrede mühimmatın özellikleriyle ilgili olarak fikir beyan etmek terminal balistik söz konusu olduğunda ancak spekülasyon seviyesinde kalacak bir çalışma olacaktır. Dolayısıyla 7,62 mm'lik mühimmatın yaralama profiline göz atmak somut verilerden yola çıkıldığı ölçüde gerçekçi ancak az sonra görüleceği gibi bir o kadar da şaşırtıcı olacaktır.

7,62 mm tam metal kaplamalı mermi: Hukuka uygun mükemmel mühimmat?

20. yüzyılın başından itibaren kabul edilen piyade tüfeği mühimmatı standardına uygun olarak 7,62 mm NATO mühimmatı da 5,56 mm'lik mühimmat kadar sivri uçlu bir dizayna (*spitzer* mermisi) sahiptir. Nitekim bu aerodinamik yapı sayesinde mermi uçuş sırasında daha az türbülansa maruz

ulaştığında takla atmak ve hayati organlarda aynı etkiyi göstermek üzere tasarlandığı anlaşılmaktadır.

40 PROKOSCH, 1995, para. VI.

41 FACKLER, 1989, s.61. Aynı yönde PARKS, 2010, s. 10-11.

kalmakta ve mermi uçuş boyunca hızını daha iyi koruyabilmektedir.⁴² İşbu tam metal kaplamalı 7,62 mm'lik mühimmatın *spitzer* tipi dizayna sahip olması yukarıda da ifade edilen çok önemli bir sonucu doğurmaktadır. Mermi bu yapısı ile doğal olarak dengesizdir ve doku içinde seyri ile birlikte yaşanan hız kaybı nedeniyle tıpkı eleştirilen 5,56 mm'lik mühimmat gibi takla atmakta ve bu süreç sırasında maruz kaldığı stres nedeniyle parçalanmaktadır. Üstelik dönemin Batı Alman 7,62 mm NATO mühimmatı doku içinde yaklaşık sadece 8 cm ilerledikten sonra takla atmaya başlamakta ve Birleşik Devletler'in 7,62 mm M80 mühimmatından daha ince bir kaplamaya sahip olduğu cihetle maruz kaldığı stres altında ciddi bir deformasyon ve kırılma yaşamakta ve birçok parçaya ayrılmaktadır. 'Bu durumda yaratılan yara profili M-16 mermisininin daha büyüğü şeklinde tasvir edilebilir.'⁴³

* * *

Yasallığı devletler tarafından tartışma konusu yapılmamış 7,62 mm'lik mühimmatın 5,56 mm, küçük kalibre ve yüksek hızlı mühimmatla benzer ve hatta daha ağır yaralanmalara neden olduğunun ortaya konulması 1970'lerden beri süregiden bu tip mühimmata yönelik eleştirilerin gerekçelerinin somut verilerden ziyade başka kaynaklarda aranmasını beraberinde getirmektedir. Nitekim Parks bu konuda iki hususun altını çizmektedir. Bunlardan ilki, küçük kalibreli ve yüksek hızlı mühimmatın yüksek etkili ve aşırı yaralayıcı olduğuna yönelik kanaatin bilfiil 5,56 mm'lik mühimmatın ve bunu ateşleyen M-16 silahının Birleşik Devletler ordusunun yeni standardı olması için yapılan pazarlama çalışmalarında başvurulmuş abartılı beyanatların, uluslararası kamuoyunda bu tip cephanenin gerçekten sebep olduğundan daha fazla yaralanmalara neden olduğu konusunda bir ön yargı oluşmasına sebep olduğudur. İkinci olarak yazar, bu tip mühimmat ve bunu ateşleyen silahların kullanıldığı ilk savaş olan Viet Nam savaşının pek de popüler olmamasının etkisiyle, özellikle Avrupalı siyasi çevreler ve uzmanlarca düşük kalibre ve yüksek hızlı cephanenin, eleştirilen bir savaşın ve burada uygulanan tartışmalı muharebe yöntemlerinin günah keçisi yapıldığını ve böylece haksız tepkilere ve suçlamalara maruz kaldığını ifade etmektedir.⁴⁴

Somut veriler dikkate alındığında bu düşüncelere katılmamak zordur. Gerçekten de 19. yüzyılın 2. yarısından itibaren piyade tüfeği ve mühimmatı-

⁴² FACKLER, 1986, s.111.

⁴³ FACKLER, 1989; s.62, PARKS, 2010, s.16-17.

⁴⁴ PARKS, 2010, s.8-10.

nın dizaynında atış hızı, menzil ve doğruluğu artırmaya yönelik değişiklikler yapılması ile birlikte cephane için ortaya çıkan tasarımın *hedefi savaş dışı bırakabilme yeteneği* de sorgulanır hale gelmiştir. 1800'lerin sonuna gelindiğinde küt burunlu, kaplamalı ve silindir şeklindeki mermiler sıklıkla hasmın vücuduna ciddi bir zarar vermeden delip geçmekte ve bu durum da mevcut silah ve mühimmatın düşmanı savaş dışı bırakma esas amacını yerine getiremediği sonucuna varılmasına sebep olmuştur.⁴⁵ İşte bu şartlarda İngiliz Hindistan'ında Kalküta'da bulunan Dum Dum Silah Fabrikası bir çözüm önerisi getirmiştir: Dizayn ettikleri mühimmatta merminin burnundaki kaplamayı kaldırarak mermiyi isabet ettiği doku içinde çarpmanın etkisiyle genişlemesi sağlanmış, böylece mühimmatın hasım üzerindeki yaralama ve onu savaş dışı bırakma etkisi yüksek bir hale getirilmiştir.⁴⁶

Bununla beraber yukarıda da vurgulandığı gibi insan vücudu içinde açılarak/genişleyerek ilerleyen ve orijinal çapından oldukça büyük yaralanmalara sebep olan bu tip mühimmatın savaşlarda kullanımı 29 Temmuz 1899 tarihli Lahey 3 No'lu Bildirgesi'yle yasaklanmıştır. 'Sözleşmenin tarafları insan vücudunda kolaylıkla düzleşen ya da genişleyen, çekirdeği tamamen sert bir ceketle kaplanmamış olanlar ya da üzerinde yarıklar bulunanlar gibi cephanenin kullanımından kaçınmak konusunda anlaşmışlardır.'⁴⁷

Böylece bu tarihten itibaren bir yandan hukuk bir yanda da askeri gereklilikler (hedefi uzak mesafeden isabetli şekilde ve silaha zarar vermeden ateş altına alma) ile sınırlanan devlet silahlı kuvvetleri, uluslararası silahlı çatışmalarda vücut içinde kolayca genişleyen ya da düzleşme özelliği göstermeyen ceketli (kaplamalı) mermilerin kullanımına geri dönmüşlerdir. Ancak bu durum, genişleyen cephane kullanımı ile aşılacak istenen sorunla yeniden yüzleşilmesini beraberinde getirmiştir. Bu tip cephanenin hasmı savaş dışı bırakması nasıl sağlanır? Nitekim bu sorunun cevabı yukarıda da belirtildiği üzere 20. yüzyıl başında spitzer tipli sivri uçlu mermi dizaynının kabul edilmesiyle birlikte bulunmuş ve böylece piyade tüfeği mühimmatı için ideal iç, dış ve terminal balistik özelliklere ulaşılmış gibi gözükmektedir.

Spitzer tipi merminin sahip olduğu aerodinamik yapı ile yüksek hızlara ulaştığı ve doğru bir uçuş gerçekleştirdiği; ancak dizaynından kaynaklanan

⁴⁵ FACKLER, 1989, s. 63.

⁴⁶ McNAB, KEETER, 2008, s.43-44. Aynı yönde bkz. **Weapons that may Cause Unnecessary Suffering or have Indiscriminate Effects, Report on the work of the experts**, s.30-31, para.80; BERRY, 2010, s. 107, dipnot 97.

⁴⁷ <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/170?OpenDocument>.

doğal dengesizliği sebebiyle vücuda girdiğinde hız kaybetmesi ile birlikte ters dönme ve arkası önde seyretme eğilimi gösterdiği birçok kereler yukarıdaki satırlarda ifade edildi. Yine bu yarım turluk dönüş sırasında merminin maruz kaldığı stres sebebiyle deformasyona uğraması ve kırılıp parçalara ayrılmasının bu tip mühimmatın karakteristik bir özelliği olduğuna işaret edildi. Bu tip cephanenin işbu özelliklerinin aşağı yukarı bilinmesine ve 20. yüzyılın başından beri bu dizayna sahip mühimmatın Dünya Savaşları da dâhil sayısız silahlı çatışmada kullanılmış olmasına ve etkilerinin kapsamlı şekilde görülmesine rağmen devletler bu konuda bir uluslararası düzenleme yapma ihtiyacı hissetmemişler, mevcut mühimmatın 1899 tarihli 3 No'lu Lahey Bildirgesi'nde belirlenen şartlara uymasını (vücut içinde kolayca düzleşip genişlememesini) yeterli saymışlardır.⁴⁸ Kullanılan mühimmatın iç, dış ve terminal balistik özellikleri bir bütün olarak değerlendirilmiş; merminin doku içinde seyir profiline bağlı olarak sebep olduğu yaralanma aşırı olarak kabul edilmemiş; aksine *spitzer* uçlu mühimmatın hasım üzerinde etki göstermesinin tek yolu olarak addolunmuştur. 'Merminin sapması ve kendi ekseninde dönmesi hasmı kısa sürede savaş dışı kılmak için gereken ve hukukiliği tanınan başlıca ve en kritik yaralama mekanizmasıdır.'⁴⁹

Bu bilgiler ışığında görünen odur ki bu tip cephane ve onu kullanan piyade tüfekleri askeri gerekliliğe uygundur. 'Hükümetler, bu tip mühimmatın sağladığı menzil ve isabetlilik avantajlarının işbu cephanenin hasım düşmanında sebep olduğu yaralanmalardaki marjinal artıştan daha ağır bastığı sonucuna varmışlardır. 20. yüzyıl boyunca birkaç devletin 5,56 mm'lik mühimmata karşı dile getirdiği tepki dışında hiçbir devlet *spitzer* uçlu mühimmatın etkilerini tartışma konusu yapmamıştır. Bunun sebebi bu mühimmatın askeri değerinin ve buna bağlı olarak kullanımının evresel şekilde kabul görmesidir.'⁵⁰

48 '1899 Deklarasyonu'ndan beri küçük kalibreli silahların kurşun ya da bakır mühimmatı 'tam metal ceketler' kaplanmaktadır. Bu mühimmat sıklıkla yüksek hızlarda ateşlenmekte ve 20. yüzyıl boyunca göreceli olarak tutarlı kalan bir yaralanma balistiği ortaya çıkarmaktadır. Birçok tam metal ceketli mermi vücut içerisinde yön değiştirmekte ve yumuşak doku içinde sıklıkla da parçalara ayrılmaktadır. Tasarlandıkları biçimde kullanıldıklarında ve üzerlerinde hukuka aykırı bir şekilde çentikler açılıp (merminin vücut içinde kolayca genişlemesi sağlayacak şekilde) dizaynları değiştirilmediği sürece bu mermilerin gereksiz yaralanmalara sebep olduğu hiçbir devlet tarafından kabul edilmemektedir.' Corn, Hansen, Jackson, Jenks, Jensen, Schoettler, **The Law of Armed Conflict, An operational approach**, Wolters Kluwer, 2012, s.216.

49 Aynı yönde bkz. DONALDSON, 2011, s.26.

50 PARKS, 2010, s.6.

Dolayısıyla küçük kalibreli yüksek hızlı cephanenin aynı kendisiyle aynı dizayna sahip 7,62 mm’lik mühimmattan esaslı derecede farklı bir yaralama profili olduğu doğru değildir. İki cephane arasındaki yaklaşık 100m/s’lik hız farkının insan dokusunda yüksek hidroşoka sebep olup yarattığı geçici kavitenin mermi yaralanmalarını diğer klasik mühimmata göre ağır hale getirdiği iddiası da gerçeği yansıtır gibi durmamaktadır. Yapılan testler sadece çağdaş 7,62 mm mühimmatın değil, 19. yüzyılda kullanılan diğer mermilerin de vücutta 5,56 mm’lik mermilerin geçici kaviteler yarattığını ortaya koymaktadır.⁵¹

Bununla beraber Uluslararası Kızıl Haç Komitesi’nin 2005 yılında hazırladığı Uluslararası Teamüli İnsancıl Hukuk çalışması, kolayca açılan ve genişleyen mühimmatın silahlı çatışmalar hukukuna aykırı olduğunu tespit eden 77. maddesinde bu tip mermilerin hangi dizaynları içerdiği konusunda genişletici bir yorum yapmış ve Alman savaş hukuku sahra talimatnamesindeki düzenlemeyi özellikle vurgulayarak, insan vücudunda erkenden takla atan ya da sebep olduğu şok dalgalarıyla geniş bir doku zararına ya da ölümcül şoka yola açan mermilerin de bu kapsamda değerlendirilebileceğine yönelik bir ifade kullanmıştır.⁵² Aynı yaklaşımın doktrinde de destek bulunduğu görülmektedir. Nitekim Stefan Oeter’ın 1899 Lahey Deklarasyonu ile kabul edilen vücut içinde genişleyen ya da kolayca düzleşen mermilerin kullanılması yasası kapsamında insan vücudunda erkenden takla atan mermileri ve geniş çaplı doku yaralanmasına ve hatta ölümcül şoklara yol açacak şok dalgaları üreten mühimmatı da aldığı görülmektedir. ‘Yakın zamanda geliştirilen ve özellikle etkiletici bir askeri avantaj sağlamaksızın aşırı yaralanmalara sebep olan piyade silahları ve mühimmatı hakkında bunların yasallığına ilişkin muğlâklık mevcudiyetini korumaktadır: (Mevzu-u bahis bu cephane ve silahlar)...insan vücudunda erkenden takla atan (böylece özellikle ağır iç yaralanmalara neden olan) mühimmatlar ile geniş çaplı doku yaralanmasına ve hatta ölümcül şoklara yol açacak şok dalgaları üreten mühimmatlardır. *Bunların 1899 yılında yasaklanmış bulunan Dum-Dum mermileriyle benzerliği açıktır ve “aşırı acı verme “ nedenine istinaden bunların da yasak kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.*⁵³

⁵¹ McNAB, KEETER, 2008, s.48.

⁵² HENCKAERTS, J.-M., DOSWALD-BECK, L., **Customary International Humanitarian Law Vol. I**, ICRC & Cambridge University Press, 2009, s.271.

⁵³ OETER, Stefan, “Methods and Means of Combat”, in **The Handbook of International Humanitarian Law**, Dieter Fleck (ed), Oxford University Press, 2010, s. 139-140, para. 2. Ancak yazar bu cümlemin hemen akabinde şu hususunda altını çizmektedir: ‘Bununla beraber

Ancak küçük kalibreli silahlara karşı bu önyargılı ve haksız yaklaşımın tutarsızlığı Hays şu şekilde vurgulamaktadır: İşbu yasaklanmaya çalışılan etkileri sadece küçük çaplı ve yüksek hızlı olan mühimmatlar değil 20. yüzyıl boyunca kullanılan ve kullanılmakta olan tüm piyade tüfeği mühimmatları göstermektedir. Eleştirilen yaralama profili nedeniyle yüksek hızlı ve küçük kalibreli mermilerin yasaklanması dünyadaki tüm piyade tüfeği ve buna ait mühimmatının hukuka aykırı addolunmasını gerektirecektir.⁵⁴ Şüphesiz ki bu durum ne gerçekçidir ne de silahlı çatışmalar hukukunun yaratıcısı olan devletlerin iradesine uygundur.

Bazı uzmanlar ve kuruluşlarca 5,56 mm'lik mühimmata yönelik yapılan eleştirilerin gerçekçilikten uzak olduğunun bir kanıtı da silahlı çatışma ortamında bilfiil bunları kullananların bu cephanenin performansından pek de memnun olmayışdır. '1960'larda hizmete girişinden beri birçok asker, "yüksek hız mitine rağmen" 5,56 mm merminin tatmin edici olmaktan uzak olan performansından şikâyet etmektedir. Gerçekten de mühimmatın yetersiz deliş ve etkisiz hale getirme gücü Irak'taki harekâta katılan askerlerce de dile getirilmekte ve birçok eski asker 7,62 mm'nin standart mühimmat olduğu günleri özlemle anmaktadır.'⁵⁵ 1990'lı yıllardan beri dile getirilen bahsi geçen mühimmatın yetersizliğine ilişkin görüşler, Güneybatı Asya'da yaklaşık 10 yıldır süre giden ve piyade silahlarını öne çıkaran muharebelerden sonra daha da dikkat çeker hale gelmiştir.⁵⁶ 'Irak ve Afganistan'da 5,56mm'lik mühimmatla (yaklaşık) 75 metre mesafe uzakta vurulan "kötü adamlar" rahatsız edici bir şekilde yaralanmama ve savaşıma devam edebilme alışkanlığına sahiptir.'⁵⁷ "M855 mermisi Sovyet vücut zırhlarını delmek amacıyla dizayn edilen çelik çekirdeğe sahiptir ve 'hafif giyinen' ayaklananlara karşı etkili değildir. Belki de şaşırtıcı bir şekilde M855 mermisi Amerikan envanterindeki en zayıf halka olarak tasvir edilmektedir zira 'hasmı kesin olarak etkisiz hale getirecek kadar ölümcül değildir' ve 'askerleri riske sokmaktadır.' Irak ve Afganistan'daki muharebe operasyonları başladığından beri M855 mermisinin etkinliğine yönelik şikâyetler Birleşik Devletler Ordusu Piyade Merkezi ve diğer Savunma

hangi silah ve mühimmatın açıkça işbu yasak kapsamında kabul edileceği hususu, son birkaç on yıldır süre giden küçük kalibreli ve yüksek hızlı cepheye hususundakiler dikkate alındığında açık olmaktan uzaktır.'

54 PARKS, 2010, s.16.

55 PARKS, 2010, s.16.

56 DONALDSON, 2011, s.23.

57 CUTSHAW, Charlie, "DPMS/POF-USA, Tactical 5,56mm", **Guns&Weapons for Law Enforcement**, November 2008, s.52.

Bakanlığı kurumlarını tüfek ve mühimmat performansını incelemeye yöneltmiştir.”⁵⁸

Aslına bakılacak olursa mühimmatın etkisizliğine yönelik eleştiriler işbu cephanenin kendinden değil bunu ateşleyen silahtan kaynaklanmaktadır. Birleşik Devletler Kara Kuvvetleri ve Özel Kuvvetlerin bir kısmı standart piyade tüfeği olarak M-16 yerine bunun namlusu kısaltılmış bir versiyonu olan M-4 karabinasını kullanmaktadır. Oysa standart 5,56 mm NATO mühimmatı (M855 ya da SS109) 508 mm uzunluğundaki M-16 tüfek namlusundan atılması halinde yaklaşık 940 m/s bir namlu çıkış hızı ile seyrine başlamakta ve yine yaklaşık 200 m’lik mesafede insan vücuduna isabet etmesi halinde cephanenin doku içindeki ani hız kaybı bunun takla atmasına ve parçalanmasına yola açarak hasmı savaş dışı bırakacak ölçekte yaralanmaya neden olmaktadır. Bununla beraber aynı cephane sadece 386 mm uzunluğunda bir namluya sahip M-4 karabinasından ateşlendiğinde yaklaşık 850 m/s namlu hızına sahip olmakta ve yaklaşık 100 metrelik bir uçuş sonrası kritik denge hızını kaybetmektedir. Bu noktanın aşılması halinde merminin vücut içindeki yavaşlaması bunun takla atmasını gerektirecek kadar ani olmamakta; dolayısıyla mermi vücut içinde seyrini hiçbir özellik göstermeksizin düz bir şekilde gerçekleştirmektedir. Bu durum da küçük kalibreli mermi çoğunlukla hasmı savaş dışı bırakmaya yetecek ciddilikte bir yaraya sebep olmamakta, netice itibarıyla silah ve mühimmat beklenen etkiyi göstermemektedir.⁵⁹ 5,56 mm gibi küçük çaplı ve ceket kaplamalı mermi, doku içinde seyrederken deforme olmadığı, üstüne üstlük de takla atıp kırılmadığı zaman hasmı savaş dışı kılmak için ancak ölümcül noktalara oldukça yakın ya da doğrudan teması gerektirmektedir. Bu ise hedefin birçok kereler vurulmasını zorunluluğunu beraberinde getirmektedir. Dolayısıyla 5,56 mm’lik spitzer uçlu mermilerin doku içinde takla atmamasını ya da kırılmamak üzere daha kalın bir ceketle kaplanması ya da yüksek hızlarının düşürülmesini öneren; ve bu yapılmadığı sürece işbu mühimmatın insani olmayan yaralanmalara sebep olduğu cihetle uluslararası silahlı çatışmalar hukuk aykırı olarak kabul edilmesini ileri süren görüş kendi içinde oldukça çelişkili ve ironik sonuçlar barındırmaktadır.

58 BERRY, 2010, s.90-91.

59 Detaylı bilgi için bkz. CUTSHAW, 2008, s.52 ve McNAB, KEETER, 2008, s.48-49.

Bu sorunu gidermek için Birleşik Devletler M855A1 mühimmatını geliştirmiştir. Resmi açıklamalara mühimmatın artan namlu çıkış hızı ve dizaynındaki değişiklikler ile zırh delici özelliği artırılmış ve birçok şart altında merminin aynı yaralayıcı etki göstermesi sağlanmaya çalışılmıştır. Detaylar için bkz. DONALDSON, 2011, s.23-24.

Gerçekten de Hays bu konuda İngiliz 5,56 mm mühimmatını örnek göstererek şöyle demektedir: ‘Mevcut Birleşik Krallık mühimmatı her ne kadar NATO standardına uygun olsa da SS109 mermisinden daha kalın bir kaplama ile kaplanmıştır. Bu durum merminin dikey ekseninde daha az sapma olmasına ve hemen hemen hiç kırılma yaşamamasına neden olmaktadır. Uluslararası Kızıl Haç Komitesinin yaklaşımına göre bu durum hukuken öngörüldür ve İngiliz mühimmatı bu özellikler sayesinde daha insani olarak kabul edilmektedir. Ancak ironi şudur ki hedeflenen düşmanı delip geçen bu mermiler bunu savaş dışı bırakmayı başaramamakta ve İngiliz askerinin hedefini tehdit olmaktan çıkarması için 10 ya da daha fazla kez vurmasını gerekli kılmaktadır. Düşman askerini daha fazla etki gösteren bir tek mermiye kıyasla 10 ya da daha fazla kereler vurmayı daha insani olarak kabul etmek en olumlu bakış açısıyla bile oldukça uygunsuz ve tuhaf gözükmektedir.’⁶⁰

* * *

Mermi piyade silahının kalbidir, etkililiği kritik önemi haizdir..⁶¹

Diğer bütün savaş araç ve yöntemlerinde olduğu gibi piyade tüfeği mühimmatı da hasma zarar vermek ve yaralayıp onu savaş dışı kılmak amacına hizmet etmektedir. Uluslararası silahlı çatışmalar hukuku bu amaçla hedef alınan hasmı ‘pembe bir sise’⁶² çevirecek birçok yüksek infilaklı, parça tesirli patlayıcı araç, ya da büyük kalibrelerde mermiler kullanılabilmesini tanıırken küçük kalibreli ve yüksek hızlı mühimmatın ‘gereksiz acılara ve aşırı yaralanmalara’ sebep olduğu cihetle yasaklanmaya çalışılması mantıklı görülmemektedir. Üstelik yukarıdaki satırlarda da ortaya konulduğu gibi küçük kalibre ve yüksek hızlı piyade tüfeği mühimmatı 20. yüzyılın 3/4’ünde standart olarak kabul edilen ve yasallığı tartışma konusu yapılmamış 7,62 mm mermiden daha ciddi bir yaralanmaya da sebep olmamakta, aksine etkililiğine ilişkin ciddi tartışmalara neden olacak şekilde bir performans gösterebilmektedir. Bir asırdan çok daha uzun süredir görülen odur ki uluslararası hukukta yasaklanan genişleyen ve açılan mermilerce sebep olunan yaralama mekanizmasının

⁶⁰ PARKS, 2010, s.17.

⁶¹ DONALDSON, 2011, s.23.

⁶² Basitçe ifade edilmesi gerekirse pembe sis, askeri argoda canlı hedefin vurulduğu vurgulamak için kullanılan bir ifadedir. Özellikle sniperlar tarafından hedefin vurulması ile bundan havaya fışkıran kanın uzaktan pembe bir sis gibi gözükmesi nedeniyle başvuru bu terim, yüksek tahrip güçlü patlayıcı ve silahların insan vücudu üzerindeki parçalayıcı etkisi nedeniyle bu tip mühimmatta maruz kalan canlı hedefler için de kullanılmaktadır.

haricinde piyade mühimmatının hasmı savaş dışı kılabilmesi için sadece vücut içinde dönme ve parçalanma yoluyla yaraya sebep olma profiline sahip olması gerekmektedir. Bu yaralama mekanizmasının yasaklanmasının talep edilmesi, silahlı çatışmalar hukukunun tanıdığı askeri gereklilik kavramının hiçe sayılmasını ve hukuk dalının üzerinde kurulduğu hassas dengenin sarsılmasını beraberinde getirecektir.

Bir yandan hasmın savaş dışı kılınması zorunluluğu; diğer yandan da bunun ancak aşırı yaralanma ve gereksiz acılar sebep vermeyecek silah ve yöntemlerle yapılması üzerinde şekillenen askeri gereklilik, devletleri bazı savaş ve yöntemlerini uluslararası antlaşmalar yoluyla hukuka aykırı kabul etmeye itmiştir. Ancak meselenin hassaslığı ve devletlerin güvenliği açısından arz ettiği stratejik önem bu antlaşmaların oldukça açık ve detaylı şekilde düzenlenmesini beraberinde getirmektedir. Konunun duayenlerinden Boothby'nin de belirttiği gibi, 'Silahlara ilişkin antlaşma görüşmelerinde devletler üzerinde tartışılan hükümlerin uygulanacağı silah sınıflarının ya da silah tanımlamalarının olabildiğince açık ve net bir şekilde belirlenmesine dikkat ederler. Devletler her zaman yeni bir antlaşmanın kendi mevcut silah envanterlerine getireceği sınırlamaları saptama konusunda endişeli olmuş ve genellikle işbu sınırlamaları sadece insancıl sorunlar yarattığı görülmüş ve mevzu bahis antlaşmanın doğrudan doğruya konusunu oluşturan silahlara hasretmek amacıyla hareket etmişlerdir. Modern antlaşmaların tanımlar bölümleri ya da daha eski deklarasyonların aynı amaca yönelik ifadeleri bu yüzden büyük önem arz etmekte ve metin uygun bulunup kabul edilmeden önce çok dikkatli ve çok detaylı incelemeden geçmektedir.'⁶³ Dolayısıyla devletlerin bu uygulamaları ile şekillenen silahlı çatışmalar hukukundaki yasaklı silahlar meselesi belli silahlar için konulmuş sınırlama ya da yasakların analoji yoluyla benzer silahlara uygulanacak şekilde genişletilmesine izin vermemektedir.⁶⁴

Asla unutulmaması gereken husus muharebelerin amacının düşmanı savaş dışı kılmak olduğu ve bunun da rutin bir şekilde hasım muhاریplerde şiddetli acı ve ıstıraba neden olan eylemler içerdiği'dir.⁶⁵ Bu şartlarda hangi araç ve yöntemlerin silahlı çatışmalar hukukunun temel ilkeleriyle uyumsuz olduğunu belirlerken analoji yoluna başvurmak oldukça irrasyonel sonuçlara ulaşılmasına sebep olacaktır. 1899 tarihli Lahey Deklarasyonu ile getirilen

⁶³ BOOTHBY, 2009, s.152-153.

⁶⁴ Aynı yönde bkz. BOOTHBY, 2009, s.152-153.

⁶⁵ DINSTEIN, Yoram, **The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflicts**, 2nd edition, Cambridge University Press, 2010, s.64.

uluslararası silahlı çatışmalarda genişleyen ve düzleşen mermi kullanma yasası neticesi piyade silahlarının hasmı savaş dışı bırakabilme etkisine sahip olabilmesi için ateşlenen mühimmatın vücut içinde ters dönüp orijinal çapından daha geniş bir kalıcı kavite yaratması ihtiyacı hâsıl olmuştur. Zira her ne kadar bu yasak, mermilerin sadece sahip oldukları kinetik enerjiye dayanarak dokuları düz bir şekilde delip geçmesinin hedefi savaş dışı kılacak yeterli bir yaralama mekanizması olduğu kabul edilmesine dayansa da⁶⁶ uygulamada bu düşüncenin askeri gerekliliği karşılamaadaki yetersizliği görülmüştür. Bunun neticesinde devletler, piyade silahlarını daha uzun mesafelerden etkili ve isabetli hale getirecek mühimmat dizayn ederken hasımda sebep olacağı yaralanmaların bunu savaş dışı kılacak ağırlıkta olması hususuna da dikkat etmişler ve bu gereksinimler üzerine şekillenen *spitzer* uçlu mermi dizaynını hukuka uygun bir mühimmat olarak kabul etmişlerdir. 20. yüzyılın başından beri kabul edilen bu tip mühimmatla aynı özellikleri haiz küçük kalibre ve yüksek hızlı mermilerin hukuka aykırı olduğunu iddia etmek, etkili bir yaraya sebep olan bir mermiyle hedefin savaş dışı kılınması yerine onun daha az etkili birden çok mermiyle vücudunu değişik noktalarından vurulmasını gerektirecektir. Ağır yaralanma ve kalıcı sakatlık şansını artıran böyle bir yaklaşımın yukarıdaki satırlarda da vurgulandığı gibi bu durumun insancılığı olduğunu kabul etmek en basit tabiriyle akla yatkın değildir.

Bu perspektiften bakıldığında, uluslararası silahlı çatışmalar hukukundaki gereksiz acı ve aşırı yaralanmalara sebep olmama temel ilkesi kapsamında savaş araçlarının yasaklanması söz konusu olduğunda göz önünde tutulması gereken husus, savaş alanında etkinliği kanıtlanmış silahların insancıl açıdan sınırlama ya da yasaklamalara karşı dayanabildiğidir.⁶⁷ 5,56 mm'lik mühimmat her zaman yaralama ve hasmı savaş dışı kılma potansiyeli açısından olmasa da hafiflik ve isabetlilik açısından askeri gereklilikleri karşılar gibi gözükmektedir.⁶⁸ Dolayısıyla devlet uygulamaları ve mevcut kuralların ışığında bu mühimmatın hukuka aykırılığını savunmak imkânsızdır.

66 BLIX, Hans, "Means and Methods of Combat", in **International Dimensions of Humanitarian Law**, Henry Dunant Institute-Unesco, 1988, s.139.

67 SOLIS, Gary, **The Law of Armed Conflict**, Cambridge University Press, 2010, s.272.

68 Bununla beraber piyade silahları için ne 5,56 mm gibi küçük kalibre, ne de 7,62 mm gibi büyük kalibrede olmayan bir ara kalibrede (6,8 ya da 6,5 mm) mermi standardı geliştirilmesi çalışmaları da mevcuttur. Bu tür mermilerin küçük kalibrede olanlardan daha ağır olmaları nedeniyle daha az namlu hıza ihtiyaç duyacağı ve uzun mesafelerde hız ve doğruluklarını daha iyi koruyacağı ileri sürülmektedir. Detaylar için bkz. DONALDSON, 2011, s. 26-27.

KAYNAKÇA

- BERRY, Major Joshua F., "Hollow point bullets: How History has hijacked their use in combat and why it is time to reexamine the 1899 Hague Declaration concerning expanding bullets", 206 **Mil. L. Rev.**, 2010, ss. 88-156.
- BLIX, Hans, "Means and Methods of Combat", in **International Dimensions of Humanitarian Law**, Henry Dunant Institute-Unesco, 1988, ss. 136-151.
- BOOTHBY, William H., **Weapons and The Law of Armed Conflict**, Oxford University Press, 2009.
- Conference of Government Experts on the Use of Certain Conventional Weapons, Report** (second session- Lugano 28. 1-26.2.1976), Geneva, 1976.
- CORN, HANSEN, JACKSON, JENKS, JENSEN, SCHOETTLER, **The Law of Armed Conflict, An Operational Approach**, Wolters Kluwer, 2012.
- CUTSHAW, Charlie, 'DPMS/POF-USA, Tactical 5,56 mm', **Guns&Weapons for Law Enforcement**, November 2008, ss.
- DINSTEIN, Yoram, **The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflicts**, 2nd edition, Cambridge University Press, 2010
- DONALDSON, Peter, "International Weapons Conference Report", **Small Arms Defense Journal**, Vol. 3, No.2, 2011.
- FACKLER, Martin L., "Ballistic injury", **Annals of Emergency Medicine**, 15:12 December 1986, ss. 1451-1455.
- FACKLER, Martin L., "Wounding patterns of military rifle bullets", **International Defense Review** 1/1989, ss. 59-64.
- FACKLER, Martin L., "Effects of Small Arms on the Human Body", ss. 1-18.
http://ammo.ar15.com/project/Fackler_Articles/effects_of_small_arms.pdf.
- HENCKAERTS, J.-M., DOSWALD-BECK, L., **Customary International Humanitarian Law Vol. I**, ICRC & Cambridge University Press, 2009.
- KATCHER, Philip, **Armies of the Vietnam War (1962-1975)**, Osprey Publishing, London, 1980.
- MACPHERSON, Duncan, **Bullet Penetration, Modelling the Dynamics and the Incapacitation Resulting from Wound Trauma**, Ballistic Publications, 2005
- McNAB, C., KEETER H., **Tools of Violence, Guns, tanks and dirty bombs**, Osprey Publishing , N.Y., 2008.
- OETER, Stefan, "Methods and Means of Combat", in **The Handbook of International Humanitarian Law**, (ed) Dieter Fleck, Oxford University Press, 2010, ss. 401-488.

KURTDARCAN, Bleda, “Uluslararası Silahlı Çatışmalar Hukukunda Yasaklı Silahlar ve Beyaz Fosforun Kullanımı Sorunu”, **Güncel Hukuk**, 7-55, Temmuz 2008, ss. 46-50.

PARKS, W. Hays, “**International Legal Initiatives to Restrict Military Small Arms Ammunition**”, ICRC, 2010, ss. 1-18.

<http://www.dtic.mil/ndia/2010armament/TuesdayLandmarkBHaysParks.pdf>

PROKOSCH, Eric, ‘Bringing the dum dum ban (1899) up to date’, **International Review of the Red Cross**, No: 307, 1995, ss. 1-4.

<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jmhma.htm>

SOLIS, Gary, **The Law of Armed Conflict**, Cambridge University Press, 2010.

Weapons that may Cause Unnecessary Suffering or have Indiscriminate Effects, Report on the work of the experts, ICRC, 1973.

Unutulma Hakkı

İrem LAÇİN*

ÖZET

Teknolojik gelişmeler sayesinde internet, günlük yaşamımızın vazgeçilmez bir parçası haline gelmiştir. Aynı zamanda çevrimiçi paylaşım alışkanlığının gelişmesi ile milyonlarca kişisel veri dijital dünyaya açılmıştır. Dijital dünyada bu denli büyük çapta kişisel verinin varlığı söz konusu kişisel verilerin gizliliği ve güvenliği konusunu gündeme getirmiştir. Bu bağlamda, bilgilerin özgürce dijital dünyada dolaşımı ile her bir bireyin bu konudaki özgür iradesi arasında dengenin sağlanması bakımından mevcut yasal düzenlemeler yetersiz kalmış; yeni düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. 2012 yılında Avrupa Komisyonu tarafından veri koruma reformunun bir parçası olarak tanıtılan Genel Veri Koruma Düzenlemesi tasarısındaki unutulma hakkı da bunlardan biridir. Bu çalışmada söz konusu tasarıda yer alan unutulma hakkı düzenlemesi, hakkın tarihsel kökeni, tasarıda düzenleniş şekline getirilen eleştiriler ve tasarıda yer alan halinin geçirdiği değişimler incelenecektir.

Anahtar kelimeler: Unutulma hakkı, silme hakkı, kişisel veri, Avrupa Komisyonu, Genel Veri Koruma Düzenlemesi.

The Right To Be Forgotten

ABSTRACT

Due to technological progress, the Internet has grown to become an indispensable part of our everyday lives. In the meantime with the growth of online sharing, millions of personal data have opened up to the digital world. The existence of large-scale personal data in the digital world has raised concerns about privacy and secrecy of them. In this regard, the current legal frameworks have been insufficient in striking a balance between the free dissemination of information and individual self-determination; new legal regulations have been needed. The right to be forgotten under General Data Protection Regulation proposed by the European Commission in 2012 as part of data protection reform is an example of these efforts. In this article, the right to be forgotten regulation, the historical roots of the

* Avukat.

right, the criticisms raised against it and the amendments made to it will be examined.

Keywords: The right to be forgotten, the right to erasure, personal data, the European Commission, General Data Protection Regulation.

GİRİŞ

Teknolojik gelişmeler ışığında kullanımı hızla artan internet bugün artık herkes için vazgeçilmez bir kavram haline gelmiş ve aynı doğrultuda internet üzerinden gelişen ve yaygınlaşan sosyal ağlar, e-ticaret siteleri vs. hayatımızın her alanına nüfuz etmiş durumdadır. Öyle ki, bugün Facebook, Twitter, Instagram, Foursquare gibi sayıları hızla artmakta olan sosyal ağlar, e-ticaret siteleri ve benzeri sitelerde bir hesaba sahip olmak ve bu hesaplar üzerinden düzenli olarak paylaşımlarda bulunmak¹ neredeyse tüm internet kullanıcılarının temel alışkanlıklarından biridir. Söz konusu paylaşım alışkanlığının en önemli sonucu, her bir kullanıcı ile doğrudan ya da dolaylı olarak bağlantılı her türlü bilginin diğer bir deyişle, kişisel verinin rahatlıkla ulaşılabilir hale gelmesidir.² İsim, resim, e-posta adresi, banka bilgileri, sağlık bilgileri, IP adresi gibi birçok bilgi bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Yapılan araştırmalar da gelişen teknolojinin insan yaşamının bu yönünü değiştirdiğini vurgulamaktadır: Avrupa Birliği vatandaşlarının veri koruma ve elektronik kimlik konusundaki davranış biçimlerinin incelendiği 2011 tarihli araştırma sonucunda, katılanların % 74'ünün internet üzerinden kişisel bilgilerin paylaşılmasını modern yaşamın bir parçası olarak gördüğü, % 28'inin bu şekilde paylaşım yapmak konusunda zorunluluk hissettiği ve % 58'inin internet üzerinden hizmet ve ürün alabilmenin tek yolunun kişisel bilgilerin paylaşılması olduğuna inandığı gösterilmiştir.³

¹ Bu bağlamda, 2001 yılına kadar internet yalnızca bilgi alımını ifade ederken söz konusu sosyal medya vb. siteler ile birlikte internet üzerinden bilgi üretilmesi ve diğer insanlarla paylaşılması imkanı doğmuştur. İnternetin bu yeni hizmetleri “Web 2.0” olarak tanımlanmıştır. Bkz. Mayer-Schönberger, 2009, s. 2.

² Kişilerin bilinçli ya da bilinçsizce yayınladığı her bilgide kendisinin tercihlerini yansıtan ipuçlarına rastlanabilir. Sosyal ağlardaki davranışları inceleyen bir çalışmada, kişilerin bu ağlardaki kayıtları üzerinden cinsel tercihleri, dinleri, etnik kökenleri, politik görüşleri vs. hakkındaki rahatlıkla çıkarım yapılabilirdiği kanıtlanmıştır. (özellikle cinsiyet ve etnik köken bazında yapılan tahminlerde % 90'lara varan doğruluk oranı yakalandığı görülmektedir). Bkz. The European Commission, Why Do We Need an EU Data Protection Reform, 2012; Pancani, 2013, s.10.

³ Special EUROMETER 359: Attitudes on Data Protection and Electronic Identity in the European Union, 2011, s. 22.

Gelişen teknolojinin veri saklama, kaydetme gibi işlemlerin maliyetini düşürmesinin ve insanların gizlilikten ziyade paylaşımda bulunmaya eğiliminin artmasının en büyük sonuçlarından biri de insanların unutma imkanını ortadan kaldırmış olmasıdır. Bilişim alanında önemli çalışmalar yapan akademisyenlerden biri olan Mayer-Schönberger'in de vurguladığı gibi, insanoğlu tarihten bu yana hep yaşadıklarını hatırlamak ve edindiği bilgileri saklamakla uğraşmış, mağara duvarlarından parşömenlere, fotoğraflardan günlüklere çeşitli araçlar kullanarak hafızasını bu şekilde tazelemeye çalışmıştır. Ancak içinde bulunduğumuz teknolojik evrim süreci, söz konusu alışkanlığı tam tersine çevirmiştir. Bugünkü koşullar içerisinde artık hatırlamak olağan bir eylem iken unutmak pahalı ve zor hale gelmiştir.⁴ Tabii böylesi bir değişim, kişisel verilerin paylaşılması konusundaki eğilimin ağır bir bedel ödetip ödetmeyeceğini de sorgulatmaktadır. Yukarıda bahsi geçen araştırmanın da açıkça gösterdiği üzere, paylaşım konusundaki yüksek oranların varlığına rağmen katılanların % 72'si çok fazla kişisel veri sundukları gerekçesiyle endişelendiklerini ifade etmişlerdir.⁵ Yakın tarihimizde gerçekleşmiş birçok olay da söz konusu endişelerin yersiz olmadıklarını göstermektedir. En bilinen örneklerden biri, Stacy Snyder davasıdır.⁶ Snyder, ders yükünü tamamlamış bir stajyer öğretmen olarak öğretmenlik derecesini almayı ve Millersville Üniversitesi'nden mezun olmayı beklerken, üniversite yönetimi tarafından gönderilen bir yazı ile öğretmenlik yapamayacağını öğrenmiş ve gençleri içkiye özendirdiği gerekçesiyle suçlanmıştır. Söz konusu suçlamanın sebebi ise Snyder'ın MySpace sayfasında yer alan "*sarhoş korsan*" başlıklı bir fotoğrafı olarak gösterilmiştir. Snyder söz konusu fotoğrafın bir kostüm partisinde çekildiğini ve partinin okul saatleri dışında gerçekleştiğini iddia etmişse de üniversite yönetiminin kararı neticesinde ABD Anayasası'nın 1. Ek maddesinde⁷ yer alan ifade özgürlüğüne dayanarak üniversiteye dava açmak durumunda kalmıştır. Ancak mahkeme, 1. Ek maddenin kamu görevlilerinin kamuyu ilgilendiren meseleler dışında kalan diğer bir deyişle, tamamen kişisel olan ifadelerini korumadığı gerekçesiyle taleplerini reddetmiş ve böylece Snyder'ın öğretmenlik kariyeri

4 Jeffries, 2011.

5 Special EUROMETER 359: Attitudes on Data Protection and Electronic Identity in the European Union, 2011, s. 55.

6 Krebs, 2008.

7 "Kongre bir dinin kurumsallaşması ile ilgili, ya da özgür ifadeden yararlanılmasını yasaklayan; ya da ifade, ya da basın özgürlüğünü; ya da kişilerin barışçı biçimde toplanma veya hükümete şikâyetlere çözüm bulunması için dilekçe verme hakkını kısıtlayan hiçbir yasa yapamaz." bkz. Aydın, 2011, s. 27.

başlamadan bitmiştir. Bugünün koşulları içerisinde değerlendirme yaparsak - aslında yaklaşık 20 yıl önce aynı olay yaşanmış olsaydı, büyük bir ihtimalle okul yönetimi böyle bir fotoğraftan haberdar olamayacağından bunların hiç-biri yaşanmayacaktı - Snyder'ın yaşadıkları istisnai bir olay olarak nitelendirilemeyecektir. Benzer şekillerde işten çıkarılma, okuldan atılma gibi olumsuz sonuçların varlığı,⁸ milyonlarca sosyal medya hesabı ve bu hesaplar üzerinden paylaşımda bulunma eğilimi, arama motorları üzerinden gerçekleştirilen araştırmalar neticesinde rahatlıkla herkesin geçmişten bugüne paylaşımına açık verilerine ulaşılabilirliği,⁹ herkesin benzer olumsuzluklarla karşılaşma imkanının mevcut olduğunu göstermektedir. Toplumsal olarak unutulmanın önemine dikkat çeken Mayer-Schönberger'e göre tüm bunlar, insanların olumsuz davranışlarının¹⁰ zaman içinde unutulmasını engellemekte, onların zaman içerisinde değişebileceklerini, deneyimlerinden ders alabileceklerini ve de affedilebileceklerini öngören toplumsal algıyı yok etmektedir.¹¹

Unutulmanın giderek zorlaşması sebebiyle bunun olumsuz sonuçlarından korunmak için yeni teknolojik fikirler sunulmuşsa da etkin bir yasal düzenleme mevcut olmadıkça tam bir korunma sağlanamayacağı açıktır.¹² Tam da bu sebeplerle, 2012 yılında Adalet, Temel Haklar ve Yurttaşlıktan sorumlu

⁸ Bu örnekler ve diğerleri için bkz. Ambrose, 2013, s. 105.

⁹ Angelo, içinde bulunduğumuz dönemi “Google hakkında ne söylüyorsa sen o’sun” dönemi olarak tanımlamakta ve arama sonuçlarının kişilerin imajı bakımından önemini vurgulamaktadır. Bkz. Angelo, 2009.

¹⁰ Söz konusu davranışlar her daim geçerli genel bir kurala aykırı eylemler de olmayabilir. Örneğin, gençlik zamanınızda sizi çok “havalı” gösterdiğine inandığınız bir eylemi gerçekleştirenken aldığınız bir kayıdın paylaşılması yıllar sonra utanç verici hale gelebilir.

¹¹ Rosen, 2010; Mayer-Schönberger, 2009, s. 12-13.

¹² Örneğin bazı servis sağlayıcılar kullanıcıların gizliliğine saygı göstermek adına kullanıcı-dostu e-posta, barındırma vb. servisleri sağlamaya başlamıştır. Benzer şekilde Diaspora, Lorea, Friendica gibi bazı sosyal ağlar kullanıcıların kendi bilgilerini doğrudan kontrol edebilmelerini sağlayan sistemler geliştirmiştir. Ancak kullanıcılara yalnızca verilerini bir daha karşlarına çıkmayacak biçimde silme imkanı sunulması, üçüncü kişilerin söz konusu verileri kopyalaması halinde bir çözüm sağlamamaktadır. Bunların dışında, Web 2.0 Suicide Machine gibi bazı uygulamalar kullanıcıların Facebook, Twitter, LinkedIn gibi ana sosyal ağlardaki tüm kayıt altına alınmış verilerini silmeyi hedeflemektedir. Ancak bahsi geçen sosyal ağların kendi platformlarına girme taleplerini reddetmeleri halinde bu uygulamalar, kesin çözüm sağlamaktan uzaktır. Dahası, bu türde uygulamalar diğer kullanıcıların ve arkadaşlarının yüklediği içerikleri yok etmek ve bu şekilde zaman içerisinde yedek sunucularda yer alan bilgilerin silinmesini ummaktaysa da kişinin hesabını ve ona ait bilgilerin tamamen temizlenmesini sağlamamaktadır. Bkz. Pancani, 2013, s. 29-30.

Avrupa Birliği Komiseri ve Komisyon Başkan Yardımcısı tarafından unutulma hakkını da içeren veri koruma reformu¹³ açıklanmıştır.¹⁴ Reding, internet kullanıcılarının kişisel veriler bakımından kendilerini güvende hissetmediklerini ve bu çerçevede yürürlükte olan 95/46 sayılı Veri Koruma Direktifi'nin¹⁵ yetersiz kaldığını ifade etmiştir. Reding'e göre kişisel veri, bugünün dijital dünyasında adeta para gibidir. Her para birimi gibi onun da güvenilirliğe ve istikrara ihtiyacı vardır. Güvenilirliğin artırılabilmesi için internet kullanıcılarına kendi verileri üzerinde kontrol hakkı tanınması gerektiğinin altını çizen Reding, unutulma hakkına ilişkin düzenlemenin de bu sebeplerle getirildiğini ve kullanıcıların kişisel verilerinin işlenmesi konusunda verdikleri izinleri her zaman geri çekebilme hakkı tanınmasının internetin limitsiz arama ve hafıza kapasitesi karşısında zorunlu olduğunu belirtmiştir. Bu çerçevede unutulma hakkı, bir verinin saklanıp saklanmaması konusunda karar verme yetkisinin kural olarak veri sahibine devredilmesidir. Elbette, söz konusu hak mutlak bir hak olarak kabul edilmemiş, ifade ve basın özgürlüğünün korunduğu, hakkın tüm tarihin silinmesi anlamına gelmediği özellikle vurgulanmıştır.¹⁶ Avrupa Birliği reform metninde yer alan şeklinin tüm boyutlarıyla anlaşılabilmesi için tarihsel kökenlerinden bugüne unutulma hakkının incelenmesi gerektiğinden bir sonraki bölüm bu konuya ayrılmıştır.

1. Tarihsel Süreçte Unutulma Hakkı

a) Hakkın Kökeni ve Bazı Avrupa Ülkelerindeki Gelişimi

Unutulma hakkının kökeninin 1970'li yıllardan itibaren gelişen Fransız (*droit à l'oubli*) ve İtalyan Hukukuna (*diritto al' oblio*) ait kavramlar olduğu kabul edilmektedir.¹⁷ Söz konusu dönemde, bu hakkın konusu yalnızca işle-

¹³ Reformun ilk izleri 2010 yılına dayanmaktadır. Avrupa Birliği Komisyonu tarafından 2010 yılında yürürlükteki mevzuatın teknolojik gelişmeler sebebiyle yetersiz kaldığı ve yeni düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu belirtilmiş ve unutulma hakkının öneminden bahsedilmiştir. Bkz. The European Commission, A Comprehensive Approach on Personal Data Protection in European Union, COM(2010) 609, s. 8.

¹⁴ Genel Veri Koruma Düzenlemesine ilişkin tasarı metni için bkz. The European Commission, Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation), 2012/0011 (COD).

¹⁵ Council Directive 95/46/EC of 24 October 1995 on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, [1995] OJ L281.

¹⁶ Reding, SPEECH/12/26, 2012, s. 2-5.

¹⁷ Bernal, 2011.

diği suçun cezasını çekmiş kişilerin bu suça ilişkin kayıtlarından ibaretti.¹⁸ Genel olarak özel hayatın gizliliği, kişilik hakkı bünyesinde değerlendirilen unutulma hakkının temel amacı, zamanında suça karışmış ve cezasını çekeerek topluma borcunu ödemiş kişilerin hayatlarında yeni bir sayfa açmalarına imkan tanınmasıdır. Elbette söz konusu dönemde de hakkın mutlak olmadığı ve basın özgürlüğü, bilgi edinme hakkı gibi karşısında yer alan hak ve özgürlüklere uygun olarak bazı hallerde sınırlandırılması gerektiği kabul edilmiştir. Zaman içerisinde, konuyla bağlantılı güncel bir mesele doğmadıkça çok eski tarihte işlenmiş bir suçun ve suçu işleyen kişinin haber değeri giderek azalır. Bazı hallerde ise tarihsel ya da genel bir menfaatin varlığı ya da suça ilişkin bilgilerin bir kamu figürünün kamusal faaliyetlerini yürütmesine ilişkin olması belirli bir suç konusunda faille ilgili haber yapılmasını zorunlu kılar. Bahsi geçen sebepler dışında unutulma hakkının korunacağı kesindir.¹⁹

Yakın tarihli düzenlemeler incelendiğinde ise Fransız, İtalyan ve İspanyol Veri Koruma Birimlerinin dijital dünyada vatandaşların özellikle veri koruma, çevrimiçi saygınlık gibi alanlarda kişilik haklarının korunması için getirdikleri düzenlemelerle karşılaşılır. Özellikle bu alanda öncülük eden Fransız Veri Koruma Birimi'nin rolü, dijital dünyada unutulma hakkının tanınması bakımından önemlidir. Söz konusu Birim, kişisel verilerin hukuka uygun olarak toplanması ve işlenmesi, verilerin gerçeğe uygun ve güncel olması gibi veri koruma prensiplerini savunmuş, dijital hafızanın kişilik hakları karşısında yaratabileceği problemleri öngörerek 2009 yılında unutulma hakkını temel bir anayasal hak olarak nitelendirmiştir. Benzer şekilde İtalyan Veri Koruma Birimi de kendi Veri Koruma Kanunu'nun ilgili maddesine dayanarak kişisel verilerin işlenmesine ilişkin amacın ortadan kalkması halinde silinmesi hakkı olarak unutulma hakkını tanımıştır.

Fransız ve İtalyan benzerlerinden daha geç olmakla birlikte İspanyol Veri Koruma Birimi de unutulma hakkını tanımış, kamusal bir kişilik ya da kamuoyunu ilgilendiren bir haberin öznesi olmasa da her bir vatandaşın hukuka aykırı olarak kişisel verilerinin kullanılmasına itiraz edebileceğini düzenleyerek kapsamının genişletilmesine öncülük etmiştir. Söz konusu Birim'e göre, vatandaşların hem rızaları dışında yayınlanmış verilerini silme hakkı hem de arama motorları tarafından verilerinin işlenmesine itiraz etme hakkı mevcut-

18 ABD hukukunda da bazı eyaletlerde çocuk suçluların geçmişteki hatalarının yetişkinlikte çocuk aleyhine kullanılmasını önlemek için benzer düzenlemeler mevcuttur. Bkz. Walker, 2012, s. 272.

19 de Terwangne, 2012, s. 111.

tur. Bu gerekçelere dayanarak Google'dan arama motorları sonuçlarındaki vatandaşlarına ait yanlış ya da güncelliğini korumayan verilerin silinmesini talep etmiştir.²⁰ Hatta söz konusu talepler, bir İspanyol vatandaşının davasına konu olmuştur. Vergilerini ödemediği gerekçesiyle evinin açık artırmayla satışa çıkarılacağına ilişkin 1998 tarihli bir gazete haberinin adının aratılması sonucunda Google arama sonuçlarında yer aldığını fark eden Mario Costeja González, unutulma hakkına dayanarak Veri Koruma Birimi'ne başvurmuş ve bu habere ilişkin sonuçların çıkarılmasını talep etmiştir. Google ise üçüncü kişilerce sağlanmış olan tüm verilerin kamuya açık olduğunu ve arama sonuçlarında yer alan bu verilerin ana kaynaklarından çıkarılması gerektiğini, Google arama sonuçlarının internette yer alan konuya ilişkin kaynakların otomatik olarak dizilmesi anlamına geldiğini vurgulayarak taleplerini reddetmiştir. Birim'in Google aleyhine karar vermesi sebebiyle Google tarafından İspanyol Yüksek Mahkemesi'ne kararın iptali istemiyle başvurulmuştur. Mahkeme, davanın aydınlatılması bakımından kararı Avrupa Adalet Divanı'na göndermiş ve sonuçta çok yakın bir tarihte Divan kararını açıklamıştır²¹. Verilerin işlenmesi bakımından arama motorlarının sorumluluğu bulunduğu ve talep halinde eksik, geçersiz, güncelliğini yitirmiş veya işleme amacını aşan bir biçimde kullanılmış olan verilerin silinmesi gerektiğine karar veren Divan, böylece konuya ilişkin tartışmalar bakımından görüşünü açıkça ortaya koymuştur.

b) Hakkın Avrupa Birliği Düzenlemelerindeki Yeri

Avrupa Birliği bazında verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerde 2012 yılında önerilmiş olan Genel Veri Koruma Düzenlemesi tasarısına kadar spesifik olarak unutulma hakkı tanınmamıştır. Reding'in unutulma hakkının “*güçlendirilmesi*” gerektiğine²² işaret etmiş olması yürürlükte olan düzenlemeler içerisinde unutulma hakkının koruduğu menfaatleri az ya da çok koruyan kurallar olduğunu göstermektedir. Her şeyden önce, yürürlükteki dü-

²⁰ Castellano, 2013.

²¹ The European Court of Justice, Press Release No. 70/14, 2014; Kararın tamamına erişim için bkz. The European Court of Justice, Case C-131/12 Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, ECLI:EU:C:2014:317, 13.05.2014; BBC News, 2014.

²² Esasen tanıtılan reform paketi iki adet tasarıdan oluşmaktadır. Bunlardan ilki Genel Veri Koruma Düzenlemesi olup bu makalenin konusu olan unutulma hakkını içermektedir. Diğer tasarı ise suçla mücadele, soruşturma, kovuşturma, cezaların infazı gibi amaçlarla verilerin işlenmesine ilişkin bir Direktif olarak düzenlenmiştir.

zenlemelerden biri olan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 7. maddesi kişilerin özel ve aile hayatlarının korunmasına ilişkin bir düzenleme getirirken 8. madde ise spesifik olarak kişisel verileri koruma altına almaktadır.²³ Veri koruma düzenlemelerinin temeli olan yürürlükteki 95/46 sayılı Veri Koruma Direktifi'nde kişisel verilerin²⁴ işlenmesine getirilen sınırlamalar ve veri öznelere verilen haklar sayesinde pasif ve aktif olmak üzere iki türde koruma getirilmesi hedeflenmiştir.²⁵ Direktif'in 61. maddesinde getirilen sınırlamaya göre, kişisel veri ancak belirli, açık ve yasal amaçlarla toplanabilir. Verilerin yanlış ya da eksik olması halinde, işlenmesi için gerekli amaçlar gözönüne alınarak silinmesi ya da düzeltilmesi gerekmektedir. İşleme amacının gerçekleştirilmesi halinde ise kişisel verinin silinmesi ya da anonim hale getirilmesi zorunlu kılınmıştır. Söz konusu hükümlerin uygulanması kullanıcıların aktif olarak katılımını gerektirmediğinden bunların unutulma hakkının otomatik ya da pasif versiyonu olduğu söylenebilir. Diğer yandan Direktif, veri öznelere doğrudan veri denetçilerine karşı ileri sürebileceği hakları da düzenlemiştir. Bu bağlamda, Direktif'in 12. maddesinde veri öznelere bilgi alma hakkı düzenlenmiştir. Bilgi alma hakkı hangi tür verilerin hangi amaçlarla işlendiği, bunların kimlerle paylaşıldığı ve Direktif'e aykırı olarak işlenenlerin düzeltilmesi, silinmesi ya da engellenmesi konularını içermektedir. Bunların dışında 14. maddede veri öznesinin yasal nedenlerin varlığı halinde her zaman itiraz hakkına sahip olduğu kayıt altına alınmıştır. Haklı bir itirazın varlığı halinde ise veri denetçisi itiraz konusu verileri kullanamayacaktır.

²³ Ambrose/Ausloos, 2013, s. 6.

²⁴ Direktif'in 2. maddesinin (a) bendinde kişisel veri, bir gerçek kişi ile doğrudan ya dolaylı olarak bağlantılı özellikle de kişinin fiziksel, ruhsal, ekonomik, sosyal, kültürel kimliğini yansıtan her tür bilgi olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla, kişisel verinin ilgili kişi tarafından üretilmiş olması şart değildir. Aynı maddenin (b) bendinde ise, kişisel verilerin işlenmesi, otomatik ya da değil kişisel verilerin toplanması, kayıt altına alınması, düzenlenmesi, yeniden ele alınması, değiştirilmesi, kullanılması, diğer verilerle kombine edilmesi, silinmesi, zarar verilmesi gibi işlemler olarak tanımlanmıştır. Veri denetçisi ise (d) bendinde kişisel verinin işleme amaç ve şekillerini belirleyen gerçek veya tüzel kişiler, kamu otoriteleri vs. olarak tanımlanmış ve işleme amaç ve şekillerinin ulusal yasa veya Birlik yasa ve düzenlemelerinde belirlenmiş olması halinde veri denetçisinin o yasa ve düzenlemelerde tanımlanacağı ifade edilmiştir. Son olarak veri işleyiciler ise (e) bendinde veri denetçisi adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişiler, kamu otoriteleri vs. olarak tanımlanmıştır. Bkz. Dipnot 15.

²⁵ Bu bağlamda mutlak bir koruma söz konusu değildir. Direktif'in 6/1. maddesinin (e) bendinde tarihsel, bilimsel ve istatistiksel amaçlarla verilerin daha uzun sürelerle işlenmesine ilişkin üye devletler tarafından düzenleme getirilmesine imkan sağlanmıştır. Benzer şekilde, 9. maddede üye devletlere gazetecilere özgü ya da sanatsal ve edebi amaçların varlığı halinde ifade özgürlüğü ile özel hayatın gizliliğinin uzlaştırılması imkanı tanınmıştır. Bkz. Dipnot 15.

Getirilen tüm bu aktif ve pasif koruma hükümlerinin varlığına rağmen internet ortamında verilerin çoğunlukla sayısız amaçlarla düzenli olarak işlenmesi sınırlamaların yetersiz kaldığını göstermektedir. Özellikle internet ortamında sayıları hızla artan kişiye özgü hizmetler her tür kişisel veriyi toplama eğiliminde olduğundan var olan hükümlerin muğlaklığı, veri öznelerinin zararına olmaktadır. Verilerin korunması bakımından temel dayanaklardan olan onay verme mekanizması ve zaman kısıtlamaları düşünüldüğünde muğlak ifadelerin önemi daha da artmaktadır. Direktif'in hangi hallerde verilerin işlenebileceğini gösteren 7. maddesinde onayın kesin bir biçimde verilmesi ve 8. maddesinde özellikle hassas veriler bakımından açık onaya ihtiyaç olduğu düzenlenmiştir.²⁶ Ancak onayın geri alınması konusunda, bu alanda üye devletlere önerilerde bulunmak ve ilgili maddelerle alakalı görüş bildirmekle görevli olan Veri Koruma Çalışma Grubu'nun (Article 29 Data Protection Working Party) da belirttiği üzere,²⁷ Direktif'te net bir tanım getirilmemiş; bu tanım 2002/58 sayılı Veri Güvenliği Direktifi'nde²⁸ 29 yer almıştır. Çalışma Grubu'nun ilgili görüşünde, veri öznelerinin her zaman onaylarını geri alabilecekleri vurgulanmıştır. Bunların dışında, onayın geri alınmasının geçmişteki veriler bakımından bir etkisinin olmaması da tam bir korunma sağlanmasının önüne geçmektedir.

İtiraz hakkında ve dolayısıyla bu hakkın kullanılarak silme ya da engelleme işlemlerinin gerçekleştirilmesinde geçerli nedenlerin varlığının ispatlanmasının veri öznelerine ait olması hakkın kullanılmasını zorlaştırmaktadır. Veri öznelerinin talebi üzerine, yasal nedenlerin varlığı halinde veri denetçilerine getirilen veri paylaşılan üçüncü kişilere silme, düzeltme ve engelleme işlemlerine dair – veri denetçilerine orantısız bir yük bindirmedikçe - bildi-

26 7/1. maddesinin (a) bendinde şüpheye yer vermeyecek biçimde onay verilmesi gerektiği işlenebilir hallerinden biri olarak sayılmış, 8/1 ve 8/2 (a) düzenlemesinde ise üye devlet yasalarının aksine bir kural getirmemesi halinde ırk, etnik köken, siyasi görüş, dini inanç, sendika üyeliği vb. hassas bilgilerin işlenmesi için açık onayın gerekli olduğu belirtilmiştir. Bkz. Dipnot 15.

27 Article 29 Data Protection Working Party, 01197/11/EN WP187, s. 33.

28 İlgili maddeler: 6/3, 9/1, 12/2. Bkz. Council Directive 2002/58/EC of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications) [2002] OJ L201.

29 Söz konusu Direktif, 2009/136 sayılı Direktif ile değişikliğe uğramıştır. Son düzenlemede 6. maddede trafik verileri ile alakalı olarak unutulma hakkına yakın bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, trafik verileri iletişimin transferi amacının ortadan kalkması halinde silinecek veya anonim hale getirilecektir. Ancak söz konusu düzenlemenin çok sınırlı bir kapsamı ve önemli istisnaları mevcuttur. Bkz. Ausloos, 2012, s. 13-14.

rimde bulunulması yükümlülüğü, internet ortamında verilerin hızlı akışı düşünüldüğünde neredeyse imkansız hale gelmektedir. Tüm bunların dışında 3. maddenin 2. fıkrasında yer alan ve gerçek kişilerin tamamen kişisel amaçlarla veri işlemleri halinde veri denetçisi sayılmayacaklarına dair istisna, kullanıcıların sağladığı içeriklerle şekillenen Web 2.0 türü günümüz hizmetlerinde veri öznelere aleyhine büyük bir boşluk yaratmaktadır. Veri Koruma Çalışma Grubu tarafından bu istisna maddesine çeşitli sınırlamalar³⁰ getirilmişse de bu sınırlamaları öngören herhangi bir yasal düzenleme yoktur. Sonuç olarak tüm bu nedenlerle yürürlükteki Avrupa Birliği mevzuatı unutulma hakkı bakımından etkin bir koruma sağlamamaktadır. Mevzuattaki bu açıkların farkedilmesi Avrupa Birliği Komisyonu'nu harekete geçirmiş ve Genel Veri Koruma Düzenlemesi tasarısının ortaya çıkmasını sağlamıştır.³¹

2. Genel Veri Koruma Düzenlemesine İlişkin Tasarı³² ve Unutulma Hakkı

Bugünün dünyasında kişisel verilerin korunamıyor oluşu neticesinde artan ihlaller, yürürlükteki düzenlemelerin gerekli korumayı sağlamakta yetersiz kalışı, üye devletlerin birbirinden farklı düzenlemeleri yerine tek bir düzenlemenin getirilmesi ve böylelikle gerçek ve tüzel kişilere kolaylık sağlanması söz konusu tasarının çıkmasının temel sebepleridir.³³ Tasarının genel özelliklerine bakacak olursak her şeyden önce, kapsamı önceki düzenlemelere oranla hayli geniştir.³⁴ Tasarının 3. maddesi ile yalnızca Avrupa Birliği bünyesinde kurulmuş şirketler değil aynı zamanda merkezleri Amerika Birleşik Devletleri'nde bulunan Google, Facebook gibi birliğin sınırları dışında kurulmuş fakat Avrupa Birliği vatandaşlarına ürün ve hizmetler sunan tüm şirketler de tasarıya uymakla yükümlü kılınmıştır. Veri korumaya ilişkin tek bir düzenleme yaratılarak tüm ulusal düzenlemelerin de bununla uyumlu hale

30 Çalışma Grubu'na göre söz konusu istisna, sosyal ağ kullanıcısının bir tüzel kişilik adına hareket etmesi ya da sosyal ağı ticari, politik, hayır işleri için kullanması halinde veri denetçisi olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bkz. Article 29 Data Protection Working Party, 01189/09/EN WP 163, s. 6.

31 Pancani, 2013, s. 32-37; Ambrose/Ausloos, 2013, s. 7.

32 Kişisel veri, kişisel verinin işlenmesi, veri öznesi, veri denetçisi gibi kavramlar 95/46 sayılı Direktif'teki gibi tanımlanmıştır. Tasarının diğer hükümleri için bkz. Dipnot 14.

33 Ausloos, 2012, s. 4-6.

34 Tabii diğer yandan aynı yürürlükteki Direktif'te olduğu gibi gerçek kişilerin hiçbir kazanç sağlamaksızın yalnızca kişisel ve günlük amaçlarla veri işlemesi bu düzenlemenin kapsamı dışındadır.

getirilmesi amaçlanmaktadır. Kapsamın bu şekilde genişlemiş olması, getirilen kurallara aykırı hareket eden veri denetçilerine 1 milyon Euro veya yıllık gelirlerinin toplamının % 2'si kadar (hangisi daha yüksek ise)³⁵ cezalar verilebilecek olması bakımından önemlidir. Tasarı ayrıca, Avrupa Birliği genelinde bir Veri Koruma Kurulu oluşturulmasını ve bu Kurul sayesinde düzenlemenin yorumlanması ve uygulanması bakımından birlik sağlanmasını hedeflemektedir. Bunların dışında, onay rejiminin uygulamada teşkil ettiği sorunlar dikkate alınarak 7. maddede onayın verildiğine dair ispat yükünün veri denetçisine ait olduğu, onayın her zaman geri alınabileceği, verinin işlenmesinde onay verilmiş olsa dahi veri öznesi ile veri denetçisinin pozisyonları bakımından aralarında önemli derecede bir dengesizliğin mevcut olması halinde verilen onayın işleme bakımından yasal bir dayanak olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir. Ancak onay rejimi hakkındaki tüm bu düzenlemelere rağmen yürürlükteki düzenlemede olduğu gibi onayın geri alınması önceki işlenmiş verilerin hukuka uygunluğunu etkilemeyecektir.³⁶

Tasarının 17. maddesinde ise unutulma ve silme hakkı düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre veri öznesi – özellikle de 18 yaşından küçükken kendisi tarafından sunulmuş kişisel verilere ilişkin olarak³⁷ – bazı durumlarda kişisel verilerinin silinmesini ve bundan böyle işlenmemesini talep edebilir. Söz konusu durumlar, (a) verinin toplanma ya da diğer şekillerde işleme amacının ortadan kalkması, (b) veri öznesinin verilerin işlenmesine ilişkin 6/1. maddesinin (a) bendine uygun olarak verdiği onayını geri alması veya onay gösterilen işleme süresinin dolması ve verilerin işlenmesine devam edilmesi için hiçbir yasal neden bulunmaması³⁸, (c) veri öznesinin 19. maddedeki itiraz

35 Sonraki aşamalarda yapılan değişiklikler neticesinde söz konusu oranlar 100 milyon Euro ve yıllık gelirlerinin toplamının % 5'ine çıkmıştır.

36 Peltz-Steele, 2013, s. 373-377.

37 Küçükler bakımından bu şekilde bir sınırlama getirilmesi, Avrupa Parlamentosu raportörlerinden Jan-Philipp Albrecht tarafından hazırlanan tasarıya ilişkin raporda eleştiri konusu olmuş; bu hakkın tüm veri özneslerine eşit bir biçimde uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Özer Gündoğan, 2013, s. 22.

38 İşlemenin hukuka uygun sayılabileceği haller tasarının 6. maddesinde belirtilmiştir. Madde- nin 1. fıkrasına göre şu hallerde işleme hukuka uygundur: (a) veri öznesinin bir ya da daha fazla amaçla kişisel verilerinin işlenebileceğini onaylaması, (b) işlemenin veri öznesinin taraf olduğu bir sözleşmenin ifası bakımından zorunlu olması, (c) veri denetçisinin yasal yükümlülüğünü yerine getirmesi için işlemenin zorunlu olması, (d) veri öznesinin hayati çıkarlarını korumak için işlemenin zorunlu olması, (e) kamu yararına ya da veri denetçisinin resmi sorumluluğuna ilişkin bir görevin yerine getirilmesi bakımından işlemenin zorunlu olması, (f) veri denetçisinin – veri öznesinin hak ve özgürlükleri ile çatışmadığı müddetçe – yasal çı-

hakkına dayanarak verilerin işlenmesine itiraz etmiş olması ve son olarak (d) diğer nedenlerle verilerin işlenmesinin bu düzenlemeye aykırı olduğu durumlar olarak sıralanmıştır.³⁹ Bunlardan ilki olan (a) bendinde yer alan düzenleme amacın sınırlanması prensibinin bir yansımasıdır. Bu bağlamda 5/1. maddede yer alan prensiplere uygun olarak verilerin işlenmesi gerekmekeyse de, veri denetçilerinin takdir yetkisine dayanılması ve bu yetkinin esnek olarak kullanılması sebebiyle birçok amacın bu sisteme dahil edilebileceği söylenebilir. İkinci durumla ilgili olarak en önemli nokta, onay verilen sürenin dolması halinde veri denetçisi ile veri öznesi arasında yeni bir sözleşme yapılmasının zorunlu kılınmasıdır. Bunun dışında 6. maddede yer alan diğer yasal nedenlerin var olmaması, silinme talep edilebilmesi bakımından önemlidir; bu noktada yasal nedenlerden kasıt bir sözleşmenin ifası, yasal bir yükümlülüğe uyulması zorunluluğu, veri öznesinin hayati çıkarlarını koruma amacı, kamu yararına bir görevin yerine getirilmesi, veri denetçisinin – veri öznesinin hak ve özgürlükleri ile çatışmadığı müddetçe – yasal çıkarlarını koruma amacı ya da tarihsel, istatistiksel, bilimsel araştırma için verilere ihtiyaç duyulması gibi nedenlerdir. Üçüncü durumda ise 19. madde üzerinden itiraz hakkına yoğunlaşmıştır. İlgili maddede, veri denetçisi tarafından daha üstün yasal nedenlerin varlığı kanıtlanmadıkça veri öznelerinin her zaman hayati çıkarlarını korumak, kamu yararına bir görevin yerine getirilmesi veya veri denetçisinin yasal çıkarlarını koruma sebepleriyle işlenmiş verilere itirazda bulunabileceği düzenlenmiştir. Yürürlükteki itiraz hakkı ile karşılaştırıldığında söz konusu düzenlemenin kapsamının genişlediği söylenebilecektir çünkü verilerin işlenmesinin veri öznesinin hayati çıkarlarına dayandığı hallerde dahi itiraz söz konusudur. Bunun yanı sıra, ispat yükü de tersine çevrilmiştir; itiraz hakkının engellenmesi için veri denetçisinin daha üstün bir nedenin varlığını göstermesi şarttır. Unutulma hakkı bakımından getirilen son durum ise oldukça geniş bir düzenlemeye işaret etmektedir çünkü tasarının maddeleriyle hangi oranda bir çelişkinin silinme talebi için yeterli olduğu belirtilmemiştir.⁴⁰

17. maddenin 2. fıkrasında ise veri denetçisinin yükümlülüklerinden bahsedilmektedir. Buna göre, ilk fıkraya konu kişisel veriyi kamuya açan veri de-

karlarını korumak için işlemenin zorunlu olması. İkinci fıkrada ise, tarihsel, istatistiksel veya bilimsel araştırma amaçlı ve 83. maddede yer alan kurallara uygun olarak yapılan işlemlerin hukuka uygun kabul edileceği belirtilmiştir. Bkz. Dipnot 14.

39 Bahsi geçen bu dört halden üçü yürürlükteki 95/46 sayılı Direktif'e dahildir. Hakkın kullanılabilceği haller bakımından yalnızca (b) bendinde yer alan onayın geri alınması ve verinin işlenme süresinin dolması düzenlemeleri yenidir. Bkz. Ambrose/Ausloos, 2013, s. 12.

40 Pancani, 2013, s. 39-42.

netçisi, bu hakkın kullanılması halinde aynı şekilde veriyi işleyen üçüncü kişilere verinin, ona ilişkin tüm kopyaların silinmesi için bildirimde bulunmak zorundadır. İlgili hüküm, 13. maddede yer alan düzenleme ile birlikte okunmalıdır. Bu maddede, veri denetçisinin kişisel veriyi paylaştığı herkese – bu durum imkansız olmadıkça veya denetçiye orantısız bir yük bindirmedikçe – bildirimde bulunacağı ifade edilmiştir. Bu fıkra ile hakkın yalnızca silinmekten ibaret olmadığı, aynı zamanda söz konusu verilerin bir daha işlenmemesi konusunda garanti sağlanmaya çalışıldığı görülmektedir. Fıkranın devamında, üçüncü kişilerin verileri yayınlaması konusunda veri denetçisi tarafından yetkilendirilmesi halinde de söz konusu yayınlardan veri denetçisinin sorumlu olacağı düzenlenmiş ve böylece yeni bir sorumluluk sebebi yaratılmıştır.⁴¹

17. maddenin 3. fıkrasında ise silme işleminin kural olarak gecikme olmaksızın yerine getirileceği düzenlenmiş ancak hakkın belli istisnaları da sıralanmıştır :

(a) ifade hürriyetinin kullanılması,⁴²

(b) kamu sağlığı alanında kamu yararının verilerin saklanması gerektirmesi,⁴³

(c) tarihsel, istatistiksel ve bilimsel araştırma amaçlarının varlığı,⁴⁴

(d) verilerin saklanmasına ilişkin yasal yükümlülüklerin yerine getirilmesi⁴⁵,

(e) maddenin 4. fıkrasında yer alan işleminin kısıtlandığı haller diğer bir deyişle, verilerin doğruluğuna itiraz edilmesi ve verilerin veri denetçisi tarafından doğrulanması için geçen süre, veri denetçisinin görevini ifasında artık ilgili verilere ihtiyaç duymaması ancak verilerin delil olarak saklanması, işleminin hukuksuz olması ve veri öznesinin silme yerine kısıtlı olarak işlenmesini veya verilerinin diğer işleme sistemine aktarılmasını talep etmesi.

⁴¹ Pancani, 2013, s. 43.

⁴² Madde 80'e gönderme yapmaktadır. Buna göre, üye devletler gazetecilik, edebi veya sanat eserleri üzerinden ifade özgürlüğünün sağlanması amacıyla unutulma hakkına istisnalar getirebilirler. Bkz. Dipnot 14.

⁴³ Madde 81 ile bağlantılıdır. Bkz. Dipnot 14.

⁴⁴ Madde 83 ile bağlantılıdır. Bkz. Dipnot 14.

⁴⁵ Yasal düzenleme Birlik ve üye devletin yasalarından kaynaklanabilir. İlgili üye devlet yasalarının kamu yararını gözetmesi, kişisel verilerin korunmasına ilişkin hakkın özüne dokunmaması ve orantılı olması gerekmektedir.

Yukarıdaki düzenleme, bu hak ile diğer temel haklar arasında denge kurulmasını sağlamak amacıyla geliştirilmiştir. Bunların dışında 6. maddede yer alan hukuka uygun işleme hallerinin tersinden okunması yoluyla hakkın kullanılmasının istisnalarını oluşturduğu söylenebilir.⁴⁶ Son olarak, 17. maddenin devam eden fıkralarında, verilerin kısıtlı olarak işlenebileceği haller, kısıtlı olarak işlemenin kapsamı, veri denetçisinin silme işlemi için belirlenecek zaman dilimlerine uyması ve/veya düzenli olarak veri kayıtlarını incelemesi, hakkın uygulanması ile ilgili olarak ayrıntılı düzenlemeler getirilmesi konusunda Avrupa Komisyonu'nun yetkili olduğuna ilişkin kurallar yer almaktadır.

Unutulma hakkının çerçevesini çizen yukarıdaki düzenleme, tasarının eleştirilen düzenlemelerinden biridir. Bu eleştirilerin – özellikle de unutulma hakkının niteliğine yönelik olanların – anlaşılabilmesi için öncelikle doktrindeki hakkın niteliğine ilişkin tartışmaların irdelenmesi gereklidir. Bu nedenle bir sonraki bölüm bu tartışmalara ayrılmıştır.

3. Hakkın Niteliğine İlişkin Doktrindeki Tartışmalar

Unutulma hakkının niteliğine ilişkin olarak doktrinde birden çok görüş ortaya atılmıştır. Bu kavramı yasal bir hak olarak tanımlayan görüşlerin yanı sıra haktan ziyade korunması gereken etik veya sosyal bir değer ya da politik bir hedef olarak kabul edilmesi gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur. Hak olarak niteleyen görüşler ise üç farklı perspektif üzerinden hakkı tanımlamaktadır. Bunlardan ilki, dijital dünyada hafıza ile unutmak arasındaki denge bozulduğunu vurgulamaktadır. Unutmanın sağlanabilmesi için çözüm ise veriler bakımından son kullanma tarihi getirilmesi olarak ifade edilmiştir. Böylece belirlenen tarih geçtikten sonra veriler silinebilecek ve unutma gerçekleşebilecektir. Diğer iki perspektif ise unutmayı bambaşka bir yere koymaktadır. Birincisi bu hakkı, kişilerin hayatında temiz bir sayfa açması, yeni bir başlangıç yapması olarak yorumlamaktadır ki bunun örnekleri iflas, çocuk suçluluğu gibi alanlarda görülmektedir. Bu perspektif, kişisel verinin silinmesinden ziyade kullanılmasının kontrol altına alınmasına yoğunlaşmıştır. Hakkın tarihsel kökenine ilişkin bölümde bahsedilmiş olan kişilerin suçlu geçmişlerinin haber değeri teşkil etmemesi halinde toplumun kişiyi bu geçmişiyle tanımlanmasının önüne geçmek için getirilen düzenlemeler buna örnektir. Bu yüzden de birtakım akademisyenler bu hakkı kişilik hakkının bir

⁴⁶ Pancani, 2013, s. 44-46; Ambrose, 2013, s. 115-117.

parçası olarak görmüştür. İkincisi ise benzer şekilde söz konusu hakkın kişilerin hayatında yeni bir başlangıç yapılmasına imkan sağladığını savunmaktadır ancak buradaki fark hakkın toplum perspektifinden değil, bizzat ilgili kişinin perspektifinden tanımlanmasıdır. Diğer bir deyişle hak, geçmişin karşısına çıkacağı korkusunu taşımaksızın kişinin kendini özgürce ifade edebilmesi anlamına gelmektedir. Bu bağlamda perspektif, kişinin kendini değiştirebilme gücüne odaklanmıştır.⁴⁷ Bu farklı perspektiflerin yanı sıra doktrinde hakkın hangi diğer haklarla ilişkili olduğuna dair de bir anlaşma sağlanabilmiş değildir. Doktrinde kişilik hakkı, mülkiyet hakkı, özel hayatın gizliliği gibi çeşitli hakların bu hakla bağlantılı olduğu kabul edilmektedir.⁴⁸

4. Unutulma Hakkı Düzenlemesine Yönelik Eleştiriler

Tasarı çıktığı andan itibaren unutulma hakkı düzenlenmesini savunanlar olduğu kadar eleştirenler de olmuştur. Eleştirilerden ilki, hakkın niteliği ve kapsamının geniş tutulması üzerinedir. Yukarıdaki açıklamalarda belirtildiği üzere hakkın henüz hak olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği konusunda dahi doktrinde bir anlaşma sağlanamamışken bu şekilde bir düzenleme getirilmiş olması unutulma hakkını eleştirilerin odağı haline getirmiştir.⁴⁹ Bu bağlamda, kullanılan terminolojinin sorunlu ve gerçekdışı beklentiler yaratmaya sebebiyet verebilecek nitelikte olduğu vurgulanmıştır. Mayer-Schönberger tarafından kullanılmaya başlandığından beri unutulma hakkı popüler bir kavram haline gelmişse de diğer kişilere unutmaları konusunda bir sorumluluk yüklemektense, bu edilgen anlayıştan vazgeçip yalnızca silme hakkı kavramının kullanılmasının daha doğru olacağı ifade edilmiştir. Çünkü hak, diğer kişilerin bilgi alma ve ifade özgürlüklerine zarar vermesi ya da veri öznesinin kendi tarihçesini silmesi veya değiştirmesi için değil, kendi verileri üzerinde kontrol sahibi olmasını sağlamak üzere tanınmıştır.⁵⁰ Bir diğer görüş ise, hakkın düzenlemede yer alan koşulların sağlanması halinde kişisel verilerin silinmesini talep hakkı olarak yer aldığını, dolayısıyla, hem unutulma hem de silme hakkının beraber kullanılmasının gereksiz bir tekrar olduğunu ifade etmiştir. Bu iki hakkın beraber kullanımına ilişkin olarak tasarıda⁵¹ unutulma hakkının çevrimiçi ortamda güçlendirilmesi adına, silme hakkının ilgili veri

⁴⁷ Koops, 2011, s. 231-234.

⁴⁸ Giurgiu, 2013, s. 367-369.

⁴⁹ Koops, 2011, s. 230-231.

⁵⁰ Graux ve diğ., 2012, s. 16; Bernal, 2011.

⁵¹ Recital 54. Bkz. Dipnot 14.

denetçisinin üçüncü kişi veri denetçilerine bildirimde bulunma zorunluluğu sağlanarak genişletildiği ifade edilmiştir. Bu bağlamda unutulma hakkının silme hakkının kapsamının genişletilmiş hali olduğu da söylenebilecektir. Avrupa Komisyonu dahi bu iki hak arasındaki farkın tam olarak ne olduğunun belirsizliğine işaret etmiş ve hakların benzer olduğunu vurgulamıştır.⁵² Benzer şekilde Google'ın gizlilik alanındaki danışmanlarından Peter Fleischer unutulma hakkının başarılı bir politik slogan olarak nitelendirilebileceğini ancak her başarılı slogan gibi bunda da Rorschach testi⁵³ mantığında kim ne isterse hakkın kapsamı olarak onu göreceğini, silme hakkı olarak ifade edilse belki de bu kadar sorun yaratmayacağını belirterek hakkın hem terminolojisine hem de muğlaklığına dokundurmuştur.⁵⁴ İlgili düzenlemenin muğlaklığına ilişkin eleştirilerden bir diğeri de Avrupa Parlamentosu'nun içinden gelmiştir. Avrupa Parlamentosu raportörlerinden Jan-Philipp Albrecht hazırladığı raporda muğlaklığın giderilmesi, daha açık ifadelerin kullanılması gerektiğinin altını çizmiştir. Belirsizlik eleştirisinin en önemli dayanaklarından biri, hakkın kim tarafından kullanılacağı üzerinedir. Birden fazla kişinin bir araya geldiği bir fotoğraf karesi üzerinden düşünüldüğünde veri öznesinin hepsinin söz konusu fotoğraf hakkında farklı bir fikri varsa hangi fikrin söz konusu düzenleme kapsamında dikkate alınacağı belirli değildir. Bunun yanı sıra, ilerde görüleceği üzere kullanılan bazı terimlerin yeterince açık ifade edilmediği de bu yöndeki eleştiriler arasındadır.⁵⁵

Bir diğer önemli eleştiri ise hakkın bir veri öznesinin yalnızca kendi yarattığı kişisel verileri değil, üçüncü kişilerin oluşturduğu verileri de kapsamına almış olmasıdır. Bu şekilde bir düzenlemenin ifade ve basın özgürlüğüne, kişilerin bilgi edinme haklarına aykırı olduğu ve veri denetçilerine gereğinden fazla sorumluluk yüklediği vurgulanmıştır. Neticede, veri denetçisi sıfatına sahip gerçek veya tüzel kişiler ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü, bilgi edinme hakkı gibi haklarla unutulma hakkı arasındaki dengeyi sağlamak konusunda yetersizdir ve bu nedenle haklar arasında dengenin sağlanması ancak mahkemelerin görevi olmalıdır. Gazetecilere özgü amaçlar, sanatsal ya da edebi ifadeler bakımından getirilen istisna maddesinde ifade özgürlüğü kavramının

52 Mitrou/Karyda, 2012, s. 11; Pancani, 2013, s. 50-51.

53 Hermann Rorschach tarafından yaratılmış olan test, 10 adet mürekkep lekesini içeren kartlar üzerinden psikanalitik inceleme yapılmasını sağlayan bir tür kişilik testidir. Bkz. Altındaş, 2013.

54 Fleischer, 2012.

55 Özer Gündoğan, 2013, s. 26-27.

fazlasıyla dar yorumlanması da bu bağlamda eleştiri konusu olmuştur.⁵⁶ Tasarının diğer kişilerin veri öznesi ile bağlantılı verilerini de içermesi ve ifade özgürlüğünün korunmasına ilişkin tartışmalar aslında Avrupa ile Amerika arasındaki yerleşik anlayış farklılıkların açığa çıkmasından ibarettir. Hakkın tarihsel gelişimine ilişkin bölümde ifade edildiği üzere hak, ilk olarak cezalarını çekmiş kişilerin mahkumiyetleri ve bu olayla ilgili diğer haberlerin silinmesini talep etmesi şeklinde ortaya çıkmıştır. Amerika’da ise bunun tam aksine, bir kişinin adli geçmişinin yayınlanması Amerikan Anayasası’nın Ek 1. maddesi⁵⁷ ile ifade ve basın özgürlüğü kapsamında koruma altına alınmıştır.⁵⁸ Benzer şekilde, kişisel veri gizliliğinin korunması konusunda Avrupa geleneği devletin yüksek dereceli katılımını savunurken, Amerika geleneği bu korumayı yargı kararları, doktrin, federal ve federe devletlere ait yasalar çerçevesinde gerçekleştirmiş ve ifade özgürlüğünü hiyerarşik olarak gizliliğin üzerine yerleştirmiştir.^{59 60}

Veri öznesinin silme talebinin yöneldiği veri denetçisinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kapsamının geniş tutulduğuna ilişkin eleştirilere gelirse, ilgili maddeye göre veri denetçisi kendisinden beklenebilecek tüm makul adımları atmalı ve verinin bulunduğu üçüncü kişilere de verinin silindiğine dair bilgi vermelidir. Eğer veri denetçisi bir başka denetçiyi söz konusu verinin yayınlanması konusunda yetkilendirmişse ikinci denetçinin veriyi yayınlamasından da sorumludur. Söz konusu düzenlemenin, tasarının 13. maddesinde yer alan *“teknik olarak mümkün olan ölçüde ve orantısız bir yük bindirmeyecek şekilde”* ifadesi ile birlikte okunması gerektiği ifade edilmişse de, *“tüm makul adımların atılması”⁶¹, başka bir denetçiye yayınlama yetkisi verilmesi”*

56 Center for Democracy & Technology, 2013, s. 2-4; Leslie, 2013.

57 Bkz. Dipnot 7.

58 Warman, 2012.

59 Bennett, 2012, s. 167-168.

60 Yakın tarihte Walter Sedlmayr isimli aktörün ölümüne sebebiyet vermekten mahkum olan ve hapis cezalarını tamamlamaları sonrası ünlü aktörün Wikipedia sayfasında isimlerinin yer almasına itiraz eden iki Alman vatandaşının itirazlarının sonuçları iki anlayış arasındaki farklılığın bir yansıması olarak gösterilebilir. Bahsi geçen kişiler Wikipedia’nın Alman versiyonundan isimlerini kaldırmayı başarmışlarsa da İngilizce olan Wikipedia sayfasına ilişkin başvuruları kabul edilmemiştir. bkz. Rosen, 2012, s. 88-89; Wikipedia, Walter Sedlmayr, 2014.

61 Komisyon, veri denetçilerinden tek tek üçüncü kişi denetçileri tespit edip bildirimde bulunmalarını beklemediklerini, buradaki sorumluluğun çoğu zaman yalnızca e-posta ile bildirimde bulunulmasından ibaret olduğunu ifade etmiştir. Bkz. The European Commission, Data Protection Day 2014: Full Speed on EU Data Protection Reform, MEMO/14/60.

gibi ifadelerin muğlaklığı, karşılığında verilebilecek ağır yaptırımların varlığı düşünüldüğünde sorun teşkil edecek niteliktedir.⁶² Bir başka görüşe göre, veri denetçilerine bu kadar fazla sorumluluk yüklenmesinin bir diğer sonucu da denetçilerin sorumlu tutulmamak adına sansüre yönelmesi ve bu şekilde toplumun gelişmesinin önünün kapatılmasıdır.⁶³

Eleştirilerden bir diğeri ise, teknik olarak bu hak çerçevesinde sağlanan imkanların gerçekleşmesinin mümkün olup olmadığı üzerinedir. Bir veri öznesi bir sitede yer alan kişisel verisini sildirmeyi talep ettiğinde söz konusu veri çoktan başka sitelere kopyalanmış ya da veri denetçisi tarafından anonim hale getirilmiş olabilir. Bu hallerde silme talebinin akıbetinin ne olacağı belirsizdir ve silme talebi sonrasında üçüncü kişilerin sitelerinde söz konusu verinin var olup olmadığının takibi teknik olarak çok sıkıntılı bir durumdur.⁶⁴ Bunun yanı sıra, kişisel verinin geniş kapsamlı olarak tanımlanmış olması veri denetçilerinin – özellikle de büyük şirketlerin – aynı anda belki de yüzlerce başvuru ile karşılaşabilecekleri ve her bir talebe cevap vermek zorunda oldukları düşünülürse bu sistemi oturtmaları için ciddi bir teknik altyapıya ihtiyaçları vardır. Tüm kişisel verilerin kontrol edilmesinin zor bir görev olduğu göz önüne alınarak otomatik bir sistem geliştirilmesi ve bu şekilde son kullanma tarihi belirlenen verilerin süresi geldiğinde otomatik olarak imha edilmesine ilişkin öneriler sunulmuşsa böyle bir sistem değerli verilerin kaybedilmesi riskini de beraberinde taşımaktadır.⁶⁵

5. Tasarının Son Durumu ve Unutulma Hakkı Düzenlemesinde Yapılan Değişiklikler

Komisyon tasarısının 2012 yılında yayınlanmasından sonra Avrupa Parlamentosu'nun Sivil Özgürlükler, Adalet ve İşçileri Komitesi, Ekonomik ve Sosyal Komitesi, Bölgeler Komitesi gibi çeşitli komiteleri ve Avrupa Veri Güvenlik Denetçisi tarafından tasarı yorumlanmış ve çeşitli değişiklik önerileri sunulmuştur.⁶⁶ Bu bölümde, önerilerden en sonuncusu ve dolayısıyla en günceli olması, yakın tarihte Parlamento'nun ilk görüşmesinde oylama sonucu kabul edilmesi sebebiyle yalnızca Sivil Özgürlükler, Adalet ve

⁶² Mitrou/Karyda, 2012, s. 12.

⁶³ Graux ve diğ., 2012, s. 15-16.

⁶⁴ Ambrose/Ausloos, 2013, s. 18.

⁶⁵ Mitrou/Karyda, 2012, s. 17.

⁶⁶ Bkz. Dipnot 14.

İçişleri Komitesi'nin önerisinden bahsedilecektir. Komite'nin üyelerinden raportör Jan-Philipp Albrecht'in Ocak 2013'de hazırlamış olduğu taslak rapor⁶⁷ sonrası tüm parlamento üyeleri toplanmak ve değişiklik önerilerini iletmek için davet edilmiştir. Önerilerin yaklaşık olarak 4000 gibi bir rakama ulaşması Komite'nin oylamayı iki kere ertelemesine sebep olmuş; sonuç olarak, Ekim 2013'de bazı değişikliklerde uzlaşılarak söz konusu metin kabul edilmiştir.^{68 69}

Onaylanan bu metni, Komisyon tasarısında yer alan “Unutulma Hakkı ve Silme Hakkı” başlıklı 17. madde üzerinden genel olarak incelersek, her şeyden önce terminolojiye ilişkin eleştirilerin dikkate alınarak unutulma hakkının başlıktan çıkarıldığı söylenebilir. “Silme Hakkı” başlığı üzerinden düzenlenen bu yeni metinde, maddenin birinci fıkrasında yer alan çocukların korunmasına ilişkin kısım çıkarılmıştır. Böylece, hakkın her veri öznesi için eşit bir biçimde geçerli olduğu söylenebilecektir. Aynı fıkra, bu hakkın kullanılabileceği durumlara bir yenisi (ca) bendi olarak eklenmiştir. Buna göre, bir mahkeme ve Birlik içerisinde oluşturulmuş bir düzenleyici otoritenin ilgili kişisel verinin silinmesine ilişkin kesin hükmü de silme hakkının kullanılabileceği durumlar arasındadır. Tüm bu hallerde, veri öznesinin yalnızca veri denetçisinden ilgili veriyi silmeyi isteme değil, aynı zamanda üçüncü kişilerden de veriye yönelik bağlantıların, veri kopyalarının silinmesini isteme hakkı tanınmıştır. Maddenin ilk fıkrasında yer alan bu düzenlemelerin uygulanabilmesi için öncelikle veri denetçisi tarafından talepte bulunanın veri öznesi olduğunun doğrulanmasına ilişkin kural da yeni bir düzenlemedir.⁷⁰

Maddenin ikinci fıkrasında veri denetçisinin üçüncü kişilere bildirimde bulunmasına ilişkin yükümlülük ise eleştirilere rağmen değiştirilmemiştir. Hatta veri denetçisinin mümkün olduğu takdirde üçüncü kişilerin bu bildirimle ilişkin gerçekleştirdikleri eylemler hakkında da veri öznesine bildirimde bulunmasına ilişkin bir düzenleme daha getirilmiştir. Bunların dışında, 4.

⁶⁷ Rapor metni için bkz. The Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, Draft Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individual with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)).

⁶⁸ The Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, Compromise Amendments on Articles 1-29, 2013; The Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, Compromise Amendments on Articles 30-91, 2013.

⁶⁹ Kuner ve diğ., 2014, s. 2.

⁷⁰ Madde 17/1 (a). bkz. Dipnot 56.

fıkra da yer alan veri denetçilerinin silme işlemi yerine verinin işlenmesine kısıtlama getirebileceği hallere ilk fıkra ile aynı şekilde mahkeme kararı ve Birlik içerisinde kurulmuş düzenleyici bir otoritenin kısıtlama getirilmesine ilişkin kesin hükmü ve bu düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önce yüklenmiş belli bir kayıt altına alma teknolojisinin silme işlemi gerçekleştirilemediği durumlar eklenmiştir. Son olarak maddenin 9. fıkrasında Komisyon'a verilmiş olan yetkilerin Avrupa Veri Koruma Kurulu'nun görüşü alındıktan sonra kullanılabileceğine ilişkin bir ekleme yapılmıştır.

Komite'nin tasarısındaki bu değişiklikleri onaylaması sonrasında Avrupa Birliği Konseyi'nin tasarısı hakkındaki görüşmeleri devam etmiş⁷¹ ve Mart 2014'de Komite tarafından onaylanmış olan bu metin, Avrupa Parlamentosu'nda yapılan oylama neticesinde⁷² yasallaşmaya bir adım daha yaklaşmıştır.⁷³ Bu ilk oylama yasallaşma süreci bakımından bir formalite olarak kabul edilse de Komisyon, bu oylama ile Parlamento'nun pozisyonunun tamamen netleştiğini ve Mayıs ayındaki seçimler sonrası Parlamento'da değişiklikler olsa bile bu durumun düzenlemenin yasallaşması sürecini etkilemeyeceğini belirtmiştir. Bundan sonra yasallaşması için gereken Avrupa Birliği Bakanlar Kurulu tarafından da düzenlemenin onaylanmasıdır.⁷⁴

SONUÇ

Sonuç olarak, unutulma hakkı tarihsel açıdan öncelikle, işlediği suçun cezasını çekmiş kişilerin topluma olan borçlarını ödedikleri, rehabilite edildikleri anlayışıyla bu suçla ilişkilendirilmelerini önlemek için getirilmiş bir düzenleme olarak karşımıza çıkmıştır. Bu ilk görünümde dahi hakkın mutlak bir hak olarak belirlenmediği, işlenen suçun haber değerinin güncelliğini koruması halinde toplumun bilgi edinmesinde yüksek menfaati bulunduğu kabul edilerek istisnai düzenlemeler getirilmiştir. İlerleyen yıllarda hızla gelişen teknolojinin varlığı, internet kavramını hayatımızın gündemine oturtmuş ve milyonlarca kişisel verinin aktığı bir ortam haline getirmiştir. Elbette bunda sosyal ağlar, e-ticaret sitelerinin artmasının ve böylece Web 2.0 hizmetlerin

71 The European Commission, LIBE Committee Vote Backs New EU Data Protection Rule, MEMO/13/923.

72 Oylama 621 kabul, 10 ret, 22 çekimser oy ile sonuçlanmıştır. Bkz. Gardner, 2014.

73 The European Parliament legislative resolution of 12 March 2014, (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)) (Ordinary legislative procedure: first reading).

74 The European Commission, Progress on EU Data Protection Reform Now Irreversible Following European Parliament Vote, MEMO/14/186.

sağlanmaya başlamasının payı büyüktür. Bu süreçte özellikle isim, fotoğraf, video gibi kişisel verilerin sosyal ağlarda ya da internet üzerinden alışveriş yapabilmek için belli kişisel verilerin e-ticaret sitelerinde paylaşılması neredeyse bir zorunluluk haline gelmiş ve toplumsal alışkanlıklar değişmeye başlamıştır. Tabii milyonlarca kişisel verinin bulunduğu böylesi bir ortamda, bu verilerin nasıl korunacağına ilişkin düşünceler de aynı hızla artış göstermiş ve çeşitlilik kazanmıştır.

Bu çalışmanın konusunu oluşturan Avrupa Komisyonu’nca hazırlanmış Genel Veri Koruma Düzenlemesi de yürürlükteki düzenlemelerin yetersiz kaldığı ve korunma ihtiyacının giderek arttığı bir dönemde karşımıza çıkmıştır. Tasarıda yer alan unutulma hakkı düzenlemesi ise hakkın ilk düzenleniş biçiminden bambaşka bir hale bürünmüş ve internet ortamında bir veri öznesi ile bağlantılı her tür veriyi koruma alacak biçimde kaleme alınmıştır. Ne var ki, tasarı çıktığı andan itibaren “Unutulma ve Silme Hakkı” başlıklı düzenleme gerek doktrinin gerek veri denetçisi sıfatına sahip firmaların eleştirilerine hedef olmuştur. Bu bağlamda unutulma hakkı kavramının silme hakkından ne farkının olduğu, bu hakkın tam olarak neyi ifade ettiği, hatta bir hak olup olmadığı sürekli olarak tartışılmış ve birden farklı görüşler ortaya atılmıştır. Hakkın niteliğine ilişkin bir birlik olmamasına rağmen düzenlemede kullanılmasına ilişkin eleştirilerin yanı sıra hakkın kapsamı da tartışma konusu olmuş, veri denetçilerine çok fazla sorumluluk yüklendiği, belirsiz ifadelerin uygulamada zorluk çıkaracağı, hakkın düzenleniş biçiminin ifade özgürlüğü ve benzer haklara zarar vereceği, teknik olarak düzenlemedeki bazı kısımların gerçekleştirilmesinin zorluğu vurgulanmıştır.

Eleştirilerin çoğunluğu dikkate alınarak yapılan değişikliklerde unutulma hakkı ilgili maddenin başlığından çıkarılmış ve madde “Silme Hakkı” olarak düzenlenmiştir. Mart 2014’de Parlamento’da oylanana tasarinın bu yeni halinin önemli bir oy çoğunluğuyla kabul edilmesi ile tasarı yasallaşmaya bir adım daha yaklaşmıştır. Komisyon tarafından belirtildiği üzere, Parlamento’nun yasa hakkındaki düşüncesi netleştikten artık gözler Avrupa Birliği Bakanlar Kurulu’na çevrilmiştir. Bakanlar Kurulu, tasarinın Parlamento’da kabul edilen şeklini onaylayabileceği gibi değişiklik teklifleriyle de gelebileceğinden önümüzdeki dönemde Bakanlar Kurulu ile Parlamento arasındaki müzakereler sürmeye devam edecektir. Sürecin ne kadar daha devam edeceği belirsiz olsa da gerçekten de Vivian Reding’in belirttiği üzere, mevcut düzenlemelerin ve teknik manada koruma amacıyla getirilen yazılımların yetersizliği karşısında kişisel verilerin korunması için yeni bir düzenlemenin hayata

geçirilmesi özellikle de internet ortamında onaysız, yasal amaçlara aykırı biçimlerde verilerin işlendiği örnekler düşünüldüğünde zorunlu bir ihtiyaçtır.⁷⁵ Son olarak, yasal bir düzenleme ihtiyacının yanında gerekli olan tek şey, toplumun da kişisel veriler konusunda bilinçlendirilmesi gerektiğidir. Yapılan araştırmalarda da görüldüğü üzere,⁷⁶ önemli bir çoğunluğun kişisel verinin ne olduğunu tam olarak bilmediği, bunun korunması gereken bir kavram olduğunu düşünmediği ve koruma ile yetkili kurumlardan haberdar olmadığı görülmektedir. Bilinçlendirme sağlanmadığı takdirde hakkın kapsamından hatta varlığından haberdar olmayan kişiler haklarını koruyamayacaktır.

⁷⁵ Bkz. Dipnot 16.

⁷⁶ Daha önce bahsi geçen çalışmanın sonuçları üzerinden incelersek çalışmaya katılanların yalnızca %54'ü veri toplama kuralları bakımından bilgi sahibidir, %67'si kişisel verilerini korumak için oluşturulmuş ulusal bir kamu otoritesi olduğunu bilmemektedir ve %33'ü kişisel verilerinin paylaşılmasını çok da önemli bir mesele olarak görmemektedir. Bkz Special EUROMETER 359: Attitudes on Data Protection and Electronic Identity in the European Union, 2011, s. 1-30.

KAYNAKÇA

- ALTINDAŞ Ayşe Canan, “Rorschach Testi Nedir”, **Pavlos’s Partner**, 2013, <http://pavlovspartner.com/rorschach-testi-nedir/#> (Erişim tarihi: 23.05.2014).
- AMBROSE Meg Leta, “It’s About Time: Privacy, Information Life Cycles, and the Right to be Forgotten”, **Stanford Technology Law Review**, Vol. 16, No. 2, 2013, ss. 101-154, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2154374 (Erişim tarihi: 12.05.2014).
- AMBROSE Meg Leta/AUSLOOS Jef, “The Right To Be Forgotten Across The Pond”, **Journal of Information Policy**, Vol. 3, 2013, ss. 1-23, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2032325 (Erişim tarihi: 12.05.2014).
- ANGELO Megan, “You Are What Google Says You Are”, **Wired**, 2009, <http://www.wired.com/epicenter/2009/02/you-are-what-go>, (Erişim tarihi: 11.05.2014).
- AUSLOOS Jef, “The ‘Right to be Forgotten’ – Worth Remembering?”, **Computer Law & Security Review**, Vol. 28, No. 2, 2012, ss. 1-17, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1970392&rec=1&srcabs=2174896&alg=1&pos=5 (Erişim tarihi: 12.05.2014).
- AYDIN Öykü Didem, “Düşünce Özgürlüğünün Anlamı ve İşlevi Işığında Düşünce Özgürlüğünü Sınırlamanın Anayasallığı – ABD Anayasasının Birinci Ek Maddesi ve AİHS Sözleşmesi’nin 10. Maddesi Zemininden Hareket Eden Bir Kuram Çatısı –”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, No. 1(2), 2011, ss. 26-63, http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/dergi/2_makale_02.pdf (Erişim tarihi: 23.05.2014).
- BBC News, **EU Court Backs Right to be Forgotten in Google Case**, 2014, <http://www.bbc.com/news/world-europe-27388289> (Erişim tarihi: 13.05.2014).
- BENNETT Steven C., “The Right to be Forgotten: Reconciling EU and US Perspectives”, **Berkeley Journal of International Law**, Vol. 30, No. 1, 2012, ss. 161-195, <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1429&context=bjil> (Erişim tarihi: 13.05.2014).
- BERNAL Paul A., “A Right to Delete?”, **European Journal of Law and Technology**, Vol. 2, No. 2, 2011 <http://ejlt.org/article/view/75/144> (Erişim tarihi: 12.05.2014).
- CASTELLANO Pere Simón, “A Test For Data Protection Rights Effectiveness: Charting The Future Of The ‘Right To Be Forgotten’ Under European Law”, **Columbia Journal Of European Law Online**, Vol. 19, 2013, <http://www.cjel.net/wp-content/uploads/2013/02/Castellano-edited-and-rev.pdf> (Erişim tarihi: 12.05.2014).

CENTER FOR DEMOCRACY & TECHNOLOGY, **On the 'Right to be Forgotten': Challenges and Suggested Changes to the Data Protection Regulation**, 2013, ss. 1-12, <https://www.cdt.org/files/pdfs/CDT-Free-Expression-and-the-RTBF.pdf> (Erişim tarihi: 12.05.2014).

DE TERWANGNE Cécile, "Internet Privacy and the Right to Be Forgotten/Right to Oblivion", **Monograph in VII International Conference on Internet, Law & Politics: Net Neutrality and other challenges for the future of the Internet**, 2012, ss. 109-121, <http://www.raco.cat/index.php/IDP/article/download/251842/337492> (Erişim tarihi: 12.05.2014).

FLEISCHER Peter, **The Right to be Forgotten, or How to Edit Your History**, 2012, <http://peterfleischer.blogspot.co.uk/2012/01/right-to-be-forgotten-or-how-to-edit.html> (Erişim tarihi: 12.05.2014).

GARDNER Stephen, "European Parliament Votes Overwhelmingly in Favour of Data Protection Reform Proposal", **Bloomberg**, 2014, <http://www.bna.com/european-parliament-votes-n17179885695/> (Erişim tarihi: 14.05.2014).

GIURGIU Andra, "Challenges of Regulating a Right to be Forgotten with Particular Reference to Facebook", **Masaryk University Journal of Law and Technology**, Vol. 7, No. 2, 2013, ss. 361-378, http://www.doctorate-posdru.ulbsibiu.ro/media/phd/file_31b_bdi_journal_full_article_000317.pdf (Erişim tarihi: 14.05.2014).

GRAUX Hans/AUSLOOS Jef/VALCKE Peggy, "The Right to be Forgotten in the Internet Era", **Interdisciplinary Centre for Law and ICT Research Paper Series**, No. 11, 2012, ss. 1-20, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2174896 (Erişim tarihi: 12.05.2014).

HARRIS Leslie, "How to Fix the EU's Right to be Forgotten", **the Huffington Post**, 2013, http://www.huffingtonpost.com/leslie-harris/right-to-be-forgotten-internet_b_3321469.html (Erişim tarihi: 12.05.2014).

JEFFRIES Stuart, "Why We Must Remember to Delete – and Forget – in the Digital Age", **the Guardian**, 2011, <http://www.theguardian.com/technology/2011/jun/30/remember-delete-forget-digital-age> (Erişim tarihi: 10.05.2014).

KREBS Brian, "Court Rules Against Teacher in MySpace 'Drunken Pirate' Case", **the Washington Post**, 2008, http://voices.washingtonpost.com/securityfix/2008/12/court_rules_against_teacher_in.html (Erişim tarihi: 11.05.2014).

KOOPS Bert-Jaap, "Forgetting Footprints, Shunning Shadows: A Critical Analysis of the Right to be Forgotten in Big Data Practice", **Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series**, Vol. 8, No. 3, 2011, ss. 229-256, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1986719 (Erişim tarihi: 12.05.2014).

- KUNER Christopher/BURTON Cédric/PATERAKI Anna, “The Proposed EU Data Protection Regulation Two Years Later”, **BNA Privacy & Security Law Report**, 2014, ss. 1-6, <http://www.wsgr.com/eudataregulation/pdf/kuner-010614.pdf> (Erişim tarihi: 14.05.2014).
- MAYER-SCHÖNBERGER Viktor, **Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age**, Princeton University Press, Princeton, 2009, http://books.google.com.tr/books?id=fUyXxey6rHsC&printsec=frontcover&hl=tr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false (Erişim tarihi: 11.05.2014).
- MITROU Lilian/KARYDA Maria, “EU’s Data Protection Reform and the Right to be Forgotten: A Legal Response to a Technological Challenge?”, **5th International Conference of Information Law and Ethics**, 2012, ss. 1-23, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2165245&rec=1&srcabs=1970392&alg=1&pos=8 (Erişim tarihi: 12.05.2014).
- ÖZER GÜNDOĞAN Çiğdem, **Will Facebook Remember You Forever: The Right to be Forgotten on Social Networks within the Privacy Framework**, (Yüksek Lisans tezi, Essex Üniversitesi), 2013, http://www.btk.gov.tr/kutuphane_ve_veribankasi/tezler/diger_tezler/Cigdem_OZER_GUNDOGAN.pdf (Erişim tarihi: 12.05.2014).
- PANCANI Alessandro, **Searching to be Forgotten: An Investigation of the Effects of the Proposed ‘Right to be Forgotten and to Erasure’ on Search Engines**, (Yüksek Lisans tezi, Tilburg Üniversitesi), 2013, <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=132432>, (Erişim tarihi: 11.05.2014).
- PELTZ-STEELE Richard J., “The New American Privacy”, **Georgetown Journal of International Law**, Vol. 44, No. 2, 2013, ss. 365-410, <http://www.law.georgetown.edu/academics/law-journals/gjil/recent/upload/zsx00213000365.PDF> (Erişim tarihi: 12.05.2014).
- ROSEN Jeffrey, “The Right to be Forgotten”, **Stanford Law Review Online**, Vol. 64, 2012, ss. 88-92, <http://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox/right-to-be-forgotten> (Erişim tarihi: 14.05.2014).
- ROSEN Jeffrey, “The Web Means End of Forgetting”, **the New York Times**, 2010, http://www.nytimes.com/2010/07/25/magazine/25privacy-t2.html?pagewanted=all&_r=0 (Erişim tarihi: 11.05.2014).
- WALKER Robert Kirk, “The Right to be Forgotten”, **Hastings Law Journal**, Vol. 64, 2012, ss. 257-286, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2017967 (Erişim tarihi: 12.05.2014).
- WARMAN Matt, “EU ‘Asking Google to Censor Web’”, **the Telegraph**, 2012, <http://www.telegraph.co.uk/technology/internet/9081619/EU-asking-Google-to-censor-web.html> (Erişim tarihi: 13.05.2014).

WIKIPEDIA, **Walter Sedlmayr**, http://en.wikipedia.org/wiki/Walter_Sedlmayr (Erişim tarihi: 14.05.2014).

Avrupa Birliği Kaynakları

Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 5/2009 on Online Social Networking, 01189/09/EN WP 163, 2009, http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2009/wp163_en.pdf (Erişim tarihi: 12.05.2014).

Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 15/2011 on the Definition of Consent, 01197/11/EN WP187, 2011, http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2011/wp187_en.pdf (Erişim tarihi: 12.05.2014).

Council Directive 95/46/EC of 24 October 1995 on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, [1995] OJ L281, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML> (Erişim tarihi: 11.05.2014).

Council Directive 2002/58/EC of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications) [2002] OJ L201, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32002L0058> (Erişim tarihi: 12.05.2014).

Reding Viviane, The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age, SPEECH/12/26, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-26_en.htm (Erişim tarihi: 11.05.2014).

Special EUROMETER 359: Attitudes on Data Protection and Electronic Identity in the European Union, 2011, http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_359_en.pdf (Erişim tarihi: 10.05.2014).

The Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, Compromise Amendments on Articles 1-29, 2013, http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/libe/dv/comp_am_art_01-29/comp_am_art_01-29en.pdf (Erişim tarihi: 15.05.2014).

The Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, Compromise Amendments on Articles 30-91, 2013, http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/libe/dv/comp_am_art_30-91/comp_am_art_30-91en.pdf (Erişim tarihi: 15.05.2014).

The Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, Draft Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individual with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Re-

gulation) (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2f%2fEP%2f%2f-NONSGML%2bCOMPARL%2bPE-501.927%2b04%2bDOC%2bPDF%2bV0%2f%2fEN>, (Erişim tarihi: 14.05.2014).

The European Commission, A Comprehensive Approach on Personal Data Protection in European Union, COM(2010) 609, 2010, http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0006/com_2010_609_en.pdf (Erişim tarihi: 11.05.2014).

The European Commission, Data Protection Day 2014: Full Speed on EU Data Protection Reform, MEMO/14/60, 2014, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-60_en.htm (Erişim tarihi: 13.05.2014).

The European Commission, LIBE Committee Vote Backs New EU Data Protection Rule, MEMO/13/923, 2013, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-923_en.htm (Erişim tarihi: 14.05.2014).

The European Commission, Progress on EU Data Protection Reform Now Irreversible Following European Parliament Vote, MEMO/14/186, 2014, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-186_en.htm (Erişim tarihi: 14.05.2014).

The European Commission, Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation), 2012/0011 (COD), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:52012PC0011> (Erişim tarihi: 12.05.2014).

The European Commission, Why Do We Need an EU Data Protection Reform, 2012, http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/factsheets/1_en.pdf, (Erişim tarihi: 11.05.2014).

The European Court of Justice, Case C-131/12 Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, ECLI:EU:C:2014:317, 13.05.2014, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-131/12> (Erişim tarihi: 14.05.2014).

The European Court of Justice, Judgment in Case C-131/12, Press Release No. 70/14, 2014, <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070en.pdf> (Erişim tarihi: 13.05.2014)

The European Parliament legislative resolution of 12 March 2014 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)) (Ordinary legisla-

tive procedure: first reading), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2014-0212&language=EN> (Erişim tarihi: 14.05.2014).

İspanyol İç Savaşı (1936-1939) Sırasında Muhariplik Statüsünün Tanınması Meselesi

Nebile Pelin MANTI*

ÖZET

Egemen bir devletin topraklarında iç savaş başladığında, karışıklığın düzenlenmesi tamamen ilgili devletin yetkisindedir ve teamül hukuku uyarınca, üçüncü devletler, asilerin isyancı statüsü tanınmış olsa dahi, ilgili devletin iç işlerine müdahale etmeme yükümü altındadırlar¹.

Bu durumun tek istisnası ilgili devlet ya da üçüncü devletlerce ‘Muhariplik statüsünün tanınması’ halidir: bu halde ulusal çatışmanın, uluslararası çatışmaya dönüşeceği ve silahlı çatışmalara ilişkin hukukun devreye gireceği kabul edilmiştir.

Amerikan iç savaşından İspanyol iç savaşına kadar uygulanmayan ve 1949 sonrasında giderek unutulmaya başlanan bu kavram, yakın dönemde tekrar hatırlanmıştır².

Muhariplik statüsünün tanınmasına ilişkin en detaylı tartışmalar İspanyol iç savaşı döneminde gerçekleşmiştir. Bu nedenle, geçmiş yüzyılın bu en çarpıcı çatışma örneği incelenerek, devletlerin tanımama ısrarını ve müdahale etmeme siyasetini sonuçlayan tarihi arka planın ve muhariplik statüsünün hangi özellikleri haiz çatışmalarda, hangi şartlarda tanınabileceğine ilişkin dönemin temel tartışmalarının hatırlanmasının faydalı olacağı düşünülmüştür.

Anahtar kelimeler: İspanyol iç savaşı, muharipliğin tanınması.

* Galatasaray Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi.

1 OPPENHEIM, Mart 1959, s.154-155.

2 Afganistan’da, Yugoslavya’da ve Sri Lanka’da yaşananlar nedeniyle kavram tekrar hatırlanmıştır. S.K. Verma, “An Introduction to the International Public Law”, New Delhi 2012, s. 112.

Recognition of Belligerency During Spanish Civil War (1936 – 1939)

ABSTRACT

Once civil war starts in the territory of a sovereign state, the regulation of the conflict is entirely under the authority of the relevant state, and in accordance with the international customary law, third states are under the duty of non-interference, even after the recognition of insurgent status of the rebels.

The only exception to this rule is the recognition of the belligerency status by the relevant state or by third states: in this case the internal conflict, will turn into an international armed conflict and the laws related to international armed conflicts will apply.

Although the recognition of belligerency has not been applied since the American civil war until the Spanish Civil War and fall into oblivion after 1949, due to some recent conflicts, it's been remembered.

As the most detailed discussions concerning the recognition of the belligerency took place during the period of the Spanish Civil War, it is considered helpful to remember this most dramatic example of the past century, the main discussions of the era regarding historical and political background that resulted the non recognition and non-interference policies of the european states as well as the terms and conditions of the recognition of the belligerency status.

Keywords: Spanish Civil War, recognition of belligerency.

Giriş

Muhariplik statüsünün (*belligerency*) hangi tür çatışmalarda ve hangi şartlar altında tanınabileceği, kavramın oluşum aşamasında, her olayda isyancı statüsü (*insurgency*) ile beraber gündeme gelmesi nedeniyle tartışma yaratmıştır.

Günümüzde anlaşıldığı haliyle “Muhariplik Statüsü”, tanınmış bir hükümeti devirmek ya da bir devletten ayrılmak amacıyla hareket eden isyancı gruplar tarafından talep edilen hukuki bir statü olup, gerekli şartlar yerine getirildiği takdirde, statünün tanınması ile birlikte, çatışmanın her iki tarafı bakımından uluslararası silahlı çatışmalar hukuku devreye girmektedir³.

³ OPPENHEIM, Lassa, **International Law: A Treatise, Cilt 2 (2): War and Neutrality**, Editör H. Lauterpacht, 7. Bası, 1952, s. 93; KELSEN, Hans, **Principles of International Law**, 3. Bası, Mart 1959 (1952 tarihli baskının tıpkıbasımı), s. 291; ALLISON, Ewen, GOLDMAN, Robert K., “Belligerent Status”, Crimes of War, (çevrimiçi: <http://www.crimesofwar.org/a-z-guide/belligerent-status/>)

Muharipliğin tanınması kavramı iç savaşın varlığı halinde söz konusu olabilmektedir⁴.

Muhariplik statüsünün tanınmasına ilişkin en bilinen örnek, Amerikan İç Savaşı sırasında Birleşik Krallıkça Amerikan Konfedere Devletleri'nin muhariplik statüsünün tanınmasıdır⁵. İspanyol İç Savaşı'na kadar geçecek yarım yüzyıldan uzun bir süreçte ise kavram tekrar gündeme gelmeyecektir⁶.

Muharipliğin tanınmasına ilişkin tartışmalar, İspanyol İç Savaşı sırasında, tanıma hakkının kötüye kullanımı eleştirileri sebebiyle, Amerikan İç Savaşı'ndan bu yana en üst seviyeye ulaşmış ve statünün hangi özellikleri haiz çatışmalarda, hangi şartlarda tanınabileceği dönemin hukukçularının temel tartışma konusu olmuştur.

Bu çalışma çerçevesinde, öncelikle İspanya'daki çatışma ortamını hazırlayan dinamiklerle adım adım iç savaşa geçiş süreci ve bunun uluslararası plandaki etkileri incelenirken, ikinci bölümde İspanya'daki iç savaş sırasında İspanya'nın muhariplik statüsünün tanınması meselesi ve buna bağlı hukuki sorunlar incelenecektir.

I. İspanyol İç Savaşı'na İlişkin Genel Bilgi: Siyasi Krizden İç Savaşa

A. İç Savaşı Hazırlayan Siyasi Dinamikler

1936 Temmuz'undan Mart 1939'a kadar geçen sürede, İspanya'da “milletçiler” ve “cumhuriyetçiler” arasında yaşanan, 1939'da cumhuriyetçilerin yenilgisi ve Francisco Franco y Bahamonde'nin dikta rejiminin kurulmasıyla sonuçlanan çatışmalar, İspanyol İç Savaşı olarak anılmaktadır. İç savaş hazırlayan siyasi olaylar şu şekilde özetlenebilecektir:

1931'de liberaller, barışçıl yollardan iktidarı Burbonlardan devralırlar. Bu dönemde kentlerdeki ve kırsal kesimlerdeki yoksulların ihtiyaçları etkin reformlarla karşılanamaz. 1933 yılında iktidara gelen muhafazakâr hükümet, bu kesimleri görmezden gelir. Ekim 1934'te Asturias'da kömür madencilerinin ayaklanması üzerine, hükümet sert bir politika izleyerek isyanı bastırma

4 WHEATON, Henry, *Elements of International Law*, Oxford Clarendon Press, 1936, (1866 tarihli baskının tıpkıbasımı), s. 29-30.

5 Ancak söz konusu statü sadece savaşın ilk aylarında tanınmıştır. VERMA, S.K., *An Introduction to the International Public Law*, New Delhi 2012, s. 112.

6 LOOTSTEEN, Yair M, Lieutenant Colonel, “The Concept Of Belligerency In International Law”, *Military Law Review*, Vol.16, 2000, s. 109-110.

yolunu seçer. Bu durum ülkede devrimci düşüncenin güçlenmesine neden olacaktır⁷.

İspanyol solu zaman içinde, Fransa'daki Halk Cephesi ile yakınlaşır. Bütün partilerin sağa karşı tek bir seçim cephesi oluşturması fikri, o zamana kadar etkin olamamış sol bakımından önemli bir hareket noktası oluşturur. Sosyalistler, komünistler, liberal kesim ve bir kısım anarşist, siyasal tutukluların bırakılması, 1934 isyanında görevden alınanların görevlerine iadesi, parasal ve mali reformlar ile hukuki reformları içeren bir program üzerinde anlaşılır ve 16 Şubat 1936'da yapılan seçimlerde Halk Cephesi (*Frente Popular*), İspanyol Parlamentosu'nda (*Cortes*) önemli bir çoğunluk kazanır⁸.

Sağ kesim ise, seçimler sonrası güçlenen ve meşruiyet kazanan sola ve komünizm tehlikesine karşı, İberya Yarımadası'nda klasikleşen bir siyaset biçimini benimseyecektir: askeri darbe (*Pronunciamento*).

Sağcı politikaların başarısızlığa uğraması, güçlenen sola karşı sağcı kesimi faşist güçlere yakınlaştırır. Askeri darbe için mali ve askeri desteğe ihtiyaç duyan generaller, İtalya ve Almanya ile müzakerelere başlarlar⁹.

17 Temmuz 1936'da General Francisco Franco Fas'ta ve diğer generaller İspanya'nın çeşitli şehirlerinde¹⁰ ve sömürgelerde darbe gerçekleştirerek, bazı şehirlerde başarıya ulaşırlar. Diğer bölgelerde ise halkın ve hükümete sadık askeri güçlerin kuvvetli direnişi ile karşılaşılır. Bu güçlü direniş neticesinde darbeciler Madrid'de ve İspanya'nın diğer önemli şehirlerinde kontrolü ele geçiremezler¹¹.

7 HOBSEAWM, Eric, **Kısa 20.Yüzyıl: 1914-1991 Aşırılıklar Çağı**, 4. Basım, Everest Yayınları, İstanbul 2008, s.210.

8 Bu seçimler sonucunda 88'i sosyalist, 16'sı komünist olmak üzere, Halk Cephesi 287 milletvekili kazanır. Merkez partiler ise sadece 67 milletvekili çıkarabilir. Sağ partiler sadece 140 milletvekili çıkarır. Bunların 94'ü José Maria Gil-Robles'in lideri olduğu, yarı faşist Komünist parti CEDA'dan (Confederacion Española De Derechas Autonomas; İspanya Özerk Sağ Konfederasyonu) çıkar. Aktaran; CARR, Edward Hallett, **Komüntern ve İspanya İç Savaşı**, İletişim Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2010, s. 44 vd.

9 HOBSEAWM, 2008, s.212 vd.

10 Franco'ya bağlı generallerden General Queipo de Llano Sevilla'da, General Goded Baléares Adaları'nda, General Mola Navarre'da, ayrıca Burgos ve Zaragoza'da harekete geçer. PRESTON, Paul, **Franco: Caudillo de España**, HarperCollins Publishers, Nisan 1999, s. 187- 221.

11 Cumhuriyetçiler ayrıca Castille la Nueva, Katalunya, Valencia, Murcia, Almería, Gijon ve Bilbao da mevzilerini korurlar. Bununla beraber Milliyetçiler Endülüs'te, Extremadura'da, Toldedo'da, Avila'da, Ségoviya'da, Valladolid, Burgos, León, Galiçya, Asturya'nın bir bö-

Cumhuriyetçilerin ilk hükümeti Giralt tarafından kurulur¹². Ancak Giralt hükümeti uzun süreli olmaz. Onu Largo Caballero tarafından kurulan hükümet izler. Buna karşılık sağda ise, 29 Eylül’de Milliyetçi Direniş Cunta’sı kurulur.

Kısa bir süre içinde gerginlik sosyalistleri, komünistleri ve anarşistleri de kapsayan, meşru ve usullere uygun biçimde seçilmiş cumhuriyet hükümeti güçleri ile kendilerini komünizm tehlikesine karşı ulusalcı haçlılar olarak sunan darbeci generallere bağlı kuvvetler arasında şiddetli silahlı çatışmalar halini alır¹³.

General Franco, falanjların¹⁴ başına geçer ve 1936’dan itibaren şiddet dozajı artarak çatışmalar devam eder. İç savaş teknik olarak, 28 Mart 1939’da Madrid’in düşüşü ile sona erecektir.

Coğrafi olarak diğer Avrupa ülkelerinden izole bir konumda olan İspanya, General Franco’nun zaferi sonrasında bir 30 yıl kadar Avrupa’dan kopacak ve Franco, 1975’teki ölümüne kadar mutlak güç olmaya devam edecektir.

Pek çok kuşağı etkileyen ve uzun vadede, İspanya’da sosyal, ekonomik, kültürel ve siyasi bir çöküşe neden olan bu süreç ve sonrasında kurulan rejimin yarattığı baskı, ülke içi gruplar arası süregelen farklılıkları ve ayrışmaları şiddetlendirmiştir.

B. Diğer Devletlerin İspanya’daki Gelişmeler Karşısında Tutumları

İspanya’da yaşananların uluslararası arenada çarpıcı etkileri olur. İlk ay-

lümü ile Victoria, San Sébastien, Navarre, Aragon ve Kanarya Adaları’nda hâkimiyetlerini kurarlar. PRESTON, 1999, s. 221- 254.

12 Bu dönemde Giralt, üçüncü devletlere, her iki tarafa da yardımda bulunmamaları ve müdahalesizlik çağrısında bulunur. Başbakan Giralt’ın basın açıklaması, **No Interference Wanted**, Sunday Times, 9 Ağustos 1936, (Perth, WA: 1902 - 1954), p. 1. (Çevrimiçi: <http://nla.gov.au/nla.news-article58768248> adresinden ulaşılabilir)

13 Milletler Cemiyeti Genel Kurulu, ilgili oturumda, İspanya’da yaşanan silahlı çatışmalar iç savaş olarak nitelendirmiştir. Bkz: **League of Nations, Official Journal**, Eylül 1938 tarihli 103.ncü oturum tutanakları, Kasım 1938, s.884.

14 Kökü eski Yunanca’da “Phalanx”, yani mızraklı ve kalkanlı asker alayı anlamına gelen falanj, bir diğer anlamıyla, belli bir amaç için bir kitle oluşturmuş insan ya da hayvan grubunu ifade etmektedir. “Falange”, aynı zamanda, 1933 yılında İspanya’da José Antonio Primo de Rivera tarafından kurulan yarı sivil yarı askeri örgütün adıdır. (Örgütün orijinal adı Falange Española de las Juntas de Ofensiva Nacional Sindicalista), (Çevrimiçi: <http://www.britannica.com/EB-checked/topic/200638/Falange>)

larda, devletler iç işlerine karışmama yükümlülüğü uyarınca isyancılara ve meşru hükümete eşit mesafede kalmayı tercih ederler¹⁵.

İlerleyen süreçte bu tablo hızla değişir. Çatışmaların ilk aylarında, Cumhuriyetin diplomatik personelinin büyük bir kısmı hızla çözülür ve Franco rejimine bağlanır, geriye kalan küçük bir grup ise, güvenilir olmadıkları gerekçesi ile hükümet tarafından görevden alınır¹⁶.

Kasım 1936'ya kadar, ne meşru hükümet tarafından ne de üçüncü devletler tarafından, Franco kuvvetlerinin muhariplik statüsünün tanındığına ilişkin bir açıklama yapılmamış, bu süreçte, çatışan kuvvetlere, daha çok isyancı (*insurgents*) gözüyle bakılmıştır¹⁷.

Milletlerarası teamül hukuku, iç savaş halinde, dış güçlerin, hayati çıkarları tehlikede olmadığı sürece, “müdahale etmeme siyasetini”¹⁸ benimsemelelerini öngörmektedir¹⁹. İberyada yarımadasındaki gelişmelerden rahatsızlık duyan ve Bolşevizm'in ilerlemesine karşı olan Britanya da, resmi bir müdahalesizlik siyasetini savunur²⁰. İngiltere'nin temel gerekçesi isyancı generallere Almanya ve İtalya tarafından sağlanan yardımı önlemek²¹ ve İspanya'daki ekonomik çıkarlarını güvence altına almaktır²².

Kasım 1936'da Londra'da İspanya'ya Müdahale Edilmemesine İlişkin Uluslararası Komite toplandığında, müdahale etmeme siyasetinin benimsenme-

15 CASSESE, Antonio “The Spanish Civil War and the Development of Customary Law Concerning Internal Armed Conflicts”, in **Current Problems of International Law: Essays on UN Law and on the Law of Armed Conflict**, Editions Giuffrè 1975, s.291.

16 SALMON, Jean, “La reconnaissance du gouvernement de Burgos”, in **Belgisch Teidschrift voor Nieuwste Geschiedenis**, 1987, 1-2, s.129.

17 GARNER, James W., “Questions of International Law in the Spanish Civil War”, in **The American Journal of International Law**, Vol.31, No.1, Ocak 1937, s. 66.

18 “Müdahale etmeme”, “tarafsızlık”(neutralité) kavramları farklıdır. Tarafsızlık sadece muharipliğin tanınması halinde söz konusu olacakken, müdahale etmeme daha genel bir tutumu ifade etmektedir.

19 VERMA, 2012, s.113.

20 FARRÉ, Sébastien, “Le Comité de Londres et la politique de non-intervention durant la guerre civile espagnole (1936-1939)”, **Prévention, gestion et sortie des conflits**, IEUG, Cenevre 2006, s. 208-209.

21 PADEFORD, Norman J., “The International Non-Intervention Agreement and the Spanish Civil War”, in **The American Journal of International Law**, Vol. 31, No. 4, Ekim 1937, s. 578-603.

22 Diğer bir gerekçe olarak, yaklaşan savaş tehlikesinin farkında olan Avrupa ülkelerinin, İspanya'daki iç savaşın yaratacağı gerilimin Avrupa'da yayılmasını engelleyerek, ikinci dünya savaşını geciktirmek istemeleri olduğu söylenebilecektir.

sinin yanı sıra silah ambargosu uygulanmasına ilişkin bir karar da alınır²³ ve İngiltere tarafından hazırlanan “*Müdahale Etmeme Anlaşması*” (*non-intervention*), Avrupa ülkelerinin geneli tarafından kabul edilir. Bununla beraber, devletlerin ilerleyen süreçteki eylemleri ile bu konudaki samimiyetsizlikleri ortaya çıkar.

Ülkenin anayasal ve yasal düzenine uygun olarak ve seçimle başa gelen hükümeti tanımakla beraber İtalya, Almanya ve Portekiz’in de dâhil olduğu üçüncü devletlerce isyancılara yapılan yardımlar ilk üç ay boyunca açıkça devam eder. Almanya ve İtalya’nın tutumları, sağlanan insan ve malzeme desteği ilk andan itibaren tepki toplar²⁴.

Almanya ve İtalya, Londra’da toplanan Uluslararası Komite önünde, söz konusu yardımları gerçekleştirdiklerine yönelik suçlamaları reddedip, bireysel katılmaları engelleyemediklerini belirtecekler²⁵, ancak destek Alman ve İtalyan pilotları idaresinde bombardıman uçaklarının sağlanması, tankların, silahlı araçların ve makineli tüfeklerin sağlanması şeklinde devam edecektir²⁶. Portekiz de topraklarını ve limanlarını falanjlar tarafından yönetilen isyancı grupların kullanımına açar²⁷.

İtalya tarafından, meşru İspanya Hükümeti nezdinde diplomatik temsilciliğin kapatılarak, Franco rejimi nezdinde bir *chargé d'affaires* görevlendirilmesi, sonrasında Almanya, İtalya, Guatemala ve Salvador tarafından *de facto* olarak Franco hükümetinin tanındığı şeklinde yorumlanır²⁸.

Nitekim İspanya Hükümeti, Milletler Cemiyeti’ne gönderdiği bir telgraf-ta, isyancı kuvvetlerin İtalya ve Almanya tarafından *de facto* hükümet olarak tanındığını ifade edecek ve bu durumun İspanya Hükümetine saldırı fiili teşkil ettiğini yasal gerekçeleriyle bildirecektir²⁹.

23 FARRÉ, 2006, s. 208-209.

24 HOBBSAWM, 2008, s.212.

25 GARNER, Ocak 1937, s.67.

26 İç savaş süresince İtalya tarafından 290, Almanya tarafından 180 gemi dolusu gıda ve askeri malzeme Franco kuvvetlerine ulaştırılır. PAYNE, Stanley G., **The Spanish Civil War**, Cambridge University Press, 2012, s.207.

27 GARNER, Ocak 1937, s.67.

28 Bu noktada “muharipliğin tanınması” ile isyancı hükümetin *de facto* olarak tanınması arasındaki farka da değinmek gerekecektir. Muharipliğin tanınması, çatışan her iki tarafa da benzer şekilde davranma hususunda niyete ilişkin bir beyandır ve tanıyana tarafsız (nötr) kalma yükümlü yükler. Çatışan taraflardan birinin *de facto* hükümetinin tanınması ise, tam da tarafsızlığın ortadan kalkması anlamına gelecektir.

29 GARNER, Ocak 1937, s.70-71.

Açıkça Cumhuriyetçileri destekleyen SSCB, Britanya tarafından sunulan “Müdahale Etmeme Anlaşması”na katılır ama 1936’dan itibaren, kesintisiz olarak, gayri resmi yollarla Cumhuriyetçilere insan ve malzeme desteği sağlamaya devam eder³⁰.

Britanya ve Fransa “Müdahale Etmeme Anlaşması” uyarınca görünüşte hareketsiz kalmayı tercih etseler de, Fransa Rusya ile beraber benzer yardımları İspanya Hükümetine gönderecektir.

27 Avrupa ülkesi müdahale etmeme hususunda görüş birliğine varmış görünse de, müdahale etmeme siyaseti sadece kâğıt üstünde devletlerin davranış şekli yönünden bir kısıtlama getirip, etkili bir sonuç doğurmamıştır. Avrupa ülkelerindeki sosyalistler ve komünistler için, İspanya’daki mücadele büyük bir itibar kazanacak ve sol kesimler tarafından benimsenerek, toplumsal destek görecektir.

Bu dönemde edebiyat ve sanat dünyasından pek çok isim, İspanya’daki cumhuriyetçilere destek verir. Düşünsel anlamdaki destek, fiiliyata da dökülecektir. 50’den fazla ulustan 40.000’den fazla genç yabancı, cumhuriyetçilerin mücadelesine destek vermek için İspanya’ya gelir ve çoğu burada hayatını kaybeder³¹. Franco liderliğindeki milliyetçileri desteklemek için gelen gönüllülerin sayısı ise 1000’i aşamaz³².

II. Muhariplik Statüsüne İlişkin Durum

İspanya’da yaşananların, milletlerarası hukuk bağlamında ne şekilde nitelendirileceği, uygulanacak hukukun belirlenmesi açısından temel tartışma noktalarından biri olmuştur. Zira 17 Temmuz’da Fas’ta Franco tarafından meşru hükümete karşı başlatılan hareket, hem bir isyan hem iç savaş unsurlarını taşımaktadır. İsyen İspanya’da yayılmaya başladıkça, geniş ölçekli bir ayaklanma halini alır. Çatışmaların şiddeti ve ülke içi niteliği ise iç savaşı

30 Batı Akdeniz ikmal yolu Milliyetçiler tarafından defalarca sekteye uğratılır, verilen ağır kayıplar nedeniyle 1937 sonlarında Stalin bu yolu iptal eder ve yardım Fransa üzerinden gönderilir. PAYNE, 2012, s.207.

31 Eric Hobsbawm’ın aktardığı rakamlar şöyledir; Gönüllüler: 10.000 Fransız, 5000 Alman ve Avusturyalı, 5000 Polonyalı ve Ukraynalı, 3350 İtalyan, 2800 Amerikalı, 2000 İngiliz, 1500 Yugoslav, 1500 Çek, 1000 Macar, 1000 Skandinav, vb. Yazar Rusları gönüllü olarak sınıflandırmıyor. İspanya’ya gelen Rusların 7000’inin Yahudi olduğunu belirtmiş. Eric Hobsbawm op.cit., s.213 ve ilgili dipnot.

32 THOMAS, Hugh, *Spanish Civil War*, 1977, s. 980 (Aktaran: HOBBSAWM, 2008, s.214.)

işaret eder³³. İspanya'daki ayaklanma tam anlamıyla bir savaş boyutuna ulaşmamakla birlikte, çatışmalar nitelik itibarıyla klasik anlamda bir iç savaşın sınırlarının ötesine geçmektedir.³⁴

A. Muhariplik Statüsünün Tanımı ve Önemi

Egemen bir devletin topraklarında iç savaş başladığında, söz konusu karışıklığın düzenlenmesi tamamen ilgili devletin yetkisindedir ve teamül hukuku uyarınca, üçüncü devletler, asilerin isyancı statüsü tanınmış olsa dahi, ilgili devletin iç işlerine müdahale etmeme yükümü altındadır³⁵.

Muhariplik statüsünün ilgili devlet ya da üçüncü devletlerce tanınması, bu durumun tek istisnası olarak kabul edilmektedir: bu halde ulusal çatışmanın, uluslararası çatışmaya dönüşeceği ve silahlı çatışmalara ilişkin hukukun devreye gireceği kabul edilmiştir³⁶.

Bir başka deyişe, muhariplik statüsü (*belligerency, belligérance*) iç savaş durumunda söz konusu olabilen bir statüdür³⁷. Bu durum, bir devletin veya hükümetin tanınmasından farklı olup, bunun öncesindeki bir aşama olarak kabul edilmektedir.

Muharipliğin tanınması bakımından, belli şartların yerine getirilmesi gerekliliği belirtilmiştir. Bu şartlar Kelsen'e göre³⁸;

33 GARNER, Ocak 1937, s. 66.

34 Bu nedenle, Cassese, İspanyol İç Savaşı'nı, bilinen anlamıyla iç savaşlar ile tarafların muharip olarak tanındığı iç savaşlar arasında farklı, üçüncü tür (*tertium genus*) bir çatışma olarak nitelendirmektedir. CASSESE, 1975, s.291.

35 OPPENHEIM, Mart 1959, s.154-155.

36 Cassese, bu görüşün günümüzde geçerli olmadığını, İspanyol İç Savaşı'nda yaşanan gelişmeler sonrasında, devletlerin genel kanaatinin, herhangi bir tanıma beyanı olmasa dahi, savaş hukukuna ilişkin ilke ve kuralların iç karışıklıklar esnasında uygulanabileceği yönünde olduğunu vurgulamaktadır. Burada söz konusu olan herhangi bir iç karışıklıktan ziyade, geniş ölçekli bir iç savaştır. Dolayısıyla organize, belirli bir toprak parçası üzerinde etkin kontrolü haiz isyancı güçler ile hükümet güçleri arasında çatışmalar belirli bir süreklilik ve yoğunluğa ulaştığında silahlı çatışmalara ilişkin hukuk devreye girer. CASSESE, 1975, s.287.

37 Tanımının geçerli olabilmesi için öncelikle, devlet ve isyancılar arası çekişme, milletlerarası hukuk anlamında, savaş yoğunluğuna ulaşmalı, savaş hak ve yetkileri fiilen uygulanıyor olmalıdır. WHEATON, 1936, s.30.

38 LAUTERPACHT, Hersch, Sir, CRAWFORD, James, **Recognition in International Law**, Cambridge, 6 Kasım 2012, s.176; WHEATON, 1936, s. 30; ÖKTEM, A. Emre, "Teori ve Uygulamada Uluslararası Tanıma", **Erdoğan Teziç'e Armağan**, 2007, s.456.

- i. İsyancıların kendilerine ait bir hükümetleri ve düzenli askeri örgütlenmelerinin bulunması,
- ii. İsyanın alışlagelmiş savaş tekniklerine uygun olarak yürütülmesi, yani küçük bir başkaldırı boyutunu aşarak, savaş teriminin özelliklerini karşılayabilmesi,
- iii. İsyancıların hükümetinin, iç savaşın sürdüğü devlet ülkesinin bir kısmını fiili denetimi altında tutuyor olmasıdır.

Muhariplik statüsünü tanınmasına ilişkin hukuki metinlere bakıldığında, Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün 18 Eylül 1900 tarihli **“Kurulmuş ya da Tanınmış Hükümetlere Karşı İsyancı Hareketler Halinde Yabancı Kuvvetlerin Hakları ve Ödevlerine”** ilişkin Neuchâtel düzenlemesinde³⁹, muhariplik statüsünün tanınması bakımından yine üç koşula yer verilmiştir⁴⁰. Bunlar:

- i. İsyancı grup tarafından ülke topraklarının önemli bir kesiminde hâkimiyetin ele geçirilmiş olması,
- ii. İsyancı grubun söz konusu toprak parçası üzerinde fiilen açık egemenlik haklarını kullanan, meşru bir hükümetin unsurlarını taşıyan bir yapı oluşturmuş olması,
- iii. İsyancı grup tarafından söz konusu mücadelenin, askeri disiplin altında, savaş hukuk ve teamüllerine uygun hareket eden düzenli birlikler tarafından gerçekleştiriliyor olması, olarak ifade edilmiştir.

Bununla beraber, statünün her iç savaş bakımından gündeme geleceği söylenemeyecektir. McNair, bu şartlara ek dördüncü bir unsur olarak, tanıyan devletin ve vatandaşlarının çatışmalardan yakından etkilenmesi gerekliliğinden bahsetmektedir⁴¹. Lauterpacht ise, diğer devletler için muharipliğin tanın-

39 Orijinal adıyla, “Règlement de Neuchâtel sur les droits et devoirs des puissances étrangères, en cas de mouvement insurrectionnel, envers les gouvernements établis et reconnus qui sont aux prises avec l’insurrection”, Annuaire de l’Institut de droit international, session de Neuchâtel 1900, vol.18, s. 229. (Çevrimiçi: http://www.idi-iil.org/idiF/navig_chron1893.html adresinden erişime açık)

40 SOLMON, Jean, “La Reconnaissance du Gouvernement de Burgos”, **Revue Belge d’Histoire Contemporaine**, Vol. 18., Sayı 1-2, 1987, s.125.

41 MCNAIR, Arnold Duncan, Sir, “The Law Relating to the Civil War in Spain”, 53, **Law Quarterly Review**, 484, 1937, s.475-476. Aynı gerekçe ile 1921’de İrlanda’da yaşanan iç savaşta muharipliğin tanınması sorusu asla gündeme gelmemiştir.

ması yoluyla tavırlarını belli etmelerini gerektiren şartların varlığını dördüncü bir unsur olarak belirtmekte ve ancak bu halde tanıma yükümlülüğünün varlığından bahsetmektedir⁴².

Her halükarda karar, siyasi bir karar niteliği taşımaktadır, zira asıl amaç, isyancıların hükümetten daha güçlü olduğu hallerde, savaş süresinde taraflar arasındaki menfaat dengesinin korunmasıdır. Muharıplik statüsü, üçüncü devletlerce tanınabileceği gibi, çatışmanın tarafı olan meşru hükümet tarafından da tanınabilir. Bundan başka muharıplik statüsü, şarta bağlı olarak ya da kısmen tanınmaz⁴³.

Muharıpliğin tanınmasına ilişkin beyan kurucu nitelikte olup, aynı zamanda geçici niteliktedir. Zira meşru hükümetin kazanması halinde, kendiliğinden ortadan kalkar. İsyan eden grubun başarılı olması halinde ise, yeni bir devletin ya da hükümetin tanınması problemi söz konusu olacaktır.

Bununla beraber, 19. yüzyılda gerçekleşen iç savaşlar bu kurumun gelişmesine katkıda bulunmuştur⁴⁴, ancak çoğu zaman açık bir şekilde değil, zımnen, tarafsızlık beyanı yoluyla gerçekleşmiştir⁴⁵.

Kavram tanımlanırken çoğu zaman, “*isyancı statüsünün tanınması*” kavramı ile beraber ele alınmaktadır. İsyancı statüsü (*insurgency*) de, yasal devlete veya hükümete karşı silahlı bir başkaldırı sırasında söz konusu olabilmektedir⁴⁶.

Bu anlamda, muharıplik ve isyancı kavramlarının birbirlerine çok yakın olduğu görülmektedir. Genel kabul, isyancı statüsünün muharıplikten daha dar bir çerçevesi olduğu yönündedir⁴⁷. Buna göre isyancı sıradan bir suçlu

42 LAUTERPACHT, 2012, s.176 ve s.254 ; “devletin bu tanımaya ilişkin tutumunu haklı çıkarmak şartların yokluğunda tanıma hukuka aykırı olacaktır”.

43 WEHBERG, Hans, “La Guerre Civile et le Droit International”, **Recueil des Cours**, Tome 68 de la Collection, 1938, Académie de Droit International, Dotation Carnegie Pour la Paix Internationale, s.101

44 ÖKTEM, 2007, s.455

45 BRIERLY, J.L., **The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace**, Oxford Clarendon Press, 1928, s.141; PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s.347.

46 VERMA, 2012, s.113. Ancak isyancı statüsüne nazaran muharıpliğin tanınması söz konusu olduğunda, çatışmalar bölgesel nitelikten çıkmış ve ülke geneline yayılmış olmalıdır.

47 PAZARCI, 2009, s. 346-347.

olarak değerlendirilmez. Bu statünün tanınmasıyla oluşacak etkiler daha sınırlıdır ve şöyledir⁴⁸:

- İsyancılar savaş tutsağı olarak kabul edilir ve buna ilişkin haklardan faydalanır ve
- İsyancıların eylemleri nedeniyle yasal hükümet sorumlu tutulamaz.

Nitekim doktrinde her iki kavram arasındaki en önemli farkın, muharipliğin açıkça tanımlanmış hak ve borçlar doğurması, isyancı statüsü bakımından ortaya çıkan hak ve borçların bu kadar açık olmaması olduğu ifade edilmektedir⁴⁹. Buna ek olarak isyancı statüsü kazanan grubun, bir uluslararası hukuk süjesi haline gelmediğini, bulunla beraber muharip statüsünü elde eden grubun geçici olarak uluslararası hukuk süjesi haline geldiğini söylemek mümkündür⁵⁰.

İsyancı statüsünün tanınmasıyla üçüncü ülkeler, isyancıların ellerinde tutukları toprak parçası üzerindeki otoritesini kabul etmiş olurlar. Dolayısıyla isyancılar, bu toprak parçası üzerinde işledikleri fiillerden sorumlu olurlar. İsyancı statüsü, tanıyan devletlere, isyancılara kendi haklarını etkileyen uygulamalar ve kendi ülke vatandaşlarının hakları bakımından başvurabilme imkânı sağlar.

Bu kapsamda isyancılarla kurulan ilişkiler, gayri resmi olarak ve sadece belli çıkarlar çerçevesinde devam ettirilir. Dolayısıyla bu tip bir tanıma, muharipliğe benzer haklar sağlamadığı gibi, diplomatik ilişkilerin kurulması anlamına da gelmemektedir. Nitekim 1936 yılında 27 Avrupa ülkesi tarafından imzalanan Müdahale Etmeme Anlaşması zımni olarak bu statünün tanınması olarak yorumlanabilmektedir.

Muhariplik ve isyancı statüleri arasındaki önemli farklardan biri, isyancıların denizde denetim hakkına sahip olamamalarıdır⁵¹.

Muhariplik statüsü, çatışmanın her iki tarafına da haklar sağlar. Bu haklar şöyle tanımlanabilir⁵²:

48 PAZARCI, 2009, s.347.

49 ÖKTEM, 2007, s.455.

50 GARNER, Ocak 1937, s.67; SALMON, 1987, s. 126.

51 PADEL FORD, "Foreign Shipping During the Spanish Civil War", *The American Journal of International Law*, Vol. 32, No.2, Nisan 1937, s. 264-279 (Çevrimiçi <http://www.jstor.org/stable/2190973> adresinden ulaşılabilir.)

52 PAZARCI, 2009, s.346.

- Muhariplik statüsünü tanıyan devlet, başkaldıranlara karşı silahlı çatışmalar hukukunu uygular. Böylelikle, yasal hükümet ve savaşı statüsünü tanıdığı kuvvetler arasında tarafsızlık kurallarına uymayı kabul ve taahhüt eder.
- Statüyü tanıyan devlet ile savaşı statüsünü tanıdığı kuvvetler arasında sınırlı bir hukuki ilişki doğar. Savaşı statüsü tanınan kuvvetlerin egemen olduğu toprak parçası üzerinde, yasal hükümetin değil, savaşı kuvvetlerin yetkileri geçerli olur. Bu alanda tanıyan devlet nezdinde doğacak zararlardan savaşı statüsü tanınan kuvvetler sorumlu olacaktır⁵³.
- Savaşı statüsü tanınan kuvvetler ayrıca açık denizde tanıyan devlet gemileri üzerinde denetim yetkilerini kullanabilme ve savaş kaçağı ile denizde el koyma işlemlerini gerçekleştirebilme hakkını da haizdir.

Tanıyan devletler bakımından ise, muharipliğin tanınması bir takım yükümler doğuracaktır. Bu yükümlerin en önemlisi tarafsızlık (neutralité) yükümlüdür. Muhariplik statüsünün tanınması halinde, tanıyan devletler ayrıca, “hiçbir şekilde silah, mühimmat ve askeri destek ya da finansal yardım sağlamama” ve /veya “tanınmış ve meşru bir hükümete karşı kendi toprakları içinde düşmanca bir askeri harekât gerçekleştirilmesine izin vermeme” yükümü altına girerler⁵⁴.

Muharipliğin tanınması halinde, söz konusu olabilecek bir diğer durum Uluslararası İnsancıl Hukuk kurallarının uygulama alanı bulacak olmasıdır. Dolayısıyla ilgili devlet ve muharip kuvvetler sivillerin öldürülmemesi, savaş

53 1927 tarihli Uluslararası Hukuk Enstitüsü düzenlemesi, orijinal adıyla “Règlement de l’Institut de Droit International sur la responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causés sur leur territoire à l’égard des Etats qui les ont reconnus comme tels,” Madde 7 hükmü; “La Responsabilité de l’Etat, à raison des actes commis par des insurgés, cesse lorsqu’il a reconnu ces derniers comme partie belligérante et en tout cas à l’égard des Etats qui les ont reconnus comme tels”. (Çevrimiçi: http://www.idi-iil.org/idiF/navig_chron1923.html adresinden ulaşılabilir.)

Bununla beraber 10 Eylül 1900 tarihli İsyan veya İç savaş halinde Yabancıların uğradığı zararlar bakımından Devletlerin sorumluluğuna ilişkin Neuchâtel Düzenlemesi, (Orijinal adıyla : “Règlement de Neuchâtel sur la Responsabilité des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangères en cas d’émeute ou de guerre civile”), bu kadar ileri gitmemiş, zarar görenler bakımından tazminat hakkını, isyancıları muharip olarak tanımaya ve zarar görenin ikametgâhını isyancı hükümet topraklarında tutmaya devam etmesi şartına bağlamıştır. (Çevrimiçi: http://www.idi-iil.org/idiF/navig_chron1893.html adresinden ulaşılabilir.)

54 GARNER, Ocak 1937, s.68.

esirlerine insancıl muamele edilmesi, nedensiz adam öldürme yasağı gibi İnsancıl Hukuk kurallarına uygun davranmak durumundadır⁵⁵.

B. İspanya'nın Muhariplik Statüsüne İlişkin Temel Tartışmalar

İç Savaş süresince General Franco pek çok kez muharipliğin tanınması talebinde bulunacak ve bu talep gerek diğer devletlerce gerekse yönetimde bulunan cumhuriyetçi hükümet tarafından reddedilecektir.

Devletlerin temel gerekçesi, böylesi bir tanınmanın “müdahale etmeme” siyasetine aykırı olacak olmasıdır. Yabancı devletlerin müdahalesi çatışmanın iç savaş niteliğini kaybetmesine neden olacak ve mevcut gerginliğin bütün Avrupa'ya yayılarak, beklenen büyük savaşın başlamasını hızlandırabilecektir⁵⁶.

Ancak isyancıların denizde daha güçlü bir pozisyonda olmasının, devletlerin tanımama eğilimi üzerinde etkisi büyük olmuştur.

Muhariplik statüsünün sağladığı haklardan biri de, açık denizde tanıyan devlet gemileri üzerinde denetim yetkisinin elde edilmesidir. Bu tip bir denetimin amacı, deniz yoluyla gerçekleştirilebilecek kaçakçılık faaliyetlerinin önlenmesidir.

İç Savaş döneminde İspanya'nın muhariplik statüsünün ısrarla tanınmamasının nedenlerinden biri de İç Savaş'ın taraflarının açık denizdeki bu yetkilerini kullanmalarını engellemektir⁵⁷.

Muharipliğin tanınmasıyla gemileri durdurma ve arama yetkisine sahip olduğunda; üçüncü devletlerin deniz ticareti aksayacak ve deniz yoluyla Cumhuriyetçi hükümete giden silah yardımları da tehlikeye düşecektir. Muharipliğin tanınmaması halinde ise, bu tip eylemler korsanlık faaliyeti olarak nitelendirilebilecektir⁵⁸.

Nitekim Ağustos 1936'da, Büyük Britanya, Amerika Birleşik Devletleri, Almanya, Fransa, İskandinav ülkeleri, SSCB, milliyetçiler tarafından deniz

⁵⁵ LAUTERPACHT, 1948, s. 245; KOLB, Robert, HYDE, Richard, An Introduction to the International Law of Armed Conflicts, Hart Publishing, 2008, s. 66.

⁵⁶ CASSESE, 1975, s.290.

⁵⁷ ÖKTEM, 2007, s.456.

⁵⁸ VERMA, 2012, s.113. Nitekim Eylül 1937'de Britanya ve Fransa İtalya'nın “korsanlık” faaliyetlerini durdurmak için müdahale kararı alırlar. Bu kararın etkisiyle İtalyan denizaltı saldırıları durur. PAYNE, 2012, s.206.

yolunda uygulanacak bir ablukanın meşruiyetini kabul etmeyi reddetmişlerdir⁵⁹.

Haziran 1937’de General Franco yayınladığı bir sirkülerle, üçüncü ülkelerden milliyetçi cephe hükümetinin, resmi savaştan statüsünün tanınmasını talep eder⁶⁰. Bu talep üzerine 1937 Eylül’ünde Uruguay, Panamerikan Ülkeler Birliği üyesi devletlere, her iki tarafın da muhariplik statüsünün tanınmasını teklif eder. Üye ülkelerin çoğunluğu tarafından bu teklif reddedilir.

Temmuz 1938’de Londra Komitesi nezdinde müdahale etmeme esası çerçevesinde toplanan devletler, yabancı askeri birlikler İspanya topraklarını terk etmediği sürece, muhariplik statüsünün tanınamayacağı esasını kabul ederler⁶¹.

General Franco, 18 Kasım 1937 ve 21 Ağustos 1938 tarihinde yayınladığı notlarla, söz konusu kararları protesto eder ve muhariplik statüsüne hak kazandıklarını ifade eder⁶².

Nitekim muharipliğe hak kazandığını düşünen Franco hükümeti tarafından, İspanya karasularında ve açıklarında seyreden deniz araçlarına, niteliklerine bakılmaksızın, müdahaleler gerçekleştirilir. Söz konusu müdahaleler dört şekilde gerçekleştirilmiştir;

- i. Yüzeyden ilerleyen savaş gemileri vasıtasıyla, yabancı gemilerin durdurulması, ziyaret edilmesi ve denizcilik teamüllerine göre arama yapılması ve yüke el konulması yoluyla,
- ii. Deniz sahasının mayınla döşenmesi yoluyla,
- iii. Hava kuvvetleri tarafından uyarısız bombardıman yoluyla ve

59 HACKWORTH, G.H., **Digest of International Law**, Washington, 1941/1, s. 362.

60 17 Temmuz 1937 tarihli bildirisinde General Franco, “Milletlerarası hukuk ve teamülleri uyarınca, silahlı çatışmanın taraflarından birinin, geniş bir toprak parçasını işgal edip ve kontrolü altında tutarsa, hükümet teşkilatlanmasına ve savaş hukukuna ve teamüllerine uygun hareket eden düzenli bir orduya sahipse zımnen muharip haklarına sahip olduğunu,” beyan edecektir. PADEL FORD, “International Law and Diplomacy in the Spanish Civil Strife”, New York 1939, s. 598.

61 LAUTERPACHT, 1948, s.252.

62 PADEL FORD, 1939, s. 597-598. CASSESE, “Spanish Civil War and Development of Customary Law Concerning Internal Armed Conflicts”, in **The Human Dimension of International Law: Selected Papers of Antonio Cassese**, OUP, 2008, s. 129-130.

iv. Deniz altılarıyla torpidolamak suretiyle⁶³.

Temmuz 1936 ve Mayıs 1938 tarihleri arasında, bu yollar kullanılarak 20 Britanya, 17 Rus, 7 Norveç, 5 Fransız, 4 Hollanda, 3 Danimarka ve sayısız küçük deniz taşıtı üzerinde durdurma, arama ve el koyma suretiyle müdahalede bulunulmuştur⁶⁴.

Bu dönemde karasularının sınırları bakımından 3 mil kuralının uygulandığını görüyoruz. 14 Mayıs 1937'de bir gemi 3 mil limitinin dışında mayın tarafından tahrip edilir, 3 mil sınırının içinde tahrip edilen yabancı deniz aracı sayısı ise sadece 3'tür⁶⁵.

Karasuları içinde hükümetlerin, muharıplik statüsü tanınmamış olsa bile, mayın döşeme hakları olduğu söylenebilirse de, yabancı gemilerin bu durum konusunda uyarılmaları ve karasularından seyredildiği takdirde koruma sağlanması gerektiği ifade edilmiştir⁶⁶.

Temmuz 1936 ile Mart 1938 arasında, 17 Britanya, 6 Fransız, 3 İtalyan gemisi ile başka milletlere ait pek çok ticari gemi ve 8 yabancı savaş gemisi, herhangi bir uyarı verilmeden ve ziyaret ve arama gerçekleştirilmeden hava bombardımanına hedef olmuştur⁶⁷.

24, 26 ve 29 Mayıs tarihlerinde Britanya, Fransız ve İtalyan donanma gemilerinin Valencia'dan kalkan uçaklarca bombalanması üzerine, dört Avrupa ülkesi gemilerinin korunması ve muhtemel ataklara karşı işbirliği için iki anlaşma imzalamıştır. Ancak bu durum saldırıların gerçekleşmesini engellemiştir⁶⁸.

14 Temmuz 1937'de Nyon Konferansı toplanır. Buna göre, denizaltılar tarafından Akdeniz'de ticaret gemilerine karşı gerçekleştirilen saldırılar, 22 Nisan 1930 tarihli Londra Antlaşması'nın IV. Bölümünde düzenlenen ticaret

⁶³ PADEL FORD, 1939, s. 264.

⁶⁴ PADEL FORD, 1939, s. 264. Payne'e göre, Franco'nun filosu tarafından Cumhuriyetçilere ait 35 ticaret gemisi batırılmış, 227 tanesine el konulmuş; 18 yabancı gemi batırılmış, 97 tanesine el konulmuştur. Savaş sonuna kadar Cumhuriyet her türden 554 gemi kaybetmiş, bunların 144'ü Alman ve İtalyan uçakları tarafından bombalanarak batırılmıştır. PAYNE, 2012, s.207.

⁶⁵ PAYNE, 2012, s.265.

⁶⁶ PAYNE, 2012, s.265-266.

⁶⁷ PAYNE, 2012, s.265.

⁶⁸ Savaşın başından sonuna kadar Cumhuriyetçilere askeri malzeme götüren toplam 106 gemi batırılmıştır. Milliyetçiler ise sadece 31 gemi kaybetmişlerdir. PAYNE, 2012, s.207.

gemilerinin batırılmasına ilişkin milletlerarası hukuk kurallarının, insanlığın en temel normlarının ihlali ve korsanlık faaliyetleri olarak değerlendirileceği kabul edilir⁶⁹.

Bu sebeple, muharip statüsünü taşıyan kuvvetler tarafından elde edilen ‘deniz yolları üzerindeki denetim hakkı’, İspanya iç savaşı sırasında deniz yolunu kullanan İngiliz ve Fransız gemileri bakımından asıl tehlikeyi teşkil etmiş ve söz konusu devletler tarafından isyancıların muhariplik statüsünün tanınması hususunda en önemli çekinceyi yaratmıştır.

Sonuç

İspanyol İç Savaşı, tarih ve siyaset bakımından önemli bir referans noktası olduğu gibi milletlerarası hukukçular için de barındırdığı temel tartışmalarla, geçmiş yüzyılın en çarpıcı çatışma örneklerinden birini teşkil etmektedir.

İç Savaş sırasında İspanya, askeri anlamda, geniş ölçekli askeri güç kullanımının, yeni silah teknolojilerinin ve yeni savaş doktrinlerinin sınıandığı, kısacası Avrupalı devletlerin küçük kıyamet öncesi, savaş teknik ve araçlarını test ettikleri büyük bir laboratuvar haline gelmiştir⁷⁰. Diğer yandan, milletlerarası hukuk anlamında en çok tartışılan konulardan biri yaşanan çatışmaların hukuken nitelendirilmesi ve buna bağlı olarak, Franco kuvvetlerinin muhariplik statüsünün tanınması meselesi olmuştur⁷¹.

Genel duruma bakıldığında, Franco tanıma talebinde ne kadar ısrarcıysa, yabancı devletlerin geneli de Franco liderliğindeki falanjistlerin muhariplik statüsünü tanımama hususunda aynı derecede kararlı davranmışlardır.

Bu dönemde, tanımama yönündeki tavırları nedeniyle en çok eleştirilen devletler Britanya ve Fransa olmuştur: Muhariplik statüsünün tanınması

69 GENET, Raoul, “The Charge of Piracy in the Spanish Civil War”, *The American Journal of International Law*, Vol. 32, No. 2 (Nisan 1938), s. 262-263.

70 Dönemin ABD Büyükelçisi olan Claude Gernard Bowers, bu dönemde yaşadıklarını anlattığı kitabını, İkinci Dünya Savaşı’nın kostümlü provası olarak adlandıracaktır: BOWERS, Claude Gernard, *My Mission to Spain: Watching the Rehearsal for World War II*, New York: Simon and Schuster, 1954.

71 Muhariplik statüsünün tanınması konusu, tarihi olarak pek çok çatışmada gündeme gelmekle beraber, İspanyol iç savaşına kadar uygulandığı örnekler nadirdir. Uygulamada isyancı statüsünün tanınması daha sık gündeme gelmiştir. EL KOUHENE, Mohamed, “Les Garanties Fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l’homme”, *Martinus Nijhoff Publishers*, 1985, s. 72. ZORGBIBE, Charles, “Sources of the recognition of belligerent status”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 17, Sayı 192, Mart 1977, s.114..

üçüncü devletler bakımından tarafsızlık yükümünü beraberinde getirmektedir. Britanya ve Fransa'nın bu statüyü tanımayarak tarafsız kalmayı reddetmeleri, bunun yerine "müdahale etmeme" sözleşmesi imzalamaları bir çelişki olarak görülmüş ve bu tutumları, muharıplik statüsünün tanınması gerektiğini savunanlarca, tanıma hakkının kötüye kullanımı olarak değerlendirilmiştir. Bazı yazarlar, muharıplik statüsü tanınmasa dahi, belli şartlar altında her iki tarafa da muharıplermiş gibi davranılması gerektiğini belirtmişlerdir⁷².

Diğer bir grup ise, bu durumun nedeni olarak Franco'nun emri altındaki birliklerin savaş hukuku kurallarını en baştan uygulamamasını, kimileri ise yabancı askeri birliklerin varlığı sebebi ile çatışmanın iç savaş niteliğini kaybetmesini göstermektedir⁷³.

Muharıpliğin tanınmaması, esas olarak, Franco kuvvetlerini karasularında ve açık denizde yürüttükleri faaliyetler bakımından hukuki dayanaktan yoksun bırakmıştır.

İç Savaş süresince, yabancı devletlerin siyasi ve askeri gerekçelerle, bu çatışmayı ulusal bir silahlı çatışma olarak sınırlama kaygısı, yaşanan çatışmaların şiddeti nedeniyle savaşı hukuken sınırlama ve insancıl hukukun uygulanması zorunluluğu ile yarışmıştır.

Savaşın başında her iki taraf da Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin girişiyle temel insancıl hukuk normlarına uymayı taahhüt etmiş ve ilgili sözleşmeleri Milletler Cemiyeti Konseyi'ne tevdi etmiştir⁷⁴. Bununla beraber,

72 GARNER, James W., "Recognition of Belligerency", *The American Journal of International Law*, Vol.32, No.1, Temmuz 1938, s. 107. (Çevrimiçi <http://www.jstor.org/stable/2190635> adresinden ulaşılabilir.)

73 O'ROURKE, Vernon, "Recognition of Belligerency and the Spanish Civil War", *The American Journal of International Law*, Vol.31, No.3, Temmuz 1937, s. 398-413 (Çevrimiçi <http://www.jstor.org/stable/2190453> adresinden ulaşılabilir.); Buradan hareketle, Britanya ve diğer devletlerin, Temmuz 1938'de, yabancı kuvvetlerin İspanya'dan çekilmesi halinde statünün tanınabileceğini bildirdiklerinde, amaçlarının tanıma hakkını pazarlık konusu yapmaktan ziyade, çatışmanın iç savaş karakterini geri kazandırarak, tanıma hakkının doğru şekilde kullanılmasını sağlamaya çalıştıkları da düşünülebilir. LAUTERPACHT, 1948, s. 252.

74 1936'da her iki taraf da resmi beyanla hasta ve yaralıları ilişkin 1929 tarihli Cenevre Konvansiyonu'na uymayı taahhüt eder. Ayrıca Kızılhaç amblemine saygı ve Savaş Esirleri Enformasyon Ajansı ile işbirliği yapmayı taahhüt ederler. İsyancılar 1929 tarihli Savaş Esirlerine ilişkin Cenevre Konvansiyonu'na uyacaklarını da açıklar. Denizde silahlı savaşın sınırlandırılması ve azaltılmasına ilişkin 22 Nisan 1930 tarihli Londra Antlaşması'nın içerdiği savaş zamanında savaş gemilerinin batırılması veya ticaret gemilerine zarar verilmesine ilişkin teamül kurallarına ve Nyon Düzenlemeleri ve tamamlayıcı protokollerine uymayı taahhüt ederler.

sivillerin kara ve hava savaşı sırasında korunmasına ilişkin kurallar sıklıkla gündeme gelecektir⁷⁵.

18 - 22 Kasım 1936 tarihleri arasında Madrid'in bombalanması⁷⁶ ve sonrasında özellikle Barcelona'nın bombalanmasını müteakiben, sivillerin hedef alınması, askeri olmayan hedeflere saldırı⁷⁷, askeri hedeflere saldırırken önlem alma ve düşman sivillere misilleme yapılmasına⁷⁸ ilişkin kurallar her iki savaşın taraf bakımından bağlayıcı olmasına rağmen, ihlal edilmiştir⁷⁹.

Muharipliğin tanınmaması suretiyle, sivillerin savaş hukukuna ve uluslararası insancıl hukuka ilişkin bir takım haklardan yoksun bırakıldığı düşünülebilir. Muhariplik statüsü tanınsaydı buradan kaynaklanan haklar gerektiği gibi yerine getirilir miydi, bilinmez. Ancak muharipliğin tanınmasında temel unsurların çatışmaların sürekliliği kadar, isyancıların milletlerarası hukuka uyması olduğu göz önüne alınırsa, Franco yönetimindeki kuvvetlerin zaten bu kuralları uygulamadığı ve uygulamayacağı tezi kabul edilebilir görünmektedir.

75 İspanyol iç savaşı sırasında uygulanan savaş hukukuna ilişkin kuralların diğer ulusal çatışmalar bakımından da uygulanması gerekliliği tartışma konusu olmazken, özellikle kara ve hava savaşı sırasında sivillerin korunmasına ilişkin taleplerin sıklıkla gündeme gelmesi, geniş ölçekli iç savaşlar bakımından uygulanacak teamül hukuku kurallarının gelişimi bakımından önemli bir kanaat oluşturmıştır. Muharipliğin tanınmamasının yaratacağı boşluk, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesi düzenlemesi ile telafi edilmeye çalışılmıştır.

76 Madrid'in bombalanması ile başta 132 sivil ölmüş, sonrasında ölü sayısı 312'ye ulaşmıştır. 1937 Nisan'ında başkent üzerindeki hava bombardımanı nedeniyle ölenlerin sayısı 1300'e ulaşır. Payne, 2012, s. 209.

77 İç savaş sırasında yaşanan saldırıların en akılda kalanı şüphesiz Katalan kültürünün ve direnişinin simgesi olan Guernica kasabasının Nisan 1937'de bombalanmasıdır. Hava bombardımanı sırasında 150 sivil hayatını kaybetmiştir. Guernica kasabası, cepheye on kilometre uzaklıkta olduğu ve üç müfreze Bask askeri ile bir cephane fabrikasına ev sahipliği yaptığı için askeri hedef olarak değerlendirilmiştir. 22 Alman ve 3 İtalyan savaş uçağı tarafından toplamda ağırlığı 35 tona yaklaşan bombalarla vurulmuştur. Bu miktar Vizcayan ve Durango saldırılarında kullanılan miktarın yarısına tekabül etmekle birlikte, yangın bombalarının kullanılmış olması sebebiyle, alevler günlerce kontrol altına alınamamış ve şehrin yarısından fazlası yok olmuştur. Payne, op.cit., s.210-211.

78 Kaynaklarda hava saldırıları nedeniyle başka bir tür "ikincil zarar" olarak belirtiliyor. Milliyetçiler tarafından başlatılmakla beraber, Cumhuriyetçiler tarafından da her hava saldırısı sonrası, misilleme olarak siyasi tutuklular infaz edilmiştir. Bu şekilde öldürülenlerin sayısının toplamda hava saldırılarında hayatını kaybedenlerin sayısından daha fazla olduğu belirtiliyor. Payne, 2012, s.209-210.

79 CASSESE, 1975, s.312-313.

Bu anlamda muhariplik statüsünün savaşın şartları ve süresi ile sınırlı haklar ve yetkiler sağladığını görüyoruz⁸⁰. 1949 sonrasında muhariplik statüsünün tanınması giderek unutulmaya başlamış ve silahlı çatışmalar hukuku uluslararası olmayan silahlı çatışmalarla uyumlu hale gelmeye başlamıştır⁸¹. İspanyol iç savaşının ve sonrasında İkinci Dünya Savaşı'nın deneyimleri, sivillerin uluslararası olmayan silahlı çatışmalar esnasında korunmasına ilişkin teamül hukukunun 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nde somutlaşmasına hizmet edecektir⁸².

80 ÖKTEM, 2007, s.456

81 KOLB, HYDE, 2008, s. 66.

82 Kızıl Haç tarafından, İspanyol iç savaşı sırasında da benimsenen uygulama, daha sonra 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nde yerleşmiştir; Sözleşmelerin ortak 3. maddesinde sayılan minimum koruma standartları uluslararası olmayan silahlı çatışmalar bakımından da geçerli kabul edilmektedir. KOLB, HYDE, 2008, s. 66.

KAYNAKÇA

- ALLISON, Ewen; GOLDMAN Robert K., “Belligerent Status”, **Crimes of War**, (çevrimiçi: <http://www.crimesofwar.org/a-z-guide/belligerent-status/>)
- BOWERS, Claude Gernard, **My Mission to Spain: Watching the Rehearsal for World War II**, New York: Simon and Schuster, 1954.
- BRIERLY, J.L., **The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace**, Oxford Clarendon Press, 1928.
- CARR, Edward Hallett, **Komüntern ve İspanya İç Savaşı**, 1. Basım, İletişim Yayınları, İstanbul 2010.
- CASSESE, Antonio, “The Spanish Civil War and the Development of Customary Law Concerning Internal Armed Conflicts”, **Current Problems of International Law: Essays on UN Law and on the Law of Armed Conflict**, Editions Giuffrè, 1975.
- CASSESE, Antonio, “Spanish Civil War and Development of Customary Law Concerning Internal Armed Conflicts”, in **The Human Dimension of International Law: Selected Papers of Antonio Cassese**, OUP, 2008, ss.128-148.
- EL KOUHENE, Mohamed, “Les Garanties Fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l’homme”, **Martinus Nijhoff Publishers**, 1985.
- FARRÉ, Sébastien, “Le Comité de Londres et la politique de non-intervention durant la guerre civile espagnole (1936-1939)”, **Prévention, gestion et sortie des conflits**, IEUG, Cenevre 2006.
- GARNER, James W., “Recognition of Belligerency”, **The American Journal of International Law**, Vol.32, No.1, Temmuz 1938, ss. 106-113.
- GARNER, James W., “Questions of International Law in the Spanish Civil War”, **The American Journal of International Law**, Vol.31, No.1, Ocak 1937, ss. 66-73.
- GENET, Raoul, The Charge of Piracy in the Spanish Civil War, **The American Journal of International Law**, Vol. 32, No. 2 (Apr., 1938), ss. 253-263.
- HACKWORTH, G.H., **Digest of International Law**, Washington, 1941/1.
- HOBBSAWM, Eric, **Kısa 20.Yüzyıl: 1914-1991 Aşırılık lar  ağı**, 4. Basım, Everest Yayınları, , İstanbul 2008.
- KOLB, Robert, HYDE, Richard, **An Introduction to the International Law of Armed Conflicts**, Hart Publishing, 2008.
- LAUTERPACHT, Sir Hersch, **Recognition in International Law**, Cambridge University Press, Londra 1948.
- LAUTERPACHT, Sir Hersch, Crawford, James Editör, **Recognition in International Law**, Cambridge, 6 Kasım 2012.

- League of Nations, Official Journal**, Eylül 1938 tarihli 103.ncü oturum tutanakları, Kasım 1938.
- LOOTSTEEN, Yair M, Lieutenant Colonel, "The Concept Of Belligerency In International Law", **Military Law Review**, Vol.16, 2000, ss. 109-141.
- MCNAIR, Sir Arnold Duncan, "The Law Relating to the Civil War in Spain", 53, **Law Quarterly Review**, 484, 1937.
- OPPENHEIM, Lassa, **International Law: A Treatise, Cilt 2 (2): War and Neutrality**, Editör H. Lauterpacht, 7. Bası, 1952.
- O'ROURKE, Vernon, "Recognition of Belligerency and the Spanish Civil War", **The American Journal of International Law**, Vol.31, No.3, Temmuz 1937, ss. 408-411.
- ÖKTEM, A. Emre, "Teori ve Uygulamada Uluslararası Tanıma", **Erdoğan Teziç'e Armağan**, 2007, ss.431-460.
- PADELFORD, Norman J., "International Law and Diplomacy in the Spanish Civil Strife", New York 1939, ss.499-501 .
- PADELFORD, Norman J., "Foreign Shipping During the Spanish Civil War", **The American Journal of International Law**, Vol. 32, No.2, Nisan 1937, ss. 264-279.
- PADELFORD, Norman J., "The International Non-Intervention Agreement and the Spanish Civil War", **The American Journal of International Law**, Vol. 31, No. 4, Ekim1937, ss.578-603.
- PAYNE, Stanley G., **The Spanish Civil War**, Cambridge University Press, 2012.
- PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, Turhan Kitabevi, , Ankara 2009
- PRESTON, Paul, **Franco: Caudillo de España**, HarperCollins Publishers, Nisan 1999.
- SALMON, Jean, "La reconnaissance du gouvernement de Burgos", **Belgisch Teidschrift voor Nieuwste Geschiedenis**, 1987, ss.125-155.
- VERMA, S.K., **An Introduction to the International Public Law**, New Delhi 2012.
- WEHBERG, Hans, "La Guerre Civile et le Droit International", **Recueil des Cours**, Tome 68 de la Collection, 1938, Académie de Droit International, Dotation Carnegie Pour la Paix Internationale.
- WHEATON, Henry, **Elements of International Law**, Oxford Clarendon Press, (1866 tarihli baskının tipkibasımı), Londra 1936.
- ZORGBIBE, Charles, "Sources of the recognition of belligerent status", **International Review of the Red Cross**, Vol. 17, Sayı 192, Mart 1977, ss. 111-127.

Başbakan Giral'tın basın açıklaması, No Interference Wanted, Sunday Times, 9 Ağustos 1936, (Perth, WA: 1902 - 1954) (Çevrimiçi: <http://nla.gov.au/nla.news-article58768248> adresinden ulaşılabilir)

Britannica (Çevrimiçi: <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/200638/Falange>)

Uluslararası Hukuk Enstitüsü kararları

Règlement de l'Institut de Droit International sur la responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causés sur leur territoire à l'égard des Etats qui les ont reconnus comme tels," (Çevrimiçi: http://www.idi-iil.org/idiF/navig_chron1923.html adresinden erişime açık)

Règlement de Neuchâtel sur la Responsabilité des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangères en cas d'émeute ou de guerre civile Annuaire de L'Institut de Droit International, , Session de Neuchâtel 1900, Vol.18. (Çevrimiçi: http://www.idi-iil.org/idiF/navig_chron1893.html adresinden erişime açık)

Règlement de Neuchâtel sur les Droits et devoirs des Puissances étrangères, au cas de mouvement insurrectionnel, envers les gouvernements établis et reconnus qui sont aux prises avec l'insurrection, dans l'Annuaire de l'Institut de Droit International, Session de Neuchâtel 1900, Vol.18. (Çevrimiçi: http://www.idi-iil.org/idiF/navig_chron1893.html adresinden erişime açık)

Silahlı Çatışma Halinde İbadet Yerlerinin Korunması

Ceren MERMUTLUOĞLU*

ÖZET

Silahlı çatışma halinde ibadet yerlerinin ve dini yapıların korunmaları meselesi insancıl hukukun öngördüğü en eski kurallardan biridir. Söz konusu yapıların, sivil niteliklerine ek olarak manevi/kültürel değerleri de göz önüne alınmış ve bunlara verilecek zararın en aza indirilmesi amaçlanarak korunmalarına ilişkin kurallar insancıl hukuk ve uluslararası ceza hukuku alanındaki pek çok sözleşme tarafından özellikle güvence altına alınmıştır. Bununla birlikte, “koruma altına alınan yapılar” kavramının kapsamının açık bir şekilde ifade edilmiş olmaması ve terminolojideki farklılıklar, sözleşmelerin birbirinden bağımsız sistemler öngördüğü ve hatta yer yer çeliştiği yorumuna sebebiyet vermektedir. Bu korumanın kapsamının tespitinde gerek devlet uygulamaları ve uluslararası mahkeme kararları, gerekse uluslararası hukuk doktrini açıklık sağlayamamakta; bu durum da söz konusu yapıların etkili bir şekilde korunmasının önünde engel teşkil etmektedir.

Anahtar kelimeler: İbadet yerlerinin korunması, kültürel varlıkların korunması, 1954 La Haye Sözleşmesi, silahlı çatışma, baskın askeri gereklilik.

Protection of Religious Property in the Event of Armed Conflict

ABSTRACT

Protection of religious sites and monuments during armed conflicts is one of the earliest rules of international humanitarian law. Considering the spiritual/cultural value of such property in addition to their civilian status; there are numerous treaties of international humanitarian law and international criminal law, all pertaining to their protection with the aim of minimising any detrimental acts against such property. However, the lack

* Avukat, University of Edinburgh ve Galatasaray Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans öğrencisi.

of clarity regarding the scope of “protected property” and difference within the terminology may be interpreted to indicate that these treaties provide for separate systems and even conflict with each other. The scope of this protection has not been clarified by state practice, decisions of international tribunals or international law doctrine; and this poses an obstacle with respect to effective protection of such property.

Keywords: Protection of religious sites and monuments, protection of cultural property, 1954 Hague Convention, armed conflict, imperative military necessity.

GİRİŞ

İnsancıl hukukun temeli silahlı çatışma halinde sivil olan ile olmayanın ayırımına dayanır. Bir kişinin, nesnenin, alanın vs. silahlı çatışmada hedef alınabilmesi, o şeye yönelik saldırıda bulunulabilmesi; onun muharip statüsüne sahip olup olmamasına bağlanmıştır. Sivil karakteri olan unsurların hedef alınamayacağı, çatışmanın dışında bırakılacağı, onlara zarar verilmeyeceği; gerek birçok uluslararası sözleşme tarafından düzenlenmiş, gerekse bu normun teamül niteliği taşıdığı kabul edilmiştir.¹ Bu genel kuralın dışında insancıl hukuk; birtakım özelliklere sahip kişilere, nesnelere, alanlara özel koruma imkânları da tanımıştır; buna örnek olarak, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve 1977 tarihli Ek Protokoller vasıtasıyla sivil personel ve gazetecilere ilişkin özel koruma hükümleri verilebilir. Dine hasredilmiş binalar veya ibadet yerleri olarak isimlendirebileceğimiz alanlar ise sivil nitelikli alanlara tanınmış genel koruma hükümlerinden yararlanmanın yanı sıra; yakın dönemde bu alanların/binaların, içinde sivil bulunma/bulunmama özelliğinden bağımsız, özel olarak korunmaya değer nitelikleri oldukları kabul edilmiş ve bunlar münhasır hükümler tarafından koruma altına alınmıştır.

Geçtiğimiz yüzyılda yapılan birçok uluslararası sözleşme² ile dine hasredilmiş yapılar bakımından, içinde sivillerin (muharip statüsünde olmayanların) bulunması koşuluna bağlı, ikincil nitelikli koruma anlayışı terk edilmeye

¹ 1899 La Haye II Sözleşmesi, 1907 La Haye IV Sözleşmesi, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin 1977 tarihli Ek Protokolleri; Henckaerts ve Doswald-Beck, Uluslararası Kızılhaç Komitesi - Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku Cilt I: Kurallar, Çeviren ve hazırlayanlar: Öktem, Batur Yamaner, Özbek, Kurtırdarcan, Uzun, Kaya, Beta Yayıncılık, 2005 [Henckaerts ve Doswald-Beck].

² 1899 La Haye II Sözleşmesi, 1907 La Haye IV Sözleşmesi, 1954 tarihli Silahlı Çatışma Durumunda Kültürel Varlıkların Korunmasına Dair La Haye Sözleşmesi, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin 1977 tarihli Ek Protokolleri, 1954 tarihli La Haye Sözleşmesinin 1999 tarihli Ek II Protokolü.

başlanmıştır. Uluslararası düzenlemeler bu binalara doğrudan, kendilerine has bir koruma imkânı sağlayan yeni bir anlayışı öngörmektedirler. Bu gelişim, söz konusu yapıların taşıdıkları insancıl, kültürel ve manevi değerleri koruma ihtiyacının uluslararası alanda gün geçtikçe daha da önem kazanmasından kaynaklanır.³

20. yüzyıl savaşlarında ibadet yerleri askeri hedef olarak gösterilmeme konusunda bir ayrıcalığa sahipti; ancak bu durum onlara zarar verilmesinin, söz konusu yapıların tahrip edilmesinin önüne geçememişti. Bu sebeple, uluslararası sözleşmelerin hazırlanışı sırasında hangi binaların bu tür bir ayrıcalığa sahip olacağı gittikçe daha detaylı bir şekilde tasvir edilmiştir. Özellikle de dine hasredilmiş olan binaların, silahlı kuvvetler tarafından askeri gereklilik gibi geniş bir kavrama dayanarak askeri amaçlarla kullanılması ve meşru hedeflere çevrilmesi mümkünken; bu yapıların yalnızca saldırıdan bağışık olduğunun hükme bağlanmasının anlamsız olduğu anlaşılmıştır. Bu sözleşmelerin görüşmelerinde devlet temsilcileri, söz konusu binaların yalnızca askeri anlamda hedef gösterilmesini yasaklamayı değil; askeri amaçla herhangi bir şekilde kullanılmasına ilişkin detaylı kısıtlamalar getirmeyi de amaçlamıştır. Bu doğrultuda savaş alanlarındaki dine hasredilmiş yapıların ayırt edilebilmesi ve bu yapılara ilişkin özel koruma hükümlerinin uygulanabilmesi için de özel bir şekilde işaretlenmesi öngörülmüştür.⁴

İnsancıl hukuk alanında öngörülmüş olan bu tür korumaların yanı sıra, silahlı çatışma halinde ibadet yerlerinin korunması; ve kasıtlı olarak bunlara zarar verilmesi, bu yapıların/alanların yok edilmesi ve askeri amaçlar yararına kullanılmasının yasaklanması, uluslararası ceza hukuku tarafından da teminat altına alınmıştır.⁵

Bu çalışmada söz konusu yapıların korunması ve bu koruma yükümlülüğünün ihlali konularında insancıl hukuk ve uluslararası ceza hukukunun öngördüğü sistem incelenecek; konuya ilişkin Bosna, Afganistan ve Mali örnekleri tartışılacaktır.

3 Bart, “*The Ambiguous Protection of Schools under the Law of War-time for Parity with Hospitals and Religious Buildings*”, 40 Geo. J. Int’l L. 2, 2009 [Bart], s. 407.

4 Ibid., s. 408; Partsch, “*Protection of Cultural Property*”, Düzenleyen: Fleck, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, 1999, s. 929-931.

5 Vrdoljak, “*Intentional Destruction of Cultural Heritage and International Law*”, *Multiculturalism and International Law*, 2007; Francioni-Lenzerini, “*The Destruction of the Buddhas of Bamiyan and International Law*”, 14 EJIL, 2003, s. 635-639.

I. İNSANCIL HUKUK ALTINDA “DİNE HASREDİLMİŞ BİNALAR”IN STATÜSÜ VE KORUNMASI

İnsancıl hukuk alanında düzenlenmiş olan pek çok uluslararası belgede dini binalar, kültürel mallar başlığı altında, tarihi binalar ve sanat eserleri ile birlikte ele alınmış; bunlara tanınmış olan özel koruma, bir arada hükme bağlanmıştır. Bu sebeple dini binalara ilişkin koruma rejimi incelenirken, ona paralel olan kültürel mallara ilişkin rejime başvurulacaktır.

1. Silahlı çatışma halinde insancıl hukukun dine hasredilmiş binalar bakımından öngördüğü rejim

Bu alandaki temel metinlerden kabul edilen, mevcut teamülleri kodifiye etmek amacıyla hazırlanmış olan 1899 La Haye II ve 1907 La Haye IV Sözleşmelerinin ortak 27. maddelerinde, kuşatma ve bombalama halinde dine hasredilmiş binaların (sanata, bilime ya da hayır işine hasredilmiş binalar ve tarihi eserlerle beraber) o an için askeri amaçlarla kullanılmadıkları sürece, zarar görmesini önlemek amacıyla her türlü önlemin alınması gerektiği hükme bağlanmıştır.⁶ Sözleşmelerde yer alan “zarar görmesini önlemek amacıyla her türlü önlemin alınması” ifadesi 1949 Cenevre Sözleşmelerine kadar, söz konusu binaların askeri amaçla her türlü kullanımının yasaklanması olarak değil; yalnızca saldırıya hedef olmasının yasaklanması şeklinde anlaşılmıştır.⁷ Bu kural, çok sayıda sahra talimnamelerinde de yer almaktadır ve pek çok devlet tarafından bu mallara yönelik saldırılarda bulunma eylemi suç olarak düzenlenmiştir.⁸

La Haye Sözleşmelerinin öngördüğü korumanın I. Dünya Savaşı sırasında etkisiz kaldığı görüldükten sonra, 1935 yılında Amerika Birleşik Devletleri ile birlikte 21 devlet Roerich Paktı’nı imzalamışlardır. Ancak burada da öngörülen koruma hükümleri La Haye Sözleşmelerinin önüne geçememiş;

⁶ Öktem, “*Silahlı Çatışma Halinde Kültür Varlıklarının Korunması: Bosna- Hersek Örneği*”, Sönmezoğlu, Uluslararası Politikada Yeni Alanlar, Yeni Bakışlar, Der Yayınları, 1998 [Öktem], s. 131-132; Her ne kadar bu sözleşmelere taraf olan devlet sayısı çok fazla olmasa da (sırasıyla 50 ve 36) söz konusu sözleşmelerin kodifikasyon amaçlı olduğu; düzenlemiş oldukları prensiplerin insancıl hukukun temeli niteliğinde olup teamül niteliği taşıdığı kabul edilmektedir. Zira, dinî binaların da içinde kabul edildiği kültürel malların silahlı çatışma halinde korunması zorunluluğu daha önce 1863 Lieber Yasası’nda, 1874 Brüksel Bildirgesi’nde ve 1880 Oxford Uluslararası Hukuk Enstitüsü’nün El Kitabı’nda da yer almıştır.

⁷ Bart n. 3.

⁸ Henckaerts ve Doswald-Beck n. 1, s. 140.

yalnızca bu tür binaların silahlı kuvvetler tarafından ayırt edilebilmesi amacıyla bir amblem ile işaretlenmeleri gerektiği ifade edilmiştir. II. Dünya Savaşı sırasında da Alman askerleri birçok kilise ve sinagogu askeri amaçlarla kullanmış ve bu durum Müttefik Devletlerin silahlı kuvvetlerinin bu binaları hedef almasına sebebiyet vermiştir.

II. Dünya Savaşı sonrasına gelindiğinde, Avrupa'nın pek çok şehrindeki tarihi eserlerin ve dini binaların bu süreçte zarar gördüğünü, tahrip edildiğini, yağmalandığını görmekteyiz. Uluslararası hukukun genel anlamda daha işbirlikçi ve korumacı bir anlayış benimsemesiyle de beraber; bu tahribatın söz konusu yapıların hukuki anlamda etkin bir şekilde korunmasına yönelik gelişmeleri hızlandırdığını ve 1954 tarihli Silahlı Çatışma Durumunda Kültürel Varlıkların Korunmasına Dair La Haye Sözleşmesi'nin bu gelişmeler sonucu olarak kabul edildiğini düşünebiliriz.⁹

1954 La Haye Sözleşmesi'nin 1. maddesinde “kültürel varlık” kavramı, “her halkın kültürel malvarlığı için büyük önemi olan taşınabilir veya taşınmaz malvarlığı; örneğin mimari, sanatsal veya tarihi yapılar” şeklinde tanımlanmaktadır ve bu tanım “her halkın kültürel malvarlığı için büyük önemi olan”, sanatsal veya tarihi değeri olan dini yapıları kuşkusuz ki içine almaktadır. Söz konusu niteliği taşımayan ibadet yerleri, 1899 ve 1907 La Haye Sözleşmeleri tarafından özel olarak korunan mallar arasında sayılmış olmasına rağmen; 1954 tarihli Sözleşme ve 1999 tarihli Ek Protokolü tarafından koruma altına alınmamıştır.¹⁰ Sözleşme kapsamındaki kültürel varlıkların 6, 16 ve 17. maddeler uyarınca mavi-beyaz bir kalkan şeklinde olan amblem ile işaretleneceği ifade edilmektedir. Söz konusu varlıklara uygulanacak olan özel rejim, Sözleşme'nin “Kültürel Varlıklara Saygı” başlıklı 4. maddesinde düzenlenmiştir:

“1. Yüksek Âkit taraflar, gerek kendi ülkeleri üzerinde gerek diğer Yüksek Âkit Tarafların ülkelerinde bulunan kültürel varlıklarla bunların korunma tesislerini ve civarlarındaki yerleri, silahlı bir çatışma hâlinde bu eserleri tahribe veya bozulmaya maruz bırakabilecek maksatlar için kullanmaktan sakınmak ve bu mallara karşı her

⁹ Kastenberg, “*The Legal Regime for Protecting Cultural Property During Armed Conflict*”, 42 A.F.L. Rev., 1997, s. 288-290.

¹⁰ Ehler, *Prosecuting the Destruction of Cultural Property in International Criminal Law: with a case study on the Khmer Rouge's destruction of Cambodia's heritage*, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, s. 102-103.

türlü düşmanca davranıştan kaçınmak suretiyle bu mallara riayeti taahhüt ederler.

2. Bu maddenin birinci fıkrasında açıklanan taahhütler, ancak baskın askerî gereklilik hali zorunlu kıldığı takdirde ihlal olunabilir. ...”

1954 tarihli Sözleşme'nin ardından, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin 1977 tarihli Ek Protokolleri, dini binaların hukuki statüsü konusuna açıklık getirmiş ve söz konusu binaları tarihi veya kültürel değerinden bağımsız olarak koruma altına almıştır. Uluslararası Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunmasına Dair Protokol (Ek Protokol I)'ün 53, Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunmasına Dair Protokol (Ek Protokol II)'ün 16. “Kültürel Malların ve İbadet Yerlerinin Korunması” başlıklı maddelerinde hükme bağlanan yükümlülük aşağıdaki şekildedir:

“Silahlı Çatışma Halinde Kültürel Malların Korunması Hakkındaki 14 Mayıs 1954 tarihli La Haye Sözleşmesinin ve diğer ilgili uluslararası kaynakların hükümlerine hâlel gelmemek üzere aşağıdakiler yasaklanmıştır:

- a) Halkların (insanların) kültürel ve ruhani miraslarını oluşturan tarihi anıtlar, sanat eserleri ya da ibadet yerlerine karşı yöneltilen muhasamat eylemleri (*any acts of hostility*) gerçekleştirmek,
- b) Bu malları askeri çalışmaların desteklenmesi için kullanmak,
- c) Bu tür malları misilleme hedefi haline getirmek.”¹¹

Ek Protokollerin yorumunda kültürel sözcüğünün genel anlamda tarihi anıtları ve sanat eserlerini, ruhani sözcüğünün ise ibadet yerlerini nitelendirdiği kabul edilmektedir.¹² Bu metinlerle birlikte artık birtakım dini binalar tarihi

11 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, Hazırlayanlar: Batur Yamaner, Öktem, Kurtdarcan, Uzun; Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 42 [Batur Yamaner, Öktem, Kurtdarcan, Uzun], Ek Protokol I md. 53.

12 Pilloud, Sandoz, Swinarski ve Zimmer, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Convention of 12 August 1949, Martinus Nijhoff Publishers, 1987 [Pilloud et al.], s. 646; Roger O'Keefe'in, buna alternatif olarak halkların ruhani mirasını oluşturan her ibadet yerinin aynı zamanda onların kültürel mirasını ifade eden tarihi bir bina olduğunu iddia ettiği yönünde: Becerril, *The Meaning and Protection of 'Cultural Objects and Places of Worship' under the 1977 Additional Protocols*, NILR 2012 [Becerril], s. 464; O'Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2006, s. 213.

veya kültürel değerinden bağımsız, içlerinde sivillerin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın; münhasır bir korumaya sahip olmuşlar, ayrıcalıklı bir statüye kavuşmuşlardır. Buna rağmen, bu korumanın dahi bütün ibadet yerleri için geçerli olmayacağı, Protokollerin hazırlanışı aşamasında ifade edilmiştir.¹³

“Diplomatik Konferans sırasında bazı delegeler tarafından ileri sürülen bütün ibadet yerlerini dâhil etme fikri; bu tür binaların aşırı derecede fazla sayıda olması ve çoğu zaman bütün ulusa yayılmamış, yalnızca yerel anlamda tanınan bir kutsallığının olması gerekçe gösterilerek reddedilmiştir. Bu yüzden, maddeye konu yapılar, kültürel değerinden bağımsız bir kutsallığı olan, halkın vicdanını ifade eden yapılardır.”¹⁴

Yukarıda açıklanmış olan, dine hasredilmiş binalar için öngörülen koruma hükümlerinin kapsamını daha iyi kavramak için 1954 La Haye Sözleşmesi ve 1977 Ek Protokollerinde kullanılan sırasıyla “her halkın kültürel malvarlığı için büyük önem taşıyan” ve “halkların kültürel ve ruhani miraslarını oluşturan” ifadelerinin anlamına ve bu terimlerin ne ölçüde çakıştığına değinmek gerekir.

1954 La Haye Sözleşmesi’nde kullanılan ifade Roger O’Keefe’in 1999 tarihli bir makalesinde¹⁵ detaylı bir şekilde incelenmiş; öncelikle “her halkın” (*“of every people”*) teriminin “bütün halkların ortak olarak” mı yoksa “her bir halkın” anlamında mı kullanıldığı konusunda gerek sözleşme metni, gerek hazırlık çalışmaları, gerekse devlet uygulamalarının bir açıklık getirmediği tespit edilmiştir. İkinci olarak O’Keefe, “büyük önem taşıyan” ifadesinin de somut bir ölçü getirmediğini ifade etmiş; söz konusu varlıkların tarihi/sanatsal değerinin tespitinde toplumun ciddi bir kısmı tarafından bilinçli bir şekilde tanınma kriterinin mi aranacağını, yoksa bu yapıların genel anlamda önemli bulunması, takdir edilmesinin yeterli sayılıp sayılmayacağını sorgulamıştır.¹⁶ Sonuç olarak da 1954 tarihli Sözleşme’nin koruma kalkanının seçkin bir grup “süper kültürel malvarlığı” ile sınırlı olmadığını; “her yüksek âkit devletin, kendisi tarafından belirlenecek şekilde, her türlü ulusal kültürel mirasını” ko-

¹³ Bart n. 3, s. 424.

¹⁴ Pilloud et al. n. 12, s. 647.

¹⁵ O’Keefe, “*The Meaning of ‘Cultural Property’ under the 1954 Hague Convention*”, NILR, 1999 [O’Keefe].

¹⁶ Ibid., s. 34.

ruma altına aldığını ifade etmiştir.¹⁷ Her devletin kendi ulusal mirası açısından önemli olan kültürel varlıklarının bu Sözleşme kapsamında olduğu tezinin bugüne kadar herhangi bir şekilde aksi iddia edilmemiştir; buna karşın aynı tezin doğruluğunun 1977 tarihli Ek Protokoller için de kabul edildiği söylenemez.¹⁸

Ek Protokollerdeki “halkların” (“*of every people*”) ifadesinin, doktrinde çoğunlukla, 1954 tarihli La Haye Sözleşmesi’nin geniş kapsamına nazaran çok daha dar, yalnızca sınırlı sayıda çok önemli varlık için kullanıldığı kabul edilmektedir. Örneğin UNESCO’nun Dünya Mirası Listesi’nde de yer alan; Kamboçya’daki Preah Vihear Tapınağı’nın, Afganistan’daki Bamyana Heykelleri’nin veya Vatikan’ın bu türden varlıklar olduğu söylenebilir. La Haye Sözleşmesi’nden farklı olarak Ek Protokollerde “baskın askeri gereklilik” hallerinde dahi hükümden sapma ve bunun sonucunda söz konusu varlıkları askeri hedeflere dönüştürme, onlara herhangi bir şekilde zarar verme imkânının öngörülmemiş olması bu tezi doğrular niteliktedir.¹⁹ Ayrıca Eritre-Etiyopya Talep Komisyonu’nun kısmi kararında:

“... Ek Protokol I’in 53. maddesinin, Atina’daki Akropolis, Roma’daki San Pietro Bazilikası gibi *yalnızca en ünlü birkaç yapıyı özel koruma altına almayı amaçladığı* iddia edildiği tartışmalı geçmiş göz önüne alındığında kullanılabilirliği kesin değildir.”²⁰

O’Keefe 1974-1977 İnsancıl Hukuk Üzerine Diplomatik Konferans’taki tartışmaları ve Uluslararası Kızılhaç Komitesi’nin (ICRC) Protokollere ilişkin yorumunu da nazara alarak 53. ve 16. maddeler çerçevesinde korunması hedeflenen kültürel varlıkların kapsamının, 1954 La Haye Sözleşmesi’nin 1. maddesinde öngörülen kapsamla birebir örtüştüğünü ifade etmiştir.²¹ Bu durumda 53. ve 16. maddelerin Ek Protokollere eklenmesinde gözetilen tek amaç, 1954 La Haye Sözleşmesi’nde detaylı bir şekilde düzenlenmiş olan korumaya kısa bir atıf yapmaktır.²² Ek Protokollerdeki ortak maddenin “Silahlı Çatışma Halinde Kültürel Malların Korunması Hakkındaki 14 Mayıs 1954 tarihli La Haye Sözleşmesinin ...hükümlerine hâlel gelmemek üzere” şeklinde

¹⁷ Ibid., s. 55.

¹⁸ Becerril n. 12, s. 457.

¹⁹ Henckaerts ve Doswald-Beck n. 1, s. 143; Pilloud et al. n. 12, s. 647.

²⁰ Eritre-Etiyopya Talep Komisyonu (Kısmi Karar) Merkez Cephe Eritre’nin Talepleri 2, 4, 6, 7, 8 ve 22 (28 Nisan 2004), para. 113.

²¹ O’Keefe n. 15, s. 32.

²² Ibid.

başlıyor olmasının da bu yorumu destekler nitelikte olduğu iddia edilebilir. Ancak 1954 Sözleşmesi ile 1977 Ek Protokollerinin kültürel varlık ifadesi birebir örtüşüyor olsa dahi bu terimlerin, her halkın kendi kültürel mirası açısından önemli olan varlıkları değil; bütün halkların, toplumların kültürel mirası olacak kadar sınırlı sayıda, özel bir grup varlığı ifade ediyor olması da mümkündür. Ek Protokolün yorumu incelendiğinde görülmektedir ki bu sözleşmelerde “kullanılan terminolojide farklılık olsa da, temel fikrin aynı olduğu”²³ dile getirilmiştir; ancak Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM)’nin *Kordic ve Cerkez* kararında bu ifadeyi:

“... Ek Protokollerin yorumunda, kullanılan terminolojide farklılık olsa da, temel fikrin aynı olduğu; kültürel ve ruhani miras kavramının, değeri coğrafi sınırları aşan, nitelik olarak eşsiz ve bir halkın tarihi ve kültürüyle sıkı bağlar içinde olan malları kapsadığı ifade edilmiştir.”²⁴

şeklinde yorumlamıştır.

Bu tartışmalar 53. ve 16. maddelerdeki “halkların kültürel ve ruhani miraslarını oluşturan” ifadesinin farklı şekillerde yorumlanabileceğini; dolaısıyla “alelade anlam”dan yoksun olduğunu gösterir. Bu durumda Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin yoruma ilişkin maddeleri²⁵ uyarınca, bir andlaşma hükmünün anlamı açık bir şekilde tespit edilemediği durumda, andlaşmanın hazırlık çalışmalarına başvurulabilir. Ek Protokol I’nin 53. maddesi, 1974-1977 Diplomatik Konferans’ında birçok değişiklik geçirmiştir. Metnin ilk halinde, bir ülkenin ulusal mirasını teşkil eden tarihi binalar ve ibadet yerlerine karşı yapılan her türlü düşmanca hareketin yasaklanacağı hükme bağlanmış; sonradan bu ifade “halkların kültürel ve ruhani mirasını teşkil eden ibadet yerleri” olarak değiştirilmiştir.²⁶ 1974-1977 Diplomatik Konferans’ının resmi kayıtlarına göre “halkların” ifadesinin “bir ülkenin” ifadesine tercih edilmesini; 1970’li yıllarda, ulusal kurtuluş hareketleri ile birlikte kendi kaderini tayin hakkının uluslararası hukuk doktrininde bir tür hakim paradigma haline gelmesi ile açıklamak mümkündür. Maddede “halkların” ifadesi kullanılarak, bir ülkedeki baskın kültürün mensupları ile çeşitli ulusal

23 Pilloud et al. n. 12, s. 646.

24 *Savcılık – Dario Kordic ve Mario Cerkez*, İkinci Derece Dairesi Hükmü, EYUCM, 2004 para.91.

25 VAHS md. 31-32.

26 Bart n. 3, s. 424-425.

ve dini gruplar arasında çıkabilecek çatışmaların önüne geçmek amaçlanmıştır. Bu durumda, O'Keefe'in, 1954 La Haye Sözleşmesi'nin 1. maddesindeki kültürel varlık ifadesi ile Ek Protokol I/II'nin 53/16. maddelerindeki ifadenin örtüştüğü yönündeki iddiası haklı çıkmaktadır.

Bütün bu tartışmaların sonucunda anlaşılmaktadır ki insancıl hukuk, ibadet yerlerine, kültürel veya manevi değerlerinden bağımsız, sivil nitelikleri de göz önüne alınarak temel bir koruma sağlamaktadır. Bununla birlikte daha detaylı ve geliştirilmiş bir koruma imkânı sağlayan sözleşmelerin kapsamının belirlenmesinde gerek doktrinde gerek mahkeme kararlarında gerekse devlet uygulamalarında bir birlik görülmemektedir.

2. Koruma rejiminin istisnası olarak “askeri hedef” ve “baskın askeri gereklilik”

1954 La Haye Sözleşmesi'nin 4. maddesine göre devletler, kültürel varlıkları, onların tahribatına veya zararına yol açacak herhangi bir şekilde kullanmaktan ve bu varlıklara karşı yapılan her türlü düşmanca hareketten kaçınılmalıdır; ancak devletler bu yükümlülüklerinden “baskın askeri gereklilik (*imperative military necessity*)” hali zorunlu kıldığı takdirde feragat edebilirler. Bu tür bir feragat imkânının 1977 Ek Protokollerinin ilgili maddelerinde bulunmaması dikkat çekicidir. La Haye Sözleşmesi'ne getirilen 1999 tarihli Ek Protokol'ün 6. maddesinde “baskın askeri gereklilik” hali detaylı bir şekilde açıklanmış, Sözleşme ile tanınmış olan korumanın ortadan kaldırılabileceği haller somutlaştırılmıştır. Buna göre:

“Sözleşme'nin 4. maddesi uyarınca kültürel varlığa karşı saygı gösterilmesini sağlamak amacıyla:

a) Sözleşme'nin 4. maddesinin 2. paragrafı uyarınca baskın askeri gereksinime dayanarak kendi hakkından vazgeçmeye ancak kültürel varlığa karşı düşmanca bir davranışın gösterilmesi için aşağıda belirtilen durumlarda başvurulabilir:

i) Kültürel varlık işlevigereği askeri bir hedef haline gelmişse;

ii) Bu hedefe karşı düşmanca bir tavız sergilemeyle edinilecek askeri üstünlüğe eşdeğer bir üstünlük elde etmenin elverişli başka bir şartı yoksa.... ”

Buna ek olarak 1999 tarihli Ek Protokol'e göre, baskın askeri gerekliliğe başvurma yönündeki bir kararı “ancak büyüklük bakımından bir tabura eşde-

ğer ya da daha büyük bir kuvveti veya şartlar başka türlüüne izin vermediği takdirde daha küçük bir kuvveti kumanda eden bir subay” alabilir ve bu karara bağlı olarak bir hareket geliştirilmesi durumunda saldırıdan önce “şartlar el-verdiği ölçüde ileri düzeyde etkin bir uyarı” yapılmalıdır.

Ek Protokol I’in 53. maddesinde kültürel varlıkların ve ibadet yerlerinin korunması amacıyla getirilen yasaklar için herhangi bir istisnai durum öngörülmemiştir. Bu düzenlemeye göre söz konusu mallar, kullanım/saldırı anının koşullarından bağımsız bir şekilde, her durumda en üst düzeyde korunacak ve bu mallara zarar verilmesine hiçbir şekilde izin verilmeyecektir. Ancak insan-cıl hukuk doktrininde baskın olan görüş; Ek Protokol I’in sivil mallara ilişkin genel korumayı düzenleyen 52. maddesinin “askeri hedef” istisnasının, 53. maddenin yorumlanmasında da kullanılacağını iddia etmektedir.²⁷ 52. mad-denin 2. fıkrasının “askeri hedef”e ilişkin ifadesi şu şekildedir:

“Saldırıları sadece askeri hedeflerle sınırlı olacaktır. Mallar söz konusu olduğunda askeri hedefler, doğaları, konumları, amaçları ya da kullanımları gereği askeri eylemlere etkin bir katkıda bulunan ve tamamen ya da kısmen yok edilmesi, ele geçirilmesi ya da etkisiz hale getirilmesi durumunda, mevcut koşullar altında, kesin bir askeri avantaj sağlayan objelerle sınırlıdır.”

Öncelikle belirtmek gerekir ki 1954 La Haye Sözleşmesi ile 1977 Protokollerinin kültürel varlıklara ilişkin koruma yükümlülüklerinin örtüştüğü görüşünü benimseyenlerin; 1977 Protokollerindeki hükümleri, kültürel varlıklara zarar verme yasağının istisnası olmadığı şeklinde yorumlaması bizzat Protokol metinlerine aykırılık teşkil etmektedir. Şöyle ki, 1977 Protokolleri “Silahlı Çatışma Halinde Kültürel Malların Korunması Hakkındaki 14 Mayıs 1954 tarihli La Haye Sözleşmesinin ... hükümlerine halel gelmemek üzere” ifadesi ile başlamaktadır. Bu ifade göz önüne alındığında, 1954 Sözleşmesi’ndeki baskın askeri gereklilik istisnasının, 1977 Protokollerince öngörülen sistem açısından da söz konusu olacağı iddia edilebilir.²⁸

Bununla beraber, bu hükümlerin kapsamlarının örtüşmediğini kabul edenlerce aksi bir tez ileri sürmek de mümkün olacaktır. Mademki Ek Protokoller kültürel varlıklara ilişkin koruma yükümlülüklerini sivil mallardan ayrı bir maddede hükme bağlamakta ve bu koruma hükümlerinin ihlali durumu için

²⁷ Becerril n. 12, s. 467; Bart n. 3, s. 425.

²⁸ *Savcılık – Pavle Strugar*, Birinci Derece Dairesi Hükmü, EYUCM, 2005 [*Strugar*-Birinci Derece], para. 309.

bir istisna hali öngörmemekte; o halde, bu Protokollerce koruma altına alınan kültürel varlıkların çok sınırlı sayıda ve ciddi öneme sahip varlıklar olduğu düşünülüğünde, Protokollerin ilgili maddelerinin koşulsuz ve istisnasız bir koruma yükümlülüğü yüklediği de kabul edilebilir.²⁹

Son olarak, doktrindeki Ek Protokol I'ın sivil mallara ilişkin genel korumayı düzenleyen 52. maddesinin “askeri hedef” istisnasının, kültürel varlıklar için de uygulama alanı bulması, kanaatimce yalnızca uluslararası ceza hukuku alanında söz konusu olabilir. Şöyle ki, aşağıda da inceleneceği üzere dine hasredilmiş binaların tahribatı ve kasten bu binalara zarar verme eylemleri gerek Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) Roma Statüsü gerekse EYUCM Statüsü tarafından yaptırıma bağlanmıştır; ancak bu düzenlemelerde yaptırıma bağlanan fiiller ile insancıl hukuk alanında yaptırıma bağlanan fiiller bire bir örtüşmemektedir.

Kültürel varlıklara/ibadet yerlerine yönelik saldırı eylemleri ve bu yapılara zarar verilmesi şu ana kadar yalnızca uluslararası ceza hukuku alanında yargılama konusu olmuştur. Ancak bu yargılamalara göre, uluslararası ceza hukuku anlamında bu tür bir fiilin cezai yaptırıma bağlanması; saldırı veya zarar eyleminin “askeri amaçlar için kullanım” istisnasının dışında kalması şartına bağlanmıştır.³⁰ Bu askeri amaçla kullanım kriterinin değerlendirilmesinde de Ek Protokol I'ın 52. maddesinden yararlanılacağı kabul edilebilir.³¹ Dolayısıyla insancıl hukuk alanındaki Ek Protokoller düzenlemesinin istisnasız bir ihlal yasağı öngördüğü düşünülebilecekken; bu durumun tek başına herhangi bir yargı kararına konu olmaması, konu hakkındaki gizemin sürmesine sebebiyet vermektedir.

II. ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNDA “DİNE HASREDİLMİŞ BİNALAR”IN KORUNMASI

Çalışmamın esas konusu olan dine hasredilmiş binalara ilişkin insancıl hukukun öngörmüş olduğu koruma rejimi yukarıda ele alınmıştır. Buna ek olarak, konuyla ilgili mahkeme uygulamalarının uluslararası ceza hukukuna

²⁹ *Savcılık – Enver Hadzihasanovic ve Amir Kubura*, Birinci Derece Dairesi Hükmü, EYUCM, 2006 [*Hadzihasanovic ve Kubura*], para. 61.

³⁰ *Strugar*-Birinci Derece n. 28, para. 310.

³¹ *Savcılık – Pavle Strugar*, İkinci Derece Dairesi Hükmü, EYUCM, 2008, para. 330; *Hadzihasanovic ve Kubura* n. 29, para. 58, 64; *Savcılık – Dario Kordic ve Mario Cerkez*, Birinci Derece Dairesi Hükmü, EYUCM, 2001 [*Kordic ve Cerkez*], para. 361.

alanındaki yargılamalar olduğu göz önüne alındığında, dine hasredilmiş binalara verilen zarar eylemlerini yaptırıma bağlayan uluslararası ceza normlarından da kısaca bahsetmek gerekir.

Öncelikle, ibadet yerlerine verilen zarar eylemlerinin uluslararası ceza hukuku anlamında suç teşkil etmesi için bu eylemin bir silahlı çatışma içinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.³² Bununla birlikte, EYUCM ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi (RUCM) kararlarında, bu tür bir eylemin savaş suçu olarak nitelendirilmesi, eylem ile silahlı çatışmanın arasında bir bağ (*nexus*) olmasına bağlanmıştır.³³ O’Keefe bu bağın eksikliğinin, 2001’de Afganistan’da Taliban birliklerinin Bamiyan Buda Heykellerine yaptığı saldırıların savaş suçu olarak nitelendirilmesine engel olduğunu ifade etmiştir.³⁴ Söz konusu olayda, heykellere yapılan saldırı, Afganistan’ın kuzeydoğusunda sürmekte olan silahlı çatışma içinde gerçekleştirilmemiş olup heykellerin bulunduğu Bamiyan Vadisi ve ülkenin geri kalanı hali hazırda Taliban hükümetinin kontrolü altındadır.

İbadet yerlerine ilişkin saldırıların suç olarak nitelendirilmesinin ilk olarak Ek Protokol I’in 85. maddesi ile söz konusu olduğu ifade edilebilir. Bu hüküm uyarınca:

“... Halkın kültürel ve ruhani mirasını teşkil eden ve, örnek olarak yetkili bir uluslararası örgüt çerçevesinde, özel düzenleme ile özel koruma verimli açıkça tanına tarihi abideler, sanat eserleri veya ibadet yerlerini saldırının hedefi haline getirmek suretiyle, karşı tarafın Madde 53 (b) bendini ihlal ettiğine dair delil olmadığı ve açıkça ilgili tarihi abideler, sanat eserleri ve ibadet yerleri askeri hedeflerin yakın civarında bulunmadığı durumlarda, aşırı tahribata yol açmak ...”³⁵

Protokol’ün ağır ihlali olarak nitelendirilecek ve savaş suçu teşkil edecektir.

Yakın dönemde Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti’nin dağılma-

32 O’Keefe, “*Protection of Cultural Property under International Criminal Law*”, 11 Melbourne Journal of International Law 2, 2010 [O’Keefe-Criminal], s. 4.

33 *Savcılık – Akayesu*, İkinci Derece Dairesi Hükmü, RUCM, 2001, para. 444; *Savcılık – Stakic*, İkinci Derece Dairesi Hükmü, EYUCM, 2006, para. 342; *Savcılık – Kunarac*, İkinci Derece Dairesi Hükmü, EYUCM, 2002, para. 55.

34 O’Keefe-Criminal n. 32, p. 4.

35 Batur Yamaner, Öktem, Kurtarcan, Uzun n. 11, Ek Protokol I md. 85.

siyla birlikte Hırvatistan ve Bosna-Hersek'te gerçekleşen savaşlarda, “düş-man” toplulukların kültürel mirasını yok etmek kastıyla yüzlerce yıllık tarihi camiler, mektepler, kiliseler, manastırlar, kütüphaneler, arşivler ve bunun gibi eserler sistematik ve planlı bir şekilde saldırıya uğramışlardır. Bu tür ihlallerin önüne geçilmesi maksadıyla önce EYUCM ve sonrasında da UCM Statüle-rinde dine hasredilmiş binaların ele geçirilmesi, tahrip edilmesi veya kasten bu yapılara zarar verilmesi cezai yaptırıma bağlanmıştır. Son değişikliği Eylül 2009'da gerçekleştirilen 1993 tarihli EYUCM Statüsü'nün 3. maddesi “savaş kanunları ve teamüllerinin ihlali” başlığı altında ibadet yerlerine ilişkin koru-mayı şu şekilde düzenlemektedir:

“Uluslararası Mahkeme, savaş hukukunu ihlal eden kişilerle il-gili yasal takibatta bulunma konusunda her türlü yetkiyi haizdir. Bu ihlaller, buradakilerle sınırlı olmamakla birlikte, aşağıdaki şekilde-dir:

... (d) Dine, hayır işlerine ve eğitime, sanat ve bilime hasredilmiş binaların, tarihi yapıların ve sanat ve bilim eserlerinin; ele geçirilme-si, tahrip edilmesi veya bunlara kasten zarar verilmesi,...

EYUCM'nin birçok kararında söz konusu maddenin ihlal edilip edilme-diği tartışılırken, dine hasredilmiş binalar ile kültürel varlıklara ilişkin insancıl hukukun öngördüğü yapı ve koruma hükümleri de ele alınmış ve bu hükümler ihlal kararlarına temel teşkil etmiştir.³⁶

Ender rastlanan askeri zorunluluk halleri bir kenara bırakılırsa, silahlı ça-tışma halinde ibadet yerlerine ve kültürel varlıklara verilen zararların çoğu zaman siyasi bir boyutu vardır. Örneğin, Bosna-Hersek'te gerçekleştirilen si-lahlı eylemlerin amacının adeta “Müslüman-Boşnakların orada olmadığını” ispatlamak olduğu söylenebilir.³⁷ Bununla ilgili olarak EYUCM, söz konusu ibadet yerlerinin ele geçirilmesi ve yok edilmesi eylemlerinin belirli bir top-lumun dini kimliğini hedef aldığı ve o kimliği ortadan kaldırmak amacıyla hareket edildiği durumlarda; bu hareketin yukarıdaki maddeye ilişkin verilen ihlal kararına ek olarak, “insanlığa karşı suç” teşkil ettiğini kabul etmek ge-rektiğini ifade eder.³⁸ Ancak “kültürel soykırım” olarak nitelendirilebilecek

36 Örneğin: *Strugar*-Birinci Derece n. 28; *Hadzihasanovic ve Kubura* n. 29; *Kordic ve Cerkez* n. 31.

37 Öktem n. 6, s. 145.

38 *Kordic ve Cerkez* n. 31, para. 207.

bir suçun varlığı bugün gerek mahkeme kararlarınca, gerekse sözleşmelerce açıkça reddedilmektedir.³⁹

UCM Roma Statüsü'nün de "savaş suçları" başlıklı 8. maddesi paralel bir hüküm içermektedir:

"...2. Bu Statünün amacına uygun olarak "savaş suçları" aşağıdaki anlamları taşır:

... (b) Mevcut kurulu uluslararası hukuk çerçevesinde, uluslararası silahlı çatışma halinde uygulanabilecek hukukun diğer şekillerde ihlal edilmesi, şöyle ki;

... (ix) Askeri hedef olmamaları kaydıyla; dine, eğitime, sanata, bilime veya hayır işlerine hasredilmiş binalara, tarihi yapılara, hastanelere ve hasta ve yaralı kişilerin toplandığı yerlere kasten ve doğrudan saldırıda bulunulması,..."

UCM'nin faaliyete girdiği tarihten bu yana konuyla ilgili ilk ve tek uygulama Mali Timbaktu'daki yüzlerce yıllık Sufi türbelerinin tahribatına ilişkindir. Ocak 2012 tarihinde Mali'de, İslamcı Ensar el Din grubunun Timbaktu'daki -UNESCO Dünya Mirası Listesi'ne 1988 yılında kaydedilmiş olan- Sufi türbelerine yönelik gerçekleştirdiği saldırı, Taliban'ın 2001 yılında gerçekleştirdiği Bamiyan Buda Heykellerine yönelik saldırıyı anımsatmaktadır. 1 Temmuz 2012'de UCM Başsavcısı Fatou Bensouda, saldırının UCM Statüsü uyarınca "savaş suçu" teşkil ettiğini ifade etmiştir. Bu açıklamanın ardından, üç hafta sonra, Mali UCM'ne başvuruda bulunmuş ve Başsavcılık Ofisi ön soruşturma işlemlerine başlamıştır.⁴⁰ Dosya halihazırda Başsavcılıkta ön soruşturma aşamasındadır.

SONUÇ

İnsancıl hukuk ve uluslararası ceza hukukunda ibadet yerlerinin korunmasına ilişkin hükümler incelendiğinde görülmektedir ki koruma yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün ihlalinin kapsamı meselesinde gerek devlet uygulamaları gerekse mahkeme uygulamalarında bir birlik bulunmamaktadır. Konuyla ilgili yapılmış bütün andlaşmaların konu ve amacının tespiti amacıyla başlangıç metinlerinin, hazırlık çalışmalarının vs. incelenmesi sonucunda;

³⁹ O'Keefe n. 15, s. 47-51.

⁴⁰ <http://justiceinconflict.org/2012/08/21/prosecuting-crimes-against-cultural-property-in-northern-mali-why-it-matters/> (Son erişim tarihi: 05.02.2015).

kültürel varlıkların ve özelde de ibadet yerlerinin sivil nitelikli mallara tanınan korumanın ötesinde, daha ayrıcalıklı bir şekilde garanti altına alınmak istendiği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda da var olan hükümlerin olabilecek en geniş şekilde, en fazla sayıda kültürel varlığı kapsayacak şekilde yorumlanması, bunlara verilecek zararların önüne geçilmesinde en etkili yol olacaktır.

Bugün de Fatou Bensouda'nın açıklaması üzerine Mali hükümetinin kendiliğinden UCM'ne başvurması ve söz konusu eylemlerin faillerinin cezai yaptırımla yüzleşmesine vesile olması; önemli bir gelişmedir. Yine de söz konusu eylemin bir ceza normunu ihlal ettiğinden hareketle hakkında soruşturma yürütüldüğü göz ardı edilmemelidir. Buna karşın, suç niteliği teşkil etmeksizin, yalnızca insancıl hukuk tarafından öngörülen koruma yükümlülüklerinin ihlalden ötürü de sorumluların yaptırımla yüzleşmesi, ihlallerin önüne geçilmesi anlamında son derece kıymetli olacaktır.

KAYNAKÇA

- 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, Hazırlayanlar: BATUR YAMANER, ÖKTEM, KURTDARCAN, UZUN; Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 42
- EHLERT, *Prosecuting the Destruction of Cultural Property in International Criminal Law: with a case study on the Khmer Rouge's destruction of Cambodia's heritage*, Martinus Nijhoff Publishers, 2013
- HENCKAERTS ve DOSWALD-BECK, Uluslararası Kızılhaç Komitesi - Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku Cilt I: Kurallar, Çeviren ve hazırlayanlar: Öktem, Batur Yamaner, Özbek, Kurt darcan, Uzun, Kaya, Beta Yayıncılık, 2005
- O'KEEFE, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2006
- PILLOUD, SANDOZ, SWINARSKI ve ZIMMER, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Convention of 12 August 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, 1987
- BART, *"The Ambiguous Protection of Schools under the Law of War-time for Parity with Hospitals and Religious Buildings"*, 40 Geo. J. Int'l L. 2, 2009
- BECERRIL, *The Meaning and Protection of 'Cultural Objects and Places of Worship' under the 1977 Additional Protocols*, NILR 2012
- FRANCIONI and LENZERINI, *"The Destruction of the Buddhas of Bamiyan and International Law"*, 14 EJIL, 2003
- KASTENBERG, *"The Legal Regime for Protecting Cultural Property During Armed Conflict"*, 42 A.F.L. Rev., 1997
- O'KEEFE, *"The Meaning of 'Cultural Property' under the 1954 Hague Convention"*, NILR, 1999
- O'KEEFE, *"Protection of Cultural Property under International Criminal Law"*, 11 Melbourne Journal of International Law 2, 2010
- ÖKTEM, *"Silahlı Çatışma Halinde Kültür Varlıklarının Korunması: Bosna- Hersek Örneği"*, Sönmezoğlu, Uluslararası Politikada Yeni Alanlar, Yeni Bakışlar, Der Yayınları, 1998
- PARTSCH, *"Protection of Cultural Property"*, Düzenleyen: Fleck, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, 1999
- VRDOLJAK, *"Intentional Destruction of Cultural Heritage and International Law"*, Multiculturalism and International Law, 2007
- Eritre-Etiyopya Talep Komisyonu (Kısmi Karar) Merkez Cephe Eritre'nin Talepleri

Savcılık – Akayesu, İkinci Derece Dairesi Hükmü, RUCM, 2001

Savcılık – Enver Hadzihasanovic ve Amir Kubura, Birinci Derece Dairesi Hükmü, EYUCM, 2006

Savcılık – Dario Kordic ve Mario Cerkez, Birinci Derece Dairesi Hükmü, EYUCM, 2001

Savcılık – Dario Kordic ve Mario Cerkez, İkinci Derece Dairesi Hükmü, EYUCM, 2004

Savcılık – Kunarac, İkinci Derece Dairesi Hükmü, EYUCM, 2002

Savcılık – Stakic, İkinci Derece Dairesi Hükmü, EYUCM, 2006

Savcılık – Pavle Strugar, Birinci Derece Dairesi Hükmü, EYUCM, 2005

Savcılık – Pavle Strugar, İkinci Derece Dairesi Hükmü, EYUCM, 2008

<http://justiceinconflict.org/2012/08/21/prosecuting-crimes-against-cultural-property-in-northern-mali-why-it-matters/> (Son erişim tarihi: 05.02.2015)

Uluslararası Andlaşmanın İmza İle Onay Arasındaki Hukuki Rejimi

Emre ÖKTEM*

ÖZET

Onay ile yürürlüğe girecek bir andlaşma, ilke olarak imza ile bağlayıcılık kazanmaz. Ancak imza ile onay arasındaki dönemde, kendine özgü bir hukuki rejim geçerli olmaktadır. Bir andlaşmanın görüşmelerine katılıp onu imzalamayan bir devletle, andlaşmayı imzalayıp henüz onaylamayan bir devletin hukuki durumları arasında bazı farklar vardır. İmzacı devletin, bu ara dönemde andlaşmadan kaynaklanan bazı hakları da bulunduğu gibi, bu devlet andlaşma hükümleri ile doğrudan bağlanmasa bile bunların anlamlarını yitirmemeleri için bazı davranış yükümleri altına da girmiştir. Öte yandan, onaylanmamış andlaşmanın bazı hükümleri nitelikleri gereği imza ile beraber derhal yürürlüğe girerler. Andlaşmayı henüz onaylamayan devletin atmış olduğu imza, andlaşmanın dışındaki bir alanda, uluslararası teamül hukukunda da etkiler doğurabilir.

Anahtar kelimeler: Andlaşmalar hukuku, imza, onay, yürürlük, teamül hukuku.

The Legal Status of An International Treaty Between the Signature and Ratification

ABSTRACT

A treaty which shall enter into force by means of ratification is not, in principle, binding on the party following the signature. However, a sui generis legal regime regulates the intermediary period between the signature and the ratification. It exists already certain differences between the legal status of a State which has participated to the negotiations of a treaty and has not signed it and that of another State which has signed the treaty but has not ratified it. The signatory State enjoys certain rights resulting from the treaty, but also assumes certain undertaking of treatment in order not to render the

* Prof. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.

treaty obligations meaningless. On the other hand, certain provisions of an unratified treaty enter into force immediately after the signature, by virtue of their very nature. A State's signature that has not ratified the treaty may produce effect in the establishment of customary international law.

Keywords: Law of treaties, signature, ratification, entry into force, customary international law.

İmza işlemi, andlaşmalar hukukunun tarihinin erken safhalarında taşıdığı önem ve ağırlığı tedricen onay işlemine devretmiştir. Eskiden, andlaşmanın bağlayıcılık kazanması için hükümdarlar ya da usulüne uygun olarak yetkilendirdikleri temsilcileri arasında imza işleminin gerçekleşmesi yeterli sayılırdı. 20. yüzyılın başlarında dahi diktatörlerin andlaşmaları şahsen müzakere ve imza ederek bağlayıcılık kazandırdıkları görülmüştür. Bu gibi usuller zamanla tarihe karışmış ve ulusal anayasaların öngördüğü onay usulü, uluslararası hukuk açısından da olağan uygulama haline gelmiştir¹. Onay ise, geçmişte bugünkünden farklı bir anlama sahipti. 19. yüzyıl doktrin ve uygulamasına göre onay (*ratification*), andlaşmanın kendisinin değil, imza işleminin onayı anlamına gelirdi. Başka bir deyişle, devlet başkanının verdiği tam yetki belgesini haiz temsilci, andlaşmayı müzakere edip imzalar; ardından devlet başkanı, kendi görevlendirmiş olduğu ajanının imzasını teyid ederdi. Yine 20. yüzyılın başlarında andlaşmaların imza değil onay ile bağlayıcılık kazanmasının yaygınlaşması ile birlikte onay işlemi de anlam değiştirerek devlet başkanının imzayı tasdik işlemi olmaktan çıkıp, bütün devletin andlaşma ile bağlanma iradesinin başlıca beyan yöntemi haline geldi². Ancak, andlaşmaların bağlayıcılık kazanmaları için onaylanmalarını gerekli bulmayan ve bağlayıcılık için imzayı yeterli gören görüşler 1930'larda hala tartışma konusuydu³.

Günümüz uluslararası hukukunda, andlaşmaların imza ile bağlayıcılık kazanması istisna, onay veya benzeri işlemlerle bağlayıcılık kazanması ise genel uygulamayı oluşturmaktadır. Onay ile bağlayıcılık kazanacak bir uluslararası andlaşma açısından, imza işlemi ilk bakışta metnin resmileştirilmesi dışında bir işlev üstlenmemekte ve onay sürecinin başlangıç aşamasını oluşturmaktan ileri gitmemektedir. Andlaşmayı imzalamış devlet, henüz bu andlaşma ile

¹ Swaine, Edward T., "Unsigning" in Stanford Law Review, vol. 55, 2003, s. 2066.

² Charme, Joni S., "The Interim Obligation of Article 18 of the Vienna Convention on the Law of the Treaties: Making Sense of an Enigma" in George Washington Journal of International Law and Economy, 25, 1991-1992, s. 85-87.

³ Bkz. Fitzmaurice, F. F. "Do treaties need ratification?" in British Year Book of International Law, 1934, s. 122 is.

bağlı olmadığı gibi, imzasını geri çekme imkânına da sahiptir. Ancak imza, metnin resmileştirilmesinin ötesinde, andlaşmayla akdetme prosedürüne devam etme düşüncesinin ifadesi olarak değerlendirilmeye de müsaittir. Zira devletlerin bir andlaşmayı daha baştan onaylamama art niyetiyle imzalamaları⁴ uluslararası uygulamada nadiren görülen bir olgudur. İmza anında, diğer imzacı devletlerle aynı hareket çizgisinde görünmek isteyen ve şartlar elverdiğinde bu çizgiden sapan bir devletin başlangıçtaki art niyeti anlaşıldığında, bu devlet uluslararası güvenilirliğini yitirebilir. Bu yola başvuran birden fazla devlet olması hali ise, andlaşma müzakereleri esnasında bir tür danışıklı görüş ilişkisi ve gizli bir kısmi ittifakın varlığına işaret eder.

Metni imzalayan devletin, gelecekte andlaşma ile bağlanma vaadinde bulunduğu varsayılmaz, ama en azından bağlanma düşüncesini dışlamadan hareket ettiğini kabul etmek gerekir. Bu düşünce çerçevesinde imzalanmış andlaşmanın onaylanmaması; imzalayan hükümetin sonradan değişmesi ve yeni hükümetin farklı bir dış politika izlemesi, imza anındaki şartların köklü değişikliğe uğraması neticesinde bir ya da birden fazla imzacı devletin andlaşmayı onaylamakta menfaati kalmaması gibi hallerde ortaya çıkabilir.

Aşağıdaki satırlarda sorgulamaya çalışacağımız husus; imza ile onay arasında geçen ve bazen uzun süren dönemde andlaşmanın kimi hukuki sonuçlar doğurup doğurmadığıdır. Başka bir deyişle, bir andlaşmanın görüşmelerine katılıp onu imzalamayan bir devletle, andlaşmayı imzalayıp henüz onaylamayan bir devletin hak ve borçları arasında farklar var mıdır? Uluslararası Adalet Divanı, bu soruya olumlu cevap vermektedir:

4 Örneğin, 10 Ağustos 1920 tarihinde imzalanan Sèvres Andlaşması onaylanmamış ve hiçbir zaman yürürlüğe girmemiştir. Sèvres'in onaylanmamasına yol açan başlıca sebep şüphesiz Ankara Hükümeti'nin başlattığı Kurtuluş Savaşı olmuştur. Ancak, 1. Dünya Savaşı'nın galipleri arasında yer alan ve ganimet paylaşımından memnun olmayan İtalya'nın Sèvres Andlaşması'nı onaylamama art niyeti ile imzaladığı yönünde tahmin yürütülebilir. Keza, savaşın bitimini müteakip iki yıllık beklentinin ardından acil karar verme zarureti de bazı devletleri, onay ihtimalini derinlemesine düşünmeksizin imza atmaya zorlamış olabilir. Venizelos ve Lloyd George bile, daha baştan itibaren andlaşmanın fiilen uygulanamaz nitelikte olduğu yönündeki kaygıları paylaşıyorlardı. (bkz. Fromkin, David, *A Peace to End All Peace, The Fall of the Ottoman Empire and the Creation of the Modern Middle East*, Avon Books, New York, 1990, s. 532, 403-404, 431-432.) Osmanlı Hükümeti ise, Sèvres Andlaşması'na daha tasarı aşamasındayken sert tepki göstermişti. (bkz. "Osmanlı Hükümeti'nin Barış Andlaşması Tasarısına Yanıtı" in Seha L. & Olcay, Osman, *Osmanlı İmparatorluğu'nun Çöküş Belgeleri* Meray, Mondros Bırakışması, Sevr Andlaşması, İlgili Belgeler, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yay. No. 409, Ankara, 1977, s. 7-30.

“İmzacı bir devletin durumu farklıdır. Uluslararası sözleşmelerin imzalanmasının hukuki etkisinin – ki bu etki, esasen, her bir vakaya göre değişkendir- incelenmesine girmeksizin, Divan imzanın, Sözleşme’ye katılmanın ilk safhasını oluşturduğu kanaatindedir. Şurası aşîkârdır ki, onay olmaksızın imza, imzacı devleti Sözleşme’ye taraf yapmaz; bununla beraber onun lehine geçici bir statü kurar. Bu statü, Sözleşme’nin yürürlüğe girmesinden sonra kuvvet ve önem bakımından azalabilir”⁵.

Gerçekten de, andlaşmayı henüz onaylamamış devletin, bu ara dönemde andlaşmadan kaynaklanan bazı hakları da bulunmaktadır. Diğer yandan bu devlet andlaşma hükümleri ile doğrudan bağlanmasa bile bunların anlamlarını yitirmemeleri için bazı davranış yükümleri altına da girmiştir. Devletlerin bireysel hak ve yükümleri meselesinin yanısıra, imza ile onay arasında geçen dönemde, onaylanmamış andlaşmanın bazı hükümleri nitelikleri gereği derhal yürürlüğe girerler. Hatta, bunların imza ile beraber işlerlik kazanmaları andlaşmanın bir gün tamamen yürürlük kazanması için zorunlu olabilir. Nihayet, andlaşmayı henüz –ve belki hiç- onaylamayan devletin atmış olduğu imza, andlaşmanın dışındaki bir alanda, uluslararası teamül hukukunda etkiler doğurabilir.

1. Onay girmeksizin derhal uygulanabilir nitelik taşıyan hükümler

1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin (VAHS), geriye yürümezlik ilkesini düzenleyen 28. maddesi uyarınca, ilke olarak, bir andlaşmanın hükümleri, taraflardan birini, andlaşmanın bu tarafı bakımından yürürlüğe girdiği tarihten önce gerçekleşen bir işlem ya da olgu ya da bu tarihten önce ortadan kalkmış bir durum bakımından bağlamaz. Sözleşme’nin 24§4. maddesi ise, andlaşmanın yürürlüğe girmesinden önce zorunlu olarak ortaya çıkan ve ekseriyetle nihai hükümler arasında düzenlenen bazı usuli meselelere çözüm getirmektedir. Burada cevaplandırılması gereken soru, kısaca şöyle özetlenebilir: Andlaşma’nın yürürlüğe girmesine ilişkin hükümler, andlaşma yürürlüğe girmeden nasıl uygulanabilir?⁶

Benimsenmiş bir andlaşma metni, artık “kabul edilebilir” hale gelir ve devletlerin müteakip safhalarda başvurabilecekleri tek taraflı girişimlere hazır

5 Soykırım Sözleşmesi’ne Çekinceler danışma görüşü, Recueil 1951, s. 28.

6 Villiger, Mark E., Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden - Boston, 2009, s. 347.

olur⁷. Ancak, bir andlaşmanın metnini benimseyen devletin yaptığı, önerilen andlaşma metninin hükümlerini içeren bir belgeyi düzenlemekten ibarettir. Bu aşamada, metnin benimsenmesi lehinde oy kullanmak, devletin andlaşma ile bağlanma niyetini ifade bakımından hiçbir anlam taşımaz ve bu iradenin gelecekte oluşacağı yönünde bir iyi niyet beyanı olarak değerlendirilemez⁸. Metnin benimsenmesi, şüphesiz andlaşmayı bağlayıcı hale getirmemekle beraber, bazı hükümler vardır ki metnin benimsenmesi ile beraber uygulanabilir hale gelirler, hatta gelmek zorundadırlar. VAHS’nden önce andlaşma yapım sürecinin “mekanik” unsurları olarak kabul gören⁹ bu hükümler, metnin tedricen bağlayıcı bir andlaşmaya dönüşmesini mümkün kılmaktadırlar. Bunlar, VAHS’nin 24§4. Maddesi uyarınca, metnin resmileştirilmesine devletlerin rızalarının tespitine, andlaşmanın yürürlüğe giriş tarihi ve usullerine, çekincelere, tevdi merciinin (depoziterin) işlevlerine ve andlaşmanın yürürlüğe girmesinden önce zorunlu olarak ortaya çıkan meselelere ilişkin hükümlerdir. Başka bir deyişle, imza sonrası dönemde devletlerin davranışları, bu hükümlerin uygulanması yoluyla belirlenecektir¹⁰. Bu hükümlerin bir kısmı, imza safhasından önce bile işlerlik kazanmaktadırlar, ki bunların başında zaten imza işlemini konu alan resmileştirmeye ilişkin hükümler gelmektedir. Bu kapsamdaki pek çok hüküm ise, imza ile onay arası safhada anlam kazanmakta ve devreye girmektedir.

Söz konusu hükümler, imzacı devletler lehine hak doğurucu niteliktedir ve onları müzakerelere katılmakla beraber metni imzalamamış devletlerden farklı bir konuma getirmektedir. Uluslararası Hukuk Komisyonu’na göre imzacı devlet, andlaşmayı imzalamakla, genellikle nihai hükümler olarak nitelendirilen usulî hükümlerinin bazıları üzerinde önemli bir etki doğurma hakkına kavuşmakta olup imza; “(andlaşmaya) katılma, çekincelerin kabul edilebilirliği ve (andlaşmanın) yürürlüğe giriş şartları gibi konuların tespitinde belirleyicidir”¹¹.

7 Alland, Denis, *Droit des traités*, in *Droit international public*, sous la direction de Denis Alland, PUF, Paris, 2000, s. 221.

8 Dörr, Oliver & Schmalenbach, Kirsten, (Editors) *Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary*, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg 2012, s. 145.

9 Bkz. (Lord) McNair, *The Law of Treaties*, Clarendon Press, Oxford, 1961, s. 203

10 Bastid, Suzanne, *Les traités dans la vie internationale-Conclusion et effets*, Economica, Paris, 1985, s. 51.

11 Report by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur, Document A/CN.4/63 in *Yearbook of the International Law Commission*, 1953/II, s. 109.

Hangi hükümlerin derhal işlerlik kazandığını belirlemede önerilen teorik bir test, olumsuzlama yöntemini esas almaktadır: Esas itibarıyla andlaşma ile aynı kuralları içeren ve fakat geçerliliğini başka bir hukuk kaynağından (uluslararası örgütün yaptığı bir düzenleme, Birleşmiş Milletler Genel Kurul kararı...) alan bir metinde yer almayan hükümler, bu kapsama girerler Ancak, söz konusu hükümlerin bazıları, andlaşmanın “bütün hayatını” etkileyebilir. Özellikle çok taraflı andlaşmaların tarafları arasında gerçek bir “hukuk topluluğu” söz konusudur. Bu devletler, sadece bazı normlara riayet etmek yükümü altında olmayıp, aynı zamanda andlaşmanın “yönetim”inden sorumlu topluluğun içinde yer alırlar, yani bu hukuki işlemin hayatına ilişkin bütün kolektif kararlara katılırlar¹².

Gerçekten de, VAHS m. 24§4'te kullanılan “andlaşmanın yürürlüğe girmesinden önce *zorunlu olarak* ortaya çıkan meseleler” ifadesi, andlaşmanın yürürlüğe girmesinden sonra da ortaya çıkabilecek olan, çekinceler ve depoziterin (tevdî mercii) işlevleri gibi meseleleri dışlamamaktadır. Bu hükmün gönderme yaptığı, metnin resmileştirilmesi ya da geçici uygulamaya ilişkin kurallar gibi, yürürlüğe girmeden önce de önem ve anlam kazanabilecek olan diğer hükümlerdir¹³.

M. 24 hükümleri, ilk bakışta totolojik görünseler ve andlaşmanın kendisine hatırı sayılır ölçüde serbest düzenleme imkânı bıraksalar da, uygulamada anlam kazanmakta ve kolaylık sağlamaktadırlar. 24. Maddenin 2-4. fıkralarında yer alan yedek nitelikteki kurallar, andlaşma metninin benimsenmesinden sonra taraflar arasında erken safhada uyuşmazlık çıkması halinde kolayca kabul gören çözümler sunmaktadır¹⁴. VAHS m. 24§4'ün gönderme yaptığı, andlaşmanın işleyişine dair hükümler, çoğunlukla tabiatları gereği çekince konulamaz niteliktedir. Gerçekten de, iradelerin beyanı ve uyuşmasını düzenleyen hükümler benimsendikten sonra bir devletin bunları değiştirebilmesine izin verilmesi, bütün ortak irade mekanizmasını ortadan kaldırır. Aksinin düşünülmesi, (örneğin, bir andlaşmanın çekinceleri yasaklayan hükmüne çekince konulabilmesi), mantık dışı sonuçlara götürecektir¹⁵.

VAHS m. 24§4 hükmü, 28. Maddedeki geriye yürümezlik ilkesinin bir

12 Reuter, Paul, “The Operational and Normative Aspects of Treaties” in Israel Law Review, vol. 20, 1985, s. 124, 125.

13 Dörr & Schmalenbach, Vienna Convention on the Law of Treaties, s. 403.

14 Villiger, Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, s. 348.

15 Reuter, The Operational and Normative Aspects of Treaties, s. 127.

istisnasını mı oluşturmaktadır? Aslında, m. 24 hükümlerinin hukuki geçerliliği, andlaşma hükümlerinin geriye yürümesinden ziyade, müzakereci eden devletlerin metnin benimsenmesi esnasında önceden gösterdikleri rızaya¹⁶ ve m. 24'ün bir bütün olarak teamül hukukunu yansıtmaya dayandırılabilir¹⁷. Gerçekten de, Uluslararası Adalet Divanı, Kara ve Deniz Sınırı (Kamerun Nijerya'ya karşı) davasında, VAHS'nin 24. maddesini "genel" bir kural olarak değerlendirmekle¹⁸ bu kuralın teamül hukukunu beyan edici niteliğini kabul etmiş görünmektedir.

Genel olarak m.24§4 hükümlerinin, esasa ilişkin normlara temas etmedikleri ve fakat hukuki işlemin doğumuna ilişkin oldukları görülmektedir. Uluslararası bir örgüt kuran andlaşmalarda, örgütün oluşturulmasını ve işlev görmesini hazırlamak üzere bir komisyonun derhal vücut bulmasını öngören bir hüküm mutaden yer alır. Bu hükümler de, hukuki güçlerini, andlaşma metninin benimsenmesi esnasında gösterilen rızadan alırlar¹⁹. Benzer biçimde, gözlem ve soruşturma hükümleri içeren silah denetimi andlaşmalarının da geçici olarak uygulandığı için, andlaşmanın yürürlüğe girmesinden önce işlerlik kazanması gereken bir hazırlık komisyonunun oluşturulması için gerekli düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir. Böyle bir düzenleme; mali hükümler, usule ilişkin kural tasarıları ve bir sekretaryanın personel ve çalışma ortamına ilişkin hükümler içerebilir. Bazı hazırlık komisyonlarının, VAHS m. 25 (Andlaşmaların geçici olarak uygulanması) temelinde iş görmeye başladıkları gözlemlenmektedir. 1996 tarihli Nükleer Silah Denemelerinin Yasaklanmasına Dair Kapsayıcı Andlaşma'nın oluşturduğu, ayrıntılı soruşturma ve gözlemleme sistemi, dünyanın muhtelif yerlerinde sayısız gözlem istasyonunun kurulmasını gerektirmekteydi. Bu, imtiyaz ve bağımsızlıkları düzenleyen ikili andlaşmaların akdedilmesini de beraberinde getiriyordu. 1996 yılında, imzacı devletler bir karar benimseyerek ek bir andlaşma akdetttiler. Bu andlaşma, imzacı devletler temsilcilerinden oluşan, tüzel kişiliğe sahip bir hazırlık komis-

16 Reuter, *The Operational and Normative Aspects of Treaties*, s. 126.

17 Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, s. 347-348.

18 Kamerun ve Nijerya Arasında Kara ve Deniz Sınırı, İlk İtirazlar, *Recueil*, 1998, s. 294 §31. Divan Hâkimi Kreca, VAHS m. 24§3'e, "genel uluslararası hukuk kuralı" olarak gönderme yapmaktadır. Bkz. Hâkim Kreca'nın Karşıoy yazısı, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme'nin Uygulanması, Bosna-Hersek Yugoslavya'ya karşı, İlk İtirazlar, *Recueil*, 1996, s. 794, § 120.

19 Reuter, Paul, *Introduction au droit des traités*, 3ème édition revue et augmentée par Philippe Cahier, Presses Universitaires de France, 1995, s. 62.

yonu ihdas etmektedir. Komisyon faaliyetleri, andlaşmanın henüz yürürlüğe girmemiş olduğu dönemde özel bir önem kazanmıştır²⁰.

Keza, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kuruluşu da, bir hazırlık komisyonunun ihdas edilmesiyle mümkün olmuştur. Mahkemeyi kuran Birleşmiş Milletler Diplomatik Konferansı'nın Nihai Senedi'nin F Kararı ile oluşturulan komisyon, usul kuralları tasarısını, Mahkeme ile Birleşmiş Milletler arasındaki ilişkileri düzenleyen bir anlaşmayı, mahkemenin merkezine ilişkin bir anlaşmayı, mali düzenlemeleri, Mahkeme'nin imtiyaz ve bağımsızlıklarına ilişkin bir anlaşmayı ve ilk mali yıl bütçesini hazırlamaktan sorumluydu²¹.

Onay gerçekleşmeksizin derhal etki doğuran hükümler, bir arabanın marş motoruna benzetilebilirler. Arabayı asıl hareket ettiren ana motordur, ancak kendi kendine harekete geçemeyen ana motorun çalışmaya başlaması için, marş motorunun önce onu döndürmesi gerekmektedir. Araba harekete geçtikten sonra, marş motoru işlevsiz kalacaktır. Benzetmeyi sürdüreceğiz olursak: Marş motoru mantığı içinde kalan tevdi merciine ilişkin hükümler, andlaşmaya sonradan katılmanın mümkün olduğu ölçüde, onaydan sonra –yani ana motor harekete geçtikten sonra- da işlev görmeye devam edeceklerdir.

2. Andlaşmayı imzalamış ama henüz onaylamamış devletin yükümleri

2.1. İmza ile onay arasındaki dönemde geçerli yükümlerin nitelik ve gerekçesi

Metnin resmileştirilmesi, imza atan devletin andlaşma ile bağlanacağı yönünde bir fikir vermekte, ama bu yönde bir yüküm getirmemektedir. Andlaşma bu safhada bağlayıcı olmamakla beraber, bazı başka hukuki yükümleri beraberinde getirir.²² Bu yükümleri, 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m.18a) öngörmektedir. Bu hükme göre, bir andlaşmayı imzalamış olan devlet, andlaşmaya taraf olmama niyetini izhar etmediği sürece, söz konusu andlaşmayı konu ve amacından mahrum bırakacak eylem ve işlemlerden kaçınmak zorundadır.

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun andlaşmalar hukukuna ilişkin ilk ça-

20 Dörr & Schmalenbach, Vienna Convention on the Law of Treaties, s. 403-404.

21 Final Act of the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on The Establishment of An International Criminal Court, Roma, 17 Temmuz 1998, U.N. Doc. A/CONF.183/10; bkz. <http://legal.un.org/icc/statute/finalfra.htm>

22 Alland, Droit des traités, s. 222.

İşmlerinde, Özel Raportör Brierly, imza ile onay arasındaki yükümlerin hukuki değil ve fakat ahlaki nitelikte olduğu, bu nedenle kodifikasyona müsait bulunmadığı yönünde kaygılarını belirtmişti. Onu izleyen Özel Raportör Lauterpacht ise, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 1953'teki 5. Oturumunda, imzanın "imzacı devletleri onaydan önce andlaşmanın amacıyla bağdaşmaz bir eylemden kaçınma yükümü getirme etkisi" doğurduğuna ve "bu yükümün sadece ahlaki değil ve fakat hukuki bir vazife oluşturduğuna" kani olduğunu beyan etti. Müteakip Raportör Fitzmaurice, Lauterpacht'ın yaklaşımını sürdürdü²³.

VAHS'nin hazırlık çalışmaları esnasında, 1962 yılında Waldock'un sunduğu ilk rapora göre geçici yükümlülükler i) andlaşma metninin benimsenmesinden sonra ii) onaya tâbi andlaşmalar bakımından imza ile onay ya da kabul arası dönem için iii) onaya tâbi olmayan ama ileri bir tarihte yürürlüğe girecek andlaşmalar bakımından, bağlanma rızasının verildiği tarih ile yürürlüğe giriş tarihi arasında ve iv) onaylamış devletler bakımından, andlaşmanın yürürlüğe girmesine kadar geçen dönemde ve yürürlüğe girişin gereksiz biçimde gecikmemesi kaydıyla öngörülmüyordu²⁴. Waldock'un önerilerini benimseyen Komisyon, Tahrir Komisyonu'ndan, konuya ilişkin düzenlemeleri tek bir madde halinde birleştirmesini istedi²⁵. Tahrir Komitesi, geçici yükümlerin kapsamını sadece müzakereye girişmiş devletlere de teşmil etti ve pek çok devletin, itirazlarına rağmen²⁶ söz konusu yüküm 1966 tarihli Nihai Tasarı'ya eklendi, ancak Viyana Konferansı'nda 18. maddeden çıkarıldı. Gerçekten de, henüz müzakere aşamasındaki bir andlaşmanın konusunu tespit etmede karşılaşılabilecek güçlüklerle ilişkin olarak haklı kaygılar dile getirilmişti²⁷.

Zamansal açıdan yükümün başlangıcını oluşturan imza işlemi, nihai anlamda imzadır. Başka bir deyişle, VAHS m. 10b)'nin imzadan ayırd ettiği paraf ve *ad referendum* imza gibi, m. 12'de düzenlenen²⁸ ve devletin andlaşma

23 Bkz. Yearbook of International Law Commission, 1951/II, 70, 73; 1952/II, s. 50; 1953/II, 110; 1956/II, s. 113.

24 DOCUMENT A/CN.4/144, First report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, in Yearbook of International Law Commission, 1962, II, s. 39-53

25 Yearbook of International Law Commission, 1962, I, s. 179.

26 Yearbook of International Law Commission, 1962/II, s. 175; 1966/II, s. 284, 292, 315, 323, 338.

27 Kearney, Richard D., & Dalton, Robert, E., "The Treaty on Treaties" in American Journal of International Law, vol 64, No. 3, 1970, s. 509.

28 Madde 12- İmza ile ifade edilen andlaşma ile bağlanma rızası

1. Aşağıdaki hallerde bir Devletin bir andlaşma ile bağlanma rızası temsilcilerinin imzası ile ifade edilir:

ile bağlanma iradesini ifade eden ve müteakip onay işlemine konu olmayan imza da bu anlamı taşımaz²⁹.

VAHS m.18a) hükmü, andlaşmanın müstakbel tarafları arasındaki uzlaşmayı koruyarak onay zamanı geldiğinde, uzlaşmanın temel gerekçesinin, bağlanma rızasının geçerli konusunu oluşturmak üzere hala var olabilmesini sağlamaktadır. M. 18, rızanın konusu ile beraber, andlaşma yapım sürecinin diğer katılımcılarının, andlaşmayı henüz bağlayıcı biçimde olmasa da kabul eden bir devletin, kabul ettiği konu aleyhine hareket etmeyeceği yönündeki meşru beklentisini korumaktadır³⁰. 1935 Harvard Tasarısı da, diğer imzacı devletlerin meşru beklentilerini koruyan bir geçici yükümlüğün benimsenmesinin arzu edilir olduğunu ifade etmiştir³¹. Meşru beklentiler, şüphesiz, andlaşmanın müzakere tarihinin ışığında, devletlerin uzun vadeli amaçlarını gerçekleştirme amacına yönelik olarak ve her bir vaka için ayrı ayrı değerlendirilmek durumundadır³². Ancak uluslararası ilişkilerin gerçek ortamında imza-onay arası yükümü gündeme geldiğinde, kimi zaman devletlerin boşa çıkan meşru beklentileri ya da kötü niyet kriterlerinden ziyade, geçici dönemde karşılaşılan eylemlerin mazeretsiz ve mahkûm edilebilir oluşu esas alınmaktadır³³.

a- andlaşma, imzanın o etkiye sahip olacağını öngördüğü zaman;

b- görüşmeci Devletlerin imzanın o etkiye sahip olması hususunda mutabık kaldıkları başka türlü tespit edildiği zaman;

c- Devletin imzaya o etkiyi verme niyeti, temsilcisinin yetki belgesinden anlaşıldığı zaman veya görüşmeler esnasında açıklandığı zaman.

2. Birinci paragraf bakımından:

a- bir metnin parafe edilmesi, görüşmeci Devletlerin mutabık kalmaları halinde andlaşmanın imzalamasını teşkil eder;

b- bir andlaşmanın bir devletin temsilcisi tarafından *ad referendum* imzalanması, Devleti teyid ederse, andlaşmanın imzalanmasını teşkil eder.

29 Dörr & Schmalenbach, Vienna Convention on the Law of Treaties, s. 226.

30 Dörr & Schmalenbach, Vienna Convention on the Law of Treaties, s. 219-220; aynı yönde: Villiger, Mark E., Customary International Law and Treaties, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1985, s. 321.

31 Draft Convention on the Law of the Treaties, American Journal of International Law, vol. 29, (Supplement) 1935, s. 780-781.

32 Rogoff, Martin A., "The International Legal Obligations of Signatories to an Unratified Treaty", Maine Law Review, 32 1980, s. 299.

33 Klabbers, J., "How to Defeat a Treaty's Object and Purpose Pending Entry Into Force: Towards Manifest Intent", in Vanderbilt Journal of Transnational Law, vol. 34, 2001, s. 330.

Buradaki yükümün kaynağı *pacta sunt servanda* olamaz, zira andlaşma henüz yürürlükte değildir³⁴. Bu yüküm, esasen teamül hukukuna ve iyi niyet ilkesine dayalı olup³⁵ esasen özerk niteliktedir. Burada, andlaşmanın amacı bir referans noktası olarak alınıp indirgenmiş farklı bir yüküm yoluyla korumaktadır. İlgili devletler, andlaşmaya uymak zorunda değildirler, ama özünü yok etmemek yani yürürlüğe girişini *de facto* anlamsız kılmamak durumundadırlar. Böylece, 18. Maddenin öngördüğü yüküm, esasen bir iyi niyet yükümü olup andlaşmalar hukukunun ve aslında bütün uluslararası hukukun özünde bulunan iyi niyet ilkesinin açık bir tezahürünü yansıtmaktadır³⁶.

Ancak, unutulmamalıdır ki, iyi niyet ilkesi kendi başına bir hukuk kaynağı değildir. Uluslararası Adalet Divanı'nın belirttiği gibi: “iyi niyet ilkesi, hukuki yükümlerin oluşum ve icrasına hükmeden temel ilkelerden biridir”³⁷ ve “başka türlü bir hukuk kaynağı yoksa kendi başına bir yüküm kaynağı değildir”³⁸. Bu itibarla, 18. madde hükümlerinin hukuki dayanağı sorgulanırken, iyi niyet ilkesine ilaveten başka kaynaklar bulmak da zorunlu hale gelmektedir. Burada, *pacta sunt servanda* ilkesinin makale şâmil olarak uygulanması imkânını zorlamak hatalıdır, zira 18. maddenin amacı zaten andlaşmanın yürürlüğe girmedikleri durumları düzenlemektir. Aynı şekilde, 18. Maddenin onay işleminden sonra *ex post facto* olarak devreye gireceğini söylemek bu maddeyi anlamsız kılabilir, zira imza aşamasında bir andlaşmanın yürürlüğe girip giremeyeceği hususu belirsizdir³⁹. Buradaki yükümün kökeni; imzacı devletlerin böyle bir yükümü üstlenmek niyetinde olduklarına dair zımni bir irade uyuşması şeklinde düşünülebilir⁴⁰.

Aşağıda daha ayrıntılı değinilecek olan uluslararası içtihadı bakıldığında söz konusu yükümler; 1969 VAHS'nden önce gerçekleşen Megalidis tahkiminde iyi niyet ilkesine⁴¹ Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın Yukarı Silez-

34 Bkz. VAHS m. 26: “Yürürlükteki (altını çizen E. Ö.) her andlaşma tarafları bağlar ve tarafların onu iyi niyetle icra etmesi gerekir.”

35 Aynı yönde: Combacau, Jean, & Sur, Serge, *Droit international public*, 8ème édition, Montchrestien, 2008, s. 119.

36 Dörr & Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, s. 220.

37 Nükleer Denemeler, *Recueil 1974*, s. 268, § 46;

38 Sınırdı ve Sınırdışı Silahlı Eylemler, Nikaragua Honduras'a karşı, Yetki ve Kabul edilebilirlik, *Recueil*, 1988, s. 105 §94

39 Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, s. 248.

40 Rogoff, *The International Legal Obligations of Signatories to an Unratified Treaty*, s. 289.

41 Megalidis Türkiye'ye karşı, *Recueil des Décisions des Tribunaux Mixtes*, 8, 1928, s. 389.

ya'daki Bazı Alman Menfaatleri kararında ise hakkın suiistimali ve iyi niyet ilkesine⁴² dayandırılmıştır.

İmza ile onay arasındaki geçici yükümün temelini iç hukuklardaki *culpa in contrahendo* doktrinine dayandırmak isteyen görüşler ortaya atılmıştır. Gerçekten de, bir akdin taraflarından birinin müzakereler esnasındaki kınanabilir tutumunun akdin ifasına halel getirmesinden doğan zararların sorumluluğa yol açacağını savunan bu doktrin de, tarafların meşru beklentilerini koruma niyetini esas almakta ve VAHS m. 18'in mantığını hatırlatmaktadır. Bununla beraber, *culpa in contrahendo* doktrini, uluslararası andlaşmaların imzalanması ile onaylanması arasında geçerli olan yükümü temellendirmeye müsait değildir. Gerçekten de, iç hukuklarda *culpa in contrahendo* doktrini müzakere safhasında devreye girerken uluslararası hukukta tartışılan yüküm, müzakereler bittikten sonra, imza ile onay arasında geçerlilik kazanmaktadır⁴³. Andlaşmanın müzakereleri esnasında iyi niyet yükümünün getirilmesi hususu Uluslararası Hukuk Komisyonu'nda tartışılmış, ancak yükümün müzakere safhasına teşmili çok ağır görülerek neticede bu ilke ancak 18. Madde- de öngörülen dönem için kabul edilebilmiştir⁴⁴.

VAHS'nin 18. Maddesinde ifadesini bulacak olan ilkenin teamüli niteliği önceleri tartışmalıydı. Kelsen, bu kapsamdaki yükümlerin "ahlaki olmaktan daha ileri bir nitelik taşıdıklarının pek söylenemeyeceğini" düşünüyordu⁴⁵. Bugün, VAHS hükümlerinin büyük çoğunluğunun uluslararası teamülü yansıttığı noktasında fazla bir tereddüt yoktur⁴⁶. Peki 18. hükmü bu kapsama girmekte midir? 18. Madde hükmünün muğlak oluşu⁴⁷, 1969 VAHS'nin kaleme alınmasından önceki uygulamanın seyrekliği gibi sebeplerle, 18. Maddenin önceki teamül hukukunu kodifiye etmekten ziyade bir tedrici geliştirme⁴⁸ işlemi olduğu ileri sürüldü⁴⁹. Aslında, 18. maddeye dönüşecek hükümlerin

42 Bkz. Yukarı Silezya'da Bazı Alman menfaatleri, 25 Mayıs 1926, Série A, no. 7, s. 30.

43 Charme, The Interim Obligation of Article 18 of the Vienna Convention on the Law of the Treaties: Making Sense of an Enigma, s. 93-96.

44 Yearbook of the International Law Commission, 1965/I, s. 88-91.

45 Kelsen, Hans, Principles of International Law, Second Edition, Revised and Edited by Robert W. Tucker, Holt, Rinehalt and Winston, 1967, s.467.

46 Barboza, Julio, "Le point de vue et le rôle des Etats" in La codification du droit international, Colloque d'Aix-en-Provence, Editions Pedone, Paris, 1999, s. 286.

47 Swaine, Unsigning, s. 2079.

48 Kodifikasyon ile tedrici gelişim (*progressive development*) ayrımı tartışmaları hakkında bkz. Öktem, Emre, Uluslararası Teamül Hukuku, Beta Yay., 2013, s. 374-376.

49 Tartışma için bkz. Dörr & Schmalenbach, Vienna Convention on the Law of Treaties, s. 221;

genel olarak teamül hukukunu yansıttığı fikri 1966'da Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından ifade edilmişti⁵⁰. Rosenne, 18. Maddenin, teamül hukukunu beyan mı ettiği yoksa yeni bir kural mı ihdas ettiği hususunun oldukça tartışmalı olduğunu teslim etmekle beraber, 1986 tarihli “Devletlerle Uluslararası Örgütler Arasındaki veya Uluslararası Örgütlerin Kendi Aralarındaki Andlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Sözleşmesi”ni hazırlayan konferansta esaslı biçimde gözden geçirilmesi gereken maddeler tasarısına alınmadığına dikkat çekmektedir⁵¹.

18. Maddenin, 1969'da oybirliğiyle benimsenmiş olması, içerdiği hükümlerin teamülü yansıtıcı niteliklerini teyid etmektedir. Bir uluslararası sözleşmenin⁵² veya uluslararası örgüt kararının⁵³ teamülü yansıtıcı niteliği irdelenirken, metnin oybirliğiyle benimsenmiş olmasının özel bir önem taşıdığı aşikârdır. 1969'dan günümüze dek VAHS m.18'de düzenlenen konuya ilişkin içtihat, seyrek olsa da tutarlı ve yeknesaktır⁵⁴. Bu itibarla, VAHS m.18'de yer alan hükmün bugün itibarıyla bir teamül kuralını yansıttığı açıkça bu kural aleyhinde ısrarlı itirazcı (*persistent objector*) vaziyeti alan devletler dışındaki bütün devletleri bağladığı görüşü ağırlık kazanmaktadır⁵⁵.

Geçici dönemde bazı sınırlı yükümlerin devletleri bağlamasının temel gerekçesi şudur: Çağdaş andlaşmaların çoğu, imzacı devletlerin tamamının ya da bir kısmının andlaşmayı onaylamasını müteakiben yürürlük kazanacakları-

Glennon, Michael G., “The Senate Role in Treaty Ratification”, in American Journal of International Law, vol. 77 1983 s. 273 is; Charme, The Interim Obligation of Article 18 of the Vienna Convention on the Law of the Treaties: Making Sense of an Enigma, s. 77 is.

50 18. Oturum Çalışmaları Hakkında Uluslararası Hukuk Komisyonu Raporu, Cenevre 4 Mayıs-19 Temmuz 1966, Yearbook of International Law Commission, 1966/ II, s. 202.

51 Rosenne, Shabtai, Developments in the Law of Treaties, Cambridge University Press, 1991, s. 149

52 Bkz. Soykırım Sözleşmesine Çekinceler (Danışma görüşü) Recueil, 1951, s. 23.

53 Bkz. Boyle, Alan, “Soft-Law in International Law-Making” in International Law, Third Edition, Edited by Malcolm D. Evans, Oxford, 2010, s. 134; Paust, Jordan J., “Customary International Law: Its Nature, Sources and Status as Law of the United States” in Michigan Journal of International Law, vol. 12, 1990-1991, s. 74-75; Paust, Jordan J., “Customary International Law: Its Nature, Sources and Status as Law of the United States” in Michigan Journal of International Law, vol. 12, 1990-1991, s. 74-75; Lepard, Brian, D., Customary International Law. A New Theory with Practical Applications, Cambridge University Press, 2010, s. 214.

54 Villiger, Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, s. 252.

55 Charme, The Interim Obligation of Article 18 of the Vienna Convention on the Law of the Treaties: Making Sense of an Enigma, s. 85.

nı öngörürler ve imza ile onay arasında hatırı sayılır bir zaman geçebilir. Kimi uluslararası andlaşmalar, devletlerin iç düzenlerindeki siyasi muhalefet sebebiyle yürürlüğe giremeyebilir ya da ulusal anayasaların öngördükleri onay prosedürünün köhne çarklarına dolanabilirler. Oysa, müzakereler esnasında yakalanan ivme ve oluşturulan işbirliği ilişkileri devam etmek durumundadır. Bu nedenle, müzakere sürecinin başarısının derhal hukuki koruma görmeye ihtiyacı vardır⁵⁶. Onay geciktikçe imza ile onay arasındaki dönemde imzacı devletlerin bazı eylemleri, imzacıların müzakere esnasında vardıkları bu nazik dengeye zarar verebilir. Uluslararası Adalet Divanı'nın Soykırım Sözleşmesi'ne Çekinceler danışma görüşünce tanınan, imzacı devletin imza ile kazandığı hakların⁵⁷, bütün imzacıların ulaştığı hak ve yükümler dengesini sağlayan sürece katılmaya devam etmesini mümkün kılması gerekmektedir⁵⁸.

VAHS m. 18'in benimsediği çözüm, kabul edilmesi mümkün olmayan iki uç yaklaşım arasında bir orta yol bulmuştur. Bu yaklaşımlardan ilki, imzayı resmileştirmeden başka işlevi olmayan bir diplomatik formaliteye indirgerken ikincisi imzaya bağlayıcılık yüklemekte ve onay işlemi formalite saymaktadır. 18. Maddenin seçtiği orta yola göre onay, imza işleminin doğal sonucu ve amacı olarak değerlendirilmekte⁵⁹ ve onay işleminin ihtiyari olması kabul lenilmekle beraber, devletin andlaşmadan tamamen sarfınazar ederek hareket etme serbestisini haiz olmadığını da tespit edilmektedir. Böylece devlet, bu safhada andlaşma bakımından tamamen değil ve fakat "belli bir ölçüde" yüküm altına girmektedir⁶⁰. Gerçekçi olmak gerekirse; imza ile onay arasındaki dönem, istismarlara müsaittir. İmzacılardan biri taahhütleriyle çelişecek bir tutum içine girerse, diğer devletler de onu taklit etme eğilimi gösterebilirler. Bu durumda, taahhütlerine sadık kalan devletler ise mağdur konumuna düşerler. Bu sakıncaların önüne geçmenin yolu, imza ile onay arasındaki dönemde geçici bir yüküm belirlemekle mümkündür. Geçici yüküm, onaylamamakla onaylamak durumları arasındaki farkı azaltarak, istismar riskini de azaltmış

56 M.A. Rogoff, Martin A., & Gauditz, Barbara E., "The Provisional Application of International Agreements", *Maine Law Review*, 3, 1987, s. 31-33.

57 Soykırım Sözleşmesi'ne Çekinceler danışma görüşü, *Recueil* 1951, s. 28.

58 Rogoff, *The International Legal Obligations of Signatories to an Unratified Treaty*, s. 266, 269, 275.

59 Bkz. Report by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur, Document A/CN.4/63 in *Yearbook of the International Law Commission*, 1953/II, s. 110.

60 Charme, *The Interim Obligation of Article 18 of the Vienna Convention on the Law of the Treaties: Making Sense of an Enigma*, s. 90-93.

olur. Şayet imzacı devletlere, taraf devletlerin üstlendiklerine yakın yükümler getirilirse, onaydan kaçınma, yani sadece imzacı olarak statülerini sürdürme eğilimleri de azalabilir. Diğer yandan, bu dönemde getirilen yüküm, imzacı devletlerin birbirlerini denetlemelerini teşvik edeceği için andlaşmanın selameti açısından faydalıdır. Geçici yüküme işlerlik kazandırılması, hangi devletlerin ileride andlaşmaya uymaktan kaçınmaya daha eğilimli olduklarını teşhise de imkân sağlayacaktır⁶¹.

VAHS m.18’de benimsenecek hükmün esasen ikili andlaşmalar açısından geçerli olduğu savunulmuştur. Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun çalışmaları sırasında söz alan Ago’ya göre: “Hükümetlerin itirazları esasen çok taraflı andlaşmalara ilişkindi. Zira, bu tür andlaşmaların söz konusu olduğu hallerde, andlaşmanın benimsendiği ve hatta müzakere edildiği zamanla onaylandığı zaman arasında tek bir devletin andlaşmanın konularını ‘boşa çıkaran’ eylemler gerçekleştirmesi fikrini kabul etmek zordu. Komisyon, (sonra 18. Maddeye dönüşecek) 17. Maddenin taslağını hazırlarken esasen iki taraflı andlaşmaları düşünüyordu.”⁶² Tunkin’e göre ise; “Tahrir komitesine, iki taraflı andlaşmaları çok taraflı andlaşmalardan ayrı tutarak ele almasını tavsiye etmek isabetli olacaktır, zira 17. Maddede öngörülen yükümler, metnin benimsenmesiyle sonuçlanan müzakerelere katılan devletler bakımından bunların ilkinde şüphesiz biçimde uygulanabilir, fakat ikinci tür andlaşmalara uygulanabilirlik, koşullara göre geniş ölçüde değişkenlik gösterebilir⁶³.

Şurası bir gerçektir ki; VAHS m.18 hükmünün lafzı, ikili ve çok taraflı andlaşmalar arasında bir ayrıma gitmemektedir. Sözleşmeyi kaleme alanlar eğer bu yönde bir niyet taşıсалardı, bunu şüphesiz metne yansıtırlardı. Sözleşme’nin hazırlık çalışmalarında bu yönde niyetler dile getirilmiş olsa bile⁶⁴,

61 Swaine, *Unsigning*, s. 2077-2078, 2084.

62 Yearbook of the International Law Commission, 1965/I, s. 92

63 Yearbook of the International Law Commission, 1965/I, s. 93.

64 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, 31/1. maddesinde temel yorum kuralını bildirmektedir: “Bir andlaşma, terimlerine bağlamaları içinde ve andlaşmanın konu ve amacının ışığında verilen olağan anlam uyarınca iyi niyetle yorumlanmalıdır.” Aynı madde, hemen ikinci fıkrasında, “bağlam” kapsamına başlangıç ve ekler dâhil olmak üzere metnin tamamının da girdiğini vurgulamaktadır. Sözleşme’nin 32. maddesi uyarınca, andlaşmaların hazırlık çalışmaları tamamlayıcı yorum araçları arasında yer almaktadır. Tamamlayıcı yorum araçlarına başvurulmadan önce, 31. maddede yer alan genel yorum kuralları uygulanmalıdır. 32. maddedeki tamamlayıcı yorum araçlarına ancak, genel kuralın uygulanması sonucu ortaya çıkan anlamı teyid etmek için ya da bu anlamın bulanık veya mantıksız olması halinde başvurulabilir.

Tahrir Komitesi bunlara olumlu cevap vermemiştir⁶⁵. Yakın dönemde 18. Maddeyi gündeme getiren andlaşmalar arasında insan hakları sözleşmeleri, silahların denetimine ilişkin sözleşmeler, serbest ticaret sözleşmeleri gibi genel uygulamaya yönelik “norm üreten” çok taraflı andlaşmaların da yer aldığı gözlemlenmektedir. Bu itibarla, geleneksel olarak iki taraflı andlaşmalarla ilişkilendirilen geçici yükümlerin, uluslararası hukuk ve uluslararası ilişkilerde daha faydalı bir işlev üstlenebilmeleri, için normatif belgelere ilişkin durumlara uyum gösterecek biçimde yeniden kavramsallaştırılması gerekmektedir⁶⁶.

2.2. İmza ile onay arasındaki dönemde geçerli yükümlerin içeriği

Uluslararası teamül hukukunun, iyi niyet ilkesinden yola çıkarak ürettiği bu davranış yükümünün içeriğini tespit etmek her zaman kolay değildir⁶⁷. Devlet, onay veya benzeri bir usuller yürürlüğe girecek bir andlaşmayı imzaladığı, fakat henüz onaylamadığı bir safhada andlaşma ile teknik olarak bağlı değildir. Ancak, hukuken, bu andlaşmayı hiç imzalamamış bir devletle aynı konumda da değildir. Peki, “andlaşmayı konu ve amacından mahrum bırakacak eylem ve işlemlerden kaçınma” yükümü, hangi eylem ve işlemleri içermektedir? Bunun tespit için, öncelikle andlaşmanın konu ve amacından neyin kastedildiği üzerinde durmak gerekir.

18. maddenin kullandığı “andlaşmanın konu ve amacı” ifadesine, VAHS'nin muhtelif yerlerinde (Başlangıç,m. 2, m. 31) tesadüf edilmektedir. Bu ifade ile kastedilen, imzacı ya da taraf devletlerin bu andlaşmayı akdetmelerine sebep olan gerekçeler ve andlaşmanın devam eden işlevleri ve varlık sebebidir. Bir andlaşmanın genellikle birden fazla konu ve amacı olduğuna göre, 18. Maddenin kastettiği her bir maddenin konu ve amacı şeklinde anlaşılabilir.⁶⁸ Kimi andlaşmaların, konu ve amacın teşhisini kolaylaştıran özel hükümleri vardır ki Birleşmiş Milletler Şartı'nın 1. Maddesi bu duruma örnek gösterilebilir⁶⁹. Andlaşmanın başlığı ya da tipi (örneğin sınır andlaşmaları)

65 Charme, The Interim Obligation of Article 18 of the Vienna Convention on the Law of the Treaties: Making Sense of an Enigma, s. 100-101.

66 Klabbers, How to Defeat a Treaty's Object and Purpose Pending Entry Into Force: Towards Manifest Intent, s. 285-286, 287.

67 Reuter, Introduction au droit des traités, s. 62.

68 Villiger, Customary International Law and Treaties, 321-322.

69 “M. 1: Birleşmiş Milletler'in amaçları şunlardır: (...)”

kendi başına yardımcı olabilir. Tarafların güttükleri amaçları mutaden sıraladıkları yer, andlaşmanın başlangıç bölümüdür⁷⁰.

Andlaşmanın hükümlerinden herhangi bir sapma, andlaşmanın konu ve amacını otomatik olarak ortadan kaldırmaz; aksi halde andlaşma imza ile *de facto* yürürlüğe girmiş ve kendi öngördüğü yürürlüğe giriş işlemleri dolanılmış olurdu. Ortadan kaldırma “eşiği”, andlaşmanın tamamının veya bazı hükümlerinin müteakip uygulamasının anlamsız hale geldiği bir duruma tekabül eder⁷¹. Başka bir deyişle burada, şu söylenebilmelidir: Diğer devletler, bu devletin söz konusu eylem ve işlemleri yapacağını bilselerdi, andlaşmayı akdetmezlerdi. Söz konusu eylemlerin tespitinde önerilen bir kriter de bunların “geriye dönüşü imkansız” nitelikte olmalarıdır⁷².

Harvard Tasarısı’nda, andlaşmayı konu ve amacından mahrum bırakan eylem ve işlemlere şu örnekler gösterilmiştir: 1) Bir andlaşma, imzacı devletin sınırındaki belli bir yeri tahkim etmeyeceği ya da bu bölgedeki bir araziye askerden arındıracağını öngörmektedir. İmzacı devlet, onay işleminden önce ilgili bölgede, yasaklanmış istihkâmları inşa eder ya da silahlarını artırır. 2) Bir andlaşma, imzacılardan birinin kamusal bir arazisini bir diğerine devre-deceğini öngörmektedir. İmza ile onay arasındaki dönemde, imzacı devlet, arazisini bir başka devlete devreder⁷³. 3) Andlaşma, imzacı devletlerden birinin, başka bir imzacı devletten haksız biçimde aldığı bazı malların iadesini öngörmektedir. Onay beklenirken, imzacı devlet söz konusu malları tahrip veya bunlar üzerinde tasarruf ederek iadeyi imkânsız kılar. 4) Bir andlaşma, imzacılardan birinin, kendi ülkesindeki nehir üzerinde diğer imzacı devlet vatandaşlarının seyrüsefer hakkını tanımaktadır. Ancak, hemen imzanın ardından bu devlet nehirde seyrüseferi zor ya da imkânsız kılan eylemlere girişir. 5) Andlaşma hükmünce imzacı devletlerin bazıları ya da hepsi tarifelerini indirme hususunda mutabık kalır, ama onay beklenirken imzacı devletlerden biri

⁷⁰ Dörr & Schmalenbach, Vienna Convention on the Law of Treaties, s. 232.

⁷¹ Dörr & Schmalenbach, Vienna Convention on the Law of Treaties, s. 233.

⁷² Turner, Robert F., “Legal Implications of Deferring Ratification of SALT II” in Virginia Journal of International Law, vol 21/4, 1981, s. 764

⁷³ Bu ihtimali irdeleyen McNair’e göre; araziye devralan devlet, onay belgelerinin değişiminden önce arazinin bir kısmının üçüncü bir devlete temlik edildiğini biliyor ve buna rağmen onay işlemini tamamlıyorsa, mesele ortadan kalkar. Onay belgelerinin değişiminden önce üçüncü devlete temlik problemini bilmiyorsa; pazarlık ettiği şeye kavuşamadığı gerekçesiyle andlaşmayı reddedebilir, veya araziye muhafaza edip diğer âkit devletin imza ile onay arasındaki yükümlünü ihlal ettiği gerekçesiyle bu devletten tazminat talebinde bulunabilir. Bkz. McNair, The Law of Treaties, s. 203.

tarifelerini yükseltir. 6) Andlaşma, imzacılardan birinin bir diğerine bir orman ya da madenin ürünlerinden belli bir miktarı ihraç edeceğini öngörmektedir. Andlaşma yürürlüğe girmeden imzacı devlet bu orman ya da madeni tahrip eder, ya da yükümünü yerine getirmesini imkânsız kılacak şekilde üretimi azaltacak eylemler gerçekleştirir. 7) Bir andlaşma, taraf devletlerin bazı malları sadece belli devletlerden ithal edeceklerini öngörebilir. Bu andlaşmanın yürürlüğe girmesinden önce imzacı devletlerden birinin söz konusu malları, üçüncü devletlerden bol miktarda ithal etmesi konu ve amaca aykırı olur.⁷⁴

Uluslararası Hukuk Komisyonu 1965'te iki örnek üzerinde durmuştur: i) Bir andlaşma, başka bir devlet ülkesinden alınmış sanat eserlerinin iadesini öngörmektedir. Onaydan önce imzacı devlet sanat eserlerini tahrip eder ya da tahribine izin verir. ii) Bir andlaşma, imzacı devletlerden birinin bazı tesislerinin diğer bir devlete devredilmesini öngörmektedir. Devreden devlet, tesisleri tahrip eder ya da tahriplerine izin verir.⁷⁵

Doktrinde verilen başka örneklerle göz atılacak olursa: ABD ve Kanada, belli bir bölgede yok olma tehlikesiyle karşı karşıya bulunan bazı balık türlerinin avlanmasını düzenleyen Doğu Kıyısı Balıkçılık Alanı Kaynakları Anlaşması'nı 29 Mart 1979'da imzaladıktan sonra ve fakat geciken onaydan önce, bu türleri yoğun biçimde avlamaya girişselerdi, anlaşmanın amaç ve ruhuna aykırı davranmış olurlardı. Ancak böyle bir davranış, anlaşmanın kendisini ihlal etmezdi, çünkü tartışılan dönemde anlaşma yürürlükte değildi ve bağlayıcı hükümlere kaynak oluşturmuyordu⁷⁶.

Bir silahsızlanma andlaşması, taraflara ordularını 1/3 oranında azaltma yükümü getirmiştir. Andlaşma yürürlüğe girmeden, imzacılardan biri ordusunu büyütür. Görüldüğü gibi, buradaki yükümler, esasen olumsuz yükümler olup devletin 18. Madde anlamında olumlu bir yükümlerle karşılaşması nadiren gerçekleşebilir. Verilen üçüncü örnek bağlamında, devletin, söz konusu orman ya da maden ürünlerinden ileride yapacağı ihracatı tehlikeye atmamak için buraların bakımını sağlaması, böyle bir hal oluşturabilir. Her halükârda, olumlu edimlerin andlaşma yükümü sayılmaları düşünülemez, aksi takdirde andlaşmanın yürürlüğe girişi kavramı hukuki önem ve anlamını yitirecektir.⁷⁷

74 Draft Convention on the Law of the Treaties, American Journal of International Law, vol. 29, 1935, s. 782

75 Yearbook of the International Law Commission, 1965, I, s. 92 (R. Ago'nun müdahalesi)

76 Rogoff, The International Legal Obligations of Signatories to an Unratified Treaty, s. 269, 265.

77 Villiger, Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, s. 248-249, 250.

Klabbers, imza ile onay arasındaki dönemde bir devlet davranışının andlaşmanın konu ve amacının ortadan kaldırıp kaldırmadığını sınamak üzere üç farklı test önermektedir: i) Objektif teste göre, andlaşmanın hala icra edilebilir olup olmadığına bakılmalıdır. ii) Birinci sübjektif teste göre, konu ve amaçla çelişen tarafın niyetine bakılmalı iii) ikinci objektif teste göre zarara uğrayan tarafın meşru beklentilerine bakılmalıdır. Farazi bir senaryo üzerinden gidilecek olursa: A devleti, B devleti ile imzaladığı bir andlaşma hükmünce, kendisine ait bir ülke parçasını B'ye devredilecektir. Onaydan önce A, bu ülke parçasında birkaç nükleer deneme gerçekleştirmiştir. Burada her üç test de aynı sonuca götürecektir: Andlaşma, başlangıçta öngörüldüğü biçimde icra edilemez, zira konusu zarara uğramış ve değişmiştir. İkinci teste göre ise, A'nın eylemlerinin tesadüfi olduğu söylenemez ve bu devlet andlaşmanın konu ve amacını bilerek yok etmeye çalışmakla itham edilebilir. Nihayet, üçüncü teste göre B'nin meşru beklentileri yerine gelememiştir, zira andlaşmanın konusunun değeri azalmıştır. Söz konusu ülke parçasının tabii bir afeate uğraması halinde ise; andlaşma yine tasarlandığı biçimiyle uygulanamaz haldedir, ama bunda A'nın bir kusuru yoktur. Bu halde de B'nin meşru beklentilerinin karşılıksız kaldığı doğrudur, ama A'dan B'nin uğradığı zararları tazmin etmesini beklemek pek de dürüst bir yaklaşım olmayacaktır. Aslında, burada A'nın meşru beklentileri de karşılıksız kalmıştır. Burada, niyet ya da meşru beklentilere dayalı sübjektif testler aynı sonucu verdiği gibi, objektif test de fazla bir yardım sağlamamaktadır, zira taraflardan herhangi birinin kasıtlı davranışı söz konusu değildir. Peki, imzalanmış ve fakat onaylanmamış andlaşmanın konusu, işkencenin yasaklanması gibi kritik bir konu olsaydı ne olacaktı? Arada geçen dönemde, imzacı devletin işkence uygulamaları yapmasına uygulanacak sübjektif testlerin her ikisi de aynı sonuca götürecektir. Zira burada hem devletin bilinçli niyeti, hem de bireylerin meşru beklentilerinin karşılanmaması söz konusudur. Buna mukabil, objektif test ışığında devletin 18. Maddeyi ihlal ettiği söylenemez, çünkü bir ya da birkaç işkence vakası andlaşmayı konu ve amacından mahrum bırakmaz. Önerilen testlerin sorunu çözememelerinin karşısında başka bir kriter öne sürülmüştür: İmza ile onay arasındaki davranışların hukuka aykırılıklarından söz edebilmek için bunların andlaşmanın konu ve amacını yok etmeleri değil ve fakat yürürlüğe girmesi umulan andlaşma hükümlerini doğrudan ihlal etmeleri aranmalıdır. İlk bakışta tatmin edici görünen bu çözüm ise, dolaylı olarak, andlaşmanın onaydan önce imzayla yürürlük kazanmasına sonucuna götürmektedir⁷⁸.

78 Klabbers, How to Defeat a Treaty's Object and Purpose Pending Entry Into Force: Towards Manifest Intent, s. 291-294.

Bastid'e göre, bir devletin, imzaladığı bir andlaşmanın yürürlüğe girmesinden önce bu andlaşma hükümleriyle çelişen ikinci bir andlaşmayı başka bir devletle akdetmesi, VAHS m. 18. Hükümünü ihlal ederek devletin sorumluluğuna yol açacaktır⁷⁹.

İmzacı devletin imza ile onay arasında bazı yükümler altında olması, şüphesiz, andlaşmanın onaydan önce yürürlüğe girmesi ile eşdeğerli değildir. Nitekim Uluslararası Daimi Adalet Divanı, Oder Nehri Uluslararası Komisyonu'nun Ülkesel Yetkisi davasında, Polonya'nın imzaladığı ama onaylamadığı Uluslararası Önem Taşıyan ve Ulaşımında Kullanılan Su Yollarının Rejimine Dair Barselona Sözleşmesi'nin, bu devlete karşı ileri sürülemeyeceğini, zira “ Barselona Sözleşmesi'nin onaylanmasının fuzuli bir işlem olduğunun ve söz konusu Sözleşme'nin (...) onaydan bağımsız olarak etki doğurması gerektiğinin kabul edilemeyeceğini” tespit etmiştir⁸⁰. Keza, Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı kararında Uluslararası Adalet Divanı, Federal Alman Cumhuriyeti'ni, imzaladığı ve fakat onaylamadığı Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi hükümleriyle bağlı saymayı reddetmiştir⁸¹.

VAHS'nin 18. maddesi, andlaşmanın konu ve amacıyla çelişen eylem ve işlemleri destekleyen ya da bunlara rıza gösteren imzacı ya da taraf devletlerce ileri sürülemez. Aksini düşünmek, *venire contra factum proprium*⁸² ilkesine ters düşecektir⁸³.

2.3. İmza ile onay arasındaki dönemde geçerli yükümlere ilişkin içtihat, andlaşma hükümleri ve diğer emsaller

İmza ile onay arasındaki dönemde geçerli yükümlere dair örneklerle 19.yüzyılda akdedilmiş andlaşmalarda tesadüf edilmektedir. Örneğin 1885

79 Bastid, Suzanne, Les traités dans la vie internationale-Conclusion et effets, s. 50.

80 Oder Nehri Uluslararası Komisyonu'nun Ülkesel Yetkisi, 10 Eylül 1929, Série A no. 23, s. 21.

81 Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı, Recueil, 1969, s. 3 is. Davada Danimarka ve Hollanda, 1958 Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'ni hazırlayan konferansta Almanya'nın 6. maddeye itiraz etmediğine ve bu maddeye çekince bile koymaksızın Sözleşme'yi imzaladığına, hatta onaylama niyetini de bir ara ifade ettiğine dikkat çekmişlerdir. Hollanda ve Danimarka, bu olgulardan, Almanya'nın Sözleşme'yi imzalamamasına rağmen Sözleşme'de yer alan yükümleri tek taraflı olarak kabul ettiği ve öngörülen rejimi kıta sahanlığının sınırlandırılması bakımından tanıdığı sonucuna varmışlardır. (bkz. Recueil, 1969, s. 25 § 27.) Divan, bu yaklaşıma itibar etmemiştir.

82 *Venire contra factum proprium nemini licet*: Kimseye kendi fiiliyle çelişme imkânı verilmez. Bkz. Erdoğan, Belgin, (derleyen) Hukukta Latince Teknik Terimler, Özlü Sözler, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2004, s. 135.

83 Villiger, Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, s. 248.

Berlin Genel Senedi'nin 38. Maddesine göre: “ Bu arada işbu Genel Sened'in imzacı devletleri, söz konusu Sened'in hükümlerine aykırı olabilecek hiçbir tedbir almamayı taahhüt ederler”⁸⁴.

1868 Ignacio Torres Tahkiminde ABD ile Meksika arasındaki Guadalupe Hildago Andlaşması'nın imzalanması ile onaylanması arasındaki dönemde Amerikan birliklerinin Meksika'daki Zacualtipan kasabasını tahrip etmesi dava konusu edilmiştir. Davada tek hakem olan Francis Lieber, zarar gören tarafın tazminat taleplerini reddetmiştir:

“Bir barış andlaşması imzalanıp da henüz onaylanmadığı dönemde durum nasıldır? Pek çok yetkin yazarın kanaatine göre barış, muharip güçlerin, ya da ulusal hukuklar uyarınca yegâne onay yetkisine sahip olan makamların onaylaması ile değil ve fakat imza ile *de jure* başlar. Ancak bu husus, kayıtsız şartsız olmaktan uzaktır. Şayet bir barış andlaşması, onaylanacağı yönünde mutlak bir inançla imzalanmışsa ve muharip güçlerden biri daha sonra, devretmesi gereken bir bölgede onaydan öne arazi devirlerinde bulunmuşsa, bu işlem her namuslu hukukçunun nazarında hileli ve batıl bir işlemdir. Fakat bir barış andlaşmasının onaylanana kadar mutlak bir barış oluşturmadığı ve onaylayacak makamın, daha önce bu haktan feragat etmemişse, onaylamayı reddetme yetkisi bulunduğu hususları genel kabul görür.”⁸⁵

Kararda hakemin, imza ile onay arası yükümleri ilke olarak kabul ettiği ve fakat barış andlaşmalarının kendilerine özgü nitelikleri gereği farklı bir çözüme gittiği görülmektedir. Gerçekten de, onay ile yürürlüğe girecek bir barış andlaşmasında öngörülen yüküm, muhasamata son vermekten ibaretse, bunun ancak onay ile geçerlilik kazanabileceği ve öncesinde çatışmalara son vermeyeceği açıktır. Andlaşmada arazi devri gibi meselelere dair başka hükümler varsa, bunların imza ile onay arası dönemde gerçekleşen eylem ve işlemlerle konusuz bırakılmasının mümkün olabileceği hususuna hakem de işaret etmekte ve bu tür işlemleri iyi niyet ilkesine aykırı saymaktadır.

84 Bkz. Israel Fred. L. (ed.), *Major Peace Treaties of Modern History, 1648–1967*, with an Introductory Essay by Arnold Toynbee, Vol. II, Chelsea House Publishers, New York, 1967, s. 1098.

85 Ignacio Torres v. The United States, in J. Moore, *International Arbitrations*, 1898, s. 3800-3801; nakleden: Rogoff, *The International Legal Obligations of Signatories to an Unratified Treaty*, s. 279-280.

İmza ile onay arasındaki yükümler problematiği, 19. Yüzyıl diplomatik pratiğine de yansımıştır. İngiltere ile Honduras Cumhuriyeti arasında imzalanan ve fakat henüz onaylanmayan, bir andlaşma hakkında Kraliçe'nin hukuk danışmanlarının verdiği raporda; imzacı tarafın, andlaşmanın yürürlüğe girmesi halinde diğer imzacının girişebileceği herhangi bir eyleme engel olacak davranışlardan kaçınması gerektiği vurgulanmaktadır. Danışmanlara göre:

“Andlaşma'nın onaylanmasının mütalaa edildiği esnada, Majesteleri Kraliçe'nin, Andlaşma'nın hükümlerinden herhangi birine halel getirecek bir işlemi yapması doğru olmaz”⁸⁶

18. maddede yer alan kuralın kökenleri, gerçek anlamda, Versailles andlaşmasının 1919'da imzalanması ile 1923'te yürürlüğe girmesi arasında geçen dönemdeki statüsüne ilişkin olarak şekillenmiştir. Bu dönemde, Polonya ve Danimarka mahkemeleri, Versailles Andlaşmasını yürürlüğe girmeden uygulamışlardır.⁸⁷ Söz konusu kuralın ipuçları, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nden önce Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın içtihadında da okunmaktadır. Yukarı Silezya'daki Bazı Alman Menfaatleri davasında, Polonya, Almanya'nın Polonya egemenliğine geçecek bir bölgedeki malları, bu malları iktisap etmek üzere kurulmuş bir şirkete devretmesinin 1919 tarihli andlaşmayı ihlal ettiğini ileri sürmüştü. Polonya'nın dayandığı, Versailles Andlaşması'nın 256. Maddesine göre: “Alman arazisini devralacak devletler, buralarda yer alan ve Alman İmparatorluğu'na ait bulunan bütün emlakı (...) iktisap ederler (...)”. Andlaşma, Almanya tarafından 28 Haziran 1919'da imzalanmış ve 20 Ocak 1920'de onaylanmıştı. İhtilaflı malların devrini öngören satış mukavelesi, 24 Aralık 1919'da, yani imza ile onay tarihleri arasında akdedilmişti. Ancak, alman hukuku uyarınca devir işlemi 28-29 Ocak 1920'de, yani Versailles Andlaşması yürürlüğe girdikten sonra yapılmıştı.

Devrin, Versailles Andlaşması'nın 256. Maddesini ihlal etmediğine hükmeden Divan'a göre:

“Almanya, egemenliğin etkili biçimde devrine kadar malları üzerinde tasarruf hakkını muhafaza etmiştir ve malların devrine andlaşmanın ihlali niteliğini verebilecek olan husus, bu hakkın suiistimali ya da iyi niyet ilkesine saygı gösterilmemesi olabilir; böyle bir suiistimalin ise karine yoluyla kabulü mümkün olmayıp ispat

86 Report by the Attorney-General and the Queen's Advocate dated 15 May 1857, FO. 83.2242; nakleden: McNair, *The Law of Treaties*, s. 201.

87 Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 1985, s.315.

külfeti, bunu iddia edene düşer. (...) Bu itibarla Divan, andlaşmanın onaylanmasından sonra, Divan'ın kanaatine, Almanya'ya böyle bir devirden kaçınma yükümü taşımadığı için, imzalanmış olan andlaşmanın yürürlüğe girmesinden önce devir işlemi yapılmış olması hususunun da iyi niyet ilkesinin bir ihlali olarak değerlendirilemeyeceğini tespit etmekle yetinebilir. (...) Bu şartlar altında, andlaşma onaylandıktan sonra imzacı tarafların andlaşmanın icrasına halel getirecek eylem ve işlemlerden ne dereceye kadar kaçınma yükümü altında oldukları meselesini Divan'ın incelemesi gerekli değildir"⁸⁸.

Bu kararda Divan'ın, imza ile onay arasında devletlerin bazı yükümleri olabileceğini ilke olarak kabul ettiği, ancak bu yükümlerin ihlaline hükmedebilmek için imzacı devletin kötü niyetle hareket etmiş olmasını aradığı sonucuna varılabilir. Ancak Divan, mevcut vakada bu kötü niyeti tespit etmemiş ve ihtilaflı kaçınma yükümünü tanımlamaktan kaçınmıştır.

Aynı konu ile ilgili olarak Polonya Yüksek Mahkemesi, 1923 tarihli Von Bismarck davasında, Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın aksi istikametinde karar vermişti. Divan'a göre Prusya Hazinesi'nden bireylere mal devri, Versailles Andlaşması'nın "hükümlerine ve ruhuna" aykırıydı. Yine 1923 tarihli Schwerdtfeger davasında ise Danimarka'da bir bölge mahkemesi, benzer nitelikteki bir mal devrinin Versailles Andlaşması'nda öngörülen müstakbel ülke devrinin anlamını etkileme veya zayıflatma amacını taşıdığını tespit etmişti⁸⁹.

Bu dönemde, imza ile onay arasındaki yükümlere, andlaşmalarda da yer verildiği görülmektedir. 1919 tarihli Silah ve Cephane Ticaretinin Denetimi Sözleşmesi'nin Protokolüne göre:

“Sözleşmenin imzalanması anında, (...) aşağıda imzası bulunan tam yetkili temsilcilerin her biri kendi hükümeti adına; Sözleşme'nin yürürlüğe girmesi beklenirken, âkit devletlerden birinin hükümlerine aykırı bir tedbir almasını yüksek âkit tarafların niyetlerine ve Sözleşme'nin ruhuna aykırı addedeceklerini beyan ederler”⁹⁰.

88 Bkz. Yukarı Silezya'da Bazı Alman menfaatleri, 25 Mayıs 1926, Série A, no. 7, s. 30, 39-40.

89 Bkz. Polish State Treasury v. Von Bismarck (1923); in Annual Digest of Public International Law, 1923/24, (editörler: J. F. Williams & H. Lauterpacht,) 1933, s. 80; Schwerdtfeger v. Danish Government (1923), aynı kaynak, s. 83; nakleden: Charme, The Interim Obligation of Article 18 of the Vienna Convention on the Law of the Treaties: Making Sense of an Enigma, s. 81.

90 Bkz. Dörr & Schmalenbach, Vienna Convention on the Law of Treaties, s. 222.

1922 tarihli Donanma Silahlanmasının Sınırlandırılmasına Dair Washington Andlaşması'nın 19. Maddesine göre:

“Birleşik Devletler, İngiltere İmparatorluğu ve Japonya, işbu Andlaşma'nın imzalanması anında istihkâmlar ve deniz üslerine ilişkin *status quo*'nun, aşağıda belirtilen ülkelerinde ve bölgelerinde muhafaza edileceği hususunda anlaşmışlardır.⁹¹

Bu tür andlaşma hükümlerinin varlığı, mevcut bir teamül kuralının andlaşmalarda teyid edilmesi şeklinde yorumlanabileceği gibi, aslında böyle bir teamül kuralı henüz oluşmadığı için andlaşmada özellikle vurgulanması gerektiği yönünde de anlaşılabilir. Bir dizi andlaşmada yer alan müşterek hükümlerden bir teamül kuralının varlığı çıkarsanırken, bazı noktalara dikkat edilmelidir: Böyle hükümler, ilgili kural hakkında taraf devletlerin *opinio juris*'inin varlığını ortaya koyabilecekleri gibi devletlerin sadece andlaşma normlarıyla bağlanma iradelerini de ifade edebilirler⁹². Keza, müşterek hükümler, tekdüze bir biçimde uygulanan teamül kuralının tezahürü olabileceği gibi, hükmün içerdiği kuralın teamüle dönüşmediğine de işaret edebilir. Zira bu yönde bir genel teamül kuralı zaten mevcut olsaydı, devletler bu kuralı ikili andlaşmalarında tekrarlamak zorunda kalmazlardı denebilir. Her bir andlaşmada, tartışılan maddenin bir kuralı mı teyit ettiğini, yoksa bir kurala ayrık hüküm mü getirdiğini ayrı ayrı incelemek gerekecektir⁹³. Kaldı ki; I. Dünya Savaşı'nı müteakip dönemde, imza ile onay arasındaki yükümlere dair andlaşma emsalleri sınırlıdır.

Yine aynı dönemde, Megalidis Türkiye'ye karşı davasında Muhtelit Mahkeme, imzacı devletin imza ile onay arasındaki yükümlerini kabul etmiştir. Olayda, Türk makamlarının 14 Ağustos 1923 tarihinde, yani imzadan sonra ve fakat yürürlükten önce bir Yunan vatandaşına ait bazı malları müsadere etmesi söz konusuydu. Davacının dayandığı Lozan Barış Andlaşması'nın 65§1. Maddesine göre:

“29 Teşrini evvel 1914 tarihinde Düvel-i müttetika tebaası olan eşhasa ait olup işbu muahedenin mevki-i icraya vaz'ı tarihinde Türk kalacak arazi üzerinde halen mevcut ve kabil-i teşhis olan emval,

91 Bkz. League of Nations Treaty Series, 25, s. 1663.

92 Czaplinski, Wladyslaw, “State Succession and State Responsibility” in Canadian Year Book of International Law, Vol. 28, 1990, p. 341.

93 Giuliano, Mario & Scovazzi, Tullio & Treves, Tullio, Diritto internazionale/I. La società internazionale e il diritto, seconda edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1983, s. 303.

hukuk ve menafî, bulundukları hal üzere, menlehülhaklarına derhal iade olunacaktır”.

Muhtelit Mahkeme, Lausanne Andlaşması hakkında şu ifadelere yer vermiştir:

“Andlaşmanın imzalandığı andan yürürlüğe girmesine kadar, âkit devletler, andlaşma hükümlerinin işlerlik kazanmasına halel getirebilecek hiçbir şey yapmama yükümü altındadırlar”⁹⁴.

Bu yargı kararının, andlaşmayı konu ve amacından mahrum bırakma kuralı bakımından emsal değerine; müsaderenin, yabancılara ait mallara yönelik haksız bir el koyma işlemi oluşturması nedeniyle zaten uluslararası hukuka aykırılık oluşturması hususu gölge düşürebilir. Ancak, mahkeme kararını işlemin bu niteliği üzerine kurmamıştır⁹⁵.

Aynı dönemde, Mavrommatis İmtiyazları davasında devletin imza ile onay arasındaki yükümleri meselesine temas edilmiştir. Olayda Yunanistan, Uluslararası Daimi Adalet Divanı’na başvuruda bulunarak İngiltere’den Lozan Andlaşması ve Osmanlı İmparatorluğu Memalikinde İta Edilmiş Bazı İmtiyazata Dair Protokol uyarınca bazı hak taleplerinde bulunmuştu. Davanın ikame edildiği anda Lozan Andlaşması, her iki devletçe imzalanmış ama henüz yürürlüğe girmemişti. İngiltere’nin, davanın yetki yönünden reddi talebini reddeden Divan’a göre “başvuru, Lozan Andlaşması’nın henüz onaylanmadığı için erken sayılsa bile, gerekli onay belgelerinin müteakiben tevdi bu sorunu ortadan kaldıracaktır”⁹⁶ Böylece, Yunan başvurusuna hukuki etki tanıyan Divan, imzalanmış ama onaylanmamış andlaşmanın geçici statüsünü tanımış olmaktadır⁹⁷.

Ancak söz konusu kuralın bu dönemdeki uygulamasının emsallerinin, onaylanması kaçınılmaz olan barış andlaşmalarına ilişkin olduklarına dikkat çekmek gerekir.⁹⁸

94 Recueil des Décisions des Tribunaux Mixtes, 8, 1928, s. 395.

95 Rogoff, Martin A., “The International Legal Obligations of Signatories to an Unratified Treaty”, Maine Law Review, 32 1980, s. 277-278.

96 Filistin’de Mavrommatis İmtiyazları Davası, Uluslararası Daimi Adalet Divanı, 30 Ağustos 1924, Série A, no. 2., s. 34.

97 Charme, The Interim Obligation of Article 18 of the Vienna Convention on the Law of the Treaties: Making Sense of an Enigma, s. 82.

98 Cahier, Philippe, “Rapport général” in La codification du droit international, Colloque d’Aix-en-Provence, Editions Pedone, Paris, 1999, s.269.

İngiliz-Amerikan Talepleri Komisyonu'nun baktığı Iloilo davasında, İspanya'nın Filipinler'i ABD'ye devrettiği 1898 Andlaşmasının onay öncesi uygulanması söz konusu olmuştur. Davacılar, bu dönemde Filipinli isyancı-lardan zarar görmüşler ve şu iddia ile dava açmışlardır: Eğer Amerikalı askeri komutan, Iloilo'yu, andlaşma hükmünü hemen uygulayarak imzadan sonra işgal etseydi, zarar vuku bulmayacaktı. Mahkeme, iddiayı şu gerekçelerle reddetmiştir:

“...Protokol ve onaylanmamış andlaşma hükümleri uyarınca, ya da başka bir şekilde, ABD'nin Iloilo'yu denetim altına alma yükümü bulunmamaktaydı. Andlaşmanın onaylanmasına kadar adalar üzerinde *de jure* egemenliği de yoktu. (...) ABD ile davacılar, ya da bunların hükümeti arasında, barış ve mülkiyet hakkını korumak amacıyla silahlı kuvvet göndermek, takdiri bir mesele olduğu için, böyle bir müdahaleye başvuru-daki gecikmeden dolayı kusur atfedilemez”.⁹⁹

Karar aslında, imza ile onay arasında devletlerin bazı yükümleri olabileceği hususunu ilke olarak reddetmemekte, sadece mevcut davada ABD'nin ihlalle suçlandığı yükümlün bu kapsama girmediğini tespit etmektedir. Gerçekten de, onayla imza arasında devletlere düşen, andlaşmayı konu ve amacından mahrum bırakacak eylem ve işlemlerden kaçınmaktan ibarettir, yoksa andlaşmayı onaydan önce fiilen yürürlüğe sokmak değil. Bir ülke parçası üzerinde egemenlik devri gibi son derece önemli sonuçları olan bir andlaşma açısından bu hususun özel bir önem taşıdığı açıktır. Devlet egemenliğine getirilen sınırlamaların dar yorumlanacağına dair yorum kuralı¹⁰⁰ egemenliğin devrine ilişkin andlaşmalar bakımından da anlam kazanabilir. Egemenliğin devredileceğini öngören ve onayla yürürlüğe giren bir andlaşmayı kısmen de olsa onaydan önce uygulamak, andlaşmayı konu ve amacından mahrum bırakmamak kaygısıyla haklılık kazanamaz.

İmza ile onay arasındaki yükümlere ilişkin kural, 1969 öncesi dönemde, andlaşmalar hukukuna dair Harvard Tasarısında da yer almıştır¹⁰¹. Tasarı'nın “İmzacı bir tarafın andlaşma yürürlüğe girmeden önceki yükümü” başlıklı 9. Maddesine göre:

⁹⁹ Nakleden: McNair, *The Law of Treaties*, s. 202.

¹⁰⁰ Cassese, Antonio, *International Law*, Oxford University Press, 2003, s. 134.

¹⁰¹ Bkz. Draft Convention on the of the Treaties in American Journal of International Law, vol. 29, (Supplement). 1935, 778.

“Bizzat andlaşmanın farklı biçimde düzenlemesi hali dışında, adına andlaşma imzalanan bir devlet, kendisi bakımından öngörülen yükümleri andlaşma yürürlüğe girmeden önce yerine getirmekle görevli değildir; ancak bazı şartlar altında, iyi niyet; andlaşmanın yürürlüğe girmesi beklenirken devletlerin, imzandan itibaren makul bir müddet zarfında, öngörülen yükümlerin taraflardan birince yerine getirilmesini imkânsız ya da zor kılacak eylemelere girişmekten kaçınmasını gerektirebilir”.

Tasarı’ya yazılan Şerh’e göre 9. Maddenin getirdiği yüküm, hukuki nitelikte olmayıp tamamen iyi niyete dayalıdır, ve:

“Bu iki yüküm biçimi arasındaki temel fark şudur ki bunlardan ilki, önemli hukuki sonuçları–yükümlülükleri yerine getirmeyen tarafın sorumluluğu ve diğer taraf ya da tarafların uğradığı kayıp ve zararları tazmin mükellefiyeti- beraberinde getirir; buna mukabil ikinci yükümün yerine getirilmemesi böyle hukuki sonuçlar doğurmaz. Yükümünü yerine getirmeyen devleti kötü niyet ithamlarına maruz bırakabilir ya da itibar veya şöhretine halel getirebilir, ama bu devleti hukuki bir yükümün ihlalinden dolayı sorumlu kılmaz, zira ihlal edilebilecek hukuki bir yüküm bulunmamaktaydı.”¹⁰²

1969 sonrasında ise, meselenin az da olsa gündeme geldiği söylenebilir. ABD Dışişleri bakanlığı, 1972 tarihinde, 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 18. Maddesinin “geniş kabul gören bir uluslararası teamül hukuku kuralı” olduğunu ifade etmiştir.¹⁰³ Hollanda Hükümeti, 1979 yılında Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri’ne gönderdiği bir “Gözlem”de, 18. Madde ve iyi niyet ilkesinin getirdiği yüküm uyarınca, andlaşmanın imzalanması ile onaylanması arasında geçen sürenin kısaltılmasına dair bir “yarı-taahhüt” oluşturulmasını teklif etmiştir.¹⁰⁴ 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi’nin benimsenmesiyle sonuçlanacak Birleşmiş Milletler 3. Deniz Hukuku Konferansı’nın hazırlık çalışmaları esnasında Norveç temsilcisi; 1969 Sözleşmesi’nin 18. maddesini kıyasen uygulayarak, Deniz Hukuku Sözleşmesi’nin oluşumuna imkân veren “*package deal*” çözümünün bazı bölüm-

¹⁰² Draft Convention on the of the Treaties in American Journal of International Law, vol. 29, (Supplement). 1935, s. 781.

¹⁰³ 1969 Sözleşmesi’nin onay rızası alınmak üzere Senato’ya sunum mektubu, International Lawyer, 6, 1972, s. 431.

¹⁰⁴ “Review of the Multilateral Treaty-Making Process”, in Netherlands Year Book of International Law, 12, 1981, s. 216.

lerinden vaz geçilmesinin, “*package deal*”in dayandığı (bağlayıcı olmayan) 1973 tarihli UNCLOS III mutabakatının konu ve amacını ortadan kaldıracaklığını ileri sürmüştür¹⁰⁵. 1982 Sözleşmesi’nin yürürlüğe girişini kolaylaştıran 1994 Anlaşması’nın ise, Sözleşme yürürlüğe girmeden onu ihlal ettiği öne sürülmüştür¹⁰⁶.

Danimarka, Norveç, İrlanda ve Birleşik Krallık’ın Avrupa Topluluklarına Katılımına Dair Andlaşma’ya (1972) eklenen “Katılım Öncesi Dönem Sırasında Alınacak Bazı Kararlar ve Diğer Tedbirlere İlişkin Usul”e göre söz konusu dönemde Komisyon’un bazı teklif ya da tebliğleri katılan devletlerin bilgisine sunulacak ve bu tekliflere ilişkin karşılıklı danışmalar geçici bir komite bünyesinde cereyan edecekti¹⁰⁷.

SALT I Anlaşmalarına¹⁰⁸ eklenen “Müşterek Anlayış” belgeleri (*Common Understandings*) ABD ve Sovyetler Birliği’ne onay öncesi anlaşma hükümlerine uyma yükümü getirmekteydi. Bu belgelerde, SSCB her iki anlaşma hükümlerine riayet etme niyeti ile beraber ABD’nin aynı şekilde davranacağı yönündeki beklentisini de beyan etmiştir. Sovyet beyanına katılan ABD, onay ve kabul beklenen dönemde taraflardan hiçbirinin, anlaşmaların yürürlüğe girdikten sonra yasakladıkları eylemlerden herhangi birine girişmeyeceği yönündeki beklentilerini de ilave etmiştir¹⁰⁹.

SALT II Andlaşmasının¹¹⁰ imzalanmasını müteakiben Başkan Carter, andlaşmanın her iki tarafı bağladığını beyan etmiş, ABD Dışişleri Bakanlığı Hukuk Müşaviri Roberts Owen ise şu açıklamada bulunmuştur: “Bu genel kuralın SALT II Andlaşması bakımından uygulanması, onaydan önce Andlaşma’nın bütün hükümlerinin riayet görmesini gerektirmemektedir. Ancak,

105 Oxman, B. H. “The Third United Nations Conference on the Law of the Sea: The Tenth Session” in *American Journal of International Law*, vol. 76,, 1982, s. 4-5.

106 Tartışma için bkz. Klabbers, *How to Defeat a Treaty’s Object and Purpose Pending Entry Into Force: Towards Manifest Intent*, s. 285.

107 Bkz. Dörr, & Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, s. 222.

108 26 Mayıs 1972 tarihli Anti-Balistik Füze Sistemlerinin Sınırlandırılması Andlaşması ve 26 Mayıs 1972 tarihli Stratejik Saldırı Silahlarının Sınırlandırılmasına İlişkin Bazı Tedbirler Hakkında Geçici Andlaşma.

109 Bkz. Charne, *The Interim Obligation of Article 18 of the Vienna Convention on the Law of the Treaties: Making Sense of an Enigma*, s. 79.

110 SALT II, 1972-1979 yılları arasında ABD ile SSCB arasında yürütülen görüşmeler dizisini ifade etmektedir. Stratejik füze fırlatıcılarının sınırlandırılmasına dair bir anlaşma, 18 Haziran 1979’da Viyana’da Leonid Brejnev ve Jimmy Carter tarafından imzalanmıştır.

kıtalararası balistik füzelerin (ICBM'ler) uçuş denemeleri gibi eylemlere ilaveten uzaydan atmosfere dönüş araçlarının Andlaşma sınırlarını aşması, Andlaşmanın arzulanan amacını geriye dönüşü olmayacak biçimde ihlal edecektir. Bu tür eylemler, andlaşma'nın her iki tarafa da men ettiği askeri yeteneğin ortaya çıkmasına yol açarak, dolayısıyla, uygulanabilir genel uluslararası hukuk kuralını ihlal edecektir." Meseleye, "geriye dönüşü olmayacak biçimde" testiyle yaklaşılacak olursa ABD, VAHS m. 18'i teknik olarak ihlal etmeksizin, mevcut silah sistemlerine ilişkin bazı sınırlamaları aşabilirdi. Örneğin ABD; anlaşmanın izin verdiğinden daha fazla fırlatıcı yerleştirmiş olsaydı, onay kararı alınınca, onay belgeleri teati edilmeden önce bu fırlatıcıları imha ederek yükümlerini yine yerine getirmiş olurdu. Buna mukabil, andlaşmaca yasaklanan silah ve yeteneklerin denenmesi ya da geliştirilmesi, arttırılan bilgi ve tecrübenin geriye dönüşü olmadığı için muhtemelen 18. Maddenin ihlalini oluştururdu. Tartışmanın 18. Madde etrafında cereyan etmesine rağmen ilgi çekicidir ki ABD ve SSCB, VAHS'ne taraf değildi. SSCB, VAHS'nin hazırlık çalışmaları esnasında sözleşme tasarısının bir bütün olarak kabul edilebilir nitelikte olduğunu ve "uluslararası hukuktaki ve devletlerin uygulamalarındaki ilerici eğilimleri sadakatle yansıttığını" ve (18. Maddeye dönüşecek olan) 15. Maddeyi özellikle isabetli bulduğunu beyan etmişti¹¹¹. ABD ise, hazırlık çalışmaları esnasında 18. Madde hükümlerinin genel kabul gören uluslararası hukuk normlarını yansıttığını ve bu maddenin benimsenmesinin son derece arzu edilir olduğunu vurgulamıştı¹¹². Dolayısıyla m. 18'in bir teamül kuralını yansıtmaması itibariyle, VAHS'ne taraf olmayan ABD ve SSCB'yi bağladığı noktada bir tereddüt yoktu. Ancak bütün bu tartışmalar hipotetik düzeyde kalmıştır, zira SSCB anlaşmanın imzalanmasından altı ay sonra Afganistan'ı işgal etmiş ve ardından anlaşma asla onaylanmamıştır. Başkan Carter, onaylamama gerekçesi olarak Afganistan'ın işgalini göstermiş olsa da, her halükârda, Senato, andlaşmanın onaylanması için gerekli olan 2/3 oranındaki desteği vermiyordu.¹¹³

111 BM Genel Kurulu 6. Komitesi'nde Ukrayna Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti temsilcisinin beyanı, 22 U. N. GAOR, C. 6 (978. Toplantı) 115, U. N. Document, A/C.6/SR.956-1025 (1968); nakleden: Turner, Robert F., "Legal Implications of Deferring Ratification of SALT II" in Virginia Journal of International Law, vol 21/4, 1981, s. 767.

112 Fourth Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, Document A/CN.4/177 and Add.1 and 2, Yearbook of International Law Commission, 1965 vol. II, s. 44.

113 Memorandum from Roberts Owen, U. S. Department of State Legal Advisor, 21 Şubat 1980.; nakleden: Turner, Robert F., "Legal Implications of Deferring Ratification of SALT II" in Virginia Journal of International Law, vol 21/4, 1981, s. 769, 783, 74748. . .

Angola, kara mayınlarını yasaklayan sözleşmeyi imzalamış olmasına rağmen kara mayınlarını kullanmaya devam edince, 1999'da sert eleştirilerle karşılaşmıştır¹¹⁴.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türkiye'nin, ölüm cezasını kaldıran Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 6. Protokol'ü imzaladığı ve fakat henüz onaylamadığı bir dönemle ilgili olarak şu tespitlerde bulunmuştur:

“Bu bağlamda, Türkiye'nin bugün itibariyle 6. Protokol'ü imzalamış olduğu (...) ve ölüm cezasının uygulanmamasının, 23 Mayıs 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 18. Maddesi uyarınca, Türkiye'nin söz konusu Protokol'ün imzacı devleti sıfatıyla üstlendiği yükümlerle uyumlu olduğu hususlarını akılda tutmak gerekir.”¹¹⁵

Amerikalararası İnsan Hakları Komisyonu, Mossville Environmental Action Now ABD'ye Karşı davasında, hatalı bir çerçeve içinde de olsa, 18. Madde kuralının uluslararası hukukta bağlayıcılığını kabul etmiştir:

“ABD, Amerikan (İnsan Hakları) Sözleşmesi'nin imzacısı olarak, andlaşmaların yorumuna ilişkin genel ilkeler uyarınca andlaşmanın konu ve amacını yok edecek eylem ve işlemlerden kaçınmakla yükümlü olmakla beraber, bu belge söz konusu devlet bakımından bağlayıcı değildir ve dolayısıyla Amerikalararası İnsan Hakları Komisyonu, başvuruçuların bu belge uyarınca yönelttikleri talepleri incelemeye yetkili değildir.”¹¹⁶

Komisyon'un 18. Madde hakkındaki tespitleri doğru olmakla beraber, bu hükmün ait olduğu konu hatalı biçimde teşhis edilmiştir. Gerçekten de, 18. Madde 2. Bölümün “Andlaşmaların akdedilişi” başlıklı 1. Kesiminde; “andlaşmaların yorumu” ise, 3. Bölümün açıkça bu başlığı taşıyan 3. Kesimi altında, 31 ilâ 33. Maddelerde düzenlenmektedir. Klasik uluslararası hukukta andlaşmaların yorumuna beş farklı anlam yüklenmiştir: Birinci anlamı; metni tespit edenlerin niyetini ortaya çıkarmaktır. İkincisi, metni kaleme alanların gerçek niyetini aramaksızın metnin anlamını bulmaktır. Üçüncüsü, somut bir

114 Klabbers, How to Defeat a Treaty's Object and Purpose Pending Entry Into Force: Towards Manifest Intent, s. 284-285.

115 Öcalan Türkiye'ye karşı, (no. 46221/99) Karar, 12 Mart 2003, §185.

116 Rapor N° 43/10, Başvuru 242-05, (Kabul edilebilirlik) Mossville Environmental Action Now ABD'ye Karşı, 17 Mart 2010; ayrıca bkz. Raport no52/01, Dava 12.243, Juan Raul Garza (ABD'ye karşı) 4 Nisan 2001, § 94, dipnot 48.

olayda metinden kaynaklanan sonuçları tespit etmektir. Dördüncüsü, metni kaleme alanlar tarafından öngörülmemiş bir durum için bir kural tespit etmektir. Beşincisi ise, metin ve metni kaleme alanların ifade etmek istedikleri niyet hesaba katılmaksızın metnin kapsamını daraltmak ya da genişletmektir.¹¹⁷ VAHS/m. 18’de öngörülen hükmün yorumun bu anlamlarından hiç biriyle ilişkisi olmadığı aşıkârdır.

Avrupa Adalet Divanı’nın, VAHS m. 18’de ifadesini bulan ilkeyi muhtelif biçimlerde uyguladığı görülmektedir. Nitelikleri gereği, uygulanmaları için üye devletlere belli zaman dilimi tanıyan Avrupa Topluluğu yönergele-riyle ilgili olarak Divan, şu tespitte bulunmuştur:

“Üye devletler, uyarlama döneminin sona ermesinde önce bu tedbirleri benimseme yükümü altında olmamakla beraber, (...) bu dönemde, öngörülen sonuca ciddi biçimde halel getirme tehlikesi arz eden tedbirleri almaktan kaçınmalıdırlar.”¹¹⁸

AB üyesi Devletlerin Nijerya’daki temsilciliklerinin masraflarının paylaşılmasına ilişkin bir *memorandum* hakkındaki Divan kararı, VAHS’nin 18. Maddesinin teamüli değerini tespit ederken karmaşık ve eleştiriye açık tespitlerde bulunmaktadır:

“(…) Mahkeme, iyi niyet ilkesinin, varlığı Milletler Cemiyeti çerçevesinde kurulan Uluslararası Daimi Adalet Divanı (bkz. Polonya’daki Yukarı Silezya’da Alman Menfaatleri kararı, Série A, n° 7, s. 30) ve daha sonra Uluslararası Adalet Divanı tarafından tanı- nan bir uluslararası teamül hukuku kuralı olduğunu ve dolayısıyla mevcut vakada hem Topluluk’u hem de diğer ortakları bağladığını hatırlatır. (...) Bu ilke, 23 Mayıs 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuk Sözleşmesi’nin 18. maddesi tarafından kodifiye edilmiş olup bu maddeye göre: (...)”¹¹⁹

İlk Derece Mahkemesi’nin Opel Avusturya’ya karşı kararında yer alan ifadeleri¹²⁰ geliştirerek tekrarlayan bu karar, VAHS m. 18’de yer alan özel kural ile bu kuralın kökeninde yer alan genel iyi niyet ilkesini özdeşleştir- mektedir. Oysa, m. 18. kuralı, iyi niyet ilkesinin muhtelif yansımalarından

¹¹⁷ Ehrlich, Ludwik, “Interprétation des traités” in Recueil des Cours de l’Académie de droit international, tome 24, 1928/IV, s. 40.

¹¹⁸ Inter-Environnement Wallonie v. Région Wallonne, C-129/96 (18 December 1997) §45.

¹¹⁹ İlk Derece Mahkemesi (Birinci Daire) T-231/04, 17 Ocak 2007, §85-86

¹²⁰ İlk Derece Mahkemesi(4. Daire) T-115/94, 22 Ocak 1997, § 90-91.

sadece birini oluşturmakta olup her halükârda bu ilkenin “kodifikasyonu” olarak değerlendirilemez. Diğer yandan, Uluslararası Daimi Adalet Divanı kararına yapılan atıf isabetli olmakla beraber, hiçbir örnek karar gösterilmeksizin Uluslararası Adalet Divanı’nın söz konusu kuralı tanıdığının belirtilmesi de, Avrupa Adalet Divanı İlk Derece Mahkemesi’nin bu kararının ciddiyetine gölge düşürmektedir. Karara karşı istinaf başvurusuna bakan Adalet Divanı, “genel uluslararası hukukun parçası olan teamüli iyi niyet ilkesi”ni kabul etmekle yetinmiş, ama VAHS m.18’e gönderme yapmamıştır¹²¹.

Günümüzde, imza ile onay arasındaki yükümler ulusal mahkemeler nezdinde de kabul görebilmektedir. Hollanda Danıştay’ı, 1992 tarihli bir kararında, babası Hollanda’da yaşayan bir çocuğun, Çocuk Hakları Sözleşmesi uyarınca ailesiyle birleşme talebini reddetmiştir. Dava esnasında bu Sözleşme Hollanda tarafından imzalanmış ve fakat yürürlüğe girmemiş bulunuyordu. Danıştay’a göre:

“Bu yüküm (VAHS m.18), ilgili vakaların çoğunda, devletin söz konusu andlaşmanın gelecekte, yürürlüğe girdikten sonra uygulanmasını imkânsız kılacak eylem ve işlemlerden kaçınması anlamına gelmektedir. İstifa başvurusunda bulunan kişinin açıkça inandığının aksine, red kararının, Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin gelecekteki uygulamasını imkânsız kılacak bir işlem olduğu iddia edilemez.”¹²²

Alman Anayasa Mahkemesi, 2003 tarihli bir kararında, imza ile onay arasındaki yükümleri bir suçluların iadesi andlaşması açısından ele almak durumunda kalmıştır. Davada, Hindistan’ın Almanya’dan iadesini istediği bir Vanuatu vatandaşı, Hindistan’da gayriinsani muamele görebileceği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuştu. Başvuruyu reddeden Mahkeme’ye göre; başvuru bakımından gerçek bir tehlikenin söz konusu değildir, zira Hindistan’ın, VAHS m. 18. Anlamında, Almanya ile imzalamış olduğu suçluların iadesi andlaşmasının konu ve amacını yok etmemek yönündeki geçici yükümünü yerine getirmesi umulmaktadır. Mahkeme’nin görüşüne göre bu yüküm gayriinsani muameleyi dışlamaktadır. Mahkeme, suçluların iadesi andlaşmasının konu ve amacını “hukuki yardımlaşma ve suçluların iadesi konularında iki taraflı, istikrarlı bir ilişki yaratmak” şeklinde tanımlamıştır.¹²³

121 Divan kararı (İkinci Daire) C-203/07 P, 6 Kasım 2008 § 64.

122 Bkz. S. B. E. v. State Secretary of Justice, Council of State, Judicial Division, 9 Temmuz 1992, in Netherlands Year Book of International Law, 25, 1994, s. 530.

123 Alman Anayasa Mahkemesi, 108 BVerfGE 129, 140-141 nakleden: Dörr & Schmalenbach, Vienna Convention on the Law of Treaties, s. 221, 232.

2.4. İmza ile onay arasında geçerli yükümlerin onaydan önce sona ermesi veya onaydan sonra devam etmesi

İmza ile onay arasında devleti bağlayan, andlaşmayı konu ve amacından mahrum bırakacak eylem ve işlemlerden kaçınma yükümü, tabiatı gereği geçici olup imza ile başlar ve onay ile sona erer. Ancak, VAHS m.18'e göre bu yüküm, istisnai olarak onaydan önce sona erebileceği gibi, onaydan sonra devam etmesi de mümkündür. Gerçekten de, m.18a)'ya göre; onay ya da kabul şartıyla andlaşmayı imzalamış olan devlet, "*andlaşmaya taraf olmama niyetini izhar etmediği sürece*, söz konusu andlaşmayı konu ve amacından mahrum bırakacak eylem ve işlemlerden kaçınmak zorundadır." Bu ifadenin mefhum-u muhalifinden anlaşılmaktadır ki imzacı devlet, taraf olmama niyetini izhar etmekle, andlaşmayı konu ve amacından mahrum bırakacak eylem ve işlemlerden kaçınma yükümünden kendini kurtarmış olmaktadır. Geçici yükümlerin onaydan önce sona ermesine ilişkin bu düzenlemenin yanısıra bu yükümlerin onaydan sonra da geçerliliğini koruması halini düzenleyen m.18b)'ye göre devlet, "andlaşma ile bağlanma iradesini ifade etmesi halinde, andlaşmanın yürürlüğe girmesinden önceki dönemde ve yürürlüğe girişin haksız/yersiz biçimde (Fr. *indûment*, İng. *unduly*) yersizce gecikmemesi şartıyla" andlaşmayı konu ve amacından mahrum bırakacak eylem ve işlemlerden kaçınma yükümü altındadır. Bu durumda devlet, andlaşma ile bağlanma iradesini onay veya benzeri bir işlem yoluyla ifade etmiş olup, andlaşmanın kendisi henüz yürürlüğe girmiş değildir.

VAHS m.18a) hükmünün, geçici yükümlerin onaydan önce sona ermesi haliyle ilgili olarak benimsediği çözüm mantıktır. Zira pek çok andlaşmanın yürürlüğe giriş tarihi belirsiz olup devletlerin imza ile onay arasındaki "geçici" yükümlere ebediyete kadar saygı göstermeleri beklenemez¹²⁴. Bu hükmün işlerlik kazanabilmesi için şüphesiz imzanın işlevinin resmileştirmeden ibaret olması gerekmektedir. İmzaya bağlanma işlevi yükleyen bir andlaşma bakımından "*andlaşmaya taraf olmama niyetini izharı*" artık doğal olarak söz konusu olamayacaktır¹²⁵.

Onaya tâbi bir andlaşma bakımından imzacı devletin onaylama yükümü bulunmayıp bu kararı almak tamamen devletin takdir yetkisine bırakılmıştır. Andlaşmayı onaylamama iradesini izhar etme imkânı, devletin bir andlaşmayı akdetmeme hususundaki egemen iradesini yansıtmaktadır.¹²⁶ Devletlerin,

¹²⁴ Swaine, *Unsigning*, s. 2082.

¹²⁵ Combacau & Sur, *Droit international public*, s. 119.

¹²⁶ Dörr & Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, s. 227.

imzaladıkları andlaşmaları onaylamadıkları uygulamada sıklıkla görülmektedir ki bu husus da imzanın onaylama yükümü getirdiği yönünde bir teamül kuralının bulunmadığına işaret etmektedir¹²⁷.

Bir devletin andlaşmayla bağlanma iradesi karine yoluyla çıkarsanamaz¹²⁸; bu irade sarıh bir işlemle ifade edilmelidir. Bağlanmak kadar bağlanmamak da devletin serbest tercihi dâhilinde olup hiçbir devlet bir andlaşmayı onaylamadığı veya ona katılmadığı için eleştirilemez ve bu kaçınmadan dolayı uluslararası sorumluluğu söz konusu olamaz¹²⁹. Devletlerin bu serbestisi, 18. Maddenin değerini azaltmaz, zira onaylamama niyeti izhar edilene kadar bu maddenin öngördüğü yükümler geçerlidir.¹³⁰

Devlet, andlaşmayı onaylamayacağı yönündeki niyetini, sarıh beyan ya da zımni davranış yoluyla her zaman izhar edebilir. Ancak, andlaşmayı konu ve amacından mahrum bırakan eylem ve işlemlerle, zımni bir irade beyanını birbirine karıştırmamak lazımdır. Böyle işlemler, 18. Maddede öngörülen “andlaşmaya taraf olmama iradesinin izharı”nı değil ve fakat 18. Maddenin ihlalini oluştururlar. “İhlal”i “irade beyanı” addetmek, mantıksız sonuçlara götürür ve 18. Madde düzenlemesinin anlamını yitirmesine yol açar. Keza, yürütme organının, imzalanmış bir andlaşmayı yasama organının uygun bulma işlemine sunmaktan kaçınması ya da yasama organının anlaşmayı uygun bulmayı reddetmesi de ulusal anayasa hukuku mülahazalarıyla açıklanabilir ve devletin dış siyasetteki niyetini izhar etmeye yetmez¹³¹. Simetrik açıdan bakıldığında; devletin andlaşma ile bağlanmama iradesini izhar etmesi, andlaşmayı konu ve amacından mahrum etme sonucunu doğuran ve devleti uluslararası sorumluluk altına sokan bir eylem olarak değerlendirilemez¹³². Zira, andlaşmayı onaylamama niyetini beyan imkânı, VAHS hükmüyle devlete açıkça tanınmış bir hak olup bir hakkın kullanılması sorumluluğa yok açamaz: *Neminem laedit qui suo jure utitur*¹³³.

¹²⁷ Swaine, *Unsigning*, s. 2068.

¹²⁸ Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği kararında UAD, Almanya'nın onay işleminin yokluğu karşısında, bu devletin muhtelif niyet beyanlarının, onay gerektiren bir andlaşma ile bağlanması için yetersiz olduklarına hükmetmiştir. Bkz. Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği, 20 Şubat 1969, Recueil, 1969, s. 3 TAM REFERANS

¹²⁹ Alland, *Droit des traités*, s. 223-224.

¹³⁰ Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, s. 250.

¹³¹ Swaine, *Unsigning*, s. 2082-2083.

¹³² Dörr & Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, s. 230.

¹³³ Hakkını kullanan kimseye zarar vermiş olmaz. Bkz. Erdoğan, *Hukukta Latince Teknik Terimler*, Özlü Sözlük, s. 83.

VAHS m.18, andlaşma ile bağlanmama niyetinin izharını özel bir şekil şartına bağlamamış olsa da, hukuki güvenlik ve uluslararası ilişkilerin sağlıklı bir biçimde yürütülmesi adına bu işlemin resmi bir biçimde, örneğin tevdi merciine yönelik bir tebliğle yapılmasının isabetli olacağı aşikârdır.

Devletin andlaşmayla bağlanmaktan vaz geçme iradesini izhar ederek 18. madde yükümlerinden kurtulmasına dair örnekler mevcuttur. Bu mesele, SALT II andlaşmaları bağlamında 1982’de gündeme gelmiş ve ABD Dışişleri Bakanı Haig, Senato’nun Dış İlişkiler Komitesi huzurunda yaptığı açıklamada “Önerinin kendi yönetimi tarafından terk edildiğini ve Sovyetler Birliği’nin de bu hususta bilgilendirildiğini” belirtmiştir. Şüphesiz, yeni bir yönetim SALT II konusunda farklı bir vaziyet alabilir veya Reagan yönetimi fikrini değiştirebilirdi. Ancak her halükârda, bu beyandan sonra, VAHS m. 18. Uyarınca SALT II Andlaşması’nın konu ve amacını yok edecek eylem ve işlemlerden kaçınma kuralı ile bağlı değildi¹³⁴.

1789-1931 yılları arasında 288 andlaşmayı imzalayıp onaylamadığı hesaplanan ABD, 2002 yılında Uluslararası Ceza Mahkemesi’ni kuran andlaşmadan çekilme, daha doğrusu imzasını geri alma (*unsigned*) kararı almıştır. Bu işleme eşlik eden resmi beyanlarda, imza ile onay arasındaki geçici yükümlerin böylece bertaraf edildiği hususuna dolaylı olarak değinilmiştir¹³⁵. Burada, andlaşma ile bağlanmaktan vazgeçmenin ötesinde, imzanın geri çekilmesi söz konusu olduğuna göre, ABD’nin artık sadece geçici yükümleri bertaraf etmiş olmakla kalmayıp aynı zamanda imzacı devletin sahip olduğu haklardan da vaz geçtiği sonucuna varmak mümkün görünmektedir.

VAHS m. 18b) uyarınca, m.18a)’da yer alan ve imza ile onay arasındaki döneme ilişkin olan yüküm, onay (ya da benzeri işlemler) ile andlaşmanın yürürlüğe girdiği tarih arasında da geçerli olmaktadır. Bu düzenleme, özellikle, yürürlüğe girişi belli bir zamana bırakılan (örneğin sabit bir tarih ya da belli sayıda/oranda imzacı devletin onay işlemini tamamlaması, veya bu tamamlama tarihinden itibaren belli bir sürenin geçmesi çok taraflı andlaşmalarda anlam kazanır. Her halükârda, bu hükmün işlerlik kazanabilmesi için onay ile yürürlük arasında bir sürenin yer alması gerekecektir. M.18a) hükmünde olduğu gibi burada da korunan, diğer devletlerin meşru beklentileridir. Ancak, ilk bent hükmünden farklı olarak ikinci bentte düzenlenen durumda ilgili devletin andlaşmaya taraf olmayacağını belirterek yükümlerinden kurtulması

¹³⁴ Glennon, *The Senate Role in Treaty Ratification*, s. 278.

¹³⁵ Swaine, *Unsigned*, s. 2074, 2082.

söz konusu değildir, zira andlaşmayla bağlanma iradesini kesin olarak beyan etmiştir. M. 18b) hükmünde biraz problematik olan husus, göreceli nitelikteki “yürürlüğe girişin haksız/yersiz biçimde gecikmemesi” şartıdır. Bu şartın yerine gelmesi, yani makul bir sürenin geçmesine rağmen andlaşmanın yürürlüğe girmemesi halinde, devlet söz konusu davranışlardan kaçınmak zorunda değildir. Makul sürenin takdirinde; âkit devletlerin sayısı, andlaşmanın konusunun karmaşıklığı, andlaşmaya ilişkin siyasi çekişmeler ve andlaşma müzakerelerinin süresi gibi her bir vakanın özel koşulları dikkate alınmak durumundadır. Evrensel katılıma konu olan andlaşmalar bakımından metnin benimsenmesiyle yürürlüğe giriş arasında genellikle beş yıldan fazla zaman geçtiği ve VAHS'nin bile yürürlüğe girmesinin on yılı aşkın zaman¹³⁶ aldığı'nın hatırlanması gerekmektedir¹³⁷.

3. Andlaşmayı imzalamış ama henüz onaylamamış devletin hakları

Nimette külfetin beraberliğini arayan hukuk mantığına uygun olarak imzacı devlet, imza ile onay arasında üstlendiği yükümlerin yanısıra, belli hak ve imkânlara da sahiptir. Bunların başında, başka imzacı devletlerin andlaşmaya koyduğu çekincelere itiraz hakkı gelmektedir. Uluslararası Adalet Divanı'nın Soykırım Sözleşmesi'ne Çekinceler danışma görüşüne göre:

“Onay olmaksızın imzanın devleti andlaşmaya taraf kılmadığı aşikârdır; bununla beraber imza, imzacı devlet lehine geçici bir statü oluşturur. (...) (çekincelere) itiraz konusunda bu statü, imzacı devletlere, ne imza ne de katılma işlemini yapan devletlere göre daha elverişli bir muamele sağlar. Gerçekten de, bu sonunculardan farklı olarak, imzacı devletler, andlaşmaya taraf olma hakkının kullanılması için gerekli olan işlemlerin bir kısmına girişmişlerdir. Onay işlemi beklenirken, imzanın yarattığı bu geçici statü, imzacı devletlere, koruyucu amaçla itiraz etme yetkisi tanır; ki bu itirazlar da geçici niteliktedir. İmza işlemini onay işlemi takip etmezse, bu itirazlar düşer veya onay halinde, nihai hale gelir. (...) Bu onaya kadar, imza-

¹³⁶ VAHS metni 22 Mayıs 1969'da Birleşmiş Milletler Andlaşmalar Hukuku Konferansı'nca benimsenmiş ve 23 Mayıs 1969'da imzaya açılmıştır. Sözleşme, 84§1. Maddesi uyarınca (İşbu Sözleşme, otuz beşinci onay ya da katılma belgesinin tevdi tarihini izleyen otuzuncu gün yürürlüğe girecektir) 27 Ocak 1980'de yürürlüğe girmiştir. Bkz. United Nations, Treaty Series, vol. 1155, s.331.

¹³⁷ Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2009, s. 251; Dörr & Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, s. 230.

cı bir devletin yaptığı itiraz, çekince koyan devlet bakımından derhal hukuki etki doğuramaz. Bu itirazın sonucu, sadece imzacı devletin Sözleşme'ye taraf olduğunda izleyeceği muhtemel tavır tespit ve ilan etmekten ibaret olacaktır. İmzacı devletin, çekinceye itiraz ederek takip ettiği hukuki menfaat, böylece geniş ölçüde korunmuş olacaktır. Çekinceyi koyan devlet, şu hususta uyarılmış olacaktır ki; onayı gecikmesine yol açmış olabilecek anayasal ya da diğer nitelikteki gerekler yerine getirildiğinde, çekinceci devlet hukuki etkilerini tam olarak icra eden geçerli bir itiraz ile karşı karşıya gelecek ve dolayısıyla, itirazın ifadesiyle beraber çekincesini muhafaza etme ya da geri çekme meselesini incelemek zorunda kalacaktır. Bu şartlar altında, onayın uzun ya da kısa süre içinde vuku bulması pek az önem taşır. Bunun yol açacağı sonuç, yine, kendisine çekinceye itiraz işleminin eşlik ettiği bir onay işlemi olacaktır. Onay gerçekleşmezse, uyarı boşuna yapılmış olacaktır.¹³⁸

İmza ile onay arasında devletin sahip olduğu haklara, halefiyet hukukunda rastlanmaktadır. Andlaşmalar Bakımından Devletlerin Halefiyetine İlişkin 23 Ağustos 1978 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin, "Selef devletin imzalamış olduğu ve onay, kabul ya da tasvibe tâbi andlaşmalara katılım" başlıklı 19. Maddesine göre:

1. 3. ve 4. Fıkra hükümleri saklı kalmak üzere, devletlerin halefiyeti tarihinden önce selef devlet; onay, kabul ya da tasvibe tâbi bir andlaşma imzalamış ve imza ile, andlaşmanın, devletler arasındaki halefiyetin ilişkin olduğu ülke parçasını da kapsayacağı niyetini beyan etmişse, yeni bağımsızlığına kavuşan devlet, andlaşmayı, tıpkı kendisi imzalamış gibi onaylayabilir, kabul ya da tasvip edebilir ve böylece andlaşmaya taraf ya da âkit devlet olabilir.
2. İlk fıkranın amaçları bakımından, aksi yönde bir niyetin andlaşmada öngörülmesi veya başka bir şekilde tespit edilmesi halleri dışında, selef devletin imzasının, andlaşmanın, selef devletin uluslararası ilişkilerinden sorumlu olduğu bütün ülkeyi kapsadığı yönündeki niyeti ifade ettiği kabul edilir.
3. Andlaşmanın, bağımsızlığına yeni kavuşan bir devlet bakımından uygulanmasının andlaşmanın konu ve amacıyla bağdaşmaz olduğu veya uygulanma şartlarını temelden değiştireceği husus-

¹³⁸ Soykırım Sözleşmesi'ne Çekinceler danışma görüşü, Recueil 1951, s. 28-29.

ları andlaşmadan anlaşılıyorsa veya başka türlü tespit edilebiliyorsa, 1. fıkra uygulanmaz.

4. Andlaşmanın hükümleri gereği veya müzakereci devletlerin sınırlı sayıda oluşundan ve andlaşmanın konu ve amacından ötürü, andlaşmaya herhangi bir başka devletin katılımının bütün tarafların veya bütün âkit devletlerin rızasını gerektirdiği anlaşılıyorsa, bağımsızlığına yeni kavuşan devlet, ancak böyle bir rıza ile andlaşmaya taraf ya da âkit devlet haline gelebilecektir.

Böylece, sınırlayıcı şartlar çerçevesinde de olsa, bağımsızlığına yeni kavuşan devletin onay işlemlerini tamamlayarak selef devletin imzaladığı ve fakat onaylamadığı bir andlaşmaya taraf olabilecektir. 19. Maddede sözü edilen “bağımsızlığına yeni kavuşmuş devlet” kategorisi, herhangi bir yeni devleti ifade etmemektedir. Günümüzde farklı bir anlam kazanan¹³⁹ bu kavramın tanımını, 1978 Sözleşmesi’nin 2. Maddesinin f bendinde verilmektedir:

“ ‘bağımsızlığına yeni kavuşmuş devlet’; ülkesi, devletler arası halefiyet tarihinden hemen önce selef devletin uluslararası ilişkilerinden sorumlu olduğu bağımlı bir ülke oluşturan halef devleti ifade eder”.

1978 Viyana Sözleşmesi’nin bu hükümleri değerlendirilirken bu sözleşmenin pek az onaya konu olduğu ve Sovyetler Birliği’nin çöküşünü izleyen dönemde ortaya çıkan halefiyet vakalarında hükümlerinin pek hesaba katılmadığı göz önünde tutulmalıdır¹⁴⁰. Uluslararası Adalet Divanı’nın, 1978

¹³⁹ 20. yüzyılın ikinci yarısında sömürgeciliğin tasfiyesi (*décolonisation/decolonization*) süreci ile beraber yeni ortaya çıkan devlet kavramına özel bir anlam yüklenmeye başlanmıştır. Bu dönemde bağımsızlığına yeni kavuşan devleti teşhis eden bir tanım üzerinde tam uzlaşma olmamakla beraber bazı temel unsurlar öne çıkmaktadır. Söz konusu yeni devletlerin çoğu Asya ve Afrika’da yer almaktadırlar ve sömürge statüsünden bağımsızlığa 1945’ten sonra kavuşmuşlardır. Bunların bir kısmı, sömürgecilik döneminden önce de uzun süren siyasi kimlik ve örgütlenmeye sahiptiler. Bu durumlarda, “yeni” sıfatının kullanımı, egemenliğe yeniden kavuşmanın yeni bir olgu olduğuna işaret etmektedir. Yeni devletler ekonomik açıdan az gelişmişler ve ideolojik olarak çağdaşlaşmayı benimsemiştirler. Bunlar, Soğuk Savaş boyunca dış siyasetlerinde çoğunlukla bağlantısızlar hareketine katılarak bir “Üçüncü Dünya” oluşturulmasına yönelmişlerdir. Bu devletler, eski uluslararası hukuk kurallarının pek çoğuna itiraz ederek onları değiştirme ve uluslararası hukuk sistemini reforma tabi talebinde bulunmaktadırlar. Bkz. Falk, *The new states and international legal order*, s.10-11, 101.

¹⁴⁰ Casanovas, Oriol, *Unity and Pluralism in Public International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, s. 39.

Sözleşmesi'ne büyük ihtiyatla yaklaşması manidârdır¹⁴¹. Divan, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin Uygulanması kararında, 1978 Sözleşmesi'ne gönderme yapmaktan itina ile kaçınmış¹⁴², Gabcikovo-Nagymaros Projesi kararında ise, söz konusu sözleşmenin 34. maddesinin uluslararası teamül hukukunun durumunu yansıtıp yansıtmadığını tartışmayı gerekli görmemiştir¹⁴³. Netice itibariyle, seyrek ve çelişik uygulamalara konu olan bu sözleşmenin, mevcut uluslararası teamül hukukunun kodifikasyonundan ziyade tedricen gelişimine ilişkin bulunan hükümler içerdikleri söylenebilir¹⁴⁴. Diğer yandan, 1978 Sözleşmesinin, bağımsızlığına yeni kavuşan devletlere özgü hükümlerinin, sömürgeciliğin tasfiyesinin damgasını vurduğu dönemin uluslararası hukuk eğilimlerini yansıttığı söylenebilir. Dönemin anlayışına göre sömürgeci yönetimlerden yeni kurtulan devletler, halef devletin borç ve yükümlerinden halef olmamalı, buna mukabil ondan intikal eden hak ve avantajları kullanabilmeliydi. Bu anlayış, 1978 Sözleşmesi'ne de doğal olarak yansımış ve halef devlete, selef devletin imzaladığı andlaşmanın onay işlemlerini tamamlayarak andlaşmaya taraf olma imkânı tanınmıştı. Ne var ki, sömürgeciliğin tasfiyesi sürecine özgü hukuk anlayışının uluslararası andlaşmalara yansıdığı sırada, bu süreç sona ermekteydi. Bu itibarla, 1978 Sözleşmesi'nin bağımsızlığa yeni kavuşan devletlere ilişkin hükümlerinin, sömürgeciliğin tasfiyesi dönemine özgü benzer hukuki düzenlemelerinin kaderini paylaştığı ve pek etkili olmadığı görülmektedir.

4. Andlaşmanın imzalanmasının uluslararası teamül hukuku açısından neticeleri

İmzanın atılmış olmasının etkileri, imzacı devlete belli yükümler getirmekten ibaret değildir. İmzacı devlet, imzaladığı andlaşmanın içeriğine ilke olarak karşı çıkmadığını zımnen beyan etmiş olur. Andlaşma hükümlerinin, mevcut teamül kuralları ile örtüşmesi halinde, imzacı devlet bu kuralları benimsemiş demektir. Hükümlerin, gelişmekte olan teamül kurallarını yansıtmaması halinde ise, imzacı devlet bu gelişme katkıda bulunmuş ve onu hızlan-

¹⁴¹ Guillaume, Gilbert, "Le juge international et la codification" in La codification du droit international, Colloque d'Aix-en-Provence, Editions Pedone, Paris, 1999, s. 307.

¹⁴² Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin Uygulanması (İlk İtirazlar) Recueil, 1996, s. 595.

¹⁴³ Gabcikovo-Nagymaros Projesi, Recueil, 1997, s. 71§ 123.

¹⁴⁴ Mullerson, Rein, "The Continuity and Succession of States by Reference to the Former USSR and Yugoslavia" in International and Comparative Law Quarterly, Vol. 42, 1993, p. 473-474.

dırmış olur. Her iki halde de, imzacı devlet, andlaşma hükümlerinin yansıttığı teamül kuralları karşısında ısrarlı itirazcı vaziyeti alma imkânını kaybeder.

Bir andlaşmayı imzalama işlemi, özellikle teamülün psikolojik unsuru nu oluşturan *opinio juris*'in ispat aracı olarak değer kazanmaktadır.¹⁴⁵ Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı kararına Hâkim Morelli'nin eklediği karşıoy yazısına göre:

“ (1958) Sözleşmesi bakımından, bu sözleşmenin Federal (Alman) Cumhuriyeti tarafından imzalandığına dikkat çekilebilir. Bu, Federal Cumhuriyetin, Sözleşmenin bir kodifikasyonu hedeflediği ölçüde ve bu sınırlar çerçevesinde, genel uluslararası hukuku tespit etmeye dayanan teknik bir işleme katıldığı anlamına gelir. Federal Cumhuriyet, imza atmakla, yukarıda işaret edilen sınırlar dâhilinde, *opinio juris* olarak nitelendirilebilecek bir görüş ifade etmiştir. Ancak burada söz konusu olan, sadece onay işlemiyle yapılabilecek olan bir irade beyanı değil ve fakat basit bir görüştür. Gerçekten de, bir sözleşmenin imzacı devletleri, gerek yeni kuralları kabul etme, gerekse –bir kodifikasyon sözleşmesinin söz konusu olması halinde– önceden mevcut kuralları bağlayıcı olarak tanıma iradelerini ancak onay yoluyla ifade ederler”¹⁴⁶.

Bu ifadeler, imzalanan andlaşmanın teamülü ispat gücü bakımından anlamlıdır. Zira andlaşmayı imzalayan devlet, onaylamaya mecbur olmasa bile mantıksal olarak onaylama niyeti, hatta bazen onaylayacağı ümidini uyandırmak üzere¹⁴⁷ bu işlemi gerçekleştirir. Bir devletin, siyasi bir hesap gereği ya da uluslararası topluma karşı gösteri yapma amacıyla, asla onaylamayacağını bile bile bir andlaşmayı imzalaması, uzak bir ihtimal dâhilinde görünmektedir. Böyle bir manevranın uzun vadedeki siyasi maliyeti, kısa vadedeki getirisinden daha ağır olabilir. Dolayısıyla, devletin andlaşmayı imzalaması, andlaşmanın içerdiği kurallara öz itibarıyla, taraftar olduğunu, en azından karşı olmadığını gösterir. Bu ise, andlaşmanın içerdiği kurallara ilişkin *opinio juris*'in ifadesidir. Tek bir devletin imzası, şüphesiz, teamül kuralının varlığını

¹⁴⁵ Tartışma için bkz. Lepard, Brian, D., Customary International Law. A New Theory with Practical Applications, Cambridge University Press, 2010, s. 193.

¹⁴⁶ Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı, Recueil 1969, s. 197.

¹⁴⁷ Bkz. Cahin, Gérard, La Coutume internationale et les organisations internationales. L'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier, Pedone, Paris, 2001, s. 366.

ispat için yeterli olmayacaktır. Ancak çok sayıda devletin belli bir andlaşmayı imzalamış olması, bu devletler henüz onay işlemini gerçekleştirmemiş olsalar bile, bir ispat aracı oluşturabilir.

Onaylanmamış bir andlaşmanın, içerdği kuralların teamüle dönüşümü üzerinde olumsuz etki doğurup doğurmadığı hususu tartışmalıdır. Özellikle kodifikasyon sözleşmelerinin az ya da “temsil edici olmayan” devlet tarafından onaylanmaları ya da hiç yürürlüğe girmemeleri halinde içerdikleri hükümlerin uluslararası toplum tarafından arzu edilmediği ve teamüle dönüşmeyecekleri, dolayısıyla teamülün ispat aracı olamayacakları iddia edilmektedir. Bu görüşe karşı, bir sözleşmenin ani teamüle yol açamayacağı gibi teamüle kendi başına zarar da veremeyeceği söylenmektedir¹⁴⁸. Sözleşmenin imza aşamasında hangi hükümlerinin kodifikasyon ve hangilerinin “tedrici gelişme” oluşturdukları zaten henüz belli olmayabilir. Bir devlet, pek çok sebepten dolayı sözleşmeyi onaylamaktan kaçınmış olabilir. Onay ya da katılmayı müzakere eden devletin, sözleşme hükümlerinin teamüle dönüşümünü de hesaba katarak hareket etmesi nadir görülen bir davranış biçimidir. Hatta, sözleşmenin kabul görmemesi, ilgili devletin söz konusu teamül kuralını tatmin edici bulduğu ya da sözleşmenin kodifikasyon bölümlerine razı olup uluslararası hukuku geliştiren bölümlerinden kaçındığı anlamına bile gelebilir. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’ne, imzalanmasından ancak yıllar sonra çok sayıda devletin taraf olduğu hususu hatırlanmalıdır¹⁴⁹.

ABD mahkemeleri, çoğunlukla bir uluslararası teamül kuralının oluşumu bağlamında, imzalanmış ama onaylanmamış andlaşmalara göndermede bulunmaktadırlar. Tartışmalı teamül kuralının kabul edilmesi halinde, imzalanmakla beraber henüz onaylanmamış andlaşmaların teamülü ispat değeri açıkça ortaya çıkmaktadır¹⁵⁰.

İmza işlemine, andlaşmanın teamülü beyan ettiğine dair devlet beyanları eklenmişse, bu işlem teamülün ispatına önemli bir araç, daha doğrusu vesile olur. Çünkü burada ispat gücü, imza işleminin kendisinden ziyade ona

148 Aynı yönde bkz. Czaplinski, Wladyslaw, “Sources of International Law in the Nicaragua Case” in *International and Comparative Law Quarterly*, vol., 38, 1989, s. 160: “... onay işlemi, sadece bir andlaşmayla bağlanma iradesinin ispat aracını oluşturur; diğer yandan, onay yokluğu, bir devletin, andlaşmanın ilgili hükümlerine tekabül eden teamül kurallarını reddettiği anlamına gelmez.”

149 Villiger, *Customary International Law and Treaties*, s. 164.

150 Charme, *The Interim Obligation of Article 18 of the Vienna Convention on the Law of the Treaties: Making Sense of an Enigma*, s. 112.

eklemlenen tek taraflı beyanlardan kaynaklanmaktadır¹⁵¹. Ancak, bu tür beyanlar olmaksızın kendi başına imza, onay işlemine göre daha zayıf bir ispat aracıdır. Bu işlem, andlaşmadaki normların hukuki nitelikte olduklarını teyit ve bunların hakkındaki *opinio juris*'i beyan eder. Çok taraflı andlaşmaların yüksek sayıda onay işlemine konu olması, devletlerin andlaşmalarda yer alan normların evrensel düzeyde uygulanması gerektiği yönündeki kanaatlerinin delilini oluşturur. Bu tespit, andlaşmanın yürürlüğe girmek için yeterli sayıda devlet tarafından onaylanamaması halinde bile geçerlidir¹⁵².

Neticede, imzanın teamül hukuku üzerinde de etkileri bulunmaktadır. Bu etkiler, her bir vaka bakımından ayrı ayrı ele alınmalıdır. 1982 Montego Sözleşmesi gibi tamamen yeni hükümler de içeren bir sözleşmeyi imzalamak, içeriğini ilke olarak kabul etmek anlamına gelebileceği gibi taktik bir anlam da taşımaktadır. Sözleşmeyi imzalayan devlet, içeriğinin teamülü değerini kabul etmenin yanı sıra sözleşmenin getirdiği deniz tabanı uluslararası mekanizmasının oluşturulmasına katılabilecektir. Yeni hükümlerin teamüle dönüştüğüne itiraz eden ya da açıkça sözleşmeyi imzalamaktan kaçınan devletlerin aldıkları vaziyet düşünülecek olursa, hiçbir beyan ya da itirazda bulunmaksızın sözleşmeyi imzalayan devletin bazı kuralları zımnen kabullenışı daha açıkça anlaşılacaktır¹⁵³.

Acaba, bir andlaşmayı imzalamış ve fakat onaylamamış bir devlet, andlaşmanın beyan ettiği teamül kural(lar)ına karşı ısrarlı itirazcı-*persistent objector* statüsünü ileri sürebilir mi? Bu statünün geçerli olabilmesi ve sonuç doğurabilmesi için, ilgili devlet, söz konusu teamülle bağlanmama niyetini, zaman içinde tavrındaki ısrarcılıkla ya da somut eylem ve beyanlarla ispatlamalıdır. Bu noktada uluslararası hukuk, devletten tutarlılık beklemektedir. Çelişik davranışlar, itirazı, “ısrarcı” niteliğinden mahrum bırakacaktır. Uluslararası hukuk, “*venire contra factum proprium*” (kendi eylemiyle çelişme) durumundaki devletin taleplerine olumsuz cevap vermektedir. Bu itibarla, teamülü beyan eden bir andlaşmayı imzalamış bir devletin, o andlaşmaya hiçbir zaman taraf olmasa bile, beyan edilen teamül kuralına itiraz hakkını yitirdiği söylenebilir. Varılan sonucu, başka bir açıdan okursak: İmza, andlaşmanın içeriğinin teamülü beyan ettiğini kabullenme şeklinde yorumlanabilir.

151 Cahin, La Coutume internationale et les organisations internationales. L'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier, s. 366.

152 Lepard, Customary International Law. A New Theory with Practical Applications, s. 193-194.

153 Cahin, La Coutume internationale et les organisations internationales. L'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier, s. 355- 366.

İmza işlemine, andlaşmanın teamülü beyan ettiğine dair devlet beyanları eklenmişse, bu işlem teamülün ispatına önemli bir araç, daha doğrusu vesile olur. Çünkü burada ispat gücü, imza işleminin kendisinden ziyade ona eklenilen tek taraflı beyanlardan kaynaklanmaktadır¹⁵⁴. Ancak, bu tür beyanlar olmaksızın kendi başına imza, onay işlemine göre daha zayıf bir ispat aracıdır. Bu işlem, andlaşmadaki normların hukuki nitelikte olduklarını teyit ve bunların hakkındaki *opinio juris*'i beyan eder. Çok taraflı andlaşmaların yüksek sayıda onay işlemine konu olması, devletlerin andlaşmalarda yer alan normların evrensel düzeyde uygulanması gerektiği yönündeki kanaatlerinin delilini oluşturur. Bu tespit, andlaşmanın yürürlüğe girmek için yeterli sayıda devlet tarafından onaylanamaması halinde bile geçerlidir¹⁵⁵. Keza, andlaşma metnini müzakere eden ve imzalayanlar arasında bulunmayan bir devletin andlaşmaya sonradan katılım yoluyla taraf olması da, katılan devletin andlaşmanın içerdiği kuralları öz itibarıyla kabul ettiğini teyit eder. Devletin, andlaşma müzakerelerine katılarak görüş beyanlarında bulunmamış olmasının olumsuz bir etkisi yoktur¹⁵⁶.

Andlaşmayı imzalamış devletin onaylamaması, andlaşma metninin benimsenmesi esnasında aleyhte ya da çekimser oy kullanmış devletin onaylamamasına göre, *a priori*, daha düşük derecede bir “husumete” tanıklık etmektedir. Bu derece farkı, imzalamış ama onaylamamış devletin, andlaşmanın yansıttığı teamül kurallarına, en azından muhalif olmadığı fikrini güçlendirmektedir. İmzacı devletin, andlaşmayı onaylamayacağını sarahaten beyan etmesi, muhtelif sebeplerden kaynaklanabileceği için, teamül karşısındaki vaziyetini değiştirdiği sonucuna zorunlu olarak götürmez. Bununla beraber, yepyeni kurallar içeren bir andlaşmanın uzun süre onaylanmamış olması, devletin bu andlaşmadaki kurallara öz itibarıyla muhalif kaldığının işareti olabilir¹⁵⁷. Sığınma Hakkı kararına göre:

“Divan, Kolombiya hükümetinin böyle bir teamülün varlığını ispat ettiğini kabul edemez. Bu teamülün bazı Latin Amerika Devletleri arasında mevcut olduğu varsayılsa bile, davranışlarıyla bu

¹⁵⁴ Cahin, La Coutume internationale et les organisations internationales. L’incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier, s. 366.

¹⁵⁵ Lepard, Customary International Law. A New Theory with Practical Applications, s. 193-194.

¹⁵⁶ Cahin, La Coutume internationale et les organisations internationales. L’incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier, s. 360.

¹⁵⁷ Cahin, La Coutume internationale et les organisations internationales. L’incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier, s. 364.

teamüle katılmak şöyle dursun, diplomatik sığınma konusunda suçun nitelendirilmesine ilişkin bir kural içeren ilk andlaşmalar olan 1933 ve 1939 tarihli Montevideo Sözleşmeleri'ni onaylamaktan imtina ederek, aksine bu teamülü reddeden Peru'ya karşı ileri sürülemez”¹⁵⁸.

SONUÇ

Günümüzde, doktrin ve içtihadın ışığında şu tespitlere ulaşmak mümkün görünmektedir: Andlaşma, imza ile onay arasındaki dönemde, adeta doğumu beklenen bir cenin gibidir ve tıpkı medeni hukukta olduğu gibi, sağ dünyaya gelmek kaydıyla “hukuki yaşantısı” başlamıştır. Andlaşma, bu dönemde, sınırlı ölçüde de olsa hak ve yükümler doğurabilmekte ve kendi dışında, yani teamül hukuku alanında çeşitli neticelere yol açmaktadır. Onay veya benzeri işlemlerle yürürlüğe gireceğini kendisi öngören bir andlaşmanın sadece imza ile bağlayıcılık kazanması düşünülemez. Ancak andlaşmayı imzalamış bir devletin belli bir hukuki vaziyet aldığı da inkâr edilemez. Nitekim, Katar ile Bahreyn Arasında Deniz Alanlarının Sınırlandırılması ve Ülkesel Meseleler kararında Uluslararası Adalet Divanı, imzalanmış ve fakat onaylanmamış bir andlaşmaya, oldukça önemli sonuçlar yüklemiştir:

“Divan, imzalanmış ve fakat onaylanmamış andlaşmaların, tarafların imza anındaki anlayışlarının sahih bir ifadesini oluşturabileceğini gözlemlemektedir. İşbu davanın koşullarında Divan, İngiliz-Osmanlı Sözleşmesi'nin, Al-Thani'nin Katar'da 1913'e kadar icra ettiği otoritenin olgusal kapsamı bakımından Büyük Britanya ve Osmanlı İmparatorluğu'nun görüşlerinin delilini oluşturduğu sonucuna varmıştır”¹⁵⁹

Dolayısıyla, andlaşmayı imzalayan devletler, henüz karşılıklı ve uyuşan irade beyanında bulunmuş sayılamasalar bile, hukuki bir konuda görüşlerini beyan ederek karşılıklı beklentiler oluşturmuşlardır. Bu beklentiler, imza ile onay arasındaki geçici ve sınırlı hukuki rejimin gerekçesini oluşturmaktadırlar. İçeriği biraz muğlak kalan “beklentiler”in sarahaten tanımlanmış “hak ve borç”lara dönüşümünü, onay işlemi gerçekleştirecektir.

¹⁵⁸ Sığınma Hakkı, Recueil, 1950, s. 277-278.

¹⁵⁹ Katar ile Bahreyn arasında deniz alanlarının sınırlandırılması ve ülkesel meseleler, Esas, Recueil 2001, s. 68 § 89.

Askerlik Hizmetine İlişkin Vicdani Ret Hakkı

Ezgi ÖZLÜ*

ÖZET

Çalışmanın amacı askerlik hizmetine ilişkin vicdani ret hakkının kavramsal boyutunu, tarihsel gelişimi ile birlikte kapsamlı biçimde ele alarak, uluslararası insan hakları hukukunda ve anayasa hukuku boyutuyla sınırlandırılmış olarak iç hukukta bu hakkın sahip olduğu koruma kapsamını ortaya koymaktır.

Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi'nin organlarının tavsiye kararları ile Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin denetim organlarının içtihatları incelendiğinde günümüzde uluslararası insan hakları hukukunda inanç özgürlüğünün uzantısı olarak kabul edildiği açıktır.

Bununla birlikte bu hak ülkemizde halen tanınmamaktadır. 1982 Anayasasının vatan hizmetini düzenleyen maddesi gerekçesi ile birlikte incelendiğinde ve kavramın askerlik hizmetinden daha geniş bir kavram olduğu kabul edildiğinde vicdani ret hakkının tanınması konusunda anayasal bir engelin olmadığı görülmektedir. Buna rağmen bu hakka geçit vermeyen yasal düzenlemelerin varlığı, anayasada tanınan bir olanağın, yasayla, anayasada öngörülen herhangi bir zorunluluk olmaksızın daraltıldığı anlamına gelmektedir ki bu durum anayasanın üstünlüğü ilkesini zedelemektedir. Yasa koyucunun gerekli yasal değişiklikleri yapmaktan kaçınmayı sürdürmesi halinde süregelen hak ihlalleri Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca, ulusal mahkemelerin somut uyuşmazlıklarda ilgili yasalar yerine temel hak ve özgürlükleri düzenleyen uluslararası antlaşma hükümlerini doğrudan esas alması ile engellenebilir. Bunun yanında Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu aracılığıyla da bu hak ihlalinin engellenmesi sağlanabilir.

Anahtar kelimeler: Anayasa hukuku, anayasa yargısı, uluslararası insan hakları hukuku, vicdani ret hakkı, inanç özgürlüğü.

* Ar. Gör., Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

The Right to Conscientious Objection Regarding Military Service

ABSTRACT

The purpose of this study includes discussing conceptual framework of the right to conscientious objection to military service, extensively together with its' historical background, asserting the right's extent of protection both in contemporary international human rights law and in domestic law limited by its constitutional law aspect.

It is clear that today; this right is accepted as a part of freedom of thought, conscience and religion regarding the resolutions and recommendations of the organs of United Nations and Council of Europe along with the case law of the supervisory bodies of the International Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights.

Nevertheless, the right to conscientious objection still has not recognized in Turkey. When examined with the article and its preamble which regulates 'national service' in the 1982 Constitution, it is seen that there actually is no constitutional restraint upon the recognition of the right to conscientious objection when the broader scope of the term national service is understood in comparison to "military service" per se. The existence of legal regulations preventing the recognition of this right means restricting an opportunity by the legislation where it was recognized in the constitution which in turn violates the supremacy of the constitution. Assuming that the legislative body maintains avoiding the necessary amendments, continual violations of the right may be prevented by direct implementation of the provisions of the international agreements concerning the fundamental rights and freedoms by the domestic courts in accordance with the article 90/5 of the Constitution. In addition, by means of the individual application to the Constitutional Court, prevention of violation of the right may be achieved.

Keywords: Constitutional law, constitutional jurisdiction, international human rights law, right to conscientious objection, freedom of thought, conscience and religion.

Giriş

"Vicdani ret hakkı"¹ konusunun genişliği dikkate alınarak bu çalışmada salt askerlik hizmetine ilişkin vicdani ret hakkı incelenmiştir. Bu sınırlamaya rağmen halen oldukça kapsamlı olması dolayısıyla konu pek çok yönüyle ele alınmış ancak bazı ayrıntılı açıklamalardan kaçınılmıştır.

¹ Bu hakkın incelendiği çalışmaların bir kısmında "ret" yerine "red" sözcüğü kullanılmaktadır. Ayrımın pratikte bir sonucu olmamakla birlikte bütünlüğü sağlamak açısından bu çalışmada Türk Dil Kurumu Yazım Kılavuzu dikkate alınarak "ret" sözcüğünün kullanılması tercih edilmiştir.

Bilindiği gibi vicdani ret; bireyin, inanç ve kanaatlerinin derin zorlamasıyla, vicdanıyla çatıştığını düşündüğü kanuni yükümlülüklerden kendi iradesiyle kaçınmasıdır. Bireyin vicdanından kaynaklanan “üstün gereklilik” bu kaçınmayı gerektirmektedir. Söz konusu “üstün gereklilik” dinsel veya felsefi/düşünsel kaynaklı olabilir. Yine bu gereklilik askerlik hizmetine ilişkin olabileceği gibi sağlık, eğitim, yargı, sosyoekonomik sahalarda kapsayabilir.

Savaşın kendisi gibi vicdani retçiler de tarih boyunca var olmuş, vatandaş oldukları devletlerin, tarihin farklı dönemlerinde, farklı uygulamalarıyla karşılaşmışlardır. Örneğin, 16.yy’da, vicdani retçilerin askerlik hizmetini ifa etmek yerine “para ödemesi” ya da bir başkasını “yerine göndermesi” gibi yöntemler devlet tarafından kabul edilmiş, 18.yy’ın sonlarına gelindiğinde ise gelişen “kapitalizm-ulus devlet” süreci ile birlikte zorunlu askerlik tesis edilmiş ve bunun sonucunda devlet vicdani retçilere karşı oldukça katı bir tutum sürdürmeye başlamıştır.

Askerlik hizmetine ilişkin vicdani ret hakkına dair 1960’lı yıllardan itibaren Birleşmiş Milletler (“BM”) ve Avrupa Konseyi (“AK”) gibi uluslararası kuruluşların çeşitli organları çok sayıda tavsiye kararı sunmuştur. Kararların tamamında bu hak inanç özgürlüğünün uzantısı olarak kabul edilmekte ve ilgili devletler bu hakkı tanımaya davet edilmektedir. Buna ek olarak bu hakkın uygulanmasında esas alınması gereken usuller ve (tesis edilmesi halinde) askerlik hizmetinin yerine geçecek zorunlu alternatif hizmetin taşınması gereken niteliklere de yer verilmiştir. Buna karşın günümüzde Avrupa Konseyi üye devletlerinin tamamına yakını vicdani ret hakkını tanımakla birlikte devletlerin büyük bir kısmının bu hakka ilişkin iç hukuk düzenlemeleri yukarıda belirtilen kuruluşların tavsiye kararlarındaki standartların oldukça altındadır.

İnsan Hakları Avrupa Komisyonu’nun (“İHAK”) 1966 yılına ait Grandrath Kararı’nı² takiben özellikle İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin (“İHAM”) vicdani ret hakkına yaklaşımı yıllar içinde evrilmiş ve en son Bayatyan Kararı³ ile son halini almış, bu hakkın İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin (“İHAS”) inanç özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesi kapsamında korunduğu kabul edilmiştir. Söz konusu karardan yaklaşık beş yıl önce Yoon ve Choi - Kore Cumhuriyeti⁴ kararı ile BM İnsan Hakları Komitesi bu hakkı inanç özgürlüğünün uzantısı olarak kabul etmiştir.

2 Grandrath - Federal Almanya Cumhuriyeti, Bn. 2299/64, 12. 12. 1966.

3 Bayatyan – Ermenistan, Bn. 23459/03, 07. 07. 2011.

4 Yoon ve Choi-Kore Cumhuriyeti, Bn. 1321/2004 ve 1322/2004, U.N. Doc. CCPR/C/88/D/1321-1322/2004, 03.11.2006.

Bu çalışma altı başlıktan oluşmaktadır. İlk iki başlık altında, net anlaşılabilmesi amacıyla söz konusu kavram irdelenmiş, benzer başka kavramlarla ilişkisi ortaya konmaya çalışılmış ardından da bu hakkın tarihsel süreci üzerinde durulmuştur. Üçüncü başlık altında, BM ve AK organlarının ve AK üye devletlerinin söz konusu hakka yaklaşımı sorgulanmıştır. Dördüncü başlık altında, İHAK'ın ilk kararından başlayarak Komisyon ve Mahkeme'nin geliştirdiği içtihat doğrultusunda vicdani ret hakkı ele alınmıştır. Son başlık altında ise Türkiye'de halen tanınmamış olan bu hak 1982 anayasası çerçevesinde incelenmiştir.

I. Vicdani Ret Kavramının Tanımı ve Diğer Kavramlarla İlişkisi

Bireyin kendi değerleri veya “iyi”si ile toplumun kolektif değerleri ya da “iyi” si bazı durumlarda çatışabilir⁵. Bu halde birey bir seçim yapmak durumunda kalır; ya toplum değerlerine uygun davranarak kendisi için dayanılmaz ahlaki bir eyleme maruz kalacaktır ya da kendi değerlerine uygun ancak toplumun değerlerine aykırı davranacaktır. İşte vicdani ret kavramı Cohen'in deyiimiyle kişinin derinden gelen ahlaki kanaatleriyle hukuk düzeninin talepleri arasında bir gerginlik bulunması durumunda bu gerginliğin giderilmesi amacıyla tasarlanmış “yasal bir vanadır”. Bu kavram sayesinde yurttaşların yasal emirlere karşı gelmek ile bu emirlere uyarak dayanılmaz bir ahlaki eyleme maruz kalmak arasında seçim yapmak zorunda kalmasının önüne geçilir.⁶

Vicdani ret kavramı, bireyin toplumun kolektif çıkarları yerine kendi vicdanının zorlamasına uygun davrandığı pek çok durum için uygulanabilir.⁷ Bu bakımdan kavram geniş ve dar anlamlarıyla incelenebilir:

Geniş anlamıyla vicdani ret; bireyin inanç ve kanaatlerinin derin zorlamasıyla, vicdanıyla çatıştığını düşündüğü kanuni yükümlülüklerden kendi iradesi ile kaçınmasıdır. Birey, kendisine dışarıdan dayatılan kanuni yükümlülükler karşısında “karşı koyamayacağı bir moral bağa” sahip olduğunu düşünmekte, bu yükümlülükler yerine “derin ve karşı konulamaz moral değere” itaati tercih

5 Nilgün Toker, “Vicdani Red, Sivil İtaatsizlik ve Antimilitarizm: İtaat Etmeme ve Direnme”, **Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler**, Haz. Özgür Heval Çınar, Coşkun Üsterci, İstanbul: İletişim Yayınları, 2008, s.80.

6 Carl Cohen, “Conscientious Objection”, **Ethics: An International Journal of Social, Political, and Legal Philosophy**, Vol. 78, No. 4, 4 July 1968, s. 269.

7 Marie-France Major, “Conscientious objection and international law: A human right?”, **Case Western Reserve Journal of International Law**, Spring 92, Vol. 24 Issue 2, s. 350.

etmektedir.⁸ Başka bir ifadeyle; burada vicdandan kaynaklanan daha “üstün bir gereklilik” adına kanuni bir yükümlülüğün yerine getirilmesinden bilinçli olarak kaçınılmaktadır.⁹ Bu ”üstün gereklilik” ya da “karşı konulamaz moral bağ” Yehova Şahitleri, Quakerlar, Mennonitler gibi dinsel kaynaklı olabileceği gibi pasifizm gibi laik bir inanç ya da kanaatten de kaynaklanabilir.¹⁰

Bu bakımdan bu kavram askerlik hizmeti dışında sağlık, eğitim, yargı, sosyo-ekonomik ve politik sahaları kapsayabilir.¹¹ Bu kavrama tıp personelinin vicdani kanaatlerinden ötürü kürtaj veya kısırlaştırma yapmayı reddetmesi, kişinin dini tatil günlerinde çalışmaktan kaçınması, eğitimci veya öğrencinin hayvanların denek olarak kullanılmasına karşı çıkması,¹² mahkemede tanığın yemin etmeyi reddetmesi, kişinin “kader inancı” gereği zorunlu motorlu taşıt sigortası yapmayı reddetmesi, inançlarının izharı olarak saçlarını kesmeksizin bir eşarpla bağlayan Sikh dinine mensup erkeklerin motosiklet kullanırken kask takma yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınması¹³ örnek olarak gösterilebilir.

Çalışmanın konusunu oluşturan dar anlamda vicdani ret kavramı ise salt askerlik hizmetine ilişkindir. Bu çerçevede “muhtemelen vicdani retçi sayısı kadar vicdani ret tanımı”¹⁴ olmakla birlikte bu kavram genel kabul gören biçimiyle; askerlik hizmeti yükümlüsü kişilerin dini, ahlaki, manevi, insani, felsefi veya benzer nitelikteki sebeplere dayanan gerekçelerle silahlı askerlik hizmeti yapmayı reddetmesi olarak tanımlanabilir.¹⁵

8 Ömer Anayurt, “Avrupa’da Vicdani Ret Sorunu: İstemden Normatif Düzleme”, **Mülkiye**, C. XXXI, S. 254, Bahar 2007, s. 151.

9 Akif Emre Öktem, **Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü**, Ankara: Liberte Yayınları, 2002, s. 394.

10 Anayurt, loc. cit.

11 Celal Işıklar, **Dünyada ve Türk Hukukunda Zorunlu Askerlik ve Vicdani Ret**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2011, s. 59.

12 Ibid., s. 57.

13 Öktem, op. cit., s. 402.

14 Adreas Speck, “Dünyada Çağdaş Red ve Red Hareketlerinin Anahatları: Savaş Karşıtı Uluslararası Hareket İçinde Red”, **Birikim: Aylık Sosyalist Kültür Dergisi**, İstanbul: Birikim yayınları, Temmuz 2006, S. 207, s. 42.

15 Tanım, Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi’nin (“AKPM”) 1967 tarih ve 337 sayılı kararından alınmıştır. Yine alternatif bir tanım olarak Uluslararası Af Örgütü’nün “vicdani retçi” tanımı incelenebilir, buna göre; “*Vicdani redçi vicdani ya da inancı nedeniyle askerlik hizmetini yapmayı, ya da savaşta ve silahlı çatışmada herhangi bir şekilde doğrudan veya dolaylı olarak yer almayı reddeden kişidir*”, aktaran: www.amnesty.org.tr/ci/vicdaniret, 28.02.2014.

Askerlik hizmetine ilişkin vicdani ret kavramı da kendi içinde çeşitli ayrımlara tabi tutulabilir. Örneğin Lippman vicdani retçileri dini, ahlaki ve siyasi retçiler olarak ayırmaktadır.¹⁶ Buna karşın Moskos ve Chambers daha ayrıntılı bir ayrıma giderek vicdani retçileri saiklerine, kanaatlerinin kapsamına ve yetkili organlarla işbirliğinin derecesine göre incelemiştir.¹⁷ Bu ikinci ayırım çerçevesinde saiklerine göre vicdani retçiler, dini retçiler ile dindışı kanaatler doğrultusunda hareket eden laik retçiler olarak ayrılabilir. Kanaatlerinin kapsamına göre yapılacak ayırmada her türlü silahlı mücadeleye karşı olan evrenselci retçiler ile belirli bir savaşa ya da belirli bir tür silah kullanımına karışı çıkan retçiler biçiminde ayrıma gidilebilir. Yetkili organlarla işbirliği derecesine göre ise silah kullanmaksızın ordu içinde hizmet vermeyi kabul eden “silahlı çatışmaya girmeyen redçiler”, bunu reddeden ve askerlik hizmeti yerine kamu kurumları veya özel kurumlarda alternatif hizmete katılmayı kabul eden “alternativist vicdani retçiler”, son olarak yetkili organlarla her türlü işbirliğini (dolayısıyla alternatif sivil hizmete katılmayı da) reddeden “total vicdani retçiler” biçiminde incelenebilir.¹⁸

Vicdani ret kavramı tarihsel süreçte ilk olarak dinsel saiklerle ortaya çıkmışsa da özellikle Birinci Dünya Savaşı ve sonrasındaki süreçte dindışı saiklerle askerliği reddedenlerin sayısı artmış bu durum kavramın siyasi alana taşması sonucunu doğurmuştur. Günümüzde de dini inançlarının gereği olarak bu hakkı talep edenlerin yanı sıra bu kavramı başka kavramların bağlantılı sonucu olarak talep edenler de bulunmaktadır. Bu bağlamda söz konusu kavramın laik yönünün sivil itaatsizlik, antimilitarizm ve pasifizm kavramları ile yakın ilişkisi bulunmaktadır.

Pasifizm, vicdani ret hakkının dayandırıldığı önemli ilkelerden biridir ve barışın sağlanması için öldürmenin dolayısıyla savaşın kabul edilebilir bir

¹⁶ Qv. Mathew Lippman, “The Recognition of Conscientious Objection to Military Service as an International Human Right”, *California Western International Law Journal*, vol. 21, Number 31, 1990-1991, s. 31, dn. 2.

¹⁷ Qv. Charles C. Moskos, John Whiteclay Chambers II, “The Secularization of Conscience”, **The New Conscientious Objection: From Sacred to Secular Resistance**, New York-Oxford: Oxford University Press, 1993, ss. 4-6; aktaran: Dilan Mızrak, **Zorunlu Askerlik Hizmetine Karşı Vicdani Ret**, (Danışman: Prof. Dr. Mithat Sancar), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2008, ss. 40-42.

¹⁸ Ibid.

araç olarak kullanılması fikrini dini, etik veya felsefî nedenlerle reddeder.¹⁹ Bu yaklaşım, bireyin yaşamını hoşgörü, sabır, merhamet, bağışlayıcılık ve sevgi gibi barışçıl değerlerin gelişmesine yönelik çabayı içeren şiddetsizlik üzerine kurması olarak açıklanabilir. Pasifistler genellikle, savaşı üreten politik ve sosyal sistemleri desteklemeyi; vergilerini ödememek, askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddetmek gibi yöntemlerle reddederler.

Pasifizm bir anlamda kısaca savaş karşıtlığı olarak nitelendirilebilirken, antimilitarizm kavramı savaşın ötesine uzanır ve her türlü iktidar ilişkisini sorgular.²⁰ Askeri kurumları ve yöntemleri sivil yaşamın yöntemleri üzerine yükselten; her türlü askeri duygu ve davranış biçimi ile gerek savaş gerek olağan dönemlerde sivil alanı topyekûn biçimlendiren; düşünme ve değerlendirme sistemi olarak tanımlanabilecek olan militarizmin²¹ karşıt kavramı olarak nitelendirilebilen antimilitarizm, şiddeti kökünden sorgular ve onun kurumsallaşmış hali olan iktidar olgusunu reddeder.²² Bu bağlamda “antimilitarizmin bir yöntem biçimi”²³ olarak iktidara itaatsizlik biçiminde vicdani ret örnekleri gerçekleşmektedir. Anlaşılabileceği üzere antimilitarizm şiddetin kurumsallaşmış biçimi olan devletin karşısında durmayı gerektirir, dolayısıyla antimilitaristler alternatif hizmeti de reddeden “total retçiler”dir.

Günümüzde sayıları gittikçe artan ve esasen zorunlu askerlik hizmetinin öznesi olmayan kadın vicdani retçilerin varlığı da bu kavram çerçevesinde

¹⁹ Pasifizm kendi içinde mutlak-şartlı, azami-asgari, evrensel-kısıtlı gibi ayrımlara tabi tutulabilir, qv. Andrew Fiala, “Pacifism”, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Fall 2010 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/pacifism/>, 23.03.2014.

²⁰ Mızrak, op. cit. s. 75.

²¹ Alfred Vagts, **A History of Militarism: Civilian and Military**, Meridian Books, 1959, ss. 13, 14; aktaran: Murat Belge, **Militarist Modernleşme: Almanya, Japonya ve Türkiye**, İstanbul: İletişim Yayınları, 1. Baskı, 2011, ss. 148, 149. Kısacası militarizm, askeri değer ve pratiklerin yüceltilmesi ve bunların savaş dönemlerinin yanı sıra olağan dönemlerde de sivil alanı biçimlendirmesi olarak tanımlanabilir; qv. Ayşe Gül Altınay, “Militarizm”, **Kavram Sözlüğü I: Söylem ve Gerçek**, Ed. Fikret Başkaya, Özgür Üniversite Kitaplığı, 2. Baskı, Ankara: Maki Basın Yayın, Kasım 2007, s. 351, 253. Militarizm ve vicdani ret kavramları arasındaki ilişki için ayrıca Birikim Dergisinin bu konuya ilişkin sayısı incelenebilir: qv. **Birikim: Aylık Sosyalist Kültür Dergisi**, İstanbul: Birikim Yayınları, Temmuz 2006, S. 206.

²² Pınar Selek, Oğuz Sönmez, “Antimilitarizm”, **Kavram Sözlüğü II: Söylem ve Gerçek**, Ed. Fikret Başkaya, Özgür Üniversite Kitaplığı, Ankara: Maki Basın Yayın, Kasım 2006, ss. 29-31.

²³ Ibid.

açıklanabilir. Toplumsal cinsiyet rolleri ile militarizm arasında doğrudan bir ilişki olduğunu savunan kadın retçiler, bir yandan “çürük” görülüp askerliğin öznesi dışına itilen öte yandan “anne”, “kız kardeş”, “eş” yan rolleriyle askerliğin bir “erkeklik kriteri” olarak görülmesinde dolayısıyla militarizmin inşasında kadının rolünün altını çizer.²⁴ Yani militarizm esasen genç “sağlıklı” erkekleri “birinci sınıf vatandaş” kabul ederken kadınları ikinci sınıf vatandaşlığa indirerek “ulusun yeniden üretimini” dolayısıyla sistemin devamını sağlayan yan roller biçer, bu yöntemle askerlik hizmetini kurumsallaştırır ve olağanlaştırır.²⁵ Bu bağlamda kadın retçiler zorunlu askerliğin ötesine geçer, militarizmin kendilerine biçtiği rolleri reddederek kadının özgürleşmesinin militarizme karşı mücadeleden geçtiğini savunur.

Sivil itaatsizlik ile vicdani ret kavramları arasındaki ilişki pek çok düşünür tarafından farklı yorumlanmaktadır. Sivil itaatsizlik kavramı tanımlanırken yasaları ya da mevcut hükümet politikasını değiştirmeye yönelme, yasaya aykırılık, şiddete dayanmama ve alenilik ölçütleri bakımından hemen hemen bir uzlaşma sağlanmasına karşın bunlara farklı ölçütler eklenmekte bu da vicdani ret ile arasında kurulacak bağlantıya farklı yorumlar getirmektedir.

Yukarıdaki iki kavramı düşünürler genel olarak birbirinden ayırmaktadır. Örneğin; Van Den Haag’a göre, vicdani retçinin vicdani, doğru olmadığını düşündüğü herhangi bir şeye katılmasını engeller, burada sivil itaatsizliğin aksine hükümete kendi isteği doğrultusunda hareket etmeye zorlama gibi bir amaç bulunmamaktadır.²⁶ Gerek Rawls’a gerek Arendt’e göre ise vicdani ret bireyin kendisine dönük bir eylemi olarak ortaya çıkarken sivil itaatsizlik hiçbir zaman bireyin tekil bir davranışı biçiminde ortaya çıkmaz, her zaman bir grubun varlığını gerektirir.²⁷ Arendt’e göre sivil itaatsizlik eylemine başvuran grup, eylemin kaynağını vicdani gerekçelere dayandırabilir; yine de artık ka-

24 Bu yaklaşım hakkında ayrıntılı bilgi için qv. Cynthia Chloe, “Kadınlar Askeri Vicdani Reddin Neresinde? Bazı Feminist İpuçları”, **Çarklardaki Kum: Vicdani Red**, Haz. Özgür Heval Çınar, Coşkun Üsterci, İstanbul: İletişim Yayınları, 2008, ss. 103-112.

25 Qv. Ayşe Gül Altınay, “Künye Bellemeyen Kezbanlar: Kadın Redçiler Neyi Reddediyorlar?”, **Çarklardaki Kum: Vicdani Red**, Haz. Özgür Heval Çınar, Coşkun Üsterci, İstanbul: İletişim Yayınları, 2008, ss. 113-133.

26 Ernest Van Den Haag, “Civil Disobedience”, **Rutgers Law Review** 21, No. 1, 1966, s. 35; aktaran: Mızrak, op. cit., s. 67.

27 John Rawls, “Sivil İtaatsizliğin Tanımı ve Haklılığı”, **Kamu Vicdanına Çağrı: Sivil İtaatsizlik**, Çev. Yakup Coşar, Haz. Ender Ateşman, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1997, ss., 56-59, Hannah Arendt, “Sivil İtaatsizlik”, **Kamu Vicdanına Çağrı: Sivil İtaatsizlik**, Çev. Yakup Coşar, Haz. Ender Ateşman, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1997, ss. 80, 84, 86, 89.

musal alana çıktığı için gruptaki bireyler artık kendi vicdanlarıyla baş başa değildir. Bununla birlikte iki düşünürü göre de, sivil itaatsizlik her zaman politikken vicdani retçi dinsel inanç veya felsefi kanaatleriyle hareket ettiği için kavram apolitikliği beraberinde getirir.²⁸

II. Vicdani Reddin Tarihsel Süreçte Gelişimi

Vicdani retçilerin varlığını “*savaşa katılmayı reddetmek muhtemelen savaşın kendisi kadar eski bir kavramdır*”²⁹ söyleminden hareketle tarihin çok eski dönemlerine götürmek mümkündür. Nitekim tarihte bilinen ilk vicdani retçi Roma ordusunda askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddeden ve bunun sonucunda idama mahkûm edilen Maximilian’dır.³⁰

Buna karşın vicdani reddin silahlı kuvvetleri ve toplumu etkileyen önemli bir faktör haline gelmesi yakın döneme rastlamaktadır. İlk çağlardan modern döneme kadar çeşitli toplumlarda zorunlu veya profesyonel askerlik benimsemekle birlikte genel olarak pasifizmi benimseyen kişiler para ödeme ya da yerine askere gönderme gibi yöntemlerle askerlikten kaçınabilmişlerdir.³¹ Buna karşın modern devletin gelişimi ile birlikte devlet şiddet tekeline sahip olmuş ve tüm yurttaşlarını iç ve dış düşmanlara karşı koruma görevi çerçevesinde, savaşabilecek olanların orduya katılmasını talep edebilmiştir.³² *Ius ad bellum* (savaşa karar verme hakkı) elde eden devlet, insan hayatı hakkında karar verme yetkisine sahip olmuştur.³³ Sonuç olarak zorunlu askerlik hizmetinin ve düzenli ordunun da modern devletin bir ürünü olduğu belirtilmelidir.³⁴

28 Rawls, loc. cit, Arendt, op.cit., s. 82.

29 Speck, Friedrich, op. cit. s. 153.

30 Moskos, Chambers, op. cit., s. 9.

31 Bu dönemde çağdaşlarının aksine Machiavelli hükümdarın güvenliği için paralı ve yardımcı askerlerden vazgeçmesi, doğrudan halkını kendisini koruyacak bir silahlı güce dönüştürmesi gerektiğini savunmuştur; Cemal Bali Akal, **İktidarın Üç Yüzü**, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2. baskı, 2003.

32 Mızrak, op. cit., s. 13.

33 Ümit Kardaş, “Modern Devlet, Ordu ve Vicdani Red İtirazı”, **Birikim: Aylık Sosyalist Kültür Dergisi**, Temmuz 2006, s. 36.

34 Modern öncesi dönemde de zorunlu askerlik hizmetinin varlık gösterebildiği görülmektedir, ancak bu hizmetin dünya çapında yaygınlaşması ve devlet tekeline geçmesi modern devletin tesisi ile mümkün olmuştur. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için qv. Jan Lucassen, Erik van Zürcher, “Zorunlu Askerlik ve Direniş: Tarihi Çerçeve”, **Devletin Silahlanması: Ortadoğu’da ve Orta Asya’da Zorunlu Askerlik (1775-1925)**, der. Erik J. Zürcher, çev. M. Tanju Akad, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. baskı, Ekim 2003.

Zorunlu askerlik hizmetinin ilk olarak Fransa'da 1798 yılına ait bir kanunla getirildiği ve diğer devletlerce hızla benzeri düzenlemeler yapıldığı bilinmekle birlikte esas olarak I. Dünya Savaşının hem zorunlu askerliğin tesisi hem de vicdani reddin gelişimi açısından bir dönüm noktası olduğu kabul edilmektedir. Şöyle ki bu dönemde Avrupa Devletlerinin büyük bir kısmında ve Amerika Birleşik Devletleri'nde ("ABD") askerlik hizmeti "vatan görevi" ilan edilmiş, bu çağrıya karşılık vermeyenler hakkında kimi ülkelerde sivil alternatif hizmetin tesisi sağlanmış kimilerinde ise zoraki psikiyatrizasyon ve hatta "harp kuvvetlerini tehlikeye düşürmek" suçundan idam cezasına varabilen cezai ve askeri hukuk yaptırımlarına başvurulmuştur.³⁵ Buna karşın aynı dönemde vicdani red ile dini gruplar arasındaki bağ gevşemiş, pasifist mezheplere vicdani retleri için din dışı nedenler ileri süren anarşist ve sosyalist gruplar eklenmiştir, böylece kavram bir yönüyle laikleşmiştir.

Soğuk savaş döneminde çoğu Batılı sanayi devlet ile Varşova Paktı'na üye devletlerin tamamı genel zorunlu askerlik uygulamasını sürdürmekle birlikte bunların bir kısmı zorunlu askerlik hizmetinin alternatif bir sivil hizmetle yerine getirilmiş kabul edilebileceğine ilişkin düzenlemeler yapmıştır.³⁶ Bununla birlikte 1960'ların ortalarından soğuk savaş döneminin sonuna kadar vicdani redçilerin sayısında büyük bir artış yaşanmıştır.³⁷ Aynı dönemde BM ve AK gibi uluslararası kuruluşların çeşitli organları vicdani ret hakkının tanınmasına ilişkin tavsiye kararları çıkarmış, bunu takiben uluslararası yargı organları söz konusu hakkın inanç özgürlüğünün bir uzantısı olduğuna karar vermiştir. Günümüzde ABD ile Avrupa Konseyi üye devletlerinin hemen hemen tümünde bu hak tanınmaktadır.

III. Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi Organlarının Vicdani Ret Hakkına Yaklaşımı

A. Birleşmiş Milletler

Birleşmiş Milletler'nin ("BM") ana organlarından Ekonomik ve Sosyal Konseye bağlı bir tür alt organ olarak kabul edilen BM İnsan Hakları Komis-

³⁵ Serra Cankur, **Demokratikleşme Sürecinde Vicdani Red: Türkiye Örneği**, (Danışman: Doç. Dr. Semra Somersan), İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009, s. 52.

³⁶ Ulrich Bröckling, "Çarklardaki Kum? 21. Yüzyılın Başında Vicdani Red", **Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler**, Haz. Özgür Heval Çınar, Coşkun Üsterci, İstanbul: İletişim Yayınları, 2008. ss. 70-74.

³⁷ <http://www.savaskarsitlari.org/arsiv.asp?ArsivTipID=2&ArsivAnaID=26239>, 28. 02. 2014.

yonu (“BMİHK”) vicdani ret hakkının tanınması yönünde özellikle 1980’li yıllardan itibaren önemli kararlar almıştır.

BMİHK ilk olarak 1987/46 sayılı ilke kararında³⁸ BM’ye üye devletleri vicdani ret hakkını “inanç ve kanaat özgürlüğü” çerçevesinde tanımaya çağırılmış ve bu hakkın dini veya dindışı sebeplerle öne sürülebileceğini kabul etmiştir. Bu hakkı henüz iç hukukunda tanımamış olan üye ülkeler bunun tanınması, haktan yararlanmak için yapılan başvuruların tarafsız ve bağımsız yargı organlarınca değerlendirilmesi ve cezalandırıcı olmayan, tamamen sivil nitelikte alternatif hizmet tesis edilmesine yönelik iç hukuk düzenlemeleri yapılması tavsiye edilmiştir. 1989/54 sayılı ilke kararında³⁹ ise bu hakkın İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin (“MSHS”) 18. maddesinde belirtilen “inanç ve kanaat özgürlüğü” kapsamına girdiği açıkça ifade edilmiştir. İlerleyen yıllarda alınan tavsiye kararlarında⁴⁰ yukarıdakilerden farklı olarak bu hakka ilişkin bilgilendirmenin önemi, vicdani retçilerin kendi içlerinde inançları temelinde ve genel olarak askerlik hizmetini yerine getirmedikleri için alternatif sivil hizmetin tesisinde veya herhangi bir alanda medeni, siyasi, ekonomik, sosyal veya kültürel haklarını kullanmada ayrımcılığa uğramasının mevzuatta ve uygulamada kaçınılması, bu kişilerin askerlik hizmetini yerine getirmedikleri için sonu gelmez yargılama ve mahkûmiyetlere maruz kalmalarının önüne geçecek yasal düzenlemelerin yapılması, askerlik hizmetinde bulunmayı reddedenlere yönelik af ve hakların iadesi konusunda üye devletlere çağrıda bulunmuştur. Yine zorunlu askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddettikleri gerekçesiyle cezalandırma korkusuyla ülkelerini terk etmek zorunda kalan vicdani retçi mültecilere iltica hakkı verilmesi yönünde tavsiyede bulunulmuştur.

BMİHK kararları kendi başına tavsiye niteliği taşımakla birlikte ulusla-

38 <http://www.refworld.org/docid/3b00f0ce50.html>, 10. 03. 2014.

39 <http://www.refworld.org/docid/3b00f0b24.html>, 10. 03. 2014.

40 UN Commission on Human Rights, Conscientious Objection to Military Service, 10 March 1993, E/CN.4/RES/1993/84, available at: <http://www.refworld.org/docid/3b00f1228c.html>, 10. 03. 2014, UN Commission on Human Rights, Conscientious Objection to Military Service, 8 March 1995, E/CN.4/RES/1995/83, available at: <http://www.refworld.org/docid/3b00f0d220.html>, 10. 03. 2014, UN Commission on Human Rights, Conscientious Objection to Military Service, 22 April 1998, E/CN.4/RES/1998/77, <http://www.refworld.org/docid/3b00f0be10.html>, 10. 03. 2014, UN Commission on Human Rights, Resolution 2004/35 on Conscientious Objection to Military Service, 19 April 2004, E/CN.4/RES/2004/35, <http://www.refworld.org/docid/415be85e4.html>, 10. 03. 2014.

rarası yargı organlarının bağlayıcı nitelikteki kararlarını etkilemiştir. Nitekim MSHS'nin uygulayıcı organı olan BM İnsan Hakları Komitesi vicdani ret hakkına ilişkin başvuruları bir süre MSHS'nin 8/3(c)(ii)⁴¹'yi ileri sürerek reddetmiş olsa da⁴² zaman içerisinde BMİHK'nun tavsiye kararlarına uygun olarak “inanç ve kanaat özgürlüğü”nün vicdani ret hakkını koruduğunu kabul etmiştir.⁴³ Son olarak Yoon ve Choi- Kore Cumhuriyeti kararlarında⁴⁴ 8/3(c)(ii)'nin vicdani ret hakkını tanımadığı gibi dışlamadığını kesin olarak belirterek hakkın bu maddeden tamamen bağımsız olarak yalnız “inanç ve kanaat özgürlüğü” kapsamında incelenmesi gerektiğine hükmetmiştir.

B. Avrupa Konseyi

Avrupa Konseyi'nin (“AK”) temel karar alma organlarından biri olan Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi (“AKPM”) vicdani ret hakkını tanıyarak bu hakkın inanç ve kanaat özgürlüğünü düzenleyen İHAS'ın 9. maddesinin mantıksal bir çıkarımı olduğunu ilk defa 1967 tarihli 337 sayılı kararında⁴⁵ belirtmiştir. Söz konusu kararda bu hakkın dini veya din dışı saiklerle ileri sürülebileceği kabul edilmekte, üye devletlere bu hakka ilişkin vatan-daşlarını bilgilendirme yükümlülüğü verilmekte, vicdani ret taleplerini değerlendirecek bağımsız ve tarafsız otoriteler oluşturulması, bu otoritelerin

41 Madde 8: “3... (a) Hiç kimse zorla çalıştırılmaz veya zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz; ... (c) Aşağıdaki haller, bu fıkra bakımından “zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma” sayılmaz ... (ii) Askeri nitelikteki bir hizmet ve inanç nedeniyle askerlik hizmetine katılmama hakkının tanındığı ülkelerde vicdani redçilerden hukuken yerine getirmeleri istenen bir kamu hizmeti...”

42 Örn. qv. L.T.K.-Finlandiya, Bn. 185/1984, U.N. Doc. CCPR/C/25/D/185/1984, 09.07.1985.

43 Qv. J.P.-Kanada, Bn.446/1991, U.N. Doc. CCPR/C/43/D/446/1991, 07.11.1991. Ayrıca 30.07.1993 tarihinde MSHS'nin inanç ve kanaat özgürlüğünü düzenleyen 18. maddesine ilişkin 22 No'lu Genel Yorumu'nda 18. maddenin vicdani ret hakkını açık olarak tanımadığını ancak öldürücü güç kullanma yükümlünün bireyin inanç özgürlüğü ile ciddi anlamda çatışması durumunda söz konusu hakkın maddeden çıkarılabileceğini belirtmiştir. <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/9a30112c27d1167cc12563ed004d8f15>, 16.04.2014.

44 Yoon ve Choi- Kore Cumhuriyeti, Bn. 1321/2004 ve 1322/2004, U.N. Doc. CCPR/C/88/D/1321-1322/2004, 03.11.2006. BM İnsan Hakları Komitesi ilerleyen yıllarda da bu hakka ilişkin aynı doğrultuda kararlar vermiştir; qv. Jung ve diğerleri- Kore Cumhuriyeti, Bn. 1593-1603/2007, U.N. Doc. CCPR/C/98/D/1593-1603/2007, 23.03.2010, Cenk Atasoy ve Arda Sarkut- Türkiye, Bn. 1853/2008 ve 1854/2008, U.N. Doc. CCPR/C/104/D/1853-1854/2008, 29.03.2012.

45 <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta67/ERES337.htm>, 16.04.2014.

yargı organlarınca denetlenmesine ilişkin düzenlemeler yapılması tavsiye edilmektedir. Aynı kararda alternatif hizmet süresinin en az askerlik süresi kadar olması ve sivil hizmet görenlerle askerlik hizmetini yerine getirenler arasında sosyal veya ekonomik ayrımcılık yapılmaması gerektiği belirtilmiştir.⁴⁶ AKPM, ilerleyen yıllardaki tavsiye kararlarında 337 sayılı karardaki ilkeleri genişleterek tekrarlamıştır.⁴⁷ 2001 tarihli 1518 sayılı tavsiye karar⁴⁸ ise özellikle vicdani retçi statüsünün kapsamının genişletmesi bakımından önem taşımaktadır. Zira karar AK üye devletlere, ülkelerindeki profesyonel askerlerin de vicdani retçi statüsünden yararlanabilmesi hususunda düzenlemeler yapmaları konusunda çağrıda bulunulmuştur. Aynı kararda alternatif hizmetin sivil karakter taşıması ve cezalandırıcı nitelikte olmaması gerektiğinin altı çizilmiş, vicdani ret hakkının AK üye devletlerde halen süren ayrımcı uygulamalar eleştirilmiş, halen bu hakkı tanımaktan kaçınan devletlere çağrıda bulunulmuş ve bu hakka İHAS'ın ek bir protokolünde yer verilmesi AKBK'ye tavsiye edilmiştir.⁴⁹

AK'nin diğer temel karar alma organı olarak nitelendirilebilen AKBK de vicdani ret hakkı konusunda AKPM'nin kararları doğrultusunda tavsiye kararları almıştır. AKBK'nin bu konuya ilişkin ilk kararı olan R (87) 8 sayılı kararı⁵⁰ yukarıda açıklanan 337 sayılı AKPM ilke kararıyla oldukça benzer-

⁴⁶ AKPM, aynı yıl çıkardığı 478 sayılı tavsiye kararında 337 sayılı kararda belirlenen ilkeler doğrultusunda üye devletlerin gerekli iç hukuk düzenlemeleri yapmaya teşvik etmesi için Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne (AKBK) çağrıda bulunmuştur. Karar için qv. <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=14515&Language=EN>, 28.02.2014.

⁴⁷ Örneğin 1977 tarihli 816 sayılı tavsiye kararında vicdani ret hakkının İHAS'da ayrı bir hak olarak düzenlenmesi yönünde AKBK'ye tavsiyede bulunmuştur, qv. http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefATDetails_E.asp?FileID=14850, 16.04.2014. “Eski Yugoslavya Cumhuriyetindeki firariler ve askere alınmayı reddedenlere ilişkin” 1994 tarihli 1042 sayılı, (http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefATDetails_E.asp?FileID=16453, 28.02.2014), “Askerlerin insan haklarına ilişkin” 1998 tarihli 1166 sayılı, (http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefATDetails_E.asp?FileID=16645, 28.02.2014), “Federal Cumhuriyetindeki yeni gelişmelere ilişkin” 2001 tarihli 1237 sayılı (http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefATDetails_E.asp?FileID=16862, 28.02.2014) tavsiye kararlarında ise vicdani ret hakkının tanınmasının gerekliliğini yinelemiştir.

⁴⁸ http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefATDetails_E.asp?FileID=16909, 28. 02. 2014. Söz konusu kararda halen bazı üye devletlerde vicdani ret hakkının tanınmadığı, tanınanlarda da bu haktan yararlanan kişilerin eşit olmayan uygulamalara maruz kaldığı ifade edilmiştir.

⁴⁹ Profesyonel askerlere de vicdani ret hakkının tanınması ve söz konusu hakkın ek bir protokolle düzenlenmesi çağrısı 2006 tarihli 1742 sayılı tavsiye kararında yinelenmiştir, qv. . http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefATDetails_E.asp?FileID=17424, 28. 02. 2014.

⁵⁰ <http://www.refworld.org/docid/5069778e2.html>, 21.04.2014.

dir. Bununla birlikte söz konusu ilke karardan farklı olarak özel kuruluşların bu hakka ilişkin bilgilendirme yapmasının serbest bırakılması, hakka ilişkin yapılacak başvuruların değerlendirilmesinin kişi askere alınmadan önce tamamlanması, alternatif sivil hizmetin tamamen sivil nitelikte ve süresinin makul sınırlar içinde olması ve cezalandırıcı nitelikte olmaması⁵¹ AK üye devletlerine tavsiye edilmiştir. AKBK, 2010 tarihli CM/ Rec (2010) 4 sayılı tavsiye kararında⁵² AKPM'nin yukarıda incelenen 1518 sayılı tavsiye kararına uygun olarak profesyonel askerlere de vicdani ret hakkının tanınmasının gerekliliğini belirtmiş ve bu kişilere uygulanacak prosedürün içermesi geren ilkelere yer vermiştir.⁵³

AKPM ve AKBK'nin vicdani ret hakkına yaklaşımı dikkate alınarak AK üye devletleri incelendiğinde⁵⁴ bunların bir kısmında yalnız göstermelik askeri güçlerin bulunduğu⁵⁵, büyük bir kısmında profesyonel askerliğe geçildiği⁵⁶ zorunlu askerlik uygulamasını sürdürenlerin⁵⁷ ise Türkiye dışında tamamının söz konusu hakkın tanınması ve alternatif hizmetin tesisine yönelik girişimlerinin olduğu görülmektedir.⁵⁸ Bununla birlikte vicdani ret hakkının tanındığı

51 AKPM ise alternatif hizmetin sivil nitelik taşımasının ve cezalandırıcı olmaması ilkesine 1518 sayılı kararsında yer vermişti.

52 <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1590149&Site=CM>, 21.04.2014.

53 Bunlar, zorunlu askerlik hizmetine ilişkin vicdani ret hakkından yararlarla tanınması gereken ilkelerin neredeyse aynıdır. Örneğin, başvuruların makul süre içinde değerlendirilmesi, değerlendirme süresince başvuruda bulunanın çatışma dışı tutulması, ret hakkına ilişkin devletlerin gerekli bilgilendirmeleri yapmaları, redçilerin herhangi bir ayrımcığa maruz kalmaması gibi.

54 Ak üyesi devletlerin vicdani ret hakkına yaklaşımına ilişkin ayrıntılı bilgi için qv. Derek Brett, **Annual Report: Conscientious Objection to Military Service in Europe 2013**, Athens, October 2013. <http://ebco-beoc.org/files/attachments/2013-EBCO-REPORT-EUROPE.pdf> 21.04.2014.

55 Andora, Liechtenstein, Monako ve San Marino'da törensel gerekleri yerine getirmesi amacıyla göstermelik birlikler bulunmaktadır.

56 Birleşik Krallık, Lüksemburg, Belçika, Hollanda, Fransa, İspanya, Slovenya, Çek Cumhuriyeti, İtalya, Portekiz, Slovakya, Macaristan, Bosna-Hersek, Karadağ, Romanya, Bulgaristan, Letonya, Makedonya, Hırvatistan, Litvanya, Polonya, Arnavutluk, İsveç, Sırbistan ve Almanya.

57 Ermenistan, Avusturya, Azerbaycan, Beyaz Rusya, Kıbrıs, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Gürcistan, Yunanistan, Moldova, Norveç, Rusya Federasyonu, İsviçre, Türkiye ve Ukrayna.

58 Azerbaycan ve Beyaz Rusya'da vicdani ret hakkı anayasal olarak tanınmakla birlikte her iki ülkede de gerekli yasal düzenlemeler yapılmamış ve henüz alternatif hizmet tesis edilmemiştir. Azerbaycan'da yasal düzenlemelerin akıbetine ilişkin belirsizliğin hâkim olmasına karşın

devletlerde de yeknesak bir uygulamaya rastlanmamakta, örneğin alternatif hizmet süresinin askerlik hizmet süresine oranı⁵⁹ veya profesyonel askerlere bu hakkın tanınması⁶⁰ hususları ülkeden ülkeye değişiklik göstermektedir.

IV. Vicdani Ret Hakkına İlişkin İHAS Denetim Organlarının İçtihadı

AK üye devletleri için doğrudan bağlayıcılık doğurmadığı bilinen AKPM ve AKBK tavsiye kararları uzunca bir süre İHAS denetim organları olarak kabul edilen ve kararları AK üye devletleri açısından bağlayıcı nitelik taşıyan İnsan Hakları Avrupa Komisyonu (“İHAK”) ve İHAS tarafından da göz ardı edilmiş, tavsiye kararlarına uygun hareket edilmemiştir.

1960’lı yıllara ait ilk başvurudan⁶¹ 1990’ların ikinci yarısına kadar vicdani ret hakkına ilişkin başvurular İHAK aşamasından geçememiş, İHAM tarafından incelenememiştir. İHAK bu dönemde söz konusu hakka ilişkin başvuruların hemen hepsini İHAS’ın inanç özgürlüğü düzenleyen 9. maddesi kapsamında incelemiştir. Ne var ki vicdani ret hakkının tek başına bir hak olarak düzenlenmemiş olması ve kavramın açık olarak sadece İHAS madde 4/3-b’de⁶² geçiyor olmasından hareketle bütünsel yoruma gitmiş, bu maddenin 9. madde bakımından *lex specialis* nitelik taşıdığını kabul etmiş ve konuya ilişkin uyuşmazlıkların tümünü 4/3-b ile birlikte yorumlamıştır. Buradan hareketle bu konuya ilişkin ilk kararında söz konusu maddenin “vicdani reddin tanındığı ülkelere” ilişkin olduğundan yola çıkarak devletlerin vicdani ret hakkını tanıma ya da tanımama, alternatif hizmetin aynı maddede “zorla çalıştırma yasağı”nın istisnası olarak belirtildiğinden hareketle de alternatif hizmet tesis edip etmemek konusunda takdir hakkına sahip olduğuna hük-

Beyaz Rusya’da bunların 2014 yazına kadar tamamlanacağı hükümet tarafından ifade edilmektedir, qv. Brett, op. cit., s.19, 62-66.

59 Örneğin Danimarka’da zorunlu askerlik ve alternatif hizmet süreleri dörder ay iken Finlandiya’da zorunlu askerlik hizmet süresi altı, alternatif hizmet süresi 12 aydır; qv. Brett, op. cit., s. 47.

60 Qv. Brett, op. cit., ss. 52-54.

61 Grandrath – Federal Alman Cumhuriyeti, Bn. 2299/64, 12.12.1966.

62 İHAS, 4.madde: “...3. Aşağıdaki haller, bu madde anlamında “zorla çalıştırma ya da zorunlu çalışma” sayılmaz:...b) Askeri nitelikli herhangi bir hizmet veya vicdanî reddin meşru sayıldığı ülkelerde, vicdanî reddi seçen kişilere zorunlu askerlik hizmeti yerine görürülebilecek başkaca bir hizmet...”

metmiştir.⁶³ İlerleyen yıllarda verdiği kararlarda İHAK vicdani ret hakkının tanınmaması halinde askerlik hizmetinden kaçanlara uygulanacak cezai yaptırım,⁶⁴ askerlik hizmetinden muaf tutulacak gruplar, vicdani ret hakkının yalnız belirli temellerde (örneğin yalnız dini saiklerle) tanınması, alternatif sivil hizmetin süresinin uzunluğu konusunda devletlerin serbesti içinde olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla örneğin Evanjelik liderlerinin alternatif hizmetten muaf tutulurken Yehova Şahiti liderlerine böyle bir muafiyet tanınmamasını,⁶⁵ dini gerekçelerle yapılan vicdani ret taleplerinin kabul edilirken felsefi gerekçelerle yapılanların (örneğin pasifistlerin başvurularının) kabul edilmesinin⁶⁶ ve sivil alternatif hizmetin zorunlu askerlik hizmeti süresinden uzun olmasını⁶⁷ ayrımcılık yasağını düzenleyen İHAS'ın 14. maddesine aykırı bulmamıştır.

Başvuruların İHAK denetimini aşmayı başararak İHAM tarafından (Batıyan kararına kadarki süreçte) incelendiği dönemde ise İHAM, vicdani ret hakkına ilişkin başvuruları İHAS 9. madde kapsamında incelemeye devam etmiş ancak söz konusu hakkın bu madde kapsamında korunan bir hak olduğunu da kabul etmemiştir. Bunun yerine, kişi özgürlüğü ve güvelliği hakkı, ayrımcılık yasağı, işkence yasağı gibi İHAS'da açıkça düzenlenen haklardan yola çıkarak aykırılık saptama yoluna gitmiştir. Bu dönemde örneğin vicdani ret başvurusunda bulunan kişinin başvurusu sonuçlanıncaya kadar tutuklu kalmasının kişi özgürlüğü ve güvelliği hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir.⁶⁸ Yine vicdani retçi olması dolayısıyla hapis cezasına çarptırılan bir kimsenin

63 Qv. Grandrath –Federal Alman Cumhuriyeti, Bn. 2299/64, 12.12.1966. Ayrıca qv. Carolyn Evans, **Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights**, New York: Oxford University Press, 2001, s.171, Öktem, op. cit., ss. 395, 396.

64 X-Avusturya, Bn. 5591/72, 02. 04. 1973, X- Almanya Federal Cumhuriyeti, Bn. 7705/76, 05.07.1977, Vicdani Retçiler-Danimarka, Bn. 7565/76, 07.03.1977, Johansen-Norveç, Bn. 17383/90, 07.08.1983, A-İsviçre, Bn. 10640/83, 09.05.1984.

65 İHAK'a göre, Evanjelik liderlerinin aksine Yehova Şahiti liderlerinin ofis saatlerinin sürekli olmaması sebebiyle ikincinin alternatif sivil hizmetten muaf tutulmaması makul bir sebeptir. Qv. Grandrath – Federal Alman Cumhuriyeti, para. 40.

66 İHAK'a göre farklı gruplara da otomatik olarak vicdani ret hakkının uygulanması, kişilerin askerlikten kaçma düşüncesiyle bu gruplar içinde yer alması ihtimalini güçlendirebilir. Qv. N-İsveç, Bn. 10410/83, 11.10.1984, Spöttl-Avusturya, bn. 22956/93, 15.05.1996.

67 İHAK'a göre zorunlu askerlik alternatif sivil hizmete kıyasla vatandaşlara daha ağır yükümlülükler yükler, dolayısıyla ikincisinin süresinin daha uzun olması makul bir sebebe dayanır ve ayrımcılık oluşturmaz. Qv. Autio-Finlanda, Bn. 17086/90, 06. 12. 1991.

68 Tsirlis ve Kouloumpas-Yunanistan, Bn. 19233/91 19234/91, 29. 05. 1997.

tahliye olduktan sonra bir mesleğe önceki sabıkası sebebiyle kabul edilmesini onun vicdani retçi olması sebebiyle uğradığı ikinci bir yaptırım olarak değerlendirmiş, diğer suçlardan mahkum olan kişilerin böyle bir uygulamaya maruz kalmadığından hareketle bu durumun farklı muamele teşkil ettiği ve bunun da objektif ve haklı bir gerekçeden kaynaklanmadığının altını çizerek söz konusu ikinci yaptırımla (işe almama) ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶⁹ Başka bir kararında ise, bir vicdani retçinin askerlik hizmetini yerine getirmeyi her reddedişinde yeni bir cezai kovuşturmayla uğraması dolayısıyla vicdani retçi olmakta ısrar etmesi durumunda yaşamının geri kalanını cezaevinde geçirme tehlikesi altında olmasının açacağı korku, kaygı, zayıflık ve “sivil ölüm”e yol açacak bir kaçak yaşamı beraberinde getirmesinin onur kırıcı muamele oluşturduğuna kanaat getirmiştir.⁷⁰

Bayatyan-Ermenistan kararı ise İHAM’ın içtihat değişikliğine giderek vicdani ret hakkının İHAS’ın 9. maddesi kapsamında korunan bir hak olduğunu tespit ettiği ilk karar olma özelliği taşır. İHAM, söz konusu başvuruda öncelikle vicdani ret hakkına ilişkin yukarıda incelenen İHAK’ın oluşturduğu madde 4/3-b ile 9’un birlikte ele alındığı içtihadını değerlendirmiş ve buna ilişkin bir içtihat değişikliliğine gidilmesinin gerekliliğini sorgulamıştır. Buradan hareketle İHAS’a ilişkin *Travaux Préparatoire*’ı dikkate alarak vicdani ret kavramının neden 4/3-b’de kullanıldığını incelemiş ve İHAS hazırlanırken vicdani red hakkının pek çok ülkede tanınmaması sebebiyle “vicdani reddin tanındığı ülkeler” ibaresinin zorla çalıştırma yasağını düzenleyen maddeye eklendiğini tespit etmiştir. Dolayısıyla söz konusu madde vicdani ret hakkını tanımadığı gibi sınırlandırmamaktadır, buradan hareketle 9. madde ile korunan hakları sınırlandırıcı bir nitelik de teşkil etmemesi gerekir.⁷¹ İHAM böylelikle vicdani ret hakkının madde 4/3-b’den bağımsız incelenmesi gerektiğini tespit etmektedir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus İHAK ve İHAM’ın daha önceki yaklaşımında vicdani ret konusunu doğrudan düzenleyen 4. madde varken 9. maddenin ihlal edildiğine bütünsel yorum gereği karar verilmemesi gerektiği yönündeyken Bayatyan kararıyla bu iki madde arasındaki bağlantıyı kırmış olmasıdır. Sözleşmenin bütünsel yorumlanması tekniğinin bir alt ilkesi olan özel kuralın bulunması durumunda genel kuralın uygulanmayacağı ilkesinin

⁶⁹ Thlimmenos-Yunanistan, Bn. 34369/97, 06. 04. 2000.

⁷⁰ Ülke-Türkiye, Bn. 39437/98, 24. 01. 2006.

⁷¹ Bayatyan, para. 100, 101.

devreye girebilmesi için her iki kuralın da aynı konuyu düzenliyor olması yetmez, aynı hukuki değeri korumaya yönelik olması gerekir. Buna karşın 4. maddenin zorla çalıştırma yasağını 9. maddenin ise inanç özgürlüğünü düzenlediği dikkate alındığında, burada iki maddenin farklı hukuki değerleri korudukları göze çarpar. Dolayısıyla zorunlu askerlik belki 4. maddeyi ihlal etmiyor olabilir, ancak 9. maddeyi günümüze kadarki gelişmeler dikkate alındığında ihlal edebilir.⁷²

Sonuç olarak, İHAM'a göre İHAS'ın yaşayan bir belge olarak bugünün koşullarına ve demokratik devletlerdeki hakim görüşlere uygun olarak yorumlanmasının gerekliliği dikkate alındığında vicdani ret hakkının tek başına 9. madde kapsamında bir hak olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.⁷³ Vicdani ret hakkının 9. maddede açık olarak düzenlenmediğini kabul edilmekle birlikte İHAM'a göre kişinin orduya hizmet etmek ile derinden sahip olduğu (dini ya da diğer) inançlarla başa çıkılması güç bir çatışma bulunması durumunda 9. maddeye başvurulabileceğini kabul etmiştir.⁷⁴ Böylelikle söz konusu hak yukarıda açıklanan BM İnsan Hakları Komitesi'nin Yeo-Bum Yoon ve Myung-Jin- Kore Cumhuriyeti kararlarına paralel bir biçimde söz konusu hakka ilişkin başvuruların doğrudan 9. madde kapsamında incelenmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Böylelikle vicdani ret hakkı artık doğrudan 9. maddenin koruması altındadır. AK üye devletlerinin vicdani ret hakkına ilişkin kısıtlamaları veya müdahaleleri İHAM tarafından madde 9/2 kapsamında incelenecek; bir müdahalenin varlığı, madde 9/2'de belirtilen kanunen öngörülme, amacın meşruluğu ve demokratik toplumda gereklilik unsurları dikkate alınarak değerlendirilecektir. İHAM, aynı kararda İHAS'a taraf devletlerin vicdani ret hakkına yapılacak müdahalenin gerekliliği ve ölçüsüne karar verme konusunda belirli bir takdir yetkisine sahip olduğunu kabul etmiş, ancak AK üyesi devletlerden

72 Kerem Altıparmak, "Bayatyan'ın Görünmeyen Yüzü: Aşağılayıcı Muamelenin Alenileşmesi", http://ihop.org.tr/dosya/diger/Bayatyan-Karari-Yorum_Kerem_Altiparmak.pdf, 27.04.2014, ss. 5, 6. Örneğin; yukarıda da görüldüğü üzere özellikle son otuz yılda AK üye devletlerinin tamamına yakını söz konusu hakkı tanıyan düzenlemeler yapmış, pek çok uluslararası belge bu hakkın tanınması ve usulüne ilişkin olmuştur. İHAM'ın oluşturduğu içtihadın kendi zamanının hakim düşüncesini yansıttığı ve o dönemde bu hakkın yaygın olarak tanınmadığı göz önüne alındığında günümüzde söz konusu hakkın tanındığına ilişkin bir görüş birliğinin oluştuğu ifade edilebilir. Hatta vicdani ret hakkının tanınması günümüzde AK üyesi için bir önkoşuldur.

73 Bayatyan, para. 109.

74 Ibid., para. 110, 111.

halen profesyonel orduya geçmemiş olanların neredeyse tümünün alternatif sivil hizmet olanağını düzenlemiş olduğu göz önüne alındığında böyle bir olanak düzenlememiş olan devletin oldukça sınırlı bir takdir yetkisine sahip olabileceğini vurgulamıştır. Dolayısıyla halen böyle bir olanak tanımamış olan devletin 9/2'den yararlanabilmesi için inandırıcı ve zorlayıcı sebeplerle müdahalenin gerekliliğini ispat etmesi gerekecektir.⁷⁵

V. Vicdani Ret Hakkı'na Anayasal Yaklaşım

Yukarıda açıklandığı üzere Türkiye, AK üye devletleri arasında vicdani ret hakkının tanınmasına ilişkin düzenleme yapmaktan kaçınan tek devlettir.⁷⁶ Bu durum vicdani retçilerin birbirini takip eden kovuşturma ve ceza mahkumiyetlere maruz kalma riski altında yaşamasına yol açmaktadır. İHAM, bu risk altında yaşamayan retçinin yaşamında doğurduğu sonuçları Ülke-Türkiye kararında⁷⁷ “sivil ölüm” olarak nitelendirmiş, vicdani ret hakkının 9. madde korumasından yararlanmaya başlamasını takiben yapılan başvurularda ise askerlikten muafiyet tanıyacak bir düzenlemenin olmaması sebebiyle retçiler için mahkumiyet riskinin sürdüğünü belirtmiştir.⁷⁸ Bununla birlikte çeşitli AKPM raporları ile Türkiye Avrupa Birliği (“AB”) İlerleme Raporları'nda Türkiye'ye vicdani ret hakkını tanıma konusunda çağrıda bulunulmuştur.⁷⁹

Türkiye'de askerlik hizmetinin anayasal temeli 1982 Anayasasının “Va-

⁷⁵ Ibid., para., 121- 123.

⁷⁶ Azerbaycan'da vicdani ret hakkının tanınmasına ilişkin anayasal düzenleme yapılmış ancak bu hakkın uygulamada talep edilmesini sağlayabilecek yasa düzeyindeki düzenlemeler halen tamamlanmamıştır. Qv. Brett, op. cit., s. 18.

⁷⁷ Bn. 39437/98, 24.01.2006.

⁷⁸ Qv. Erçep-Türkiye, Bn. 43965/04, 22.11.2011, Feti Demirtaş-Türkiye, Bn. 5260/07, 17.01.2012, Savda-Türkiye, Bn. 42730/05, 12.06.2012, Tarhan-Türkiye, Bn. 9078/06, 17.07.2012.

⁷⁹ Örneğin 2012 yılında AKPM AK üye devletlerinde insan hakları savunucularına ilişkin bir rapor yayımlanmış, burada Halil Savda'nın vicdani retçi olması ve diğer retçilerin haklarını savunması sebebiyle cezai kovuşturmayla uğramasını ve hakkında mahkumiyet kararı verilmesini “endişe verici bir durum” olarak nitelendirmiştir; qv. Parliamentary Assembly, Doc. 12957, 11 June 2012, Report: The situation of human rights defenders in Council of Europe member States, , <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewHTML.asp?FileId=18750&Language=en>, 27.04.2014. 2013 yılı AB İlerleme Raporu'nda da Türkiye'nin vicdani ret hakkını tanımamış tek ülke olduğu yinelenmiş, bu hakka ilişkin İHAM içtihadına uygun hareket edilmesinin önemi vurgulanmıştır; qv. http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/İlerlemeRaporlari/2013_ilerleme_raporu_tr.pdf, 27.04.2014.

tan Hizmeti” başlıklı 72. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, “*Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir*”. Benzer nitelikte bir düzenleme 1961 Anayasasının “Milli Savunma Hak ve Ödevi” başlıklı 60. maddesinin ilk şeklinde yer almakta⁸⁰ ve bu maddenin lafzından yalnız yurt savunması ve askerlik yükümü faaliyetlerinin “milli savunma hak ve ödevi” kapsamında kabul edildiği anlaşılmaktaydı.⁸¹ Bununla birlikte söz konusu madde 20.09.1971 tarih ve 1488 sayılı yasayla değiştirilmiş ve “Vatan Hizmeti” başlığı altında şu hale getirilmiştir: “*Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu ödevin, Silâhlı Kuvvetlerde veya kamu hizmetlerinde ne şekilde yerine getirileceği kanunla düzenlenir.*” 1982 Anayasası’nda ise yukarıda görüldüğü üzere önceki anayasanın değişik hükmü “kamu hizmeti” yerine “kamu kesimi” ve “ne şekilde yerine getirileceği” yerine “ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı” ifadelerinin kullanılması dışında aynen korunmuştur.

1982 Anayasası’nın 72. maddesi incelendiğinde maddenin vatan hizmetinin yerine getirilmesinin bir ödev olarak düzenlendiği, dolayısıyla bu hizmetin her Türk vatandaşı için zorunlu olduğu sonucu çıkarılabilir. Bununla birlikte söz konusu ödev “silahlı kuvvetlerde” veya “kamu kesiminde” yerine getirilecek veya “yerine getirilmiş sayılabilecektir”. Milli Güvenlik Konseyi (“MGK”) maddenin gerekçesinde “yerine getirilmiş sayılma” ibaresinin eklenme sebebini yabancı ülkelerde çalışan işçilere askerlik yükümlülüğü konusunda kolaylık sağlanması, vatan ödevinin yerine getirilmiş sayılacağı durumların gelecekte kanunla düzenlenmesine olanak verilmesi, hızlı nüfus artışı dikkate alındığında askerlik yükümü altında bulunan tüm vatandaşların muvazzaf olarak görevlendirilmesinin olanaksız/gereksiz olması buna karşın genç insan gücünden daha verimli bir biçimde başka sahalarda yararlanmanın gerekliliği olarak ifade edilmektedir.⁸²

80 “Yurt savunmasına katılma, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu ödev ve askerlik yükümü kanunla düzenlenir.”

81 Bu konu, Temsilciler Meclisi’nde yapılan görüşmelerde de tartışılmış, askerlik yükümünün yurt savunmasının bir parçası olduğu konusunda birleşilmiş ve 60. maddeye “askerlik mükellefiyeti” ibaresi eklenmemesi durumunda gelecek iktidarların zorunlu askerliği kaldırabileceğinden endişe edilmiş, ikinci cümle bu yükümlülüğü vurgulayacak biçimde düzenlenmiştir. Qv. Kazım Öztürk, **İzahlı, Gerekçeli, Belgeli ve Maddelere Göre Tasnifli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası**, C.II, Ankara: TİB Kültür Yayınları, 1966, ss. 2197-2201.

82 Ömer İzgi, Zafer Güngören, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu**, C.I, Ankara: TBMM Yayını, 2002, s.739, 740.

Vatan hizmeti kavramının askerlik hizmetinden daha geniş bir kavram olduğu kabul edildiğinde⁸³ ve 72. maddenin ifadesi ile birlikte gerekçesi incelendiğinde, vatan hizmetinin her vatandaş için zorunlu olmakla birlikte, bu hizmetin askerlikten başka bir şekilde görülmesine yönelik düzenleme yapılmasının önünde anayasal bir engel bulunmadığı anlaşılmaktadır.⁸⁴ Diğer bir söylemle yasa koyucuya burada vatan hizmetinin kamu kesiminde yerine getirilmesini düzenleme konusunda takdir yetkisi verilmiştir, yapacağı yasal düzenlemeyle kamu kesiminde yerine getirilecek sivil hizmet vatan hizmeti kabul edilebilecek ve vicdani ret hakkı tanınabilecektir. Sonuç olarak bu hakkın tanınmasının önünde anayasal bir engel bulunmamaktadır.⁸⁵

Bununla birlikte 21.06.1927 tarihli 1111 sayılı Askerlik Kanunu ile 22.05.1930 tarihli 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu başta olmak üzere çeşitli yasal düzenlemelerde askerlik hizmetinin vicdani ret hakkına açık kapı bırakmaksızın zorunlu tutulduğu anlaşılmaktadır.⁸⁶ Bu düzenlemeler bu yönü ile çalışmanın üçüncü bölümünde de incelendiği üzere uluslararası sözleşmelere ve uluslararası yargı içtihatlarına aykırılık taşımaktadır. Bununla birlikte yukarıdaki iki yasadaki düzenlemelerin yürürlüğe girdikleri dönemdeki anayasaya uygunlukları da sorgulanabilir. Şöyle ki iki yasa da anayasanın üstünlüğü ilkesinin benimsendiği ancak yasaların anayasaya uygunluğunun denetlendiği bağımsız bir yargı mekanizmasının henüz var olmadığı bir dönemde çıka-

83 Qv. Metin Kıratlı, **Koruyucu İdari Hizmetler**, Ankara: TODAİE Yayınları, 1973, ss. 110, 111, Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, İstanbul: Beta Yayınları, Eylül 2010, ss. 25, 26, Ahmet Mumcu, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, Ankara: Savaş Yayınları, 2003, ss. 261, 262, 343.

84 Qv. Yayla, op. cit., s. 25, Christian Rumpf, **Türk Anayasa Hukukuna Giriş**, Çev. Burak Oder, Ankara: Turhan Yayınevi, 1995, s.145.

85 Bununla birlikte Anayasa'nın 76. maddesinde öngörülen "yükümlü olunan askerlik hizmetini ifa" koşulu, 157. maddenin 1. fıkrasında belirtilen "askerlik yükümlülüğü" ibarelerinin varlığı kimi hukukçulara göre vatan hizmetinin tek yönteminin askerlik olduğu sonucunu ortaya çıkarmaktadır, qv. Ömer Faruk Eminağaoğlu, "Özgürlük ve Vatan Hizmeti", Radikal Gazetesi, 22 Ağustos 2005, aynı yönde görüş için qv. Ramazan Yıldırım, **İdare Hukuku Dersleri II**, Konya: Mimoza Yayınları, 2010, s. 120, dn.289.

86 1111 sayılı kanunun 1. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı her erkeğin askerlik yükümlülüğüne tabi olduğu belirtilmekte, 10. maddede ise bu yükümlülüğün nasıl yerine getirileceği düzenlenmektedir. Buna ek olarak 1632 sayılı kanununun 45. maddesinde kişilerin dini veya vicdani nedenlerle askerlikten kaçınamayacakları, verilecek cezanın bu nedenle ortadan kalmayacağı belirtilmektedir. Yine 26.09.2004 tarihli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 318. maddesinde düzenlenen "halkı askerlikten soğutma" ile 319. maddede düzenlenen "askerleri itaatsizliğe teşvik" suçları vicdani ret hakkı ile uyumsuzluk içindedir.

rılmıştır.⁸⁷ Dolayısıyla çıkarıldıkları dönemde yürürlükte olan 1924 Anayasa'sına aykırı olmaları durumunda dahi bu iddianın bir yargı merciinde ileri sürülmesi mümkün olmayacaktı.

Üzerinde durulması gereken diğer bir husus ise yukarıda belirtilen alternatif hizmeti reddeden yasaların kanun koyucuya alternatif hizmet düzenleme konusunda takdir yetkisi veren 1982 Anayasasına aykırılığının iddia edilip edilemeyeceği ve bunun somut norm denetimi (itiraz yolu) ile ileri sürülüp sürülemeyeceğidir. Şöyle ki, mevcut anayasanın kendisine verdiği takdir yetkisi doğrultusunda kanun koyucunun 1924 Anayasası döneminde yapılan bu düzenlemeleri değiştirmekten kaçındığı iddia edilebilir, bu açıdan yaklaşıldığında ortada bir anayasaya aykırılık bulunmamaktadır. Yani kanun koyucu takdir yetkisini vatan hizmetinin salt askerlik hizmeti biçiminde yerine getirilmesi yönünde kullanmış, bu şekilde vicdani redde geçit vermemiştir.⁸⁸ Buna karşın buradaki problem bir anayasal yorum meselesi olarak da görülebilir ve 72. maddede neden askerlik hizmeti yerine vatan hizmeti kavramının tercih edildiği irdelenebilir. Bu bağlamda söz konusu madde belirtilen gerekçesiyle birlikte incelendiğinde maddenin vatan hizmetinin askerlik dışındaki kamu hizmetlerinde görülmesine açıkça izin verdiği yine yukarıda belirtilmişti. Bilindiği üzere anayasa belgeleri, kural olarak, genel anayasal ilkeleri saptamakla yetinir ve kanun koyucunun düzenleyebileceği ayrıntılara girmekten kaçınır.⁸⁹ Her ne kadar 1982 Anayasası'nın hayli ayrıntılı kurallara yer veren adeta “düzenleyici anayasa” niteliği taşıdığı göz önünde bulundurulsa da 72. maddede vatan hizmetinin “ne şekilde yerine getirileceği” veya “getirilmiş sayılacağı”nın kanunla düzenleneceğinin belirtilmiş olması yukarıdaki ilke ile bağlantılı da değerlendirilebilir. Yani, bu bağlamda görülecek vatan hizmetine ilişkin ayrıntılı düzenleme kanunla yapılacaktır. Ancak, kanun koyucunun yapacağı düzenlemeyi anayasal sınırlar içerisinde kalması gerekecektir. Bununla birlikte anayasada tanınan bir olanağın, anayasada öngörülen zorunluluklar olmaksızın daraltılması da anayasanın üstünlüğü ilkesine aykırılık oluşturur,

87 İki yasa da 1924 Anayasası döneminde çıkarılmıştır. Bu anayasanın. 103. maddesinde anayasanın üstünlüğü ilkesinden bahsedilmekle birlikte bunun hukuki denetimini yapacak bir anayasa mahkemesi henüz oluşturulmamıştır, qv. Bülent Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)**, 20. baskı, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2011, s. 312, Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, gözden geçirilmiş 14. baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013, s.32.

88 Örneğin qv. Altıparmak op.cit., s. 8.

89 Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)**, 16. bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2013, s. 11.

dolayısıyla anayasaya aykırıdır. Yukarıdaki kanunlar ise, vatan hizmetine ilişkin düzenleme yaparken bu hizmeti salt askerlik hizmeti olarak ele alarak, başkaca bir hizmet biçimine geçit vermeyerek anayasal sınırların dışına taşmıştır. Esasen, anayasada tanınan bir olanağı (vatan hizmetinin başka şekillerde de görülebilmesi olanağını), anayasal herhangi bir dayanak olmaksızın daraltmışlardır. Oysa bu durum anayasanın üstünlüğü ilkesine aykırıdır. Böyle bir yorumlamayla, bu yasaların bugüne kadar halen fiilen ileri sürülmemiş olmakla birlikte, somut norm denetimi (itiraz yolu) ile 1982 Anayasası'na aykırılığı ileri sürülebilir.

1982 Anayasası'nda düzenlenen “vatan hizmeti” kavramına uygun kanuni düzenleme yapılmamış olması “ihmal yoluyla anayasaya aykırılık” kavramı kapsamında da incelenebilir. Birçok Avrupa ülkesinde uygulanan⁹⁰ ancak Türkiye’de uygulanmayan bu anayasallık denetim yöntemi, ihmal veya başka bir nedenle yasamanın hareketsiz kalarak yapması gereken işlemi yapmaması veya norm koymamış olması durumunda anayasa mahkemesinin anayasaya aykırılık bildiriminde bulunması ve bu bildirimin kanun koyucu için “olumlu yükümlülük” oluşturmaması biçiminde gerçekleşir.⁹¹ Böylelikle kanun koyucunun ihmal yoluyla anayasal yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınmasının önüne geçilir. 1982 Anayasası’nın 72. maddesinde kanun koyucuya bir takdir yetkisinin verildiği anlaşılmaktadır, ancak bu yetkiyi yukarıda da açıklandığı üzere yalnız anayasal sınırlar çerçevesinde kullanabilir. 72. maddede gerekçesiyle birlikte incelendiğinde ise kanun koyucunun vatan hizmetinin askerlik hizmeti haricindeki yerine getirilme biçimlerini de düzenlemesi gerekmektedir. Buna karşın kanun koyucu yapması gereken kanuni düzenlemeyi yapmaktan kaçınmış, 1924 Anayasası döneminde çıkarılan kanunların ilgili maddelerinde 1982 Anayasasına uygun düzenlemeler yapmayı ihmal etmiştir. Kanun koyucunun bu ihmali ise “Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı her erkeği” askerlik yükümlülüğü altına sokmakta⁹², bu ise çalışmanın üçüncü bölümünde de incelendiği üzere günümüzde uluslararası insan hakları hukukunda inanç özgürlüğünün uzantısı olan vicdani ret hakkını ihlal etmektedir.⁹³

90 Portekiz, Macaristan, Polonya, İtalya ve Almanya’da bu anayasallık denetim yöntemi uygulanmaktadır.

91 İbrahim Kaboğlu, **Anayasa Yargısı**, 3. baskı, Ankara: İmge Kitabevi Yayıncılık, 2000, ss. 90, 91. Ayrıca qv. İbrahim Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, 8. baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012, ss. 351,352.

92 İfade, 1111 sayılı kanunun 1. maddesinde geçmektedir.

93 Bu durum çeşitli İHAM kararlarında da tespit edilmiştir, qv. Erçep-Türkiye, Bn. 43965/04,

Söz konusu kanunlarda uluslararası insan hakları hukukuna (ve yukarıdaki görüş çerçevesinde anayasaya) uygun değişikliklerin yapılmamaya devam edilmesi durumunda da bu aykırılıktan doğan çatışmaların Anayasa'nın 90. maddesinde görülen çatışma kuralı ile de aşılabileceği söylenebilir. Bilindiği üzere 90. maddenin son fıkrasında 07.05.2004 tarihli 5170 sayılı yasayla yapılan değişiklikle insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler iç hukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Bu hüküm uyarınca “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.*” Türkiye gerek MSHS’ye gerek İHAS’a taraftır, dolayısıyla bu iki sözleşme de iç hukumuzun bir parçası olmakla birlikte 90. madde gereği normlar hiyerarşisinde kanunların üstünde yer almaktadır. Çalışmanın ilgili bölümlerinde belirtildiği üzere her iki sözleşmenin denetim organları vicdani ret hakkını inanç özgürlüğünün parçası olarak kabul etmiştir. Dolayısıyla bu sözleşmelerde inanç özgürlüğünü düzenleyen İHAS’ın 9. maddesi ile MSHS’nin 18. maddesi vicdani ret hakkını da korumaktadır. Bu bağlamda bu sözleşmeler yukarıdaki kanunların ilgili hükümleri ile çatışmaktadır. Bu çatışma durumunu çözmek adına 90. madde gereği ulusal mahkemelerin somut uyuşmazlıklarda yukarıdaki kanunlar yerine sözleşmelerin ilgili maddelerini doğrudan esas alması gerekir. Böylelikle vicdani ret hakkı da bir anlamda tanınmış olacaktır. Bu hakkın tanınmasında anayasal değil yasal engeller olduğu düşünüldüğünde, en azından gerekli yasal değişiklikler yapıncaya kadar bu yöntemin benimsenmesi gerekmektedir.

Başka bir çözüm ise Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu çerçevesinde ele alınabilir. 12 Eylül 2010 tarihinde gerçekleşen referandum sonucu 5982 sayılı yasa ile Anayasa değiştirilmiş, diğer değişikliklerin yanı sıra 148. maddenin 3. fıkrasına yapılan eklemeye Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru olanağı ortaya çıkmıştır. Söz konusu değişiklik uyarınca Anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerden, İHAS kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulabilmektedir. 148. maddede yapılan değişikliğin gerek-

22. 11. 2011, Feti Demirtaş-Türkiye, Bn. 5260/07, 17.01.2012, Savda-Türkiye, Bn. 42730/05, 12.06.2012, Tarhan-Türkiye, Bn. 9078/06, 17.07.2012. Yine bu konuda Türkiye aleyhine verilen bir BM İnsan Hakları Komitesi kararı bulunmaktadır; qv. Cenk Atasoy ve Arda Sarkut- Türkiye, Bn. 1853/2008 ve 1854/2008, U.N. Doc. CCPR/C/104/D/1853-1854/2008, 29.03.2012.

çesinde, hükmün Anayasa'ya eklenmesinin asli nedeninin İHAS ihlallerinin önlenmesi olduğu ifade edilmektedir.⁹⁴ Bu gerekçe doğrultusunda İHAS'ın kapsamı ancak İHAM içtihatlarından hareketle anlaşılabilceğinden, Anayasa Mahkemesi bir bireysel başvuruyu incelerken başvuru hakkının kapsamını İHAM içtihatlarıyla uyum içinde belirlemek yükümlülüğü altındadır. Bu bağlamda İHAS'ta açıkça yer almaksızın İHAM tarafından içtihat yoluyla geliştirilen bir hakkın da bireysel başvuru konusu kapsamında kabul edilmesi gerekmektedir.⁹⁵ Anayasa Mahkemesi bu yükümlülüğü kapsamında kendisi bir hakkın ihlali tespit ettiğinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedecektir.⁹⁶ Dolayısıyla ihlal edilen hakkın kaynağı bir yasa ise Anayasa Mahkemesi bu yasanın uygulanmaması gerektiğini tespit edebilecektir.⁹⁷ Bir başka söylemle İHAM içtihadına aykırı yasaların uygulanmaması gerektiği tespit edilebilecektir. Böylelikle 1111 sayılı Askerlik Kanunu ile 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun ilgili hükümlerinin uygulanmaması bireysel başvuru yolu ile karara bağlanabilecektir.⁹⁸ Özetle, Anayasa'nın 72. maddesinin yasal düzenlemelerle vicdani ret hakkının tanınmasına olanak sağladığı ancak yasal hükümlerin engel teşkil ettiği kabul edildiğinde, AYM bireysel başvuru yolu ile somut olayda ilgili kanunları ihmal ederek doğrudan anayasaya göre karar verebilecektir.⁹⁹

94 Gerekçe için qv. http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=82348, 02.05.2014.

95 Qv. Sevtap Yokuş, "Türkiye'de Anayasa Şikayeti'ni Hazırlayan Koşullar", **Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti)**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 35.

96 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, RG. 03.04.2011, S.27894, md.50.

97 Kerem Altıparmak, op. cit., s. 11.

98 Altıparmak'a göre, iptal davlarında da İHAS kapsamında yer alan hakların İHAM içtihatları ışığında yorumlanması gerekir, çünkü bireysel başvurularda farklı, iptal davalarında farklı ölçütlerin uygulanması Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitliğe aykırılık oluşturur. Burada bireysel başvuruda bulunan kişinin temel haklarına saygı gösterilirken diğer kişilerin haklarının ihlal edilebileceği kabul edilmiş olur ki böyle bir yorum, insan haklarına saygılı hukuk devleti formülüne aykırıdır. qv. Altıparmak, op. cit., s. 11, 12.

99 Qv. Musa Sağlam, "1982 Anayasası ve 6216 Sayılı Kanun Çerçevesinde Bireysel Başvuru Konusu Haklar", **Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan**, s.?, aktaran: "Vicdani ret için anayasal çıkış yolu", **Radikal Gazetesi**, 13.04.2013, http://www.radikal.com.tr/turkiye/vicdani_ret_icin_anayasal_cikis_yolu-1129311, 02.05.2014.

Değerlendirme ve Sonuç

Görüldüğü üzere, bireyin inanç veya kanaatlerinin derin zorlamasıyla, vicdanıyla çatıştığını düşündüğü kanuni yükümlülüklerden kendi iradesi ile kaçınması olarak tanımlanabilen vicdani ret kavramı, geniş anlamıyla çeşitli toplumsal sahaları kapsayabilmektedir. Bununla birlikte söz konusu kavram günümüze değin daha ziyade askerlik hizmeti boyutuyla karşımıza çıkmıştır. Dini veya ahlaki gerekçelerle askerlik hizmeti yükümlüsü kişinin bu yükümlülüğünü yerine getirmeyi reddetmesi olarak tanımlanabilen askerlik hizmetine ilişkin vicdani ret kavramı doktrinde dini, ahlaki, siyasi vicdani retçiler veya vicdani retçilerin saikleri, kanaatlerinin kapsamı ve yetkili organlarla işbirliği gibi çeşitli ayrımlara tabi tutularak incelenmiştir. Bunu yanında kavramın laik yönü, savaş karşıtlığı olarak nitelendirilebilen pasifizm ve her türlü iktidar ilişkisini sorgulayan antimilitarizm kavramlarıyla yakın ilişki içerisindedir, zira pasifistler ve anti militaristler vicdani retçilerin azımsanamayacak bir kesimini oluşturmaktadır. Sivil itaatsizlik kavramının içeriği konusunda ise doktrinde farklı ölçütler getirildiğinden bu kavramın vicdani ret ile ilişkisi konusunda farklı görüşler ileri sürülmekte, yine de genel olarak iki kavram birbirinden ayrı ele alınmaktadır.

Yukarıda da belirtildiği gibi vicdani retçilerin varlığı tarihin oldukça eski dönemlerine rastlamakla birlikte zorunlu askerlik hizmeti ve düzenli ordunun modern devletin ürünü olduğu dikkate alındığında esas olarak 18. yüzyılın sonlarından itibaren vicdani ret kavramının silahlı kuvvetleri ve toplumu etkileyen ciddi bir faktör haline geldiği anlaşılmaktadır. Özellikle I. Dünya Savaşı, askerliğin ABD’de ve Avrupa devletlerinin büyük bir kısmında zorunlu hale gelmesi, savaşmayı reddedenlerin oldukça ciddi yaptırımlarla karşı karşıya kalması ve vicdani reddin laik yönünün gelişmeye başlaması bakımından bir dönüm noktasıdır. Bununla birlikte özellikle 1960’ların ortalarından itibaren retçilerin sayısında yaşanan artışa paralel olarak kavram devletlerce bir hak olarak tanınmaya başlanmıştır.

Çalışmanın ilgili bölümünde de açıklandığı üzere bugün ABD ve Avrupa Konseyi üye devletlerinin neredeyse tamamı bu hakkı inanç özgürlüğünün uzantısı olarak kabul etmektedir. Şüphesiz bunda BM ve Avrupa Konseyi organlarının rolü bulunmaktadır. Bu bağlamda gerek BMİHK gerek AKPM ve AKBK’nın aldığı tavsiye kararları bu hakkın kapsamı ve uygulamasında esas alınması gereken ölçütleri belirlemiştir. Buna karşın uluslararası yargı organları söz konusu tavsiye kararlarını uzun bir süre göz ardı etmiş, vicdani ret hakkını zorla çalıştırma yasağının istisnası olarak ele almıştır. MSHS’nin

uygulayıcısı olan BM İnsan Hakları Komitesi ancak 2006 yılında aldığı Yoon ve Choi-Kore Cumhuriyeti kararında söz konusu hakkı doğrudan inanç özgürlüğü kapsamında incelemiştir.

İHAS'ın denetim organları vicdani redde ilişkin yapılan ilk başvurudan itibaren bu kavramı inanç özgürlüğünü düzenleyen 9. madde kapsamında incelemekle birlikte, yukarıda da açıklandığı üzere, İHAS'ın bütünsel yorumlanması ilkesinden hareketle bu madde ile zorla çalıştırma yasağının düzenlendiği 4. madde arasında bağlantı kurmuş ve bu maddenin 9. madde bakımından *lex specialis* nitelik taşıdığı kabul edilmiştir. Buna karşın bu yaklaşım Bayatyan-Ermenistan kararı ile sona ermiş ve 4. madde ile 9. maddenin farklı hukuki değerleri korudukları tespit edilerek birinin diğerinden daha özel nitelik taşıyamayacağına karar verilmiştir. Günümüzde AK üye devletlerinin neredeyse tümünde bu hakkın tanındığına işaret eden İHAM, İHAS yaşayan bir belge olarak yorumlandığında günümüz koşullarında demokratik devletlerdeki hakim görüşe uygun olarak bu hakkın inanç özgürlüğünün uzantısı olarak kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

AK üye devletlerinden yalnızca Türkiye halen vicdani ret hakkının tanınmasına yönelik düzenleme yapmaktan kaçınmaktadır. Öte yandan 1982 Anayasasının askerlik hizmetinin temelini oluşturan 72. maddesi gerekçesiyle birlikte incelendiğinde, çalışmanın son bölümünde de ifade edildiği gibi, burada zorunlu tutulan hizmetin askerlik değil vatan hizmeti olduğu, vatan hizmetinin de askerlik hizmeti dışındaki sahalarda yerine getirilebileceği, dolayısıyla alternatif sivil hizmet tesisi ile birlikte vicdani ret hakkının tanınmasının önünde anayasal bir engel bulunmadığı anlaşılmaktadır. Buna karşın çeşitli yasal düzenlemeler, vatan hizmetinin askerlik dışı yöntemlerle yerine getirilmesini engellemektedir. Anayasalar genel anayasal ilkeleri saptar ve ayrıntılı düzenlemeleri kanun koyucuya bırakır, ancak kanun koyucu yapacağı düzenlemelerde anayasal sınırlar içerisinde hareket etmek durumundadır. Aksi durum anayasanın üstünlüğü ilkesinin zedelenmesine yol açar. Askerlik hizmetini düzenleyen kanunlar incelendiğinde, bunların anayasanın 72. maddesinde tanınan vatan hizmetinin çeşitli sahalarda görülebilmesi olanağını anayasal herhangi bir dayanak bulunmaksızın daralttığı ve vatan hizmetini askerlik hizmetine indirgediği görülmektedir. Burada anayasada öngörülen bir olanağın anayasal sınırlar dışında daraltılması, dolayısıyla anayasanın üstünlüğü ilkesine aykırılık söz konusudur. Bu kanunlar ayrıca uluslararası insan hakları hukuku ile de çatışma içindedir. Bu çatışma durumu, gerekli yasal değişiklikler yapıncaya kadar, insan haklarına ilişkin uluslararası düzenlemelere iç hukumuzun parçası olarak normlar hiyerarşisinde kanunların üzerinde yer veren

anayasanın 90. maddesinin son fıkrası uygulanarak aşılabilir. Bu kapsamda vicdani ret hakkına geçit vermeyen yasalar ile İHAS ve MSHS'nin bu hakka yaklaşımı çatıştığında, ulusal mahkemelerin vicdani ret hakkına ilişkin İHAM veya BM İnsan Hakları Komitesi'ni esas alması gerekecektir.

Bu çalışmanın hazırlandığı tarihlerde Türkiye'de vicdani ret hakkının tanınmasının retçilerin Anayasa'da ve İHAS'ta düzenlenen din ve vicdan özgürlüğünü, işkence/insanlık dışı ceza ve muamele yasağını ve kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulmuştur.¹⁰⁰ Bu anayasaya uygunluk denetimi yönteminin 12 Eylül 2010 referandumuyla yapılan yasa değişikliğiyle getirilme amacının temelinde İHAS ihlallerinin önlenmesi olduğu yukarıda belirtilmişti. Bu durum göz önüne alındığında başvuru hakkının kapsamının İHAM içtihatlarıyla uyum içinde belirlenmesi gerekmekte, dolayısıyla İHAS'ta doğrudan yer almasa dahi içtihat yoluyla getirilen bir hakkın da bireysel başvuru konusu kapsamında kabul edilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda söz konusu başvurunun ön inceleme aşamasını geçmesi durumunda Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 72. maddesinin vicdani ret hakkını sınırlandırmadığını da göz önüne alarak bu hakkı İHAM içtihatlarına paralel olarak anayasanın 24. maddesinde korunan din ve vicdan özgürlüğü kapsamında bir hak olarak değerlendirmesi beklenmektedir.

100 Qv. <http://www.bianet.org/bianet/vicdani-ret/155453-aym-ye-vicdani-ret-basvurusu>, 09.05.2014.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

- Akal, Cemal Bali, **Modern Düşüncenin Doğuşu: İspanyol Altın Çağı**, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, Ekim 2010.
- Altınay, Ayşe Gül, “Künye Bellemeyen Kezbanlar: Kadın Redçiler Neyi Reddediyorlar?”, **Çarklardaki Kum: Vicdani Red**, Haz. Özgür Heval Çınar, Coşkun Üsterci, İstanbul: İletişim Yayınları, 2008, ss. 113-133.
- Anayurt, Ömer, “Avrupa’da Vicdani Ret Sorunu: İstemden Normatif Düzleme”, **Mülkiye**, C.XXXI, S.254, Bahar 2007, ss. 149-182.
- Arendt, Hannah, “Sivil itaatsizlik”, **Kamu Vicdanına Çağrı: Sivil İtaatsizlik**, Çev. Yakup Coşar, Haz. Ender Ateşman, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1997, ss. 76-115.
- Belge, Murat, **Militarist Modernleşme: Almanya, Japonya ve Türkiye**, İstanbul: İletişim Yayınları, 1. Baskı, 2011.
- Bröckling, Ulrich, “Çarklardaki Kum? 21. Yüzyılın Başında Vicdani Red”, **Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler**, Haz. Özgür Heval Çınar, Coşkun Üsterci, İstanbul: İletişim Yayınları, 2008, ss. 69-78.
- Cankur, Serra, **Demokratikleşme Sürecinde Vicdani Red: Türkiye Örneği**, (Danışman: Doç. Dr. Semra Somersan), İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009.
- Chloe, Cynthia, “Kadınlar Askeri Vicdani Reddin Neresinde? Bazı Feminist İpuçları”, **Çarklardaki Kum: Vicdani Red**, Haz. Özgür Heval Çınar, Coşkun Üsterci, İstanbul: İletişim Yayınları, 2008, ss. 103-112.
- Cohen, Carl, “Conscientious Objection”, **Ethics: An International Journal of Social, Political, and Legal Philosophy**, vol. 78, no. 4, 04.07.1968, ss. 269-279.
- Evans, Carolyn, **Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights**, New York: Oxford University Press, 2001.
- Fiala, Andrew, “Pacifism”, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Fall 2010 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/pacifism/>, 23.03.2014.
- İşıklar, Celal, **Dünyada ve Türk Hukukunda Zorunlu Askerlik ve Vicdani Ret**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.
- İzgi, Ömer, Güngören, Zafer, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu**, C.I, Ankara: TBMM Yayını, 2002.

- Kaboğlu İbrahim, **Anayasa Yargısı**, 3. baskı, Ankara: İmge Kitabevi Yayıncılık, 2000.
- Kardaş, Ümit, “Modern Devlet, Ordu ve Vicdani Red İtirazı”, **Birikim: Aylık Sosyalist Kültür Dergisi**, S. 207, Temmuz 2006, ss. 36-41.
- Kıratlı, Metin, **Koruyucu İdari Hizmetler**, Ankara: TODAİE Yayınları, 1973.
- Lippman, Mathew, “The Recognition of Conscientious Objection to Military Service as an International Human Right”, **California Western International Law Journal**, vol. 21, Number 31, 1990-1991, ss. 31-66.
- Major, Marie-France, Conscientious objection and international law: A human right?”, **Case Western Reserve Journal of International Law**, Spring 92, Vol.92, Issue 2, ss.349-378.
- Mızrak, Dilan, Zorunlu **Askerlik Hizmetine Karşı Vicdani Ret**, (Danışman: Prof. Dr. Mithat Sancar), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2008.
- Mumcu, Ahmet, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, Ankara: Savaş Yayınları, 2003.
- Öktem, Akif Emre, **Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü**, Ankara: Liberte Yayınları, 2002.
- Özbudun, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, gözden geçirilmiş 14. baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- Öztürk, Kazım **İzahlı, Gerekçeli, Belgeli ve Maddelere Göre Tasnifli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası**, C.II, Ankara: TİB Kültür Yayınları, 1966.
- Rawls, John, “Sivil İtaatsizliğin Tanımı ve Haklılığı”, **Kamu Vicdanına Çağrı: Sivil İtaatsizlik**, , Çev. Yakup Coşar, Haz. Ender Ateşman, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1997, ss 54-75.
- Selek, Pınar, Sönmez, Oğuz, “Antimilitarizm”, **Kavram Sözlüğü II: Söylem ve Gerçek**, Ed. Fikret Başkaya, Özgür Üniversite Kitaplığı, Ankara: Maki Basın Yayın, Kasım 2006.
- Speck, Andreas “Dünyada Çağdaş Red ve Red Hareketlerinin Anahatları: Savaş Karşısı Uluslar arası Hareket İçinde Red”, **Birikim: Aylık Sosyalist Kültür Dergisi**, S. 207, Temmuz 2006, ss. 42-54.
- Speck, Andreas, Friedrich, Rudi, “Dünyada Vicdani Red Hareketi Deneyimleri”, **Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler**, Haz. Özgür Heval Çınar, Coşkun Üsterci, İstanbul: İletişim Yayınları, 2008, ss. 153-164.
- Tanör, Bülent, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)**, 20. baskı, İstanbul:Yapı Kredi Yayınları, 2011.

Teziç, Erdoğan, **Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)**, 16. bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2013.

Toker, Nilgün, “Vicdani Red, Sivil İtaatsizlik ve Antimilitarizm: İtaat Etmeme ve Direnme”, **Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler**, Haz. Özgür Heval Çınar, Coşkun Üsterci, İstanbul: İletişim Yayınları, 2008, ss. 79-93.

Yayla, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, İstanbul: Beta Yayınları, Eylül 2010.

Yokuş, Sevtap, “Türkiye’de Anayasa Şikayeti’ni Hazırlayan Koşullar”, **Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti)**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014, ss. 17-42.

Elektronik Kaynaklar

Altıparmak, Kerem, “Bayatyan’ın Görünmeyen Yüzü: Aşağılayıcı Muamelenin Alenileşmesi”, http://ihop.org.tr/dosya/diger/Bayatyan-Karari-Yorum_Kerem_Altiparmak.pdf, 27.04.2014.

Brett, Derek, **Annual Report: Conscientious Objection to Military Service in Europe 2013**, Athens, October 2013, <http://ebco-beoc.org/files/attachments/2013-EBCO-REPORT-EUROPE.pdf> 09.05.2014.

http://www.abgs.gov.tr/files/strateji/2012_ilerleme_raporu.pdf, 09. 05. 2014.

<http://www.amnesty.org.tr/ci/vicdaniret>, 09.05.2014.

<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta67/ERES337.htm>, 09.05.2014.

http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefATDetails_E.asp?FileID=14850, 09.05.2014.

http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefATDetails_E.asp?FileID=16453, 09.05.2014.

http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefATDetails_E.asp?FileID=16645, 09.05.2014.

http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefATDetails_E.asp?FileID=16862, 09.05.2014..

http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefATDetails_E.asp?FileID=16909, 09.05.2014.

http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefATDetails_E.asp?FileID=17424, 09.05.2014.

<http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=14515&Language=EN>, 09.05.2014.

http://www.barisicinvicdaniret.org/?pape_id=70, 09.05.2014.

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1590149&Site=CM>, 09.05.2014.

http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=82348, 09.05.2014.

<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/9a30112c27d1167cc12563ed004d8f15>, 09.05.2014.

<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/9a30112c27d1167cc12563ed004d8f15,09.05.2014>.

Parliamentary Assembly, Doc. 12957, 11 June 2012, Report: The situation of human rights defenders in Council of Europe member States, <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewHTML.asp?FileId=18750&Language=en,09.05.2014>.

Parliamentary Assembly Resolution 1380 (2004): Honouring of Obligations and Commitments by Turkey, <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta04/ERES1380.htm,09.05.2014>.

“Vicdani ret için anayasal çıkış yolu”, **Radikal Gazetesi**, 13.04.2013, http://www.radikal.com.tr/turkiye/vicdani_ret_icin_anayasal_cikis_yolu-1129311,09.05.2014.

Mahkeme Kararları

Autio-Finlanda, Bn.17086/90, 06.12.1991.

Bayatyan – Ermenistan, Bn.23459/03, 07.07.2011.

Erçep-Türkiye, Bn. 43965/04, 22.11.2011.

Feti Demirtaş-Türkiye, Bn. 5260/07, 17. 01. 2012.

Grandrath – Federal Alman Cumhuriyeti, Bn. 2299/64, 12.12.1966.

Johansen-Norveç, Bn. 17383/90, 07.08.1996.

N-İsveç, Bn. 10410/83, 11.10.1984.

Raninen-Finlandiya, Bn. 20972/92, 16.12.1997.

Savda-Türkiye, Bn. 42730/05, 12.06.2012.

Spöttl-Avusturya, Bn. 22956/93, 15.05.1996.

Tarhan-Türkiye, Bn. 9078/06, 17.07.2012.

Thlimmenos-Yunanistan, Bn. 34369/97, 06.04.2000.

Tsirlis ve Kouloumpas-Yunanistan, Bn. 19233/91 ve 19234/91, 29.05.1997.

Ülke-Türkiye, Bn. 39437/98, 24.01.2006.

Yoon ve Choi-Kore Cumhuriyeti, Bn. 1321/2004 ve 1322/2004, 03.11.2006.

Hans J. Morgenthau ve Uluslararası Hukuk

Ceren Zeynep PİRİM*

ÖZET

Uluslararası hukuk, uluslararası ilişkiler ve siyaset bilimi teorilerinden bağımsız düşünülemez. Zira, sadece teknik hukuk kuralları ile açıklanamayacak bir alanı düzenler. Dolayısıyla, uluslararası hukukçu, yüzyıllardır teknik hukuk zeminine oturtulmaya çalışılan devletlerarası ilişkileri ve bu ilişkilere bağlı kavram ve kurumları uluslararası ilişkiler teorilerini gözönünde bulundurmadan lâıykıyla değerlendiremez. Aynı şekilde, uluslararası ilişkiler teorileri de uluslararası hukuktan bağımsız düşünülemez. Daha açık bir ifade ile, uluslararası ilişkiler teorisyenlerinin geliştirdiği fikirler, söz konusu teorisyenlerin uluslararası hukuku algılama biçimlerini de içinde barındırır. Gerçekçi görüş olarak adlandırılan ve uluslararası ilişkiler tarihinin en meşhur, en eski ve en önemli akımı addedilen akımın uluslararası ilişkilere dair ileri sürdükleri fikirler de bu tespitten nasibini alır. Devletlerarası ilişkilere gerçekçi pencereden bakan yazarlar, uluslararası hukuku bu bakış açısının izleri ışığında değerlendirir ve algırlar. Söz konusu makale, yirminci yüzyıl uluslararası ilişkiler çalışmalarına damgasını vuran ve bu yüzyılın gerçekçi düşünce akımının kurucusu kabul edilen Hans J. Morgenthau'nun pozitivist ve idealist uluslararası hukuka yönelttiği eleştirileri değerlendirmekte ve önerdiği gerçekçi uluslararası hukuk teorisini incelemektedir.

Anahtar kelimeler: Gerçekçilik, Hans J. Morgenthau, İdealizm, Pozitivizm, Uluslararası Hukuk.

Hans J. Morgenthau and International Law

ABSTRACT

International law can not be considered separate from international relations and political sciences' theories. Since it regulates a domaine which can not be explained and understood merely by technical legal rules. In consequence, an international jurist can not put to good account interstate

* Yard. Doç. Dr. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.

relations and notions and institutions without taking into consideration theories of international relations. This finding is also valid for theorists of international relations. Ideas and consequences developed by theories of international relations upon the analysis of interstate relations extend to the perception of international law. This is also true for ideas developed by the oldest and the most distinguished doctrine in the history of international relations called realism. In other words, scholars who view interstate relations from a realist perspective perceive international law in light of the foregoing perspective's footprints. This article analyzes the critiques that Hans J. Morgenthau, founder of the realist doctrine in twentieth century, addresses to positivist and idealistic perception of international law and studies the realist international law theory that he proposes.

Keywords: Hans J. Morgenthau, Idealism, International Law, Positivism, Realism.

Giriş

Uluslararası hukuk, uluslararası ilişkiler ve siyaset bilimi teorilerinden bağımsız düşünülemez. Zira, sadece teknik hukuk kuralları ile açıklanamayacak bir alanı düzenler. Dolayısıyla, uluslararası hukukçu, yüzyıllardır teknik hukuk zeminine oturtulmaya çalışılan devletlerarası ilişkileri ve bu ilişkilere bağlı kavram ve kurumları, uluslararası ilişkiler teorilerini gözönünde bulundurmadan lâıykıyla değerlendiremez.

Aynı şekilde, uluslararası ilişkiler teorileri de uluslararası hukuktan bağımsız düşünülemez. Daha açık bir ifade ile, uluslararası ilişkiler teorisyenlerinin geliştirdiği fikirler, söz konusu teorisyenlerin uluslararası hukuku algılama biçimlerini de içinde barındırır.

Gerçekçi görüş (fr. *réalisme*; ing. *realism*) olarak adlandırılan ve uluslararası ilişkiler tarihinin en meşhur, en eski ve en önemli akımı¹ addedilen akımın uluslararası ilişkilere dair ileri sürdükleri fikirler de bu tespitten nasibini alır. Devletlerarası ilişkilere gerçekçi pencereden bakan yazarlar, uluslararası hukuku bu bakış açısının izleri ışığında değerlendirir ve algılarlar.

Sosyal ilişkilerin, olmalarını istediğimiz gibi değil, oldukları gibi değerlendirilmesi gerektiğini savunan² ve insan tabiatı üzerine kurulu bir uluslara-

1 HOFFMANN, Stanley; *The Political Ethics of International Relations*, New York, Carnegie Council on Ethics and International Affairs, 1988, s. 6; ACUTI, Elena; *Antropologia filosofica e realismo politico: gli Stati Uniti e la Guerra Fredda*, Annali del Dipartimento di Filosofia (Nuova Serie), XV, 2009, ss. 163-218, s. 163.

2 BRAILLARD, Philippe; *Théories des relations internationales*, Paris, PUF, 1977, s. 69.

rası ilişkiler teorisi ortaya koyan gerçekçi düşünce³, devleti uluslararası ilişkilerin temel aktörü kabul eder ve devletin güvenliğini dış politikanın asıl amacı addeder⁴. Anarşik bir düzen içinde birlikte var olmaya çalışan devletler için, “güç”, gerçekçi düşünce anlayışında, etkin ve elverişli bir siyasi araç telâkki edilir.

İnsan, toplum ve uluslararası toplum yapısına dair bu temel felsefede uzlaşan gerçekçi akımın yeknesak bir doktrin oluşturduğunu söyleyebilmek ise mümkün değildir. Gerçekçi yazarların, uluslararası ilişkilerin mantığının ve temellerinin açıklanması da dahil, bazı noktalarda ayrıştıkları görülür⁵. Ve söz konusu ayrışma belirtilen yazarların uluslararası hukuka dair değerlendirmelerine sirayet eder.

Milâttan önce 460-395 yılları arasında yaşadığına inanılan ve gerçekçi okulun ilk temsilcisi olduğu kabul edilen Antik Yunan düşünürü Tucidides, uluslararası ilişkileri insan doğası ile açıklar. Tucidides’e göre, devletlerin iç düzenleri insan doğasının, uluslararası ilişkiler ise devletlerin iç düzenlerinin yansımasıdır. Dolayısıyla, uluslararası ilişkiler, insan doğasında saklı olan “güç” kavramı etrafında şekillenir: uluslararası ilişkilerin temeli devletler arasındaki güç ilişkileridir ve uluslar arasında savaş hali sürekli⁶. Bu görüş, Michael W. Doyle tarafından *bileşik/karmaşık gerçekçilik* (fr. *réalisme complexe*) olarak adlandırılır⁷.

Köktengerçekçilik (fr. *réalisme fondamentaliste*) olarak nitelendirilen ve Machiavelli (1469-1527) tarafından geliştirilen görüşe göre, insanlar “*nankör*;

3 ÇAĞIRAN, Mehmet Emin; *Raymond Aron ve Uluslararası Hukukun Hukuk Niteliği*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 56, Sayı 1-4, 1998, ss. 71-96, s. 71.

4 VIOTTI, Paul R. / KAUPPI, Mark V.; *International Relations Theory: realism, pluralism, globalism*, New York, Macmillan, 1993, ss. 55-56; WENDT, Alexander; *Anarchy is what states make of it: the social construction of power politics*, International Organization, Vol. 46, no: 2, 1992, ss. 391-425, s. 392.

5 Gerçekçi yazarların ayrıştıkları noktaların incelemesi için bkz. ACUTI, Elena; *op.cit.*, ss. 175-185.

6 Tucidides, en önemli eseri kabul edilen ve Atina ile Sparta arasında milâttan önce 431-404 yılları arasında yaşanan çatışmayı anlatan *Peloponez Savaşı* isimli yapıtında, söz konusu savaş “güç” ve “güç mücadelesi” kavramları etrafında inceler. THUCYDIDE; *La guerre du Péloponnèse*, Paris, Ed. Gallimard, 2000.

7 DOYLE, Michael W.; *Ways of War and Peace. Realism, Liberalism, and Socialism*, New-York, W.W. Norton and Company, 1997, ss. 45-48. Michael Doyle’un gerçekçi akım sınıflandırmasının ayrıntılı incelemesi için bkz. DUSSOUY, Gérard; *Traité de relations internationales II, Les Théories de l’interétatique*, Paris, l’Harmattan, 2008, ss. 66-68.

gelgeç gönüllü, sahtekâr ve hilebaz"dır⁸ ve bütün sosyal ilişkiler, insanların söz konusu tabiatı ve maddi ve psikolojik ihtiyaçları çerçevesinde şekillenir. Belirtilen tespitten hareket eden Machiavelli gerçekçiliğinin temel kavramlarından biri "güç"tür ve düşünüre göre, sosyal ilişkilerin tamamı bir güç mücadelesinin ürünüdür⁹. Savaş, güçler dengesinde yaşanan değişikliklerin bir sonucudur: her devlet, askeri ve siyasi gücünü arttırmayı hedefler ve bu hedef savaş çıkmasını kolaylaştırır. Machiavelli felsefesinde, devletlerarası ilişkiler orman kanunları çerçevesinde şekillenir; güçlü olan, iradesini, zayıf olana kabul ettirecektir.

Yapısalcı gerçekçilik (fr. *réalisme structuraliste*) olarak adlandırılan akım ise Hobbes'tan (1588-1679) etkilenen Kenneth Waltz'un ürünüdür¹⁰. Bilindiği üzere, Hobbes'un temel kaygısı "gücün yokluğu"dur. Mutlak iktidarın mutlak egemenliğini savunan Hobbes için egemen gücün yokluğu tam bir kaos, kargaşa ve savaş halidir¹¹; zira bireyin ve toplumun özü kavga, güvensizlik ve kaostur¹². Bu nedenle, devlet bütün toplumların temeli ve siyaset alanıdır. Söz konusu tespit uluslararası ilişkiler ve uluslararası hukuk teorileri

8 MACHIAVELLI, Nicolò; *Prens*, İstanbul, Can Yayınları, 2012, s. 99.

9 Machiavelli, devletin doğasını anlattığı *Prens* adlı yapıtında şu ifadeleri kullanır: "Güçlü ve cesur bir prens, kâh uyruklarına kötü halin uzun sürmeyeceği umudunu vererek, kâh düşmanın acımasızlığıyla onların gözünü korkutarak, kâh fazla ateşli bulunduğu kişileri ustaca devre dışı bırakarak, her zaman bütün güçlüklerin üstesinden gelecektir. Bunun yanı sıra, doğal olarak, düşman geldiği an, insanlar henüz coşkulu ve savunmaya istekliyken, ülkeyi yakıp yıkmak zorundadır [...]". MACHIAVELLI, Nicolò; *op.cit.*, s. 77. Machiavelli'nin güç kavramının ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. DUSSOUY, Gérard; *op.cit.*, s. 66 ve s. 74. Gérard Dussouy, Morgenthau'nun, Machiavelli'de temellerini bulan köktengerçekçilik akımının yirminci yüzyıldaki temsilcisi olduğunu ifade eder. *Idem*, s. 66. Ancak, söz konusu sınıflandırmaya katılmayan yazarlar da vardır. Örneğin Murray, Morgenthau'nun, hem Hobbes'dan hem Machiavelli'den ahlâk anlayışı bakımından farklı bir noktada olduğunu, zira Hobbes ve Machiavelli'nin, Morgenthau'nun aksine, jüdeohristiyan normları net bir şekilde reddettiğini ifade eder. MURRAY, A. J. H.; *The Moral Politics of Hans Morgenthau*, *The Review of Politics*, Vol. 58, no: 1, 1996, ss. 81-107, s. 85.

10 DUSSOUY, Gérard; *op.cit.*, s. 66.

11 "İnsanları yabancıların saldırısından ve birbirlerinin zararlarından koruyabilecek ve, böylece, kendi emekleriyle ve yeryüzünün meyveleriyle kendilerini besleyebilmelerini ve mutluluk içinde yaşayabilmelerini sağlayacak böylece bir genel gücü kurmanın tek yolu; bütün kudret ve güçlerini, tek bir kişiye veya hepsinin iradesini oyların çokluğu ile tek bir iradeye indirgeyecek bir heyete devretmeleridir (...) Egemen güç, yokluğu kadar zararlı değildir". HOBBS, Thomas; *Leviathan*, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2004, ss. 129-130 ve s.138.

12 Bkz. ÇETİN, Halis; *Egemenlik ve Hukuk İlişkisi Üzerine*, C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, 2002, ss. 1-16, ss. 4-5.

bakımından önemlidir. Zira belli bir siyaset alanının yaratılması, söz konusu alanın dışında kalan alanların varlığı, yani uluslararası ilişkiler meselesini ortaya çıkarır. Başka bir ifade ile, uluslararası alanı yaratan devletin kendisidir ve dolayısıyla uluslararası alanı düzenleyecek olan da devlettir¹³. Bununla birlikte, Hobbes felsefesinde, devletler arasında bir toplum sözleşmesinin var olabilmesi mümkün değildir; uluslararası toplum anarşik bir toplum olarak kalmaya mahkûmdur ve söz konusu toplumda hukuk ve güvenden ziyade şüphe ve güç kavramları belirleyicidir¹⁴.

Jean Jacques Rousseau'da temellerini bulan ve yirminci yüzyılda Raymond Aron tarafından temsil edilen *anayasalcı gerçekçilik* (fr. *réalisme constitutionnaliste*) ise Tukidides'in gerçekçiliğine yakındır¹⁵; ancak, “*insan tabiatı üzerine dayalı teorik bir yaklaşımı reddederek, uluslararası politikanın sosyolojik bir yaklaşımla incelenmesi gerektiğini ileri sürer*”¹⁶. Bununla birlikte, Aron'a göre, devletler veya uluslararası ilişkiler kendilerine özgü ilişkilerdir; zira söz konusu ilişkilerin aktörlerinin silâhlı kuvvete başvurmaları meşru ve yasaldir¹⁷.

Görüldüğü üzere, gerçekçi yazarlar uluslararası sistemin anarşik bir yapı arzettiği ve uluslararası siyasetin bir güç mücadelesi olduğu görüşünde birleşir¹⁸; soyut ve evrensel ilkelerden doğan akılcı ve ahlâki bir siyasi düzenin kurulabileceğine inanan ve insan doğasının “iyi”iliğinden yola çıkan idealist akımın aksine, mükemmel olmayan vahşi dünyanın, insan doğasının “kötü”lüğünün bir sonucu olduğu noktasından hareket eder¹⁹. Sosyal düzenin kurulması noktasındaki başarısızlıklar, idealist görüş tarafından bilgi ve anlayış eksikliği, eskimiş kurumlar ve münferit bir takım kişi ve grupların ahlâki ol-

13 THIBAUT, Jean-François; *H. J. Morgenthau, le débat entre idéalistes et réalistes et l'horizon politique de la théorie des relations internationales: une interprétation critique*, Etudes internationales, Vol. 28, no: 3, 1997, ss. 569-591, s. 579.

14 ETHIER, Diane; *Introduction aux relations internationales*, Québec, Presses de l'Université de Montréal, 2006, ss. 27-28.

15 DUSSOUY, Gérard; *op.cit.*, s. 67.

16 ÇAĞIRAN, Mehmet Emin; *op.cit.*, ss. 71-96, s. 71.

17 ARON, Raymond; *Qu'est-ce qu'une théorie des relations internationales*, Revue française de science politique, no: 5, 1967, ss. 837-861, s. 843.

18 DUSSOUY, Gérard; *op.cit.*, s. 67; KEANEY, Brian A.; *The Realism of Hans Morgenthau*, Graduate School Theses and Dissertations, University of South Florida, 2006, s. 1.

19 MORGENTHAU, Hans J.; *Politics Among Nations. The Struggle for Power and Peace*, New York, Alfred A. Knopf, 1973, ss. 3-4.

mayan davranışları ile açıklanırken, gerçekçi okul, sorumluluğu, insan doğasında var olan özelliklere yükler²⁰.

Hiç şüphesiz, uluslararası ilişkileri gerçekçi bakış açısı ile değerlendiren yazarların tümünün uluslararası hukukçu tarafından incelenmesi gerekir. Bununla birlikte, yirminci yüzyıla damgasını vuran ve İkinci Dünya Savaşı sonrasında gerçekçi uluslararası ilişkiler teorisinin kurucusu addedilen Morgenthau'nun²¹ günümüz uluslararası hukuku için ayrı bir önemi vardır. Zira, herşeyden önce idealizm ve gerçekçilik arasındaki çatışma, İkinci Dünya Savaşı sonrası gerçekçi okulun galibiyeti ile noktalanır ve 1945'den sonra Amerika Birleşik Devletleri, dış siyasetini, Morgenthau öncülüğünde geliştirilen gerçekçi anlayış üzerine kurar²². Bunun yanı sıra, savaş sonrası dönemde sadece Amerikalı değil, Avrupalı yazarları da fazlasıyla meşgul eden bir uluslararası ilişkiler teorisi geliştiren²³ ve *Scientific Man versus Power Politics*²⁴, *Politics Among Nations*²⁵, *In Defense of the National Interest*²⁶, *The Purpose*

-
- 20 MORGENTHAU, Hans J.; *Another "Great Debate": The National Interest of the United States*, The American Political Science Review, Vol. 46, no: 4, 1952, ss. 961-988, ss. 961-962. İdealist ve gerçekçi akımlar arasındaki bu temel felsefe ayrılığı ve bu ayrılığa bağlı fikrî çatışma, modern siyasi düşünce tarihine damgasını vurmuştur. *Idem*, s. 579.
 - 21 KAUFMAN, Robert; *Morgenthau's Unrealistic Realism*, Yale Journal of International Affairs, Vol. 1, Issue 2, 2006, ss. 24-38, s. 24; KEANEY, Brian A.; *op.cit.*, s. ii; ACUTI, Elena; *op.cit.*, s. 170; TURNER, Stephen / MAZUR, George; *Morgenthau as a Weberian Methodologist*, European Journal of International Relations, Vol. 15, 2009, ss. 477-504, s. 477.
 - 22 KEANEY, Brian A.; *op.cit.*, ss. 1-2. Gerçekçilik akımının İkinci Dünya Savaşı sonrası uluslararası ilişkiler çalışmalarındaki baskın konumu pek çok yazar tarafından ifade edilir. Bkz. FORDE, Steven; *Varieties of Realism: Thucydides and Machiavelli*, The Journal of Politics, Vol. 54, no: 2, 1992, ss. 372-393; ACUTI, Elena; *op.cit.*, s. 164.
 - 23 Morgenthau'nun teorisi Batı doktrinini o kadar meşgul eder ki, Kenneth W. Thompson, 1959 yılında yayınladığı bir makalesinde "gelişen uluslararası siyaset literatürünün, açık veya zımni, Morgenthau ve Morgenthau eleştirisi arasındaki bir diyalogdan ibaret olduğunu" yazar. THOMPSON, Kenneth W.; *American Approaches to International Politics*, The Year Book of World Affairs, New York, Frederick A. Praeger, 1959a, ss. 205-235, s. 222.
 - 24 MORGENTHAU, Hans J.; *Scientific Man versus Power Politics*, Chicago, University of Chicago Press, 1946.
 - 25 MORGENTHAU, Hans J.; *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace*, New York, Alfred A. Knopf, 1948. Söz konusu eser Morgenthau'nun en çok ses getiren eseri olur ve 1953, 1960, 1967, 1973, 1978, 1985 yıllarında yazar tarafından geliştirilerek yeni baskıları yapılır. Çalışmamızda, kaynak olarak, söz konusu eserin 1973 tarihli baskısı kullanılmıştır.
 - 26 MORGENTHAU, Hans J.; *In Defense of the National Interest: A Critical Examination of American Foreign Policy*, New York, Alfred A. Knopf, 1951.

*of American Politics*²⁷ gibi önemli eserler veren Morgenthau, söz konusu teori ışığında uluslararası hukuku da değerlendirir ve hatta eleştirir.

Söz konusu makale, gerçekçi düşüncenin yirminci yüzyıldaki en önemli temsilcisi kabul edilen Hans J. Morgenthau'nun uluslararası hukuka yaklaşımını incelemektedir. Bu çerçevede, uluslararası ilişkilerin idealist bir yaklaşımla değil, gerçekçi bir bakış açısı ile düzenlenmesi gerektiğini savunan yazarın, idealist ve pozitivist uluslararası hukuk eleştirisi ve bu eleştirinin temelinde yatan nedenler irdelenecek (I), önerdiği gerçekçi uluslararası hukuk teorisinin genel hatları incelenecektir (II).

Belirtilmesi gerekir ki; Hans Morgenthau'nun ortaya attığı gerçekçi uluslararası siyaset ve uluslararası hukuk anlayışı, on yıllardır pek çok yazar tarafından eleştirilir veya övülür. Öyle ki; Morgenthau hakkında yazılanların, Morgenthau'nun yazdıklarını geçtiğini söylemek yanlış olmaz²⁸. Bu noktada, söz konusu çalışmayı bir Morgenthau eleştirisi veya savunusu olarak değil, yazarın teorisinin ana hatlarını ortaya döken ve uluslararası hukuka dair görüşlerinin anlaşılabilmesi amacıyla oluşturulmuş bir sentez çalışması olarak okumakta fayda vardır.

I. Morgenthau'nun Pozitivist ve İdealist Uluslararası Hukuk Eleştirisi

Morgenthau, geliştirdiği gerçekçi uluslararası ilişkiler teorisi çerçevesinde bir uluslararası hukuk anlayışı önermeden önce, var olan pozitivist ve idealist uluslararası hukuk yaklaşımını ciddi bir biçimde eleştirir. Yazara göre, pozitivist ve idealist bakış açısı uluslararası hukuk ile bağdaşmaz. Zira, pozitivizmin ve idealizmin uygulanabildiği iç siyaset ve iç hukuk düzeni ile uluslararası siyaset farklıdır (A); uluslararası sistemin özü anarşidir (B).

27 MORGENTHAU, Hans J.; *The Purpose of American Politics*, New York, Alfred A. Knopf, 1960.

28 Örnek olarak bkz. ALGOSAIBI, Ghazi A. R.; *The Theory of International Relations: Hans J. Morgenthau and His Critics*, Background, Vol. 8, no: 4, 1965, ss. 221-256; HOFFMANN, Stanley; *op.cit.*; KAUFMAN, Robert; *op.cit.*, ss. 24-38; PHAM, Peter J.; *What is in the National Interest? Hans Morgenthau's Realist Vision and American Foreign Policy*, American Foreign Policy Interests, Vol. 30, 2008, ss. 256-265; SCHEUERMAN, William E.; *Realism and the Left: the case of Hans J. Morgenthau*, Review of International Studies, Vol. 34, 2008, ss. 29-51; THIBAUT, Jean-François; *op.cit.*, ss. 569-591; TURNER, Stephen / MAZUR, George; *op.cit.*, ss. 477-504.

A. İç Siyaset ve Uluslararası Siyaset Arasındaki Farklılıklar

Hans Morgenthau'ya göre, “dış dünyada bilimsel tahminler ile çelişen bir olay yaşanır ve varsayımlara ters düşerse, bilimin doğal tepkisi, söz konusu araştırmanın temellerini yeniden incelemek ve bilimsel bulgular ile deneysel olguları uzlaştırmak olur. Sosyal bilimler bu şekilde tepki vermez; varsayımlarına saplanıp kalmak ve deneyimlere yenilmek gibi kökleşmiş bir eğilimi vardır. Bu durumu, olguları gözönünde bulundurarak varsayımlarını değiştirmeye yeğler. Değişime karşı mukavemet uluslararası hukukun tarihinde hep baskın olmuştur”²⁹.

Söz konusu iddia, uluslararası hukuk teorisi ile pratiğinin örtüşmediği iddiasıdır. Yazara göre, uluslararası hukuk ve uluslararası hukukçu bu iddiaya direnmekte, var olan gerçekliği değil, olması gereken ideali göz önünde bulundurmaktadır. Uluslararası hukuk nezdinde, gerçekliğin kabulüne direnç o kadar kuvvetlidir ki, “meslekten olmayan kişiler dahi, uluslararası hukuka, uluslararası hukukçulardan daha şüpheci ve gerçekçi, dolayısıyla daha bilimsel yaklaşmışlardır”³⁰; uluslararası hukukun ortaya koyduğu teorik ilkeler ve uygulanan uluslararası hukuk kuralları arasındaki uçurumu tespit ve kabul etmekte uluslararası hukukçulardan daha başarılı olmuşlardır³¹.

Morgenthau'nun söz konusu eleştirisi, uluslararası hukukun pozitivist yaklaşımla ele alınmasının eleştirisidir. Modern düşüncenin bir ürünü olan hukuki pozitivizm, değer kavramını araştırma alanının dışında bırakan, dolayısıyla araştırma alanını hukuk ile sınırlandırıp etik/ahlâk, sosyoloji ve psikoloji alanlarını dışlayan ve hukuk biliminin görevini yürürlükteki hukuk sisteminin tahlil ve açıklanması ile sınırlandıran akımdır³².

Morgenthau'ya göre, yirminci yüzyılda uluslararası hukuku etkisi altına alan pozitivist anlayış, Savaş sonrası tesis edilen uluslararası hukukun başarısız olmasına neden olur³³. Yazar, pozitivizmin, iç hukukun normlar şemasından farklı bir şema ortaya koyan uluslararası hukukun yapısına uygulanabi-

29 MORGENTHAU, Hans J.; *Positivism, Functionalism, and International Law*, The American Journal of International Law, Vol. 34, no: 2, 1940, ss. 260-284, s. 260.

30 *Ibidem*.

31 *Ibid*.

32 KEYMAN, Selahattin; *Hukuki Pozitivizm*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 35, Sayı 1-4, ss. 17-56, s. 17 ve s. 20; MORGENTHAU, Hans J.; *Positivism, Functionalism, and International Law*, *op.cit.*, s. 261.

33 MORGENTHAU, Hans J.; *Positivism, Functionalism, and International Law*, *op.cit.*, s. 265.

lecek bir yöntem olmadığını, zira, iç siyaset ve uluslararası siyaset arasında ciddi farklılıklar olduğunu ifade eder³⁴.

Aslında Morgenthau, iç siyaset ve uluslararası siyasetin aynı olgunun iki farklı tezahürü olduğunu belirtir³⁵. Dolayısıyla, var olan farklılık bir “tür” farklılığı değil, “derece” farklılığıdır³⁶: her siyaset gibi, uluslararası siyaset de bir güç mücadelesidir³⁷. Ancak, bu iki alandaki sosyal, siyasi ve ahlâki koşullar farklıdır³⁸ ve uluslararası ilişkiler, diğer siyaset alanlarından farklı olarak, devletlerin emrine daha geniş ve önemli araçlar sunar³⁹. Şöyle ki; iç siyaset, uluslararası siyasete nazaran daha istikrarlı bir yapı arzeder; ulusal topluluklar, kültürel birlik, teknolojik birleşme ve hiyerarşik siyaset örgütlenmesi ile uluslararası topluma nazaran daha ileri bir bütünleşme düzeyinde bulunur.

Morgenthau, iç siyasetin bu istikrarlı yapısına karşılık uluslararası ilişkilerin istikrardan uzak yapısının temelinde devletin kendisinin olduğunu belirtir⁴⁰: iç istikrar, gruplararası çatışmaların, üstün bir bağlılık duygusu ile etkisizleştirilmesi ile sağlanabilir. Dolayısıyla devlet, içindeki güç mücadelesini barışçıl yollarla kontrol altına alabilir. Oysa, iç hukuktaki devlet ile kıyaslanabilecek ve devlet gibi hukuk kuralı yaratacak, yorumlayacak ve uygulayacak merkezi bir otoritenin olmadığı uluslararası sahnede⁴¹ güç mücadelesi dizginlenemez. Başka bir ifade ile, iç siyaseti kanun yönetir; uluslararası siyasette ise ulusların gücünün sınırı diğer ulusların gücüdür⁴². Dolayısıyla, uluslararası hukuk düzeni, pozitivist anlayışın uygulanabileceği bir hukuk düzeni değildir.

Pozitivizmin uluslararası hukuka uygun olmadığı savı, Morgenthau gerçekçiliğinde, söz konusu akımın yazılı hukuk kurallarını esas aldığı tespiti ile de temellendirilir: uluslararası hukukta, her yazılı kural geçerli veya bağlayıcı olmadığı gibi, yazılı olmayan ve fakat geçerli ve bağlayıcı olan kurallar da

34 MORGENTHAU, Hans J., Positivism, Functionalism, and International Law, op. cit., ss. 265-273.

35 MORGENTHAU, Hans J.; *Politics Among Nations. The Struggle for Power and Peace*, op.cit., s. 40.

36 *Ibid.*

37 *Idem*, s. 27 ve s. 35.

38 *Idem*, s. 40.

39 *Idem*, ss. 28-32.

40 ALGOSAIBI, Ghazi A. R.; *op.cit.*, s. 230.

41 MORGENTHAU, Hans J.; *Politics Among Nations. The Struggle for Power and Peace*, op.cit., ss. 273-274; ALGOSAIBI, Ghazi A. R.; *op.cit.*, s. 233.

42 DUSSOUY, Gérard; *op.cit.*, s. 70.

vardır. Dolayısıyla, uluslararası hukuka uygulanan pozitivist formül, aynı zamanda hem çok dar hem çok geniş kalacaktır⁴³.

Bunun yanı sıra, pozitivist içtihat, hukuku diğer alanlardan ayırır; etik ve ahlâk kuralları, psikolojik, siyasi ve ekonomik faktörler, pozitivist yaklaşımın göz önünde bulundurduğu unsurlar değildir. Dolayısıyla, söz konusu yaklaşım, hukuk kurallarını uygularken bu faktörleri dikkate almayacaktır⁴⁴. Oysa Morgenthau'ya göre, uluslararası hukukun emrettiği hükümler sadece idealler ve bu ideallerin temelinde bulunan hukuk ilkeleri ile yorumlanmamalı, ekonomik menfaatler, sosyal gerilimler, güç ve güce olan özlem gibi uluslararası alanda yönlendirici olan etkenlerin ışığında da değerlendirilmelidir⁴⁵.

Son olarak, Morgenthau'ya göre, pozitivist uluslararası hukuk doktrini, uluslararası hukuk kuralları ve söz konusu kuralların sosyolojik oluşum koşulları arasındaki kendine özgü ilişkiyi tamamen göz ardı eder⁴⁶. Yazara göre, uluslararası hukukun sosyolojik bağlamda ele alınmaması iç hukuka nazaran olumsuz sonuçlar doğurur. İç hukukta, sosyolojik koşullar ve hukuki kavramlar arasındaki uyum, geçici de olsa, pozitivistin kötü sonuçlar doğurmasını engellemiştir. Oysa söz konusu uyum uluslararası hukukta hiçbir zaman varolmamıştır ve varolamaz. Zira, uluslararası alandaki siyasi olay ve durumlar, oluşumlarının temelinde bulunan pek çok faktörün varlığı nedeniyle kendilerini olduğu gibi, aynen tekrar edemezler; söz konusu faktörlerin çokluğu pek çok farklı kombinasyon oluşumuna temel hazırlar. Bu tespit, uluslararası hukukta, her olayın somut koşulları göz önünde bulundurularak uygulanması gereken, bir anlamda “kişiselleştirilmiş” hukuk kurallarının varlığını gerekli kılar.

B. Uluslararası Hukukun Özü: Uluslararası Anarşi

Devletler arasındaki ilişkilerde ütöpik hayalciliği eleştiren Morgenthau, gerçekçi okulun temel felsefesi olan “insan doğasının vahşiliği”nden yola çıkar. Devletlerin gücü kötüye kullanmalarının temelinde, kurumların kusuru değil, insan doğasının kendisi yatar⁴⁷. Dünyayı iyileştirmenin yolu, bu doğa ile mücadele etmek değil, bu doğa ile birlikte hareket etmektir⁴⁸. Daha açık

43 MORGENTHAU, Hans J.; *Positivism, Functionalism, and International Law*, *op.cit.*, s. 265.

44 *Idem*, s. 267.

45 *Idem*, s. 269.

46 *Idem*, ss. 270-272.

47 KAUFMAN, Robert; *op.cit.*, s. 25.

48 MORGENTHAU, Hans J.; *Another “Great Debate” : The National Interest of the United States*, *op.cit.*, ss. 961-988.

bir ifade ile, insanoğlu hırslı, kötü ve ahlâksızdır. Ve uluslararası siyaset bu hırs, bu kötülük, bu ahlâksızlık üzerine kuruludur.

Söz konusu önerme, Morgenthau felsefesinin merkez önermesi addedilir⁴⁹ ve yazarı, uluslararası hukukun özünün uluslararası anarşi olduğu tespitiinde bulunmaya iter.

Şöyle ki; uluslararası hukuk, merkezi olmayan bir hukuk düzenidir⁵⁰ ve uluslararası sistemin anahtar aktörleri egemen devletlerdir. Devlet egemendir çünkü rızası hilâfına hiçbir kural oluşamaz⁵¹; devletler sadece rıza gösterdikleri kuralları ile bağlıdır. Hatta, uluslararası hukukun yasama işlevinin adem-i merkezi yapısı, egemenlik ilkesinin yasama alanına uygulanmasından başka birşey değildir⁵².

İşte, merkezi bir dünya hükümetinin yokluğu ve devletlere rızaları hilâfına hiçbir kuralın kabul ettirilemeyeceği gerçeği, uluslararası sistemin özünün uluslararası anarşi olduğunu gösterir⁵³. Siyaset, güç ve iktidar savaşıdır ve dolayısıyla devlet dışındaki her aktör iktidara ulaşmak için egemenliğe ulaşmalıdır⁵⁴.

Bununla birlikte, anarşi, zorunlu olarak kaos veya düzensizlik anlamına gelmez; bugün için böyle bir durum mümkün de değildir⁵⁵. Zaten, egemenlik, hukuki sınırlamalardan bağışık olmak anlamına gelmemektedir⁵⁶.

Morgenthau, “üstün hukuk yaratma ve hukuku yürütme” kabiliyeti olarak tanımladığı⁵⁷ egemenlik kavramının, merkezi, güçlü ve etkin bir uluslararası hukuk sistemi ile bağdaşmayacağını belirtir: egemenlik, merkezi olmayan ve dolayısıyla zayıf ve etkin olmayan bir uluslararası hukuk düzenine aykırı değildir. Aksine, bu adem-i merkezi, zayıf ve etkin olmayan yapının sebebidir⁵⁸.

49 ALGOSAIBI, Ghazi A. R.; *op.cit.*, s. 228.

50 MORGENTHAU, Hans J.; *Politics Among Nations. The Struggle for Power and Peace*, New York, Alfred A. Knopf, 1973, s. 273.

51 MORGENTHAU, Hans J.; *The Problem of Sovereignty Reconsidered*, Columbia Law Review, Vol. 48, no: 3, 1948, ss. 341-365, s. 344.

52 *Ibid.*

53 *Idem*, ss. 343-344; DUSSOUY, Gérard; *op.cit.*, s. 69.

54 DUSSOUY, Gérard; *op.cit.*, s. 69.

55 *Ibid.*

56 MORGENTHAU, Hans J.; *The Problem of Sovereignty Reconsidered*, *op.cit.*, s. 347.

57 *Idem*, s. 361.

58 *Idem*, s. 343.

Hatta, egemenlik kavramına ilişkin zorluk ve şüphelerin temelinde, uluslararası hukukun devletleri hukuken sınırlama faraziyesinin, devletlerin egemen olduğu faraziyesi ile bağdaşmaması yatar⁵⁹.

Kısaca, Morgenthau gerçekçiliğinde uluslararası siyaset, anarşik bir düzende güç savaşıdır. Devletler, söz konusu anarşik düzende, menfaatlerini korumak ve amaçlarını gerçekleştirmek için değişik araçlara sahiptir. Anarşik yapı, devletlerin kendilerini ve menfaatlerini korumak için kuvvete başvurma hakkını dahi meşru kılar⁶⁰. Yazara göre, bu tespit, değişmez bir gerçeği ifade eder: dünya sürekli bir savaş hali değildir ama tarihin ispatladığı gibi, milletler savaş şeklinde örgütlenen kuvvet kullanımına başvurmaya meyillidir. Zaman içinde “kuvvet” ve “kuvvet kullanma” kavramları birtakım değişikliklere uğrayabilir ama bu değişiklikler, uluslararası siyasetin dönüşümünden ziyade güçler dengesinin dönüşümünün bir sonucudur⁶¹.

Devletlerin iç düzenleri ve uluslararası düzen arasındaki farklılıklardan ve uluslararası siyasetin anarşik bir düzende güç savaşı olduğu tespitinden hareket eden Morgenthau'nun ortaya koyduğu pozitivist uluslararası hukuk anlayışının eleştirisi, idealist bir anlayışın eleştirisini de içinde barındırır. Zira, idealist anlayış da iç siyaset ve uluslararası siyaseti aynı ve tek bir siyaset olarak kabul etmekte ve dolayısıyla uluslararası alanın farklılığını ve benzersizliğini göz ardı etmektedir⁶². Oysa yazara göre, uluslararası hukuk, olması gerekeni değil, var olanı dikkate almalı⁶³; var olan ile yüzleşerek uluslararası ilişkileri düzenlemelidir.

II. MORGENTHAU'NUN GERÇEKÇİ ULUSLARARASI İLİŞKİLER TEORİSİ

Pozitivist ve idealist uluslararası hukukun temeli olan siyaset ve ahlâk felsefesinin artık eski nüfuzuna sahip olmadığını ileri süren Morgenthau⁶⁴, gerçekçi ve işlevsel bir uluslararası hukuk teorisi önerir. Ulusal menfaat ve

59 MORGENTHAU, Hans J., *The Problem of Sovereignty Reconsidered*, op. cit., s. 343.

60 MORGENTHAU, Hans J.; *Politics Among Nations. The Struggle for Power and Peace*, op.cit., ss. 79-80. Bkz. DUSSOUY, Gérard; op.cit., s. 70.

61 DUSSOUY, Gérard; op.cit., s. 70.

62 THIBAUT, Jean-François; op.cit., ss. 586-587.

63 MORGENTHAU, Hans J.; *Positivism, Functionalism, and International Law*, op.cit., s. 273.

64 MORGENTHAU, Hans J.; *International Affairs: The Resurrection of Neutrality in Europe*, *The American Political Science Review*, Vol. 33, no:3, 1939, ss. 473-486, s. 483.

güçler dengesi kavramlarını çıkış noktası kabul eden yazar (A), işlevsel bir uluslararası hukuk için altı temel ilke geliştirir (B).

A. Morgenthau Gerçekçiliğinin Çıkış Noktaları

Morgenthau, gerek ulusal gerek uluslararası siyaset teorilerinin bir merkez kavrama ihtiyacı olduğunu ifade eder⁶⁵. Yazarın uluslararası siyaset ve uluslararası hukuk teorisinin merkez kavramı “*ulusal menfaat*”tir (1). Söz konusu kavram, Morgenthau’nun geliştirdiği uluslararası hukuk teorisinin çıkış noktasıdır; ki bu teori devletler arasındaki güçler dengesini sağlamayı ve korumayı amaçlar (2).

1. Ulusal Menfaat

Ulusal menfaat kavramı, devletlerin uluslararası karar ve eylemlerinde yol gösterici olan zor bir kavramdır⁶⁶. Zor bir kavramdır; zira ait olunan grubun menfaatlerinin korunmasına hizmet ederken uluslararası ilişkilerde adalet ve eşitlik ilkelerini zedelemesi, devletleri ciddi sorunlar ile karşı karşıya bırakabilir⁶⁷. Zor bir kavramdır; zira siyasi olduğu kadar ahlâki bir boyutu da vardır. Zor bir kavramdır; zira içeriği belirsizdir, muğlâktır, değişkendir.

Ancak tüm bu zorluklarına rağmen, ulusal menfaat kavramı, Morgenthau gerçekçiliğinde merkeze oturur⁶⁸. Aslında, söz konusu kavram sadece Morgenthau tarafından incelenmemiştir. Reinhold Niebuhr ve George F. Kennan gibi gerçekçi düşünürler de uluslararası siyasette ulusal menfaatin yeri ve önemi üzerine fazlasıyla eğilirler⁶⁹. Bununla birlikte, ulusal menfaat kavramı, uluslararası ilişkiler teorisyenleri arasında en çok Morgenthau ile anılır.

Şöyle ki; Morgenthau’ya göre uluslararası ilişkilere yön veren, idealist akımın ileri sürdüğü gibi evrensel ahlâk ilkeleri değildir. Yazar, evrensel ahlâka hiçbir geçerlilik tanımaz. Aksine, ahlâk ilkelerinin, zaman ve mekânın somut koşulları çerçevesinde süzgeçten geçtiği ve devletin, evrensel olduğu iddia edi-

65 MORGENTHAU, Hans J.; *The Problem of the National Interest*, Politics in the Twentieth Century, Vol. I, 1962, ss. 79-112, s. 79; aktaran: ALGOSAIBI, Ghazi A. R.; *op.cit.*, s. 223.

66 GOOD, Robert C.; *The National Interest and Political Realism: Niebuhr's "Debate" with Morgenthau and Kennan*, The Journal of Politics, Vol. 22, no: 4, 1960, ss. 597-619, s. 597.

67 *Idem*, s. 597.

68 Bkz. MORGENTHAU, Hans J.; *The Yardstick of National Interest*, Annals of the American Academy of Political and Social Science, Vol. 296, 1954, ss. 77-84.

69 Reinhold Niebuhr ve George F. Kennan’ın gerçekçi anlayışlarında ulusal menfaat kavramının yerinin incelemesi için bkz. *idem*, ss. 597-619.

len ahlâk alanında, korumakla mükellef olduğu ulusal menfaatlere ters düşen tavizler verme hakkına sahip olmadığı anlayışındadır⁷⁰. Yazara göre, “*ahlâki ilkelerin ulusal siyaseti desteklemek amacıyla ileri sürülmesi her zaman bir bahanedir. İdealist, tüm dünyayı kucaklayan ama siyasete yön vermek için fazla genel ve muğlâk olan bu ilkelerle sarhoş olur; evrensel ahlâk ilkeleri kisvesi altında yerel çıkarlar giyinir ve ardından, siyasetine evrensel haklılık tanımayan dünyanın geri kalanını, ipso facto, kendinden daha az ahlâki addeder*”⁷¹.

Aslında, etik normların uluslararası siyasete uygulanabilirliğine yönelik şüphe, gerçekçilik akımının temel özelliklerinden biridir ve sadece Morgenthau gerçekçiliğinin değil, Tucidides ve Machiavelli felsefelerinin de temelini oluşturur⁷². Gerek Tucidides, gerek Machiavelli, uluslararası meselelerde “*gereklilik*” kavramının önemini altını çizer ve etik vazifelerin, devletlerin uluslararası ilişkilerde karşılaştıkları gereklilikler sebebiyle askıya alınabileceğini ifade eder⁷³. Söz konusu gereklilik, Morgenthau gerçekçiliğinde “*ulusal menfaat*” olarak karşımıza çıkacaktır.

Şöyle ki; uluslararası siyasette evrensel ahlâk ilkelerinin yönlendiriciliğine geçerlilik tanımayan Morgenthau, ulusal menfaat kavramını, devletlerin siyasetine yön veren bir pusula olarak görür: “*tek bir yönlendirici yıldız, tek bir esas, eylem için tek bir kural vardır: ulusal menfaat*”⁷⁴. “*Dünya, siyasi olarak uluslar etrafında şekillendiği sürece, ulusal menfaat siyasette son söz olarak kalacaktır. Bir gün, ulus devlet yerini başka bir örgütlenme biçimine bırakırsa, dış politika bu defa bu yeni örgütlenme biçiminin menfaatlerini korumayı amaçlayacaktır*”⁷⁵.

⁷⁰ DUSSOUY, Gérard; *op.cit.*, s. 71.

⁷¹ MORGENTHAU, Hans J.; *National Interest and Moral Principles in Foreign Policy: The Primacy of the National Interest*, American Scholar, XVIII, Spring 1949, 207, 211; aktaran: GOOD, Robert C.; *op.cit.*, s. 602.

⁷² Tucidides ve Machiavelli'nin gerçekçi anlayışlarında etik normların yerinin ayrıntılı incelemesi için bkz. FORDE, Steven; *op.cit.* Steven Forde, gerçekçi yazarların, etik normlara ilişkin takındıkları tutumlar ile ahlâk teorisi bakımından bir takım sonuçlar doğurdıkları ancak bu durumun yeterince farkında olmadıkları görüşündedir. Zira, uluslararası siyasette “gücün” veya “ulusal menfaatlerin” adaletten üstün olduğunu ifade etmek, devletlerarası ilişkilerde ahlâki değerleri uygulamak anlamına gelmeyecek midir? *Idem*, s. 373.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ MORGENTHAU, Hans J., *In Defense of the National Interest: A Critical Examination of American Foreign Policy*, *op.cit.*, s. 242.

⁷⁵ MORGENTHAU, Hans J.; *Another “Great Debate”: The National Interest of the United States*, *op.cit.*, s. 972.

Morgenthau'ya göre, ulusal menfaat kavramının içeriği, siyasi gelenekler ve kültürel koşullar çerçevesinde şekillenir; her ulus kendi dış politikasına yön verecek ulusal menfaatlerini tespit eder⁷⁶. Dolayısıyla, ulusal menfaat, koşullara bağlı olarak “*değişken*”dir⁷⁷. Ancak, siyasetin özü olan menfaatin içeriği değişken olsa da, varlığı, zaman ve mekânın koşullarından hiçbir şekilde etkilenmez⁷⁸. Gerçekçiliğe yabancı olan “devletlerin menfaatlerinden daha üstün bir takım değerler olduğu” fikri, Morgenthau tarafından keskin bir dille reddedilir.

Bununla birlikte, yazar, ulusal menfaat kavramının ahlâkîlikten uzak olduğu iddiasını reddeder: “*bir ulusun ahlâki vazifesi, ulusal menfaatlerini takip ederken ehven-i şer olanı tercih etmektir. Düzeni ve ahlâki değerleri koruyabilecek, bütünleşmiş bir uluslararası toplumdan söz edilemediğine göre, devletlerin kendilerini ve menfaatlerini korumaları ahlâki bir görev telâkki edilmelidir*”⁷⁹. Kaldı ki, Morgenthau'ya göre idealist/ütöpik anlayış ile gerçekçilik arasındaki fark, zannedildiği gibi, ahlâki veya ahlâksızlığı savunmak değildir. Fark, değişik tip siyasi ahlâkları savunmaktır. Biri, soyut olarak oluşturulmuş ve evrensel nitelikte olduğu kabul edilen değerleri temel alırken, diğeri bu değerler ile siyasetin gerektirdiği değerleri karşılaştırıp temkinli bir değerlendirme sonucunda hangisine öncelik tanıyacağını düşünür⁸⁰.

Ulusal menfaatin uluslararası siyasete yön veren bu merkezi konumu, Morgenthau felsefesinin diğer unsurları ile de açıklanır. Şöyle ki; uluslararası siyasetin bir güç mücadelesi olduğu önermesinden yola çıkan Morgenthau'ya göre, ulusal menfaat “*güç*” üzerinden tanımlanır⁸¹. Dolayısıyla, ulusal men-

76 MORGENTHAU, Hans J., Another “Great Debate”: The National Interest of the United States, *op. cit.*, s. 972.

77 *Ibid.*

78 DUSSOUY, Gérard; *op.cit.*, s. 72.

79 MORGENTHAU, Hans J., *In Defense of the National Interest: A Critical Examination of American Foreign Policy*, *op.cit.*, s. 38.

80 MORGENTHAU, Hans J.; *Another “Great Debate” : The National Interest of the United States*, *op.cit.*, s. 988; MORGENTHAU, Hans J.; *Politics Among Nations. The Struggle for Power and Peace*, *op.cit.*, s. 3.

81 Morgenthau, Amerika Birleşik Devletleri'nin ulusal menfaatleri üzerine yazdığı bir makalesinde, ulusal menfaatin gerçekçi anlayış nezdindeki önemini ve ulusal menfaat-güç ilişkisini Kore Savaşı örneği ile açıklar. Yazara göre, kolektif güvenlik, gerçekçi siyasetin çok eski bir düsturudur ve “A devletinin, C devletinin saldırısına uğrayan B devletini savunma ihtiyacı”nı ifade eder. Söz konusu ihtiyaç, herşeyden önce, A'nın, B'nin ülkesel bütünlüğündeki menfaati ve bu menfaat ile A'nın diğer menfaatleri arasındaki ilişki ile açıklanır. Morgenthau'ya göre, siyasi gerçekçiliği benimsemiş bir Amerikalı, kolektif güvenlik adına Güney Kore'yi savunmak için savaşa gitmeden önce, şu sorulara yanıt arar: Güney Kore'nin bağımsızlığının

faat kavramı ne dünya barışını sağlamaya, ne de savaşı engellemeye muktedir⁸². Aksine, süregiden bir çatışma ve savaş tehdidini içinde barındırır⁸³.

Peki, bütün devletlerin güç üzerinden tanımlanan ulusal menfaatlerini korumaya çalıştıkları uluslararası siyasette barış nasıl sağlanacaktır?

2. Güçler Dengesi

Morgenthau, devletlerin güce olan tutkularının baskın olduğu ve ulusal menfaatlerin muhafazası amacının merkeze oturduğu uluslararası alanda barışın, “güçler dengesi”nin tesisi ile sağlanabileceğini ifade eder⁸⁴.

Güçler dengesi kavramı uluslararası ilişkiler teorilerinin temel kavramlarından biridir ve çok eskilerden beri incelenegedir. Örneğin Vattel, söz konusu kavramı “hiçbir gücün bir diğerine üstün olmadığı ve kendi hukukunu dayatmadığı durum” olarak tanımlar⁸⁵.

Morgenthau’ya göre ise güçler dengesi, “otonom bir takım güçlerden oluşan bir sistemin içindeki istikrardır. Söz konusu istikrar, ya bir dış güç tarafından ya da sistemin içindeki unsurlardan birindeki değişimler nedeniyle bozulmaya başlarsa, sistem ya başlangıçtaki dengesini bulmak ya da yeni bir denge yaratmak eğilimi içine girer”⁸⁶. Başka bir ifade ile, güçler dengesi, uluslararası güç yarışının doğal sonucudur⁸⁷.

muhafazasında Amerika Birleşik Devletleri’nin ne gibi bir menfaati vardır?; Kuzey Kore’ye karşı gerçekleştirilecek bağımsızlık savaşında Amerika Birleşik Devletleri’nin gücü nedir?; Amerika Birleşik Devletleri’nin, söz konusu bağımsızlığı, Çin ve Sovyetler Birliği’ne karşı savunma gücü nedir?; Çin ve Sovyetler Birliği’nin Kore Savaşı’na girmelerinin önlenmesi ihtimali ne kadardır? Görüldüğü üzere, Morgenthau, gerçekçi bakış açısının, karşı tarafın gücünü tartmak ve çatışan menfaatleri değerlendirebilmek amacıyla, Çin ve Sovyetler Birliği gibi büyük güçlerin müdahale ihtimalini incelemekten kendini alamayacağını ifade eder. Ütopik bakış açısı ise, kolektif güvenlik ilkesini, Çin’in ve Rusya’nın müdahale ihtimalini dikkate almadan uygulayacaktır. MORGENTHAU, Hans J.; *Another “Great Debate”: The National Interest of the United States*, op.cit., ss. 979-980.

82 *Idem*, s. 978.

83 *Ibid*.

84 MORGENTHAU, Hans J.; *Politics Among Nations. The Struggle for Power and Peace*, op.cit., s. 24.

85 Aktaran: DUSSOUY, Gérard; op.cit., s. 84.

86 MORGENTHAU, Hans J.; *Politics Among Nations. The Struggle for Power and Peace*, op.cit., s. 168.

87 ACUTI, Elena; op.cit., s. 184.

Morgenthau gerçekçiliğinde güçler dengesinin amacı statükonun korunmasıdır; hiçbir ulusun bir diğerine kendi hegemonyasını dayatacak konumda olmamasını sağlamaktır⁸⁸. Görüldüğü üzere, yazar, güçler dengesi kavramını istikrarın sağlanması için önemli bir etken olarak görür. Morgenthau'nun, söz konusu kavramı, ulusal menfaat kavramını dengeleyen bir karşı kavram olarak ileri sürdüğünü söylemek, kanaatimizce, yanlış olmayacaktır.

B. İşlevsel Bir Uluslararası Hukuk İçin Altı Temel İlke

Evrensel olduğu iddia edilen etik ve siyasi ilkeler çerçevesinde oluşturulan idealist ve pozitivist doktrinin, buraya kadar özetlenmeye çalışılan gerekçeler nedeniyle, uluslararası hukukun yapısına uygun olmadığını ileri süren Morgenthau, gerçekten bilimsel bir uluslararası hukuk teorisinin bu hatalardan uzak durması ve gerçeğe yaklaşması gerektiğini savunur⁸⁹. Daha basit bir ifade ile, uluslararası hukuk gerçekçi olmalıdır.

Gerçekçi teori, hukuk kuralına sadece yasama ve yargının biçimlendirdiği haliyle bakmayacak, söz konusu kuralın içeriğini belirleyen psikolojik, sosyal, siyasi ve ekonomik etken ve güçleri de araştıracaktır⁹⁰. “Başka bir ifade ile, gerçekçi akımın bilimsel amacı, söz konusu etkenler ve hukuk kuralları arasında yeknesak ve işlevsel bir ilişki oluşturmaktır. Dolayısıyla, gerçekçi içtihat aslında işlevsel içtihatır”⁹¹. Uluslararası hukuka gerekli olan anlayış, işte bu gerçekçi yani işlevsel anlayıştır.

Morgenthau, sosyal güçler ve uluslararası hukuk arasındaki bu işlevsel ilişkinin oluşturulabilmesi için riayet edilmesi gereken altı temel ilke geliştirir. Ancak, daha önce, söz konusu ilkeleri oluşturmasına kaynak teşkil eden, gerçekçiliğin altı temel kuralını sıralar. Buraya kadar yer yer ve dağınık olarak bahsettiğimiz söz konusu altı kurala göre;

1. Siyaset, insan doğasında temellerini bulan objektif hukuk kuralları tarafından yönetilir ve toplumun ilerleyebilmesi için bu kuralları anlamak gerekir. Siyasete yön veren objektif kurallar köklerini insan doğasından aldığı için, söz konusu kuralları yansıtan akılcı bir teori geliştirilebilmesi mümkündür⁹².

⁸⁸ DUSSOUY, Gérard; *op.cit.*, s. 84.

⁸⁹ MORGENTHAU, Hans J.; *Positivism, Functionalism, and International Law*, *op.cit.*, s. 273.

⁹⁰ *Idem*, ss. 273-274.

⁹¹ *Idem*, s. 274.

⁹² MORGENTHAU, Hans J.; *Politics Among Nations. The Struggle for Power and Peace*, *op.cit.*, ss. 4-5.

2. Gerçekçiliğin merkez kavramı güç üzerinden tanımlanan menfaat kavramıdır. Zira devletler, her zaman menfaatlerini korumak maksadıyla hareket ederler⁹³.

3. Güç kavramının mutlak ve değişmez bir anlamı yoktur. Zira çevre, siyasi eyleme yön veren menfaat kavramının şekillenmesinde önemli bir rol oynar. Başka bir ifade ile, her ne kadar devletler menfaatleri doğrultusunda hareket etseler de, kullanılacak gücün niteliği, siyasi ve kültürel çevreye göre değişecektir. Bununla birlikte, nihai amaç hiçbir zaman değişmez⁹⁴.

4. Gerçekçi akım, ahlâk kavramına kayıtsız değildir. Bununla birlikte, evrensel ahlâk kurallarının varlığına inanmaz. Zira, evrensel ahlâk ilkeleri soyut kurallar olarak her zaman uygulanamaz; zaman ve mekânın somut koşullarına göre süzgeçten geçirilerek uygulanabilir. Dolayısıyla, devletler, soyut ahlâk kurallarına göre değil, ulusal menfaatlerini korumak amacıyla hareket etmelidir.

5. Gerçekçilik, belli bir ulusun ahlâki emelleri ile evreni yönetecek ahlâk kurallarını özdeşleştirmeyi reddeder. Bütün uluslar, siyasi aktörler olarak, güç üzerinden tanımlanan menfaatlerini korumayı amaçlar. Ve bir devletin, diğer devletlerin menfaatlerini gözetenek ulusal menfaatlerini savunması herkes için âdil sonuçlar doğuracaktır⁹⁵.

6. Gerçekçilik akımı, siyasetin diğer alanlardan bağımsız bir alan olduğunu kabul eden farklı bir entelektüel yaklaşımdır. İnsan doğasına dair çoğulcu bir görüşe sahiptir ve insanın siyasi boyutunun anlaşılması için söz konusu doğaya ait kavramlar ile değerlendirme yapılması gerektiğine inanır⁹⁶.

Morgenthau'nun gerçekçi uluslararası ilişkiler teorisi çerçevesinde ortaya attığı bu altı ilke, geliştirdiği gerçekçi uluslararası hukuk teorisinin temelini atar. Buna göre;

1. *“İşlevsel bir uluslararası hukuk teorisi, incelediği alanın kendine özgü niteliğini dikkate alarak oluşturulmalıdır. Şöyle ki; iç hukuk düzeninde hukuk kuralları, kuvvet kullanma tekeline sahip olan grup yani devletin görevlileri tarafından tesis edilir. Uluslararası alan ise bu nitelikte bir grubun yokluğu ile*

93 MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations. The Struggle for Power and Peace*, op. cit., ss. 5-8.

94 *Idem*, ss. 8-10.

95 *Idem*, ss. 10-11.

96 *Idem*, ss. 11-15.

bilinir”⁹⁷. Başka bir ifade ile, iç hukuk düzeninde, devlet bütün diğer güçlere tahakküm eder; karşı konulamaz ve kuvvetli bir aygıttır ve yasama ve yargı alanlarında ciddi mekanizmalar tesis etmiştir.

Oysa uluslararası hukuk, varlığını devletlerin menfaatlerinin uyuşmasından alır ve menfaat birliği veya güç dengesinin olmadığı yerde uluslararası hukuktan söz edilemez⁹⁸. Zira uluslararası alanda kararlar, siyasi ve askeri güçlerin karşılıklı olarak birbirinden etkilenmesi ile verilir⁹⁹. Dolayısıyla, var olan hukuk düzeninin değişimi de, söz konusu düzenin öngördüğü hukuki bir prosedür vasıtası ile değil, sosyal güçlerin çatışması yoluyla gerçekleşir¹⁰⁰. Morgenthau, söz konusu ilişkiyi “*gerilim ilişkisi*” olarak tanımlar¹⁰¹.

2. Morgenthau’ya göre, bir uluslararası hukuk kuralı, geçerliliğini, pozitivizmin zannettiği gibi, yasalaştırılarak hukuk aracı haline getirilmesinden almaz; yukarıda da aktarıldığı gibi, herhangi bir hukuk metninde yer almayan ancak geçerli olan ya da bir hukuk metninde yer almasına rağmen geçerli olmayan uluslararası hukuk kurallarının olduğunu ifade eder¹⁰².

Morgenthau’nun bu noktada kullandığı şu ifadeler hayli şaşırtıcıdır: “*bir hukuk kuralı, akdî olsun veya olmasın, olumsuz bir tepki ile yani kuralı ihlâl eden kişiye yönelik herhangi bir ceza ile karşılaşmaz ise geçerli değildir. [...] Bir uluslararası hukuk kuralı da, ihlâl edildiği takdirde devletlerin tepkisine neden olmuyorsa geçerli bir uluslararası hukuk kuralı addedilemez*”.

3. Morgenthau, iki farklı uluslararası hukuk olduğunu ileri sürer: biri, devletlerin istikrarlı ve sürekli menfaatleri üzerine kurulu olan uluslararası hukuk, diğeri, geçici ve inişli çıkışlı menfaatler üzerine kurulu olan uluslararası hukuk¹⁰³.

Uluslararası hukuk kavram ve ilkelerinin büyük bölümünün fevkalâde istikrarlı bir hukuk düzeni olan iç hukuktan alındığının altını çizen Morgenthau, söz konusu kavram ve ilkelerin uluslararası hukukun diplomatik ayrıcalıklar, devletin ülkesel yetkisi, suçluların iadesi, deniz hukuku gibi geleneksel, eski

97 MORGENTHAU, Hans J.; *Positivism, Functionalism, and International Law*, op.cit., s. 275.

98 *Ibid.*

99 *Ibid.*

100 *Idem*, ss. 275-276.

101 *Idem*, s. 276.

102 *Ibid.*

103 *Ibid.*

ve istikrarlı olan alanlarına uygulanabileceğini; zira bu alanların siyasi olmayan uluslararası hukuku teşkil ettiğini ileri sürer¹⁰⁴.

Ancak yazar, geleneksel uluslararası hukuk biliminin, iç hukuk düzeninde geliştirilip uluslararası hukuka aktarılan yöntemleri sadece siyasi olmayan uluslararası hukuk alanına değil, özellikle siyasi andlaşmaların oluşturduğu ve devletlerin hak ve yükümlülüklerinin ve menfaatlerinin değişken olduğu diğer uluslararası hukuk alanına da uyguladığını ifade eder ve bu tercihi eleştirir¹⁰⁵.

4. Morgenthau, aynı hukuki ve hukuki olmayan güçler arasında olduğu gibi, hukuk ve ahlâk arasında da işlevsel bir ilişki olduğunu belirtir. Yazara göre, bir hukuk sistemi geçerliliğini, hukuki niteliği olan temel bir normdan değil, etik/ahlâk alanına ait olan gerekliliklerden alır¹⁰⁶. Söz konusu tespit, yazara göre, uluslararası hukukun ilgilenmeye tenezzül dahi etmediği sorunlar doğurur¹⁰⁷.

5. Morgenthau, uluslararası hukukun reforma en çok ihtiyaç duyan alanının söz konusu hukuku yorumlayan doktrin olduğunu savunur¹⁰⁸. Yazara göre, iç hukuktaki bir sözleşmenin yorumu alışlageldik yöntemler ile yapılabilir. Zira, örneğin medeni hukuk alanına giren bir sözleşme genellikle standartlaşmış ve hukuki anlamı belli olan bir dil kullanır. Oysa, bir uluslararası andlaşma hükümlerinin gerçek anlamı, bazen diplomatik dilin içine gizlenir. Dolayısıyla, söz konusu hükümlerin anlamı, ancak arka plânda yer alan sosyal koşullar göz önünde bulundurularak anlaşılabilir¹⁰⁹.

6. İşlevsel uluslararası hukuk teorisi, vazifesini yerine getirebilmek için pozitivizmin ötesine geçmelidir¹¹⁰. Zira tüm metafizik unsurlardan kendini soyutlayan pozitivist anlayış ve sadece yürürlükteki hukukun ne olduğu ile değil, ne olması gerektiği ile de ilgilenen idealist yaklaşım, insanoğlunun uluslararası alandaki eylemlerinin arkasındaki psikolojik ve sosyolojik etkenlere gözünü kapatır¹¹¹.

104 MORGENTHAU, Hans J.; *Positivism, Functionalism, and International Law*, *op.cit.*, s. 279.

105 *Ibid.*

106 *Idem*, s. 280.

107 *Idem*, s. 281.

108 *Ibid.*

109 *Idem*, s. 282.

110 *Ibid.*

111 *Idem*, ss. 281-282.

Sonuç

Uluslararası hukuk, devletlerarası ilişkilerde yoğun sıkıntıların yaşadığı dönemlerde eleştiri oklarını üzerine çeker. Süregiden uluslararası nitelikteki sorunların vebali, genellikle uluslararası hukuka ve bu hukuk düzenine ait kurumlara yüklenir. Yirminci yüzyıla damgasını vuran gerçekçilik okulunun en önemli temsilcisi Hans J. Morgenthau'nun da benzer bir tercihte bulunduğu görülmektedir. Yazar, klâsik uluslararası hukuk anlayışını eleştirmekle kalmamış, söz konusu anlayışın devletleri felâkete sürüklediğini söyleyecek kadar ileri gitmiştir.

Çalışmamızın başında da belirttiğimiz gibi, söz konusu makale, Morgenthau'nun uluslararası hukuka dair görüşlerinin ve ortaya attığı anahtar kavramların sentezini yapma amacını taşımaktadır. Zira, her ne kadar gerçekçilik okulu zamanla uluslararası ilişkiler teorileri içindeki baskın konumunu kaybetmiş olsa da, Morgenthau felsefesi, uluslararası hukukçu için, bilinmesi gereken bir felsefedir.

Bununla birlikte ve yine daha önce belirttiğimiz gibi, söz konusu çalışma yazarın görüşlerini değerlendirmekten kasıtlı olarak uzak durmuştur. Zira, uluslararası hukuk anlayışını insan doğası ve güç mücadelesi kavramları ile temellendiren Morgenthau'nun, insan doğasına ait görüşlerinin bilimselliği¹¹², yazarın felsefesinde merkeze oturan “ulusal menfaat” kavramının muğlaklığı, iki farklı uluslararası hukuk olduğu ve bu nedenle iki farklı uluslararası hukuk anlayışı benimsenmesi gerektiği yönündeki önerisinin hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşabilirliği gibi meseleler başka bir çalışmanın konusunu teşkil edebilecek kadar ayrıntılı bir değerlendirmeyi gerektirir.

112 Benzer bir görüş için bkz. ALGOSAIBI, Ghazi A. R.; *op.cit.*, s. 237.

KAYNAKÇA

- ACUTI, Elena; *Antropologia filosofica e realismo politico: gli Stati Uniti e la Guerra Fredda*, Annali del Dipartimento di Filosofia (Nuova Serie), XV, 2009, ss. 163-218.
- ALGOSAIBI, Ghazi A. R.; *The Theory of International Relations: Hans J. Morgenthau and His Critics*, Background, Vol. 8, no: 4, 1965, ss. 221-256.
- ARON, Raymond; *Qu'est-ce qu'une théorie des relations internationales*, Revue française de science politique, no: 5, 1967, ss. 837-861.
- BRAILLARD, Philippe; *Théorie des relations internationales*, Paris, PUF, 1977.
- ÇAĞIRAN, Mehmet Emin; *Raymond Aron ve Uluslararası Hukukun Hukuk Niteliği*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 56, Sayı 1-4, 1998, ss. 71-96.
- ÇETİN, Halis; *Egemenlik ve Hukuk İlişkisi Üzerine*, C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, 2002, ss. 1-16.
- DOYLE, Michael W.; *Ways of War and Peace. Realism, Liberalism, and Socialism*, New-York, W.W. Norton and Company, 1997.
- DUSSOUY, Gérard; *Traité de relations internationales II, Les Théories de l'interétatique*, Paris, l'Harmattan, 2008.
- ETHIER, Diane; *Introduction aux relations internationales*, Québec, Presses de l'Université de Montréal, 2006.
- FORDE, Steven; *Varieties of Realism: Thucydides and Machiavelli*, The Journal of Politics, Vol. 54, no: 2, 1992, ss. 372-393.
- GOOD, Robert C.; *The National Interest and Political Realism: Niebuhr's "Debate" with Morgenthau and Kennan*, The Journal of Politics, Vol. 22, no: 4, 1960, ss. 597-619.
- HERZ, John H.; *Political Realism Revisited*, International Studies Quarterly, Vol. 25, no: 2, Symposium in Honor of Hans J. Morgenthau, 1981, ss. 182-197.
- HOBBS, Thomas; *Leviathan*, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2004.
- HOFFMANN, Stanley; *The Political Ethics of International Relations*, New York, Carnegie Council on Ethics and International Affairs, 1988.
- HOFFMANN, Stanley; *Théorie et relations internationales*, Revue française de science politique, no: 2, 1961, ss. 413-433.
- KAUFMAN, Robert; *Morgenthau's Unrealistic Realism*, Yale Journal of International Affairs, Vol. 1, Issue 2, 2006, ss. 24-38.
- KEANEY, Brian A.; *The Realism of Hans Morgenthau*, Graduate School Theses and Dissertations, University of South Florida, 2006.

- KEYMAN, Selahattin; *Hukuki Pozitivizm*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 35, Sayı 1-4, ss. 17-56.
- LEITER, Brian; *Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered*, Ethics, Vol. 111, no: 2, 2001, ss. 278-301.
- MACHIAVELLI, Nicolò; *Prens*, İstanbul, Can Yayınları, 2012.
- MORGENTHAU, Hans J.; *Another "Great Debate": The National Interest of the United States*, The American Political Science Review, Vol. 46, no: 4, 1952, ss. 961-988.
- MORGENTHAU, Hans J.; *Diplomacy*, The Yale Law Journal, Vol. 55, no: 5, 1946, ss. 1067-1080.
- MORGENTHAU, Hans J.; *In Defense of the National Interest: A Critical Examination of American Foreign Policy*, New York, Alfred A. Knopf, 1951.
- MORGENTHAU, Hans J.; *International Affairs: The Resurrection of Neutrality in Europe*, The American Political Science Review, Vol. 33, no:3, 1939, ss. 473-486.
- MORGENTHAU, Hans J.; *International Relations*, Annals of the American Academy of Political and Social Science, Vol. 360, Supplement, 1965, ss. 163-171.
- MORGENTHAU, Hans J.; *Letters from Hans J. Morgenthau*, Annals of the American Academy of Political and Social Science, Vol. 252, 1947, ss. 173-174.
- MORGENTHAU, Hans J.; *Politics Among Nations. The Struggle for Power and Peace*, New York, Alfred A. Knopf, 1973.
- MORGENTHAU, Hans J.; *Positivism, Functionalism, and International Law*, The American Journal of International Law, Vol. 34, no: 2, 1940, ss. 260-284.
- MORGENTHAU, Hans J.; *Scientific Man versus Power Politics*, Chicago, University of Chicago Press, 1946.
- MORGENTHAU, Hans J.; *The Machiavellian Utopia*, Ethics, Vol. 55, no: 2, 1945, ss. 145-147.
- MORGENTHAU, Hans J.; *The Problem of Sovereignty Reconsidered*, Columbia Law Review, Vol. 48, no: 3, 1948, ss. 341-365.
- MORGENTHAU, Hans J.; *The Purpose of American Politics*, New York, Alfred A. Knopf, 1960.
- MORGENTHAU, Hans J.; *The Yardstick of National Interest*, Annals of the American Academy of Political and Social Science, Vol. 296, 1954, ss. 77-84.
- MURRAY, A. J. H.; *The Moral Politics of Hans Morgenthau*, The Review of Politics, Vol. 58, no: 1, 1996, ss. 81-107.

- PHAM, Peter J.; *What is in the National Interest? Hans Morgenthau's Realist Vision and American Foreign Policy*, American Foreign Policy Interests, Vol. 30, 2008, ss. 256-265.
- RADIN, Max; *Legal Realism*, Columbia Law Review, Vol. 31, no: 5, 1931, ss. 824-828.
- SCHEUERMAN, William E.; *Realism and the Left: the case of Hans J. Morgenthau*, Review of International Studies, Vol. 34, 2008, ss. 29-51.
- SPEER II, James P.; *Hans Morgenthau and the World State*, World Politics, Vol. 20, no: 2, 1968, ss. 207-227.
- THIBAUT, Jean-François; *H. J. Morgenthau, le débat entre idéalistes et réalistes et l'horizon politique de la théorie des relations internationales: une interprétation critique*, Etudes internationales, Vol. 28, no: 3, 1997, ss. 569-591.
- THOMPSON, Kenneth W.; *American Approaches to International Politics*, The Year Book of World Affairs, New York, Frederick A. Praeger, 1959a, ss. 205-235.
- THUCYDIDE, *La guerre du Péloponnèse*, Paris, Ed. Gallimard, 2000.
- TURNER, Stephen / MAZUR, George; *Morgenthau as a Weberian Methodologist*, European Journal of International Relations, Vol. 15, 2009, ss. 477-504.
- VIOTTI, Paul R. / KAUPPI, Mark V.; *International Relations Theory: realism, pluralism, globalism*, New York, Macmillan, 1993.
- WENDT, Alexander; *Anarchy is what states make of it: the social construction of power politics*, International Organization, Vol. 46, no: 2, 1992, ss. 391-425.
- WHITE, Howard B.; *Comment on Morgenthau's "Dilemmas of Freedom"*, The American Political Science Review, Vol. 51, no:3, 1957, ss. 724-733.
- WILLIAMS, Michael C.; *Why Ideas Matter in International Relations: Hans Morgenthau, Classical Realism, and the Moral Construction of Power Politics*, International Organization, Vol. 58, no: 4, 2004, ss. 633-665.

Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Sanatsal İfade Özgürlüğü

Aslı TOPUKÇU*

ÖZET

Demokratik toplumun temellerinden biri olan ifade özgürlüğü ulusal yasalarla ve uluslararası sözleşmelerle koruma altına alınmıştır. Bu çalışma, sanatsal ifadelerin ifade özgürlüğü hakkı kapsamında yerini incelemeyi amaçlamaktadır. Bu bağlamda, sanatsal ifadelerin kapsamı, korunması ve sınırları ulusalüstü insan hakları sözleşmelerinin denetim organlarının içtihatlarından yararlanarak açıklanmaktadır.

Anahtar kelimeler: Uluslararası insan hakları sözleşmeleri, ifade özgürlüğü hakkı, sanatsal ifadeler, sanatsal ifade özgürlüğünün korunması, sanatsal ifade özgürlüğünün sınırları.

Artistic Freedom of Expression in Supranational Human Rights Law

ABSTRACT

Freedom of expression, being one of the essential foundations of the democratic society, is protected under national laws and international treaties. This study aims to examine the place of artistic expressions as part of the right to freedom of expression. In this context, the scope, the protection and the limits of the artistic expressions will be explained through the case law of the monitoring bodies of the supranational human rights law.

Keywords: International human rights conventions, freedom of expression, artistic expression, protection of artistic freedom of expression, limits of artistic freedom of expression.

* Ar. Gör., Kadir Has Üniversitesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

GİRİŞ

Temel hak ve özgürlüklerin ve bu bağlamda ifade özgürlüğü hakkının korunması; demokratik ve özgürlükçü bir toplumun temelini oluşturmaktadır. İfade özgürlüğü hakkı; ulusal düzenlemelerin yanı sıra uluslararası ve bölgesel nitelikte pek çok düzenleme ile koruma altına alınmıştır.

İfade özgürlüğü hakkı, hem ifade sahibinin hem de ifadenin yöneldiği kişinin özgürlüğüdür. Bu bağlamda ifade özgürlüğü hakkı kapsamında; görüş sahibi olma özgürlüğü, bilgiyi ve düşünceyi edinme özgürlüğü ve bilgiyi ve düşünceyi yayma özgürlüğü koruma altına alınmaktadır. Ayrıca, ulusal ve ulusalüstü düzenlemelerin bazılarında ifade özgürlüğü hakkının hangi ifade biçimlerini kapsadığı belirtilmekte, bazı hallerde ise, denetim organlarının iç-tihatlari ile ifade özgürlüğü hakkının koruma altına aldığı ifade biçimleri belirlenmektedir. Örneğin; basın özgürlüğü, bilimsel ifade özgürlüğü ve sanatsal ifade özgürlüğü ifade özgürlüğü hakkının farklı görünüm biçimleri olarak karşımıza çıkmaktadır ve nitelikleri gereği özel bir koruma gerektirmektedir. Bu çalışmanın konusunu ifade özgürlüğü hakkının bir görünümü olan sanatsal ifade özgürlüğü hakkı oluşturmaktadır. Sanatsal ifade özgürlüğü hakkının konu olarak seçilmesinin nedeni, özellikle son yıllarda Türkiye’de genel olarak problemlili bir alan olan ifade özgürlüğünün, sanatsal ifadeler bakımından yansımalarının, ulusalüstü insan hakları hukuku bağlamında ortaya konmak istenmesidir.

Çalışmanın ana konusunu özellikle sanatsal ifadelerin ifade özgürlüğü hakkı çerçevesinde korunması oluşturduğundan çalışmanın genelinde; kültürel haklardan bir tanesi olan¹ “sanat özgürlüğü hakkı” kavramı yerine “sanatsal ifade özgürlüğü hakkı” kavramı tercih edilmiştir.

Çalışmada öncelikle, genel olarak ifade özgürlüğü hakkının kapsamı ve sınırlandırılması açıklandıktan sonra sanatsal ifadenin ifade özgürlüğü hakkı çerçevesinde yeri ortaya konmaya çalışılmıştır. Ardından, sanatsal ifade özgürlüğü hakkının, hakkın öznesi ve sanat eserinin biçimi bakımından kapsamı açıklanmıştır. Bu bağlamda sanatçılar, araçlar ve muhatapların durumu ile

¹ Kültürel haklar ve bu kapsamda sanat özgürlüğü hakkı konusunda bilgi için bkz.; Les Droits Culturels dans la Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme, Division de la Recherche, Ocak, 2011, (Çevrimiçi) http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/CA666604-5C24-44DA-9A54-57DC78D7FF4A/0/RAPPORT_RECHERCHE_Droits_culturels_FR.pdf; Bilge Bingöl, “Sanat Özgürlüğü”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. I., Sayı: 2, 2011, s. 104-108.

sanat eserinin biçiminin sanatsal ifade özgürlüğü hakkı çerçevesinde nasıl korunduğu üzerinde durulmuştur.

Son olarak, ulusalüstü insan hakları sözleşmelerinde ve denetim organları içtihatlarında sanatsal ifade özgürlüğü hakkının görünüm biçimleri ve sınırlandırılması incelenmektedir. Bu bağlamda çalışmada üçlü bir ayrıma gidilmiştir. Denetim organlarının içtihatları incelendiğinde sanatsal ifade özgürlüğü hakkının sınırlandırılmasının özellikle ayrılıkçı ifadeler, müstehcen ifadeler ve dine yönelik eleştiriler bakımından söz konusu olduğu görülmektedir. Sanatsal ifadelerin sınırlandırılması, bu ayrıma göre denetim organlarının içtihatları incelenerek ortaya konmaya çalışılmıştır.

Çalışma konuya ilişkin genel değerlendirmeleri içeren bir sonuç bölümü ile sona ermektedir.

I. SANATSAL İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKININ İÇERİĞİ

A. İfade Özgürlüğü Hakkı ve İfade Özgürlüğü Hakkı Çerçevesinde Sanatsal İfadelerin Yeri

İfade özgürlüğü hakkı; uluslararası ve bölgesel nitelikte pek çok düzenleme ile koruma altına alınmıştır. Uluslararası düzenlemelere; Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi (EİHB) ile Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS) örnek olarak verilebilir. Bölgesel düzenlemelere ise, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (Ame. İHS), Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı (AİHHŞ) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) örnek verilebilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) içtihatlarından ifade özgürlüğüne özel bir önem verildiği görülmektedir. Ayrıca Mahkeme; kararlarda demokrasi ve çoğulculuğun kurucu bir ögesi olarak nitelendirdiği ifade özgürlüğü hakkının, sadece zararsız kabul edilen ifadeleri değil, aynı zamanda devlete ya da halkın bir kısmına kırıncı gelen, onları rahatsız eden ifadeleri de içerdiğini belirtmektedir.² Bu bağlamda, Mahkeme'nin ifade özgürlüğü hakkının geniş yorumlanması yönünde bir eğilime sahip olduğu söylenebilir; ancak ifade özgürlüğü hakkı AİHS'de mutlak bir hak olarak düzenlenmemiştir ve sınırlandırılabilir. AİHS sisteminde olduğu gibi, gerek ulusal gerekse uluslararası ve bölgesel düzenlemelerde, ifade özgürlüğü hakkına ait birtakım

² Handyside/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5493/72, 07.12.1976, par.49; Sunday Times/Birleşik Krallık (No. I.), Başvuru No: 6538/74, 26.04.1979, par. 65; Aksu/Türkiye, Başvuru No: 4149/04 – 41029/04, 15.03.2012, par.64.

sınırlandırma ölçütlerine yer verildiği görülmektedir. Örnek vermek gerekirse; MSHS'nin ifade özgürlüğü hakkını düzenleyen 19. maddesinde, herkesin müdahaleye maruz kalmaksızın görüş sahibi olma ve ifade özgürlüğü hakkı olduğu belirtilerek; başkalarının haklarının ve şöhretinin korunması, ulusal güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlak gibi sınırlandırma ölçütleri kabul edilmiştir. Aynı şekilde, AİHS'nin 10. maddesinin ilk fıkrasında da herkesin ifade özgürlüğü hakkına sahip olduğu ve bu hakkın içeriği belirtildikten sonra ikinci fıkrada; ulusal güvenlik, ülke bütünlüğü veya kamu güvenliği, genel sağlık ve genel ahlakın korunması gibi sınırlandırma ölçütleri yer almaktadır.

AİHS'nin 10. maddesi kapsamında sözlü, yazılı, sesli ve görsel olarak her türlü bilginin yayılması aracının korunduğu kabul edilmektedir.³ Daha somut bir ifadeyle, AİHM içtihatlarında ifadenin; resimler, kitaplar, filmler, radyo programları, gibi pek çok farklı biçiminin koruma gördüğü gözlenmektedir.⁴ Ayrıca ifade özgürlüğü hakkının siyasal görüş açıklama, tartışma ve eleştiri özgürlüğü, basın yayın özgürlüğü, siyasi partilerin ifade özgürlüğü, ticari ifade özgürlüğü, bilimsel ifade özgürlüğü gibi pek çok farklı görünümü olabilir. Bu bağlamda ifade özgürlüğünün kapsamı da Sözleşme Organlarının içtihatları tarafından ortaya konmaktadır.⁵ Sanatsal ifade özgürlüğü hakkı da AİHS sisteminde Sözleşme metninde yer almamakla birlikte Komisyon ve Mahkeme içtihatları ile koruma altına alınmıştır. Benzer şekilde Ame. İHS'de de sanatsal ifade özgürlüğü Sözleşme'nin 13. maddesinde özel olarak zikredilmemekle birlikte, içtihatlarla koruma altına alınmıştır.⁶

³ Frédéric Sudre vd., *Les Grands Arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, PUF 2009, s. 608.

⁴ Clare Ovey – Robin C. A. White, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2006, s. 317-318.

⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.; Mehmet Semih Gemalmaz – Haydar Burak Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Standartları Işığında Türkiye'de Bilgi Edinme, Düşünce-İfade ve İletişim Mevzuatı*, Düşünce Suçuna Karşı Girişim, Yazıhane Yayınları, İstanbul, 2004, s. 196-225; Pieter van Dijk vd. (Editörler), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, 2006, s. 779; Jean-François Renucci, *Traité de Droit Européen des Droits de l'Homme*, L.G.D.J., 2007, s. 167; Kemal Şahin, *İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü, Gereksinimleri ve Sınırları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, IV. Bölüm özellikle s. 387-473.

⁶ Vesile Setenay Ersoy, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Sanatsal İfade Özgürlüğü*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s. 79.

Bununla birlikte, AİHS’deki ve Ame. İHS’deki düzenlemelerin aksine örneğin, MSHS’nin ifade özgürlüğü hakkını düzenleyen 19. maddesinde sanatsal formda ifadelerin de korunacağı özel olarak belirtilmiştir. Ayrıca MSHS kapsamında resimler, objeler gibi sanatsal ifadelerin pek çok farklı biçiminin korunduğu; bu kapsamda kitapların, broşürlerin, posterlerin, sözlü-sözsüz, görsel-işitsel tüm eserlerin ve aynı zamanda internet bazlı ifade biçimlerinin de 19. maddenin korumasından yararlanacağı kabul edilmektedir.⁷ MSHS ile benzer olarak BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nin (ESKHS) 15. maddesinde de bireyin kültürel yaşama katılma, bilimsel ilerleme ve bunların uygulanmasının nimetlerinden yararlanma ve kendisinin yaratıcısı olduğu bilimsel, edebi ya da sanatsal ürünlerden kaynaklanan maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasından yararlanma hakları özel olarak düzenlenmiştir.⁸

Çalışma kapsamında ele alınacak olan sanatsal ifade özgürlüğü yukarıda açıklandığı gibi ifade özgürlüğü hakkının görünüm biçimlerinden biridir. Bu nedenle sanatsal ifadenin ifade özgürlüğü hakkı çerçevesindeki yeri belirlenmelidir ve ayrıca sanat ve “*politika*” arasındaki ilişki ortaya konmalıdır çünkü bireyin sahip olduğu her görüş çoğu zaman bir “*politika*” aracılığıyla ortaya çıkmaktadır. Sanat ve “*politika*” da bu bağlamda birbiriyle bağlantılıdır. Politika kavramı öncelikle sosyal yapıyla etkileşim içindedir ve bu oranda da değişiklik gösterir. Sanat da politik söylemi geliştirmek için keskin bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır.⁹

Fikri ürünler aynı zamanda yaratıcısının da bir dışavurumudur, diğer deyişle bir ifade biçimidir.¹⁰ AİHM’nin yukarıda sözü edilen yerleşik içtihadına göre; devleti ya da bazı bireyleri rahatsız eden, şok edici ifadelerin de ifade özgürlüğü hakkı çerçevesinde koruma göreceği anlayışı, sanatsal ifadeler bakımından özel bir önem taşımaktadır. AİHS sisteminin temelini oluşturan

7 Human Rights Committee, General Comment No: 34, 21.07.2011, par. 12, (Çevrimiçi) <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf>.

8 BM ESKHS’de sanat özgürlüğü hakkının yorumlanması bakımından özellikle bkz.; Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi’nin (ESKHK) 15. maddede yer alan sanat özgürlüğü hakkını açıkladığı 2005 tarihli 17 No’lu Genel Yorumu. (Çevrimiçi) [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/03902145edb797c125711500584e-a8/\\$FILE/G0640060.pdf](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/03902145edb797c125711500584e-a8/$FILE/G0640060.pdf). ESKHK’nin 17 No’lu Genel Yorumu ile ilgili ayrıntılı bilgi ve ilgili bölümlerin Türkçe çevirileri için bkz.; Ersoy, **a.g.t.**, s. 52-62.

9 Jeffrie G. Murphy, “Freedom of Expression and The Arts”, **Arizona State Law Journal**, No: 29/549, s. 556.

10 Haydar Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 301.

demokratik değerleri göz önüne aldığımızda, sanatçıların yeni ve eleştirel bir bakış açısı geliştirebilmeleri bakımından özgürce hareket edebilecekleri ve sanatsal görüşlerini açığa vurabilecekleri bir ortamın güvence altına alınması gerekmektedir.¹¹

Sanatsal faaliyetin oluşması için üç aşamalı bir süreçten söz etmek ve bu süreçler çerçevesinde gerekli hukuki korumaları belirlemek mümkündür. Öncelikle, bireyin sanatsal üretim sürecinde bulunabilmesi için bilgiye ulaşma hakkı güvence altına alınmış olmalıdır. Ardından, bireyin elde ettiği bu bilgilerden sanatsal üretim faaliyeti çerçevesinde yararlanması sağlanmalıdır. Bu kapsamda birey, elde ettiği bilgilerden nasıl yararlanacağını da kendisi serbestçe belirlemelidir. Böylece sanatçının dışavuruma zorlanmama hakkı ve dışavurumundan dolayı kınanmama hakkı da korunmaktadır. Son olarak ise, bireyin sanatsal faaliyetini dışavurma hakkı korunmaktadır ve bu kapsamda sanatsal faaliyetini öğretmek, bireylerin yararlanmasına sunmak ve eleştiriye açarak savunusunu yapmak hakları da güvence altına alınmaktadır.¹² Bu üç aşamalı sanatsal faaliyet süreci ve hukuki koruma değerlendirildiğinde, ifade özgürlüğü hakkının koruma alanının sanatsal ifade özgürlüğünün kendine özgü yönleriyle ortaya konduğu görülmektedir. Bu bağlamda, bazı ulusal anayasalarda ve uluslararası düzenlemelerde sanatsal ifadeler ayrıca bir hak olarak değil, ifade özgürlüğü hakkı çerçevesinde korunmaktadır. Örneğin, AİHS kapsamında da sanat özgürlüğü hakkı ifade özgürlüğü hakkı çerçevesinde koruma görmektedir.¹³ Bununla birlikte pek çok uluslararası insan hakları belgesinde de sanat özgürlüğü hakkı özel olarak düzenlenmiştir.¹⁴

Uluslararası düzenlemelerin yanı sıra bazı ulusal anayasalarda da sanatsal ifadelerin korunması farklılık göstermektedir. Kimi ulusal düzenlemelerde sanatsal ifadeler sanat özgürlüğü hakkı çerçevesinde özel olarak korunmuştur. Tarihte bilim ve sanat özgürlüğü hakkını ilk kez özel olarak düzenleyen anayasa 1919 Weimar Anayasası'dır.¹⁵ Bunun dışında örneğin; 1948 İtalya

11 David Harris vd., **Law of the European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, 2009, s. 458.

12 Mehmet Semih Gemalmaz, "Sanatta Yaratıcılık ve Hukuk -I-“ **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 61, Sayı: 7-8-9, İstanbul, 1987, s. 527-528.

13 Müller/İsviçre, Başvuru No: 10737/84, 24.05.1988. Kararın Türkçe çevirisi için bkz.; Osman Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, C. II., Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 543-561.

14 Örneğin; BM MSHS 19, BM ESKHS Md. 15.

15 Bülent Tanör, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, BDS Yayınları, İstanbul, 1994, s. 90.

Anayasası'nın 33. maddesi “Sanat, Bilim ve Öğretme Özgürlüğü” başlığını taşımaktadır ve maddenin ilk fıkrasında sanatın ve sanatı öğretmenin serbest olduğu belirtilmektedir. Aynı şekilde, 1978 İspanya Anayasası'nın 20. maddesi “Özel Özgürlükler ve Sınırlandırılmaları” başlığını taşımakta ve maddenin birinci fıkrasının b bendinde edebi, sanatsal, bilimsel ve teknik üretme ve yaratma hakkının tanındığı ve korunduğu belirtilmektedir. 1999 İsviçre Anayasası'nın 21. maddesindeki düzenleme de buna örnek oluşturmaktadır. İlgili maddede sanat özgürlüğünün güvence altında olduğu hüküm altına alınmıştır.

1982 Anayasası da aynı yöntemi benimsemektedir ve “Bilim ve sanat hürriyeti” başlığını taşıyan 27. maddesinde¹⁶ herkesin, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahip olduğu düzenlenmektedir.

Hükümde özellikle dikkat çekici olan, bilim ve sanat hürriyeti hakkının yalnızca yayma hakkı bağlamında ve Anayasa'nın ilk üç maddesini değiştirmeyi sağlamak amacıyla kullanılamayacağı biçiminde sınırlandırılmasının kabul edilmiş olmasıdır.¹⁷ Bilim ve sanat hürriyeti hakkı 1961 Anayasası'nın 21. maddesinde de düzenlenmekle birlikte, bu düzenlemede herhangi bir sınırlama ölçütüne yer verilmemiştir. 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı da bilim ve sanat hürriyeti hakkının geniş yorumlanması yönünde olmuştur.¹⁸ Bununla birlikte, uygulama sorunlu olmuştur ve özellikle bilim hürriyeti bağlamında pek çok eserin bilimsel niteliği sorgulanarak üreticileri, çevirmenleri ve yayıncıları cezalandırılmıştır.¹⁹

¹⁶ **IX. Bilim ve sanat hürriyeti Madde 27** – Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir. Yayma hakkı, Anayasa'nın 1 inci, 2 nci ve 3 üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz. Bu madde hükmü yabancı yayınların ülkeye girmesi ve dağıtımının kanunla düzenlenmesine engel değildir.

¹⁷ Mehmet Semih Gemalmaz, “Sanatta Yaratıcılık ve Hukuk II. 1982 Anayasası ve Sanat Özgürlüğü Sorunu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 62, S. 10-11-12, 1988, s.661.

¹⁸ Örneğin; AYM Kararı, E. 1963/204, K. 1963/179, 08.07.1963. “(...)Sinema filmlerinin kontrolüne ilişkin hüküm, film yapma ve gösterme serbestliğini esasından kayıtlayıcı nitelikte olmayıp, genel ahlâkın ve millî güvenliğin korunması ve kamu düzeninin sağlanması için alınmış zarurî bir tedbirden ibaret bulunması bakımından, bilim ve sanatı öğrenme ve öğretme, açıklama ve yayma hürriyetinin özünü zedeleyen bir mahiyet taşımakta ve Anayasa'nın sözüne ve Özüne aykırı bulunmaktadır.(...)”

¹⁹ Bülent Tanör – Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 176.

1982 Anayasası'nın "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlığında yer alan "Sanatın ve sanatçının korunması" başlıklı 64. maddesi²⁰ de sanatsal ifade özgürlüğü hakkı bakımından önem taşımaktadır. İlgili maddeye göre devlet; sanat faaliyetini ve sanatçıyı koruyacaktır, ayrıca sanat eserlerinin ve sanatçının değerlendirilmesi, desteklenmesi ve sanat sevgisinin yayılması için tedbir alacaktır. Değerlendirme ve destekleme ifadelerinden anlaşılan mali yardım, vergi kolaylıkları gibi maddi bir destektir. Devletin ödevleri olarak belirlenen bu faaliyetler devletin belli bir sanat anlayışı dayatması anlamına gelmeyecektir; aksine temelinde yaratıcı faaliyeti koruyacak ve bu kapsamda resmi ve oto sansüre yol açmayacak biçimde bir koruma sağlayacaktır.²¹

B. Sanatsal İfade Özgürlüğü Hakkının Kapsamı

Sanatsal ifade özgürlüğü hakkının özü ortaya konurken öncelikle estetik ve hukuk arasındaki ilişkinin tartışılması gerekmektedir. Gerçeğin estetik biçimde yorumlanarak dışa vurulması sanatsal yaratıcı faaliyeti ifade etmektedir. Bu yaratma faaliyeti sanatçının bireysel faaliyeti olmasının yanı sıra bir etkileşime ve diyaloga dayanmaktadır.²² Sanatsal yaratma süreci, doğası gereği sanatçıya yaratıcılığını ortaya koyması için gerekli bir özgürlük alanı bırakmalıdır.²³ Bu özgürlük alanının da hukuk aracılığıyla kurumsallaştırılması gerekmektedir. Sanatın ve toplumun gelişmesi arasındaki bağ, hukuk ve sanat arasındaki bu ilişkiyi de zorunlu kılmaktadır.²⁴ Bu bağlamda sanat ve hukuk arasındaki ilişki incelenirken öncelikle sanatsal ifade özgürlüğü hakkının kapsamı ortaya konmalıdır.

Sanatsal ifade özgürlüğü hakkının kapsamını, hakkın öznesi ve hak kapsamında korunan nesne, bir diğer deyişle sanat eseri bakımından incelemek gerekmektedir. Bu bağlamda hakkın öznesi bakımından; sanatçı, aracı ve muhatap kavramlarının ve hakkın nesnesi bakımından sanat eseri kavramının hukuki boyutları ele alınacaktır.

20 *XII. Sanatın ve sanatçının korunması Madde 64-* Devlet, sanat faaliyetlerini ve sanatçıyı korur. Sanat eserlerinin ve sanatçının korunması, değerlendirilmesi, desteklenmesi ve sanat sevgisinin yayılması için gereken tedbirleri alır.

21 Gemalmaz, *Sanatta Yaratıcılık ve Hukuk II*, s. 666-667.

22 Gemalmaz, *Sanatta Yaratıcılık ve Hukuk I*, s. 521-522.

23 Jacques de Werra, "Liberté de l'Art et Droit d'Auteur", *Medialex*, No: 3, 2001, s. 144.

24 Gemalmaz, *Sanatta Yaratıcılık ve Hukuk I*, s. 526.

1. Öznesi Bakımından Sanatsal İfade Özgürlüğü Hakkının Kapsamı

Sanatsal ifade özgürlüğü hakkının öznesi olabilecekler pek çok ulusalüstü insan hakları sözleşmesinde “herkes” olarak belirtilmiştir.²⁵ Benzer şekilde, 1982 Anayasası’nın 27. maddesinde düzenlenen “bilim ve sanat hürriyeti” hakkının öznesi de “herkes” olarak düzenlenmiştir. Bu ifadelerden, gerçek ve tüzel kişilerin; ayrıca vatandaş veya yabancı ayrımı gözetmeksizin herkesin sanatsal ifade özgürlüğü hakkının öznesi olabileceği kabul edilmelidir.²⁶ Sanatsal ifade özgürlüğü hakkının öznesi olabilmeleri bakımından sanatçıların, sanatsal ifadenin yayılmasına aracı olanların ve muhatapların durumu özel olarak incelenmelidir.

a. Sanatçılar

Sanatsal ifade özgürlüğü hakkının korumasından yararlanabilecek kişilerden ilki sanatçılardır. Sanatçı kavramı “*Güzel sanatların herhangi bir dalında yaratıcılığı olan, yapıt veren ve sinema, tiyatro, müzik gibi sanat yapıtlarını oynayan, yorumlayan, uygulayan kimse*” olarak tanımlanmaktadır.²⁷ Sanatsal faaliyette bulunacak kişinin gerekli donanımına sahip olabilmesi, sanatsal ifadesini ortaya koyabilmesi ve bu ifadeyi başkalarının yararlanmasına sunabilmesi için öncelikle sanatçıların sanatsal ifade özgürlüğü hakkının korumasından yararlanması gerekmektedir.²⁸

Sanatçı kavramı ile hukuki anlamda kimlerin kastedildiği ortaya konmalıdır. Bunun için fikri mülkiyet hukukundaki eser sahibi tanımından yararlanılabilir. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun (FSEK) 1/B ve 8. maddelerinde bir eseri meydana getiren kişi eser sahibi olarak tanımlanmaktadır. Ayrıca FSEK’in 80. maddesinde de eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla ve eser sahibinin izniyle bir eseri özgün bir biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden sanatçıların da eser sahibinin haklarından yararlanacağı düzenlenmiştir.²⁹

Sanatsal ifade özgürlüğü hakkının korumasından yararlanmak için sanatı

²⁵ Örneğin; EİHB Md. 19, AİHS Md. 10, MSHS Md. 19, ESKHS Md. 15, Ame. İHS Md. 13.

²⁶ Esra Atalay, “Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2, 2004, s. 5.

²⁷ Türkçe Sözlük, Dil Derneği Yayınları, Ankara, 2005, s. 1630.

²⁸ Ersoy, *a.g.t.*, s. 17, 35.

²⁹ Eser sahibi kavramı ve FSEK’deki düzenlemelerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.; Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 133-144.

meslek olarak icra etme koşulu aranmamaktadır. Mesleki faaliyet kapsamı dışında gerçekleştirilen her türlü sanat eseri yaratma faaliyetinde bulunan kişiler de sanatsal ifade özgürlüğü hakkının korumasından yararlanabilecektir.³⁰

b. Sanatsal İfadenin Yayılmasına Aracı Olanlar

Sanatsal ifade özgürlüğü hakkının öznesi yalnızca sanatçılarla sınırlı değildir. 1982 Anayasası'nın 27. maddesinde de düzenlendiği gibi yayma faaliyeti de sanatsal ifade özgürlüğü hakkının bir parçasıdır ve sanatsal ifadenin yayılmasına aracı olanlar da bu kapsamda koruma görmektedir.

FSEK'in 80. maddesinde, bir icra ürünü olan ve sair sesleri ilk defa tespit eden fonogram yapımcılarının, radyo-televizyon kuruluşlarının ve film yapımcılarının haklarının eser sahibi olarak nitelendirilen sanatçının hakları ile bağlantılı haklar olduğu kabul edilmektedir. Bunların yanı sıra sanatsal ifadenin yayılmasına aracı olanlara; galeri sahipleri, menajerler, editörler ve çevirmenler de örnek olarak verilebilir.³¹ Bu kapsamda, örneğin AİHM içtihatlarında da sanatsal ifade özgürlüğü hakkının öznelere olarak galeri sahipleri, sanat öğreticileri, küratörler ve sanat eleştirmenleri gibi sanatsal ifadenin yayılmasına aracı olanların da hakkın öznesi olarak başvuru olduğu görülmektedir.³²

c. Muhataplar

İfade özgürlüğü hakkı niteliği gereği çift yönlü bir koruma sağlamaktadır. Bu bağlamda, AİHM'nin pek çok kararında belirtildiği gibi, ifade özgürlüğü hem ifade sahibinin özgürlüğüdür, hem de ifadenin yöneldiği adresin, kişilerin özgürlüğüdür.³³ Ayrıca, sanat eserini yayma ve eleştiriye sunma hakkı da sanatsal ifade özgürlüğü kapsamında koruma görmektedir. Bu hakkın engellenmesi, muhataplar açısından sanat eserine ulaşma hakkının engellenmesi anlamına gelmektedir ve sanatçılar için olduğu kadar, muhataplar açısından da bir kısıtlamaya sebep olmaktadır.³⁴ Bu bağlamda, sanatsal ifade özgürlüğü hakkının korumasından sanatçılar ve aracılar kadar, bu ifadelerin yöneldiği muhataplar da yararlanır.

³⁰ Atalay, **a.g.m.**, s. 6.

³¹ De Werra, **a.g.m.**, s. 145.

³² Müller/İsviçre, par. 8.

³³ Gemalmaz – Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 197.

³⁴ Ersoy, **a.g.t.**, s. 39.

Sanatsal ifade özgürlüğünde muhatapların durumu bakımından örnek olarak İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararı verilebilir. Buna göre, sansürlenmiş bir filmin potansiyel seyircilerinin, bir diğer deyişle muhataplarının, sansür kararına karşı bilgi alma ve dolayısıyla ifade özgürlüğü haklarını ileri sürerek başvuruda bulunabilecekleri belirtilmiştir.³⁵

2. Nesnesi Bakımından Sanatsal İfade Özgürlüğü Hakkının Kapsamı

Sanatsal ifade özgürlüğü hakkının nesnesini en genel ifade ile “sanat eseri” oluşturmaktadır. Bir diğer deyişle, sanatsal ifade özgürlüğü hakkı bir yandan sanatçıları, araçları ve muhatapları korurken, diğer yandan da sanat eserini korumayı hedeflemektedir. Sanat eseri kavramı genel olarak “*yaratıcılık ve ustalık sonucu ortaya çıkan üstün ve değerli eser*” olarak tanımlanmaktadır.³⁶ Tanımdan da anlaşılacağı gibi sanat eserinin ayırt edici özelliği özgün olması ve estetik değer taşımasıdır.

Sanat eserinin hukuki metinlerde nasıl tanımlandığı konusunda FSEK'in 1/B maddesindeki eser tanımı ele alınabilir. Bu düzenlemeye göre eser; “*Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini*” ifade etmektedir.

Ayrıca FSEK'in 2. ila 7. maddeleri arasında ilim ve edebiyat eserleri, musiki eserleri, güzel sanatlar eserleri ve sinema eserlerinin neler olduğu belirtilmiştir. Bu düzenlemeler bağlamında; dil ve yazı ile ifade olunan eserler, romanlar, şiirler, tiyatro eserleri, danslar, yazılı koreografi eserleri, pandomim ve buna benzer sözsüz sahne eserleri, fotoğraf, resim, heykel, mimari projeler, müzik eserleri, karikatürler, filmler, tercüme bu eserlere örnek olarak verilebilir.

Uluslararası belgelerdeki düzenlemelere ise, UNESCO'nun 24 Temmuz 1971 Tarihli Paris'te Gözden Geçirilmiş Evrensel Telif Hakkı Sözleşmesi'nin 1. maddesi³⁷ örnek olarak verilebilir. İlgili düzenlemeye göre; yazılı her tür-

35 İsviçre Federal Mahkemesi Kararı, ATF 120 Ia 190 E. Z., Kararın Fransızca metni için bkz; (Çevrimiçi) <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht-leitentscheide1954-direct.htm>. İsviçre Anayasası'nda sanat özgürlüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz; Andreas Auer, Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, **Droit Constitutionnel Suisse**, C. II., Stampfli, Berne, 2006, s. 289-291.

36 Türkçe Sözlük, s. 1630.

37 *Her Sözleşmecî Devlet, yazılı, müzikal, dramatik ve sinematografik eserler, resimler, gravürler ve heykeller gibi edebi, bilimsel ve sanatsal eserler üzerindeki eser sahiplerinin haklarının*

lû edebiyat eserinin, müzikal eserlerin, sinematografik eserlerin, resimlerin, heykellerin, gravürlerin sanat eseri olarak telif hakkı bağlamında koruma altına alındığı görülmektedir.

Yukarıda sözü edilen iç hukuk ve uluslararası hukuk düzenlemeleri daha çok eser üzerindeki maddi haklara ilişkin düzenlemelerdir ve maddi hukukun “sanat eseri” kavramına bakış açısı anlamında bize fikir vermektedir. Burada belirtmek gerekir ki, ulusalüstü insan hakları hukuku belgelerinde nelerin sanat eseri olarak korunacağı sınırlı sayıda belirtilmemiştir ve denetim organlarının içtihatlarında da bu yaklaşımı görmek mümkündür.³⁸

II. ULUSALÜSTÜ İNSAN HAKLARI DENETİM ORGANLARI İÇTİHATLARINDA SANATSAL İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKININ GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ ve SINIRLANDIRILMASI

Çalışmanın başlarında da belirtildiği gibi, sanatsal ifade özgürlüğü ifade özgürlüğü hakkının özel görünüm biçimlerinden biridir ve kimi sözleşme sistemlerinde özel olarak, kimi sözleşme sistemlerinde ise denetim organlarının içtihatları ile koruma altına alınmıştır. Denetim organlarının içtihatları incelendiğinde sanatsal ifade özgürlüğü hakkının sınırlandırılması özellikle üç grup ifade bakımından incelenebilir. Bunlar; ayrılıkçı ifadeler, müstehcen ifadeler ve dine yönelik eleştiri içeren ifadelerdir. Sanatsal ifadelerin sınırlandırılması, bu ayrıma göre denetim organlarının içtihatları incelenerek ortaya konmaya çalışılacaktır.

A. Müstehcen İfadeler Bakımından

Sanatsal ifade özgürlüğü hakkı bağlamında yargı kararlarına konu olan vakalardan bir kısmı müstehcen ifadeler ile ilgilidir. Bu tür ifadelerin ne

ve tüm diğer telif hakkı sahiplerinin haklarının yeterli ve etkili şekilde korunması için gerekli tüm önlemleri almayı taahhüt eder. UNESCO'nun 24 Temmuz 1971 Tarihli Paris'te Gözden Geçirilmiş Evrensel Telif Hakkı Sözleşmesi'nin (Convention Universelle sur le Droit d'Auteur Révisée à Paris le 24 Juillet) orijinal Fransızca metni için bkz.; (Çevrimiçi) http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=15241&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

38 Buna örnek olarak Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun (AİHK) N./İsviçre kararı verilebilir. Söz konusu vakada başvuru bina duvarlarına yapılan çizimlerin ifade özgürlüğü kapsamında koruma görmesi gerektiği iddiasıyla AİHK'ye başvurmuştur. Kararla ilgili ayrıntılı bilgi çalışmanın ilerleyen bölümlerinde yer almaktadır. Bkz. N./İsviçre, Başvuru No: 9870/82, 13.10.1983.

oranda sanatsal ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirileceği ulusalüstü insan hakları denetim organları kararlarında tartışılmıştır. AİHS kapsamında sanatsal ifade özgürlüğüne ilişkin ilk karar çalışmanın başlarında da söz edilen *Müller/İsviçre* kararıdır. Bu kararı incelemeyen önce koruma göreceği AİHS'nin 10. maddesinde özel olarak belirtilmeyen sanatsal ifadelerin 10. madde kapsamında değerlendirilmesine giden içtihadı gelişimden bahsetmek yerinde olacaktır.

Komisyon'un AİHS'nin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü hakkı çerçevesinde sanatsal ifadenin koruma görüp göremeyeceğini açıklığa kavuşturduğu karar 13 Ekim 1983 tarihli *N./İsviçre* kararıdır.³⁹ Başvurucu, Zürih kentinde pek çok binanın dış cephesine bina sahiplerinin haberi olmaksızın siyah spreyl boya ile çeşitli çizimler yapmıştır ve ulusal mahkemeler tarafından mala zarar verme suçunu işlediği gerekçesiyle dokuz ay hapis cezasına mahkum olmuştur. Başvurucu Komisyon önünde, yaptığı eylemin İsviçre hukukunda suç olarak düzenlenmediği gerekçesiyle Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Bunun yanı sıra, uzmanların çizimlerine sanatsal bir değer biçtiklerini ve bu bağlamda ifade özgürlüğü hakkının da ihlal edildiğini iddia etmiştir. Komisyon 10. madde ile ilgili değerlendirmesinde, öncelikle temel problemin sanatsal ifadelerin ifade özgürlüğü çerçevesinde daha geniş bir korumadan yararlanıp yararlanamayacağı meselesi olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında ifade özgürlüğü hakkının sınırlandırma ölçütlerine yer verildiğini belirtmiştir. Somut olayda, başkalarının mülkiyet haklarının korunması amacıyla, ulusal mahkemelerin orantısız bir karar vermediği sonucuna varmıştır ve bu bağlamda başvurunun 10. madde bakımından açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir.⁴⁰

N./İsviçre kararı sanatsal ifade özgürlüğü ile ilgili Komisyon'un önüne gelen ilk başvurulardan biridir. Komisyon kararında somut olay bağlamında sanatsal ifade özgürlüğünün fazla tartışılmadığı, yalnızca mülkiyet hakkı ve ifade özgürlüğü çatışmasının mülkiyet hakkı lehine çözümlendiği görülmektedir. Bununla birlikte Komisyon, 7. maddenin ihlali iddiasını tartışırken başvurunun sanatsal değer taşıyan çizimleriyle başkalarının mülkiyet hakkına zarar vermek bir yana, mülkiyet hakkı sahiplerini zenginleştirdiği iddiasını reddederken Komisyon'un çizimlerin sanatsal değeri üzerine değerlendirme

³⁹ N./İsviçre, Başvuru No: 9870/82, 13.10.1983.

⁴⁰ N./İsviçre, s. 210.

yapmasının mümkün olamayacağını belirtmiştir.⁴¹ Ayrıca, sanatsal ifadelerin ifade özgürlüğü hakkı çerçevesinde nasıl koruma göreceği sorusunu ortaya atması bağlamında, *N./İsviçre* kararı Strasbourg Organları'nın daha sonra verdiği kararların öncüsü olması bakımından önem taşımaktadır.

AİHS kapsamında sanatsal ifade özgürlüğü ile ilgili ilk ve en önemli kararlardan biri ise AİHM'nin *Müller/İsviçre* kararıdır. Başvuruculardan ilki, birazdan açıklanacak olan başvuru konusu tabloların ressamı, İsviçre'de ve yabancı ülkelerde pek çok sergiye katılmış bir sanatçı olan Joseph Felix Mül-

41 N./İsviçre, s. 209. Burada belirtmek gerekir ki; ne tür eserlerin sanatsal ifadeler olduğu üzerinde değerlendirme yapmak Komisyon'un kararında da belirtildiği gibi yargı organlarının görevi olmayacaktır. Konu ile ilgili güncel bir tartışma Türkiye'de de yaşanmıştır ve heykeltıraş Mehmet Aksoy tarafından yapılan İnsanlık Anıtı'nın estetikten yoksun olduğu ileri sürülmüş, heykel "ucube" olarak nitelendirilmiş ve sonuç olarak idari makamların kararıyla yıkılmıştır. Heykelin yıkımına kadar geçen hukuki süreç ile ilgili olarak bkz.; (Çevrimiçi) http://www.dha.com.tr/yikim-surecini-durdurun-basvurusu_146951.html. Ayrıca belirtmemiz gerekir ki, İnsanlık Anıtı heykelinin yıkımının sanat eseri bakımından telafisi imkansız bir zarar doğurması nedeniyle, konu ile ilgili olarak insan hakları hukukunda geçici önlem kurumu aklı gelebilir. Buna örnek olarak ise, BM İHK'nin *Shin/Kore Cumhuriyeti* kararı (Shin/Kore Cumhuriyeti, Komünikasyon No: 926/2000, 19.03.2004) verilebilir. Söz konusu başvuruda, profesyonel bir sanatçı olan başvuru Hak-Chul Shin'in yaptığı, Kuzey-Güney Kore ilişkisini anlatan bir resme ilişkindir. Söz konusu resim farklı şekillerde yayınlanmış ve dağıtılmıştır. Başvuru resmin düşman yararına ifadeler içermesi nedeniyle gözaltına alınmış ve tablosuna özensiz bir biçimde el konulmuştur. Yargılama sonucu başvuru mahkum edilmiştir ve kararın kesinleşmesinden sonra resmin imha edilmesi her an mümkün hale gelmiştir. (par. 2.4) Başvuru, BM İHK önünde, 19. maddede koruma altına alınan ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Resmi ile Kuzey ve Güney Kore'nin barışçıl biçimde birleşme arzusunu ifade etmeye çalıştığını belirtmiştir. Komite değerlendirmesinde, sanatsal ifadelerin 19. madde kapsamında korunduğunu belirtmiştir. (par. 7.2) Taraf devletin söz konusu müdahalenin haklılığını kanıtlamada yetersiz kaldığını ifade ederek başvurunun ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. (par. 7.3, 8) Shin/Kore Cumhuriyeti vakasının en önemli özelliği ise başvurunun talebi üzerine el konulan tablosunun tahrip edilmemesini talep eden geçici önlem kararının bölgesel ve uluslararası insan hakları sözleşmelerinin geçici önlem pratiklerinde, sanatsal ifade özgürlüğü hakkı bakımından ilk karar olmasıdır. (Bkz.; Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukukunda Geçici Önlem (Kapsam, İşlev, Yetkili Organ, Uygulama ve Değerlendirme)**, Üçüncü Kitap, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 825.) Başvuru resmin imhası riski karşısında Komite'den resmin mevcut haliyle derhal kendisine verilmesini talep etmiştir. (par. 3.7) Komite; Özel Raportörü vasıtasıyla, taraf devletten vakanın Komite önünde incelenmesi sürecinde davaya konu olan tablonun tahrip edilmemesini talep etmiştir. (par. 1.2) Shin kararının bir diğer dikkat çekici yönü ise Komite'nin nihai kararında etkin giderim bağlamında taraf devletin müdahaleden kaynaklı gerekli gideri de üstelenmek suretiyle, tabloyu orijinal hali ile başvurucuya iade etmekle yükümlü olduğunu belirtilmiş olmasıdır. (Bkz.; Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukukunda Geçici Önlem**, Üçüncü Kitap, s. 826.)

ler'dir. Diğer dokuz başvuru ise; sanat eleştirmeni, resim öğretmeni, tablo restoratörü, mimar, fotoğrafçı gibi pek çok farklı mesleğe mensup kişilerdir. Başvuruya konu "Üç Gece-Üç Tablo" adlı üç adet tablo, diğer dokuz başvuru-
runcunun düzenlediği "Fri-Art 81" adlı bir çağdaş sanat sergisinde sergilen-
miştir. Sergi için hazırlanan broşürde de bu tabloların fotoğrafları yer almıştır. Tablolar; homoseksüel ilişki, hayvanlarla cinsel ilişki, cinsel organ tasvirleri gibi cinsellik öğeleri içermektedir. Babasıyla sergiye gelen küçük bir kızın Müller'in resimleri karşısında aşırı bir tepki göstermesi ve bir başka ziyaret-
çinin broşürdeki fotoğrafları yırtması üzerine savcılık tarafından soruşturma başlatılmıştır. İç hukuktaki süreç sonunda resimlere el koyulmuş ve Müller para cezasına çarptırılmıştır. Başvurucular ifade özgürlüğü haklarının ihlal edildiğini iddia etmektedirler.

Mahkeme değerlendirmesinde, başvurulardan Müller'in tabloları ya-
ratarak ve sergileyerek; diğer dokuz başvuru-
runcunun ise Müller'in eserlerini sergi kapsamında kamuya sunarak ifade özgürlüğü haklarını kullandıklarını belirtmektedir. Bu bağlamda, 10. maddenin sanatsal ifadeleri de kapsadığı-
na şüphe olmadığını ifade etmektedir. Bu yorumun haklılığını 10. maddenin ilk fıkrasının son cümlesinde yer alan, ifade özgürlüğü hakkının devletlerin
-sanat dalları ile ilgili olan- radyo, televizyon ya da sinema işletmelerini izin alma koşuluna bağlamasını engelleyemeyeceği hükmüne dayandırmaktadır.⁴²

Mahkeme başvuruyu, başvurulardan mahkum edilmesi ve resimlere el
koyulması yönünden ayrı ayrı incelemiştir. Başvurulardan mahkum edilmesi konusunda Mahkeme'ye göre, ulusal hukukta müstehcenlikle ilgili hükümler başvurulardan cezalandırılmasında yasayla öngörülme koşuluna uyulduğunu göstermektedir.⁴³ Mahkeme, genel ahlakın ve başkalarının haklarının korun-
ması için ulusal mahkemelerin meşru bir amaç doğrultusunda hareket ettik-
lerini belirtmektedir.⁴⁴ Kararda en çok müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı üzerinde durulmuştur. Bu bağlamda Mahkeme, söz ko-
nusu resimler ile bunların sergilendiği bağlamın dikkate alınarak bütünsel bir değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmiştir. Resimlerin sergiye giriş ü-
creti olmaksızın ve bir yaş sınırı konulmaksızın herkese açık olarak sergilendi-
ği tespit edilmiştir. *Handyside/Birleşik Krallık* kararında belirtildiği gibi⁴⁵ Av-

42 Müller/İsviçre, par. 27.

43 Müller/İsviçre, par. 29.

44 Müller/İsviçre, par. 30.

45 *Handyside/Birleşik Krallık*, par. 48.

rupa düzeyinde tek tip, ortak bir ahlak anlayışından söz edilmesinin mümkün olmadığını, bu anlayışın zaman ve yere göre değiştiğini belirten Mahkeme devletlerin takdir yetkisinin olduğuna dikkat çekmektedir ve Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁴⁶

Kararda, resimlere el koyulması ile ilgili değerlendirmede ise, suçun tekrar işlenmemesi için yasayla öngörülmüş bu önleme başvurulmasının meşru bir amaca hizmet ettiği belirtilmiştir. Mahkeme somut olayda söz konusu bir resim olduğundan bunun birtakım özel sonuçları olduğundan bahsetmiştir. Bu bağlamda, sanatçı kendi ürününden dilediği gibi serbestçe yararlanamayacaktır. Bununla birlikte, iç hukukta resimlere el koyma kararının kaldırılması için başvuru imkanı olduğundan söz konusu tedbirin Sözleşme'ye aykırı olmadığına karar verilmiştir.⁴⁷

Müller kararı Mahkeme'nin sanatsal ifade özgürlüğünün Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında koruma gördüğünü açıkça ortaya koyduğu ilk karar olması bakımından önem taşımaktadır.⁴⁸ Ayrıca, Mahkeme'nin sergi organizasyonunu düzenleyen diğer dokuz başvurusunun da resimlerin yaratıcısı olan Müller gibi sanatsal ifade özgürlüğü hakkını kullandığını belirtmesi, hakkın öznelere tespit edilmesi bakımından sanatçılar kadar sanat eserlerinin kamuya sunulmasında aracı olanların da hakkın korumasından yararlandığını göstermektedir.

AIHM daha yakın tarihli bir kararı olan, *Vereinigung Bildender Künstler/Avusturya* kararında da müstehcen ifadeler kapsamında sanatsal ifade özgürlüğü hakkı ile ilgili değerlendirmelerde bulunmuştur.⁴⁹ Başvurucu dernek Vereinigung Bildender Künstler Viyana'da bir sanatçı derneğidir. 3 Nisan-21 Haziran 1998 tarihleri arasında dernek yüzüncü yılı şerefine “*Das Jahrhundert künstlerischer Freiheit (Sanatsal Özgürlüğün Yüzyılı)*” başlıklı giriş ücreti olan halka açık bir sergi düzenlemiştir. Sergilenen eserler arasında Otto Mühl'ün, Rahibe Teresa, Avusturya Kardinali, Avusturya Liberal Partisi'nin lideri gibi kişileri cinsel pozisyonlarda çizdiği bir tablo da bulunmaktadır. Tablolarda çizilen kişilerin yüzleri gazete fotoğraflarından alınmıştır, vücutları ise resmedilmiştir. Serginin açılışının ardından bir gazetede ilgili resimden duyulan rahatsızlığın belirtildiği bir haber yapılmıştır. Ertesi gün zi-

⁴⁶ Müller/İsviçre, par. 32-37.

⁴⁷ Müller/İsviçre, par. 38-44.

⁴⁸ Sudre vd., a.g.e., s. 625-627.

⁴⁹ Vereinigung Bildender Künstler/Avusturya, Başvuru No: 68354/01, 25.01.2007.

yaretçilerden biri resme zarar vermiş, birçok gazeteci de resmin fotoğraflarını yayınlamış ve olayı haber yapmıştır. Bay Meischberger de söz konusu tabloda resmedilen bir politikacıdır ve fotoğrafının cinsel pozisyonlarda resmedildiği bu tabloda kullanılmasına engel olmak üzere mahkemeye başvurmuştur. Ulusal yargılama sonucunda, mahkemeler resmin sergilenmesinin engellenmesine karar vermiştir.

AİHM öncelikle genel içtihadını hatırlatarak bir sanat eserini yaratanın, yorumlayanın, yayınlayanın ya da sergileyenin demokratik bir toplumun zorunlu unsuru olarak görüş ve düşüncelerin teatisine katkıda bulunduğunu ve bu kapsamda 10. maddenin korumasından yararlanacağını belirtmektedir.⁵⁰ Mahkeme somut olayda ulusal yargılamada, Bay Meischberger'in şöhretine zarar verildiğinden başkalarının haklarının korunması meşru amacıyla resmin sergilenmesinin durdurulmasına karar verildiğini belirtmektedir. Bununla birlikte AİHM, ulaşılmak istenen amaç ile müdahalenin orantısız olduğunu ve müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmadığını belirterek Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Müstehcenlik tartışması bağlamında Mahkeme'nin sanatsal ifade özgürlüğüne ilişkin Türkiye ile ilgili yakın tarihli bir kararı ise *Akdaş/Türkiye* kararıdır.⁵¹ Başvurucu bir yayınevinde editör olarak çalışmaktadır. 1999 yılının Haziran ayında Fransız yazar Guillaume Apollinaire'in "On Bir Bin Kırbaç" başlığı ile Türkçe'ye çevrilen "Les Onze Mille Verges" adlı erotik içerikli kitabını yayınlamıştır. Kitapta ayrıca 1907 yılında ilk yapılan Fransızca basısında da yer alan bir resim sanatçısının resimlerine ve bir edebiyat eleştirmeninin son sözüne yer verilmiştir. Ardından kitabın bazı bölümlerinin ve resimlerin cinsel arzuları tahrik ve istismar edici olduğu gerekçesiyle Savcılık tarafından soruşturma başlatılmıştır. Yargılama sonucu başvuru hakkında para cezasına ve kitapların toplatılmasına karar verilmiştir. İç hukuktaki yargılama sonunda başvuru ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiası ile AİHM'ye başvurmuştur.

AİHM *Akdaş/Türkiye* kararında, genel ahlakın korunması konusunda daha önce verdiği az önce açıkladığımız *Müller/İsviçre* ve alt başlıkta açıklanacak olan *Vereinigung Bildender Künstler/Avusturya* kararlarına atıf yapmaktadır. Bu kararlarda da belirttiği gibi, ahlak anlayışının zamana ve mekana göre değiştiğini, Avrupa'da ortak bir ahlak anlayışından söz edilemeyeceğini,

50 Vereinigung Bildender Künstler/Avusturya, par. 26.

51 Akdaş/Türkiye, Başvuru No: 41056/04, 16.02.2010.

bu bağlamda ulusal otoritelerin konuyla ilgili daha doğru değerlendirme yapacağını kabul etmektedir.⁵² Somut olay bakımından ise AİHM, söz konusu yayının ilk olarak 1907 yılında Fransa'da yayınlandığını, dolayısıyla kitabın ilk kez yayınlanmasının üzerinden çok uzun zaman geçtiğini belirtmektedir. Mahkeme sonuç olarak, üye ülkelerdeki ahlak anlayışı arasındaki farklılıkların, kamunun Avrupa kültür mirasının parçası olan eserlerin Türkçesine ulaşmasını engelleyemeyeceği belirtilerek Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁵³

Akdaş kararında, AİHM tarafından yapılan Avrupa kültür mirasının bir parçası olma vurgusu bazı yazarlarca elitist olduğu gerekçesiyle⁵⁴ ve bu mirasın belirlenmesinin güçlüğü ile kültürel mirasa dahil sayılmayacak sanat eserleri bakımından devletin geniş bir takdir yetkisine sahip olabileceği belirtilerek⁵⁵ eleştirilmiştir. Bunun yanında kültürel miras kavramı, sanat eserlerinin korunması ve sansürle karşı karşıya kalan yayınevlerinin insan hakları hukuku karşısındaki durumu açısından yeni bir savunma aracı olarak karşımıza çıkmaktadır ve bu anlamda Akdaş kararı olumlu bir karardır. Kararın bu olumlu yönüne rağmen, özellikle örneğin Müller kararına konu olan modern sanat eserlerinin bahsedilen kültür mirası kavramı içerisinde değerlendirilebilmesi için uzun yıllar beklenmesi gerekeceği sorunu akla gelebilecektir. Bu anlamda “kültürel miras” kavramının ne oranda etkili bir koruma aracı olduğu şüphelidir. Bunun yanı sıra AİHM müstehcenliğin veya pornografinin ne olduğuna ilişkin bir tanım vermekten ve sanata ilişkin hukuki bir sınıflandırma yapmaktan bilinçli olarak kaçınmaktadır.⁵⁶

52 Akdaş/Türkiye, par. 27.

53 Akdaş/Türkiye, par. 28-32.

54 Céline Ruet, “L’Expression Artistique au regard de l’Article 10 de la Convention Européenne des Droits de l’Homme : Analyse de la Jurisprudence Européenne”, **Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme**, No: 2010/84, s. 934.

55 Arnaud Latil, “La Cour Européenne des Droits de l’Homme Renforce la Liberté de Création Artistique Face à la Protection de la Morale”, **Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme**, No: 2010/83, s. 768.

56 Uladzislau Belavusau, “Art, Pornography and Foucauldian Reconstruction of Comparative Law”, **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, C. 17, No: 3, 2010, Bruylant, Gaunt, Intersentia, Mundi-Prensa, Schulthess, s. 270. AİHM’nin belirli bir tanım vermekten kaçınmasına karşın, Amerikan Yüksek Mahkemesi 1973 tarihli Miller v. California kararında müstehcenlik ve pornografiyi üç ölçüte göre tanımlamaktadır. Yerel standartlara göre ortalama bir bireyde cinsel istek uyandıran(1), özellikle hukuki olarak düzenlenmiş açıkça rahatsız edici cinsel eylemler(2); edebi, sanatsal, politik veya bilimsel değer taşımıyorsa(3) müstehcen olarak nitelendirilmiştir. Miller v. California kararı ve Amerikan Yüksek Mahke-

B. Dine Yönelik Eleştiriler Bakımından

Müstehcen ifadeler dışında sanatsal ifade özgürlüğü hakkına ilişkin yargı kararlarına konu olan bir diğer kategori de dine yönelik eleştiriler içeren sanatsal ifadelerdir. Bu ifadeler bakımından değerlendirme yapmak zor ve hassastır çünkü her şeyden önce gerek din gerekse sanat kavramları üzerinde uzlaşmış kesin ve açık bir tanımlı bulunmayan kavramlardır.⁵⁷ Bu nedenle Mahkeme içtihatlarında somut olaylar bakımından din ve sanat ilişkisine genel bakış ele alınacaktır.

Müller kararında esas alınan Avrupa'ya özgü tek tip bir ahlak anlayışından söz edilememesi ve devletlerin takdir yetkisinin sanatsal ifade özgürlüğüne yansımaları kapsamında dine yönelik eleştirel ifadeleri konu alan örnek bir karar AİHM'nin *Otto-Preminger-Institut/Avusturya* kararıdır.⁵⁸ Başvurucu, Innsbruck'ta bulunan ve ruhsatlı olarak sinema işletmeciliği yapan Otto-Preminger-Institut adlı bir özel hukuk tüzel kişisidir. İşlettikleri sinemada "Das Liebeskonzil" adlı bir filmin gösterime girmesine karar verilmiştir. Bununla birlikte, Katolik Kilisesi'nin şikayeti üzerine Tanrı'nın kötürüm ve yaşlı bir budala olarak, İsa'nın bir serseri olarak, Meryem'in ise ahlaksız olarak gösterildiği, müstehcen sahneler içerdiği iddiasıyla ve dini değerlerin aşağılanması suçunun işlenmesi şüphesiyle soruşturma başlatılmıştır; bu sürecin ardından ulusal mahkeme filme el koyulmasına karar vermiştir. Ardından konu Komisyon'un ifade özgürlüğü hakkının ihlal edilmesine karar vermesiyle AİHM önüne gelmiştir.

Mahkeme, filmlere el koyulmasının 10. madde kapsamında bir müdahale niteliğinde olduğu tespitini yapmıştır.⁵⁹ Bununla birlikte *Handyside/Birleşik Krallık ve Müller/İsviçre* kararlarında da belirttiği gibi ortak bir Avrupa ahlak anlayışından bahsedilemeyeceğini belirtmektedir.⁶⁰ Somut olayda temel problemin, başvurucunun düşüncelerini yayma ve ilgililerin bu görüş-

mesi'nin müstehcenlikle ilgili içtihadı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; Belavusau, **a.g.m.**, s. 270-274. Ayrıca pornografi ve sanat hakkındaki bağlantı ve bu bağlamda Miller kararında yer alan kriterlerin değerlendirilmesi için bkz.; Andrew Koppelman, "Is Pornography "Speech"?", **Legal Theory**, C. 14, No: 1, Cambridge University Press, 2008, s. 71-89, özellikle bkz.; s. 83-88.

57 Paul Tavernier, "La Liberté de l'Art et La Religion", **Annuaire International des Droits de l'Homme**, C. V, Ant. N. Sakkoulas, Bruylant, 2010, s. 420.

58 Otto-Preminger-Institut/Avusturya, Başvuru No: 13470/87, 20.09.1994.

59 Otto-Preminger-Institut/Avusturya, par. 43.

60 Otto-Preminger-Institut/Avusturya, par. 50.

leri öğrenme hakkı ile başkalarının düşünce, din ve vicdan özgürlüğü hakkının dengelenmesi olduğu ifade edilmektedir. AIHM, olayda dini inançlara yönelik bir saldırıya karşı ulusal makamların daha doğru karar verebilecek durumda olduğunu belirtmekte ve devletin takdir yetkisine vurgu yapmaktadır.⁶¹ Bu bağlamda, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Dine yönelik eleştiriler kapsamında sanatsal ifade özgürlüğü hakkı ile bağlantılı BM İHK'nin yeni tarihli bir kararı ise *Kasem Said Ahmad ve Asmaa Abdol-Hamid/Danimarka* kararındır.⁶² Danimarka'da yayınlanan Jyllands Post gazetesi, Danimarka Karikatüristler Birliği'nin üyelerini İslam peygamberi Muhammed'e bakışlarını anlatmaya davet etmiştir ve 12 karikatürist bu davet üzerine çizimlerini gazeteye göndermiştir. 30 Eylül 2005 tarihinde bu karikatürlerden biri altında, bazı müslümanların modern laik toplumu reddettiğini, kendi dini inançlarına yönelik olarak toplumda özel bir yere sahip olmak istediklerini ve bunun zaman zaman aşağılanmayı ve alay edilmeyi de içeren laik demokrasi ve ifade özgürlüğü ile bağdaşmadığını belirten bir yazı ile yayınlanmıştır. Karikatürlerin bazılarında başında bir bomba taşıyan bir adam, kara çarşaf içinde kadınlar ve yanlarında elinde kılıç olan bir adam gibi benzetmeler yer almaktadır. Bunun üzerine Danimarka Ceza Kanunu'nda yer alan dini toplulukları ve doktrinleri aşağılamak suçuna dayanarak Savcılığa başvurulmuştur, iç hukuktaki yargılama sonucunda karikatürlerin ifade özgürlüğü hakkı çerçevesinde koruma göreceği belirtilmiştir.

Ayrıca, karikatürlerin yayınlanması üzerine dünya çapında yapılan gösterilerde 100 kişi ölmüş, 800 kişi yaralanmıştır ve Danimarka'nın Şam ve Beyrut'taki temsilciliklerinde maddi zarar oluşmuştur.⁶³

BM İHK'ye yapılan başvuruda başvurucular diğer bazı haklarıyla birlikte din ve vicdan özgürlüğü, özel yaşamın gizliliği haklarının ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Hükümet savunmasında, dini inançlarını açığa vuran kişilerin kendi dini inançlarına yönelik eleştirilerin yayınlanmasını kabul etmek ve bunları hoş görmek zorunda olduklarını belirtmiştir. Ayrıca Danimarka'nın çoğulcu bir demokrasi olduğunu ve karikatürlerin de Danimarka'da potansiyel bir sorun olan kendi kendini sansürlenmeyi tartışma-

⁶¹ Otto-Preminger-Institut/Avusturya, par. 55-56.

⁶² Kasem Said Ahmad ve Asmaa Abdol-Hamid/Danimarka, Komünikasyon No: 1487/2006, 01.04.2008.

⁶³ Kasem Said Ahmad ve Asmaa Abdol-Hamid/Danimarka, par. 2.19.

ya açtığını belirtmiştir.⁶⁴ Bu vakada Komite başvuruyu iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabuledilemez bulmuştur. Söz konusu olayda ifade özgürlüğü hakkının karşısında inanç özgürlüğü hakkı yer almaktadır. Somut olayda, MSHS'nin 19/III. maddesinde belirtildiği gibi ifade özgürlüğü hakkının, bir yandan kendilerini müslüman olarak tanımlayan ve söz konusu karikatürlerden dolayı dini inançlarına yönelik bir aşağılamaya maruz kaldıklarını belirten başvurucular bakımından başkalarının haklarının korunması ölçütüne dayanarak, diğer yandan ise Danimarka'da ve dünyanın çeşitli bölgelerinde karikatürler nedeniyle yaşanan olaylar bakımından kamu düzeni ölçütüne dayanarak sınırlandırılabileceği düşünülebilir.

AİHM ve BM İHK'nin bakış açılarını görebildiğimiz bu içtihatların dışında Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi'nin (Ame. İHM) bir kararı dine yönelik eleştiriler ve sanatsal ifadeler ilişkisi bakımından dikkat çekicidir. Ame. İHM'nin *Olmedo Bustos ve Diğerleri/Şili* kararında⁶⁵ davaya konu olan Martin Scorsese'nin *"The Last Temptation of Christ"* (Günaha Son Çağrı) filminin Şili'de sansürlenmesi üzerine yapılan başvuru değerlendirilmektedir. Başvuruda Ame. İHS'nin ifade özgürlüğü hakkını düzenleyen 13. maddesi ile inanç özgürlüğü hakkını düzenleyen 12. maddesinin ihlal edildiği iddiası yer almaktadır. Ame. İHM, filmin sansürlenmesinin ifade özgürlüğü hakkını ihlal ettiğine; ancak herhangi bir dini inancı muhafaza etmeye, değiştirmeye ya da açığa vurmaya zorlama durumu ortaya çıkarmadığından inanç özgürlüğü hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Mahkeme ifade özgürlüğü hakkının ihlaliyle ilgili somut olay bakımından, Şili'de "Sinematografik Sınıflandırma Konseyi" tarafından filmin gösterimini 18 yaşından küçüklere yasaklaması kararının daha sonra ulusal mahkemece iptal edilerek İsa, Katolik Kilisesi ve kendileri adına filmin gösteriminin tamamen yasaklanmasına karar verilmesini Ame. İHS'ye aykırı bulmuştur.⁶⁶

Ame. İHM inanç özgürlüğü hakkına ilişkin ihlal iddialarını ise kabul etmeyerek inanç özgürlüğünün dar alanından çıkmış ve ifade özgürlüğü hakkı çerçevesinde somut olayı karara bağlamıştır, böylece sanatsal ifadelerin koruma alanını daha geniş biçimde ortaya koymuştur.

AİHM'nin dine yönelik eleştiriler bakımından var olan genel içtihadının aksine Ame. İHM'nin sanatsal ifade özgürlüğü ve inanç özgürlüğü çatışma-

⁶⁴ Kasem Said Ahmad ve Asmaa Abdol-Hamid/Danimarka, par. 4.6.

⁶⁵ Olmedo Bustos ve Diğerleri/Şili, 05.02.2001.

⁶⁶ Olmedo Bustos ve Diğerleri/Şili, par. 71.

sına ilişkin problemi; inanç özgürlüğü hakkının çetrefilli alanından, ifade özgürlüğü hakkının üzerinde uzlaşmış daha güvenli ve emin alanına kaydırdığı söylenebilir.⁶⁷ Oysa özellikle Otto-Preminger-Institut/Avusturya kararında da görülebileceği gibi AİHM ifade özgürlüğü hakkı ile inanç özgürlüğü hakkının karşı karşıya geldiği vakalarda tercihini inanç özgürlüğü hakkından yana kullanmakta ve gerçekte 10. madde problemi teşkil eden bir meseleyi bir 9. madde problemi gibi incelemektedir. Bu muhakeme biçimi de sanatsal ifadeler bakımından inanç özgürlüğünün “aşırı korumacı” alanında sıkışma sonucu doğurmaktadır.⁶⁸

C. Ayrılıkçı İfadeler Bakımından

Sanatsal ifade özgürlüğü hakkına ilişkin ulusalüstü insan hakları denetim organlarında ortaya çıkan bir diğer problemli alan ise ayrılıkçı görüşler içeren ifadelerdir.

AİHM'nin bu yönde örnek oluşturabilecek bir kararı *Karataş/Türkiye* kararıdır.⁶⁹ Başvurucu, Hüseyin Karataş 1991 yılının Kasım ayında “Dersim-Bir İsyanın Türküsü” adında bir şiir derlemesi yayınlamıştır. Şiirlerde “Kürdistan” sözcüğü kullanılmasından ötürü başvurucunun ayrılıkçı propaganda yaptığı ileri sürülerek Savcılık tarafından soruşturma başlatılmasının ardından Terörle Mücadele Kanunu'nun 8. maddesine dayanılarak başvuru mahkum edilmiş ve kitaplara da el koyulmuştur. Başvurucu, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla Komisyon'a başvurmuştur. Komisyon tarafından kabuledilebilir bulunmasından sonra başvuru AİHM önüne gelmiştir.

AİHM değerlendirmesinde, sanatsal ifadelerin Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında değerlendirildiği yönündeki içtihadını hatırlatmaktadır. Mahkeme, şiirlerin sert ifadeler içerdiğini belirterek ilk anlamlarıyla düşünüldüğünde okuyucuları nefrete ve şiddete teşvik edici nitelikte olabileceklerini belirtmektedir. Bununla birlikte başvurucunun şiddete tahrikten değil “Kürdistan” ifadesi nedeniyle ayrılıkçı propagandadan ötürü cezalandırıldığı belirtilmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, şiirlerin yalnızca sınırlı sayıda bir okuyucu grubuna

⁶⁷ Tavernier, **a.g.m.**, s. 434.

⁶⁸ Paul Tavernier, “L'Art et La Cour Européenne des Droits de l'Homme”, **Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en Hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan**, C. II., Bruylant, 2004, s. 1545-1546. Benzer bir eleştiriyi Otto-Preminger-Institut/Avusturya kararında Yargıçlar Palm, Pekkanen ve Makarczyk'in ortak karşı oy yazısında bulmak mümkündür.

⁶⁹ Karataş/Türkiye, Başvuru No: 23168/94, 08.07.1999.

hitap eden bir sanatsal ifade biçimi olduğu da göz önüne alınarak⁷⁰ müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmadığına ve ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁷¹

Mahkeme'nin Türkiye hakkında verdiği daha yakın tarihli bir diğer kararı ise *Alınak/Türkiye* kararıdır.⁷² Başvurucu “*Şiro'nun Ateşi*” adlı bir roman yazmıştır ve romanın içeriği Şırnak'ın bir köyünde geçen gerçek olaylara dayanmaktadır. Kitabın yayınlanmasından kısa bir süre sonra kitabın içeriğinin vatandaşlar arasında etnik ve bölgesel ayrımlar yaptığı ve halkı kin ve düşmanlığa tahrik ettiği iddiasıyla savcı kitabın toplatılmasını istemiştir. Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde yapılan yargılama sonucunda, kitabın güvenlik güçleri mensuplarının mide bulandırıcı eylemlerde bulunduğunu iddia ettiğini belirterek, sanatsal ifadenin ifade özgürlüğü kapsamında olmasına rağmen bu özgürlüğün mutlak olmadığına ve bu ifadelerin bir kitap aracılığıyla dağıtılmasının sanatsal ifade sayılamayacağına, sonuç olarak kitabın toplatılmasına karar verilmiştir. AİHM'nin değerlendirmesinde, ilk bakışta bazı paragrafların okuyucuları nefrete, isyana ve şiddet kullanımına teşvik ettiğinin düşünölebileceğini; ancak başvurucunun kullandığı aracın, örneğin kitle iletişim araçlarına kıyasla halkın daha dar bir kesimine hitap eden bir roman olduğunun dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir.⁷³ Mahkeme ayrıca, sanatsal ifadelerin Sözleşme kapsamında koruma gördüğünü hatırlatarak, kitabın gerçek olaylara dayandığı iddia edilse de kurgulanmış bir roman olduğunun göz önüne alınması gerektiğini ifade etmektedir.⁷⁴ Sonuç olarak, Mahkeme bazı paragrafların şiddet içerdiğini kabul etmekle birlikte, bunların sanatsal doğaları gereği üzüntünün bir ifadesi olarak değerlendirmektedir⁷⁵ ve romanın da sınırlı bir kesime hitap ettiğini göz önüne alarak 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

⁷⁰ Karataş/Türkiye, par.49.

⁷¹ Karataş/Türkiye kararı ile çok benzer değerlendirmelerin yapıldığı başka bir karar için bkz.; Arslan/Türkiye, Başvuru No: 23462/94, 08.07.1999, özellikle par. 44-50. Bu vakada başvuru “Yas Tutan Tarih, 33 Kurşun” adlı kitabında geçen bazı ifadelerden dolayı Terörle Mücadele Kanunu'nun 8. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle cezalandırılmıştır. AİHM, eserin tarihi olayların edebi bir üslupla anlatıldığını belirtmektedir. Mahkeme, Karataş kararında olduğu gibi eserin bazı bölümlerinde düşmanca bir dil kullanıldığını tespit etmekle birlikte bunun halkı şiddete teşvik edici nitelikte olmadığına ve Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

⁷² Alınak/Türkiye, Başvuru No: 40287/98, 29.03.2005.

⁷³ Alınak/Türkiye, par. 41.

⁷⁴ Alınak/Türkiye, par. 42-43.

⁷⁵ Alınak/Türkiye, par. 45.

Ayrılıkçı ifadeler bakımından çalışmanın başlarında ifade edildiği gibi sanat ve politika ilişkisini ve bu bağlamda sanatın politik söylemi zenginleştirmek için keskin bir araç olduğunu hatırlamak gerekmektedir. Bu bağlamda söz konusu sanat eserlerinin hem yalnızca sanat eseri olmanın gerektirdiği korumadan hem de ifade özgürlüğü hakkı bakımından sanat eserinden politik eleştiri aracı olarak yararlanılmasının sağladığı korumadan yararlanacağı söylenebilecektir. Söz konusu açıklamalar ışığında AİHM'nin ayrılıkçı ifadelere karşı verdiği kararlar son derece yerindedir.

SONUÇ

Ulusal anayasaların ve ulusüstü insan hakları belgelerinin bazılarında sanat özgürlüğü hakkının veya sanatsal ifade özgürlüğünün özel olarak zikredildiği görülmektedir. Bunun yanı sıra AİHS gibi bazı belgelerde bu hakka yer verilmemekle birlikte Sözleşme Organlarının içtihatları ile sanatsal ifadeler koruma altına alınmıştır. Bu kapsamda çalışmada özellikle AİHK ve AİHM içtihatlarına yer verilmiştir.

AİHS sistemi dışında BM MSHS sisteminde de sanatsal ifadeler koruma görmektedir. Öyle ki, sanatsal ifadelerin ifade özgürlüğü çerçevesinde korumadan yararlanacağı AİHS'den farklı olarak MSHS metninde özel olarak yer almaktadır. Aynı şekilde ESKHS ve Ame. İHS'de de sanatsal ifadeler koruma altına alınmıştır.

Yukarıda açıklanan ve üç grup halinde incelenen kararlar bakımından genel bir değerlendirme yaparsak, öncelikle pek çok farklı formda ifade biçiminin (örneğin resimler, filmler, karikatürler gibi) Mahkeme tarafından sanatsal ifadeler kapsamında nitelendirildiği görülmektedir. Bunun yanı sıra sanatsal ifade özgürlüğü hakkı AİHM önüne genellikle “müstehcenlik” gerekçesiyle sınırlanması sonucu gelmektedir.⁷⁶ Mahkeme'nin bu konuda değişmeyen içtihadı, Avrupa düzeyinde ortak bir ahlak anlayışının olmadığı ve ulusal otoritelerin takdir yetkisine öncelik vermek gerektiği yönündedir. Ayrıca Mahkeme, sanatsal ifadenin biçimi, ulaşılabilirliği gibi ölçütleri de göz önünde bulundurmaktadır. Örneğin, bir şiirin azınlık bir okuyucu kitlesine hitap ettiğini belirtirken, ücretsiz ve halka açık bir serginin veya bir filmin ulaştığı kitle bakımından etki gücü arasındaki farklılıkları göz önünde bulundurmuştur.

⁷⁶ Mark W. Janis vd., *European Human Rights Law Text and Materials*, Oxford University Press, 2008, s. 249-251.

Türkiye bakımından ise müstehcen ifadelerin yanı sıra basılı eserler yoluyla ayrılıkçı ifadelerin Sözleşme Organları önüne geldiği görülmektedir. AİHM'nin değerlendirmelerinde dikkat çekici bir husus da sanatsal ifadelerin yayılma araçlarını göz önünde tutmasıdır. Örneğin, kitle iletişim araçları yoluyla yayılan ifadeler ile sınırlı bir kitleye hitap eden basılı eserler, sergiler gibi yollarla yayılan ifadeleri birbirinden ayırt etmektedir. Bu bağlamda sanat eserinin muhataba ulaşma imkanlarını da göz önünde bulundurmaktadır ve sanatsal ifadenin içeriği ile korunması arasında buna göre bir değerlendirme yapmaktadır.

Ayrıca, Mahkeme önüne gelen yukarıda belirtilen vakalarda kitapların, tabloların veya filmlerin imha edilmesi söz konusu olmamıştır. Örneğin Müller kararında, İsviçre Ceza Kanunu'nun 204. maddesinde müstehcen ürünlerin imha edileceği belirtilmekle birlikte, İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında müstehcen nesnenin göz önünden kaldırılmasının imha koşulunu yerine getirdiği kabul edildiğinden, ulusal makamlar tabloya el konulmasına karar vermiştir.⁷⁷ Bununla birlikte, ulusal makamların tıpkı tablolar, heykeller gibi başka bir eşi olmayan sanat eserlerinin imha edilmesine karar vermesi olasılığında “*telafisi olanaksız bir zarar*” doğması riski söz konusu olacaktır. Bu olasılıkta “*geçici önlem*” kurumu akla gelebilir. AİHS sisteminde geçici önlem kararı çoğunlukla yaşam hakkı ve işkence yasağı ile bağlantılı olarak sınırdışı, iade veya geri gönderme kararları bakımından başvuru olan bir yetki olarak karşımıza çıkmaktadır.⁷⁸ Geçici önlem kararı ile amaçlanan asıl olarak olası kesin sonuçtan önce Sözleşme ile öngörülen korumanın tamamen ortadan kalkmamasıdır.⁷⁹ Sanatsal ifade özgürlüğü açısından da özellikle söz konusu olabilecek imha kararları bakımından geçici önlem kurumunun uygulanması düşünülebilecektir. Ne var ki AİHM önüne henüz bu konuya ilişkin bir içtihatı bulunmamaktadır. Bu yönüyle de BM İHK'nin yukarıda bahsettiğimiz Shin/Kore Cumhuriyeti kararı⁸⁰ bölgesel ve uluslararası insan hakları sözleşmeleri organları bakımından bir ilk olma özelliği taşımaktadır.⁸¹

Sözleşme Organlarının içtihatlarının dışında genel bir değerlendirme yapmak gerekirse öncelikle sanatsal ifadelerin, tıpkı bilimsel ifadeler veya

⁷⁷ Müller/İsviçre, par. 20.

⁷⁸ Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukukunda Geçici Önlem*, Birinci Kitap, s. 8.

⁷⁹ Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukukunda Geçici Önlem*, Birinci Kitap, s. 13.

⁸⁰ Bkz.; Yukarıda Dipnot. 39.

⁸¹ Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukukunda Geçici Önlem*, Üçüncü Kitap, s. 825.

basın özgürlüğü gibi ifade özgürlüğü hakkının özel bir görünüm biçimi olduğu ortaya konmalıdır. Öyleyse ifade özgürlüğü hakkının hali hazırda düzenlendiği hukuki belgelerde, özel olarak sanatsal ifade özgürlüğünün de koruma göreceğinin belirtilmesi veya sanat özgürlüğü hakkına yer verilmesi ne anlama gelmektedir?

Sanatsal ifadenin ortaya konulması her şeyden önce bir yaratım sürecine dayanmaktadır. Bu sürecin sonunda özgün, eşi ve benzeri olmayan bir eser ortaya çıkmaktadır. Sanatsal ifade özgürlüğü bu yaratım sürecini koruma altına aldığı gibi, eseri yasma, muhatapların beğenisine ve eleştirisine sunma ve bu eleştiriler karşısında hukuki korumadan yararlanma haklarını güvence altına almaktadır. Sanatsal ifadeye özgünlüğünü kazandıran bu yaratıcı süreç özel bir özgürlük alanından yararlanmayı da gerekli kılmaktadır. Ronald Dworkin'e göre, ifade özgürlüğünün korumaya değer olması yalnızca sosyal ve politik öneminden ötürü değildir. İfade özgürlüğünü asıl korumaya değer yapan, insanı insan yapan en önemli özelliklerden biri olan kişiliğini geliştirme ve özerk kararlarıyla hayatına yön verme gücüdür.⁸² Öyleyse sanatsal ifadelerin bu önerme çerçevesindeki yerini belirlememiz gerekirse bir sanat eseri yaratmanın sanatçının kendini gerçekleştirmesinin en önemli boyutu olduğu söylenebilir.

Son yıllarda Türkiye'de tartışma konusu olan ifade özgürlüğü problemleri içinde sanatsal ifadelere ilişkin problemler de geniş yer tutmaktadır. En güncel ve kamuoyunda geniş yer bulmuş çarpıcı bir örnek, çalışmanın ilgili bölümlerinde de değindiğimiz İnsanlık Anıtı heykelinin yıkılmasıdır. İfade özgürlüğü ve bunun bir uzantısı olarak özgür bir tartışma ortamı, AİHM içtihatlarında da belirtildiği gibi demokratik toplumun temellerinden biridir. Sanatsal ifadeler bakımından ifade özgürlüğü hakkı yaratım sürecini doğrudan etkilemesinden ötürü özel bir öneme sahiptir. Öyle ki, sanatın kendisi var olmak için özgür bir alana gereksinim duymaktadır. Ayrıca sanat eseri, niteliği gereği diğer pek çok ifade biçimine oranla, daha üst düzeyde bir özgünlük ve alışılmışın dışı ifadeler içerebilir, şok edici ve rahatsız edici olabilir. Bu da sanat eserini sanat eseri yapan ayırt edici özelliktir. Bu bağlamda, ifade özgürlüğünün korunmadığı bir ortamda sanat eseri de var olamayacaktır.

82 Ronald Dworkin, "Do We Have a Right to Pornography", *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985, s. 335, 335-72.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

- Atalay, Esra: “Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 2, 2004.
- Auer, Andreas; Malinverni, Giorgio; Hottelier, Michel: **Droit Constitutionnel Suisse**, C. II., Stampfli, Berne, 2006.
- Belavusau, Uladzislau: “Art, Pornography and Foucauldian Reconstruction of Comparative Law”, **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, C. 17, No: 3, 2010, Bruylant, Gaunt, Intersentia, Mundi-Prensa, Schult-hess, s. 252-280.
- Bingöl, Bilge: “Sanat Özgürlüğü”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. I., Sayı: 2, 2011.
- De Werra, Jacques: “Liberté de l’Art et Droit d’Auteur”, **Medialex**, No: 3, 2001.
- Doğru, Osman: **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, C. II., Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004.
- Dworkin, Ronald: “Do We Have a Right to Pornography”, **A Matter of Principle**, Harvard University Press, 1985.
- Ersoy, Vesile Setenay: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Sanatsal İfade Özgürlüğü**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.
- Gemalmaz, Mehmet Semih: **Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukukunda Geçici Önlem (Kapsam, İşlev, Yetkili Organ, Uygulama ve Değerlendirme)**, Üçüncü Kitap, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007.
- Gemalmaz, Mehmet Semih: “Sanatta Yaratıcılık ve Hukuk -I-“ **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 61, Sayı: 7-8-9, İstanbul, 1987.
- Gemalmaz, Mehmet Semih: “Sanatta Yaratıcılık ve Hukuk II. 1982 Anayasası ve Sanat Özgürlüğü Sorunu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 62, S. 10-11-12, 1988.
- Gemalmaz, Mehmet Semih – Gemalmaz, Haydar Burak: **Ulusalüstü İnsan Hakları Standartları Işığında Türkiye’de Bilgi Edinme, Düşünce-İfade ve İletişim Mevzuatı, Düşünce Suçuna Karşı Girişim**, Yazıhane Yayınları, İstanbul, 2004.
- Gemalmaz, Haydar Burak: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- Harris, David vd.: **Law of the European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, 2009.

- Janis, Mark W. vd.: **European Human Rights Law Text and Materials**, Oxford University Press, 2008.
- Koppelman, Andrew: "Is Pornography "Speech"?", **Legal Theory**, C. 14, No: 1, Cambridge University Press, 2008, s. 71-89.
- Latil, Arnaud: "La Cour Européenne des Droits de l'Homme Renforce la Liberté de Création Artistique Face à la Protection de la Morale", **Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme**, No: 2010/83.
- Murphy, Jeffrie G.: "Freedom of Expression and The Arts", **Arizona State Law Journal**, No: 29/549, s. 549-568.
- Ovey, Clare – White, Robin C. A.: **The European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, 2006.
- Renucci, Jean-François: **Traité de Droit Européen des Droits de l'Homme**, L.G.D.J., 2007.
- Ruet, Céline: "L'Expression Artistique au regard de l'Article 10 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme: Analyse de la Jurisprudence Européenne", **Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme**, No: 2010/84.
- Sudre vd., Frédéric: **Les Grands Arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme**, PUF, 2009.
- Şahin, Kemal: **İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü, Gerekçeleri ve Sınırları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- Tanör, Bülent: **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, BDS Yayınları, İstanbul, 1994.
- Tanör, Bülent – Yüzbaşıoğlu, Necmi: **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Tavernier, Paul: "L'Art et La Cour Européenne des Droits de l'Homme", **Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en Hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan**, C. II., Bruylant, 2004, s. 1537-1550.
- Tavernier, Paul: "La Liberté de l'Art et La Religion", **Annuaire International des Droits de l'Homme**, C. V, Ant. N. Sakkoulas, Bruylant, 2010, s. 419-438.
- Tekinalp, Ünal: **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004.
- Türkçe Sözlük, Dil Derneği Yayınları, Ankara, 2005.
- Van Dijk, Pieter vd. (Editörler): **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Intersentia, 2006.

Kararlar:

- Handyside/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5493/72, 07.12.1976, AİHM Kararı
- Sunday Times/Birleşik Krallık (No. I.), Başvuru No: 6538/74, 26.04.1979, AİHM Kararı

N./İsviçre, Başvuru No: 9870/82, 13.10.1983, AİHK Kararı

Müller/İsviçre, Başvuru No: 10737/84, 24.05.1988, AİHM Kararı

Otto-Preminger-Institut/Avusturya, Başvuru No: 13470/87, 20.09.1994, AİHM Kararı

Karatas/Türkiye, Başvuru No: 23168/94, 08.07.1999, AİHM Kararı

Arslan/Türkiye, Başvuru No: 23462/94, 08.07.1999, AİHM Kararı

Vereinigung Bildender Künstler/Avusturya, Başvuru No: 68354/01, 25.01.2007, AİHM Kararı

Akdaş/Türkiye, Başvuru No: 41056/04, 16.02.2010, AİHM Kararı

Aksu/Türkiye, Başvuru No: 4149/04 – 41029/04, 15.03.2012, AİHM Kararı

E. 1963/204, K. 1963/179, 08.07.1963, AYM Kararı

Shin/Kore Cumhuriyeti, Komünikasyon No: 926/2000, 19.03.2004, BM İHK Kararı

Kasem Said Ahmad ve Asmaa Abdol-Hamid/Danimarka, Komünikasyon No: 1487/2006, 01.04.2008, BM İHK Kararı

Olmedo Bustos ve Diğerleri/Şili, Ame. İHM Kararı

Elektronik Kaynaklar:

Les Droits Culturels dans la Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Division de la Recherche, Ocak, 2011, (Çevrimiçi) http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/CA666604-5C24-44DA-9A54-57DC78D7F-F4A/0/RAPPORT_RECHERCHE_Droits_culturels_FR.pdf, Son Yararlanma Tarihi: 03.03.2012

UNESCO'nun 24 Temmuz 1971 Tarihli Paris'te Gözden Geçirilmiş Evrensel Telif Hakkı Sözleşmesi'nin (Convention Universelle sur le Droit d'Auteur Revisée à Paris le 24 Juillet) orijinal Fransızca metni için bkz.; (Çevrimiçi) http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=15241&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html, Son Yararlanma Tarihi: 16.03.2012.

Human Rights Committee, General Comment No: 34, 21.07.2011, par. 12, (Çevrimiçi) <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf>, Son Yararlanma Tarihi: 02.04.2012

ESKHK'nin 17 No'lu Genel Yorumu - 2005, (Çevrimiçi) [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/03902145edbbe-797c125711500584ea8/\\$FILE/G0640060.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/03902145edbbe-797c125711500584ea8/$FILE/G0640060.pdf), Son Yararlanma Tarihi: 04.04.2012

- http://www.dha.com.tr/yikim-surecini-durdurun-basvurusu_146951.html

- Ulusal anayasaların İngilizce metinleri için bkz.; (Çevrimiçi) <http://www.verfassungsvergleich.de/>, Son Yararlanma Tarihi: 16.03.2012.

Fransız Anayasa Yargısında Yeni Dönem: Öncelikli Anayasallık Sorunu

Özen ÜLGEN*

ÖZET

Öncelikli anayasallık denetimi (qpc) mekanizmasının kabul edilmesi, Fransa’da anayasaya uygunluk denetimi sisteminde önemli bir değişikliğe yol açmıştır. 2010 yılının Mart ayından beri, bir mahkemede davası görülen herkes için kendisine uygulanacak yasal düzenlemenin Anayasal hak ve özgürlüklerini ihlal ettiğini ileri sürmesi mümkündür. Bu makalede, dört yıllık içtihadı da dikkate alarak, anayasaya uygunluk denetiminde *qpc* mekanizmasına ilişkin usul kuralları üzerinde durulacaktır. Bu çerçevede, sistemin Türkiye’deki somut norm denetimine kıyasla olumlu ve olumsuz yönlerinin ortaya çıkarılması amaçlanmaktadır.

Anahtar kelimeler: Fransa Anayasa Konseyi, Anayasaya uygunluk denetimi, İtiraz yolu, Öncelikli anayasallık sorunu.

The New Mechanism of Constitutional Justice in France: QPC

ABSTRACT

The introduction of the mechanism of the priority preliminary ruling on constitutionality (qpc) has significantly modified the constitutional review system in France. Since March 2010, it is possible for any person who is involved in legal proceedings before a court to argue that a statutory provision infringes rights and freedom guaranteed by the Constitution. Considering the jurisprudence of four years, this article focuses on the procedure of constitutional review according to *qpc* mechanism. It aim to reveal positive and negative aspects compared to Turkish mechanism of concrete review.

Keywords: French constitutional council, constitutional review, priority preliminary ruling on the issue of constitutionality.

* Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

Kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminde, Fransa diğer Avrupa ülkelerinden farklı bir örnek olarak göze çarpıyordu. Sadece öndenetim yoluyla iptal davası usulünün öngörüldüğü bu sistemde, kanunlar Resmi Gazetede yayımlandıktan sonra ne iptal davası yolu ne de mahkemeler aracılığıyla Anayasa Konseyine başvuru yapılması mümkündü.¹ Elbette, bu özgünlük günümüz hukuk devleti anlayışı karşısında ancak geride kalmışlığın göstergesi sayılabilir. Nitekim Anayasa Konseyinin, dolaylı da olsa bireylerin başvurularına kapalı olması, öğretilerde de eleştirilen bir husustur.²

Fransa'da mahkemeler aracılığıyla sonradan denetim usulünün benimsenmesine yönelik Anayasa değişikliği için ilk ciddi girişim 1789'dan 200 sene sonra yapılmıştır. Dönemin Anayasa Konseyi Başkanı *Badinter*'in *Le monde* gazetesine verdiği röportajda dile getirdiği öneri, 200.yıl kutlamaları sırasında dönemin Cumhurbaşkanı *Mitterand* tarafından da kamuoyuna duyurulmuştur. Tasarının hazırlanıp meclislere sunulması 1990 yılının Mart ayını bulmuş, ancak metin Millet Meclisi tarafından kabul edildiği halde Senato tarafından reddedilerek başarıya ulaşamamıştır.³ Yine 1993 yılında önemli hukukçulardan *Vedel* başkanlığındaki bir komiteye hazırlattırılan Anayasa değişikliği teklifinde benzer bir değişiklik önerilmiş, ancak bu girişim de Senato'da başarısızlığa uğramıştır.⁴

Öğreti, yargıçlar ve avukatların yanı sıra halkın %71'inin de destek verdiği ileri sürüldüğü halde⁵, 1990'lı yıllarda yaşanan bu iki başarısız Anayasa değişikliği girişimi yaklaşık 20 yıllık bir kayba neden olmuştur. Nitekim ancak 2008 yılında gerçekleşen köklü Anayasa değişiklikleri kapsamında, öncelikli anayasallık sorunu (*QPC*)⁶ adı verilen bir sonradan denetim yolu ka-

¹ Anayasa Konseyinin, oldukça sınırlı sayıda da olsa, sonradan denetim gerçekleştirdiği bazı kararlar bulunmaktadır. 1985 yılında geliştirdiği bu içtihadı göre, iptal davası açılan kanun, dava süresi geçmiş bir kanunun kapsamını değiştiriyor, onu tamamlıyor ya da etkiliyorsa, o eski kanunun da anayasaya uygunluğu denetlenebilir. Ancak, anayasaya aykırılık tespit edilse de, iptal kararı verilmesi söz konusu değildir. Konuya ilişkin olarak bkz. YENG SENG, 2005, ss.35-71.

² Önemli anayasa hukukçularının görüşlerine ilişkin bazı örnekler için bkz. *Commentaire*, Vol.9, No.35, Automne 1986, ss.413-427 ve *Commentaire*, Vol.9, no.36, Hiver 1986-1987, ss.682-710.

³ FAVOREU, ss.581-582; LUCHAIRE, ss.1625-1649.

⁴ VIGUIER, ss.970-975.

⁵ ROUSSEAU, 1997, ss.65. Yazar kamuoyu araştırması sonuçlarını *Le Figaro* Gazetesi, 12.04.1990 tarihli sayısından almıştır. Öğretilerde, azınlıkta da olsa reforma karşı çıkanlar olduğu da görülmektedir. Görüşler için bkz. VIGUIER, ss.970-972.

⁶ Öncelikli Anayasallık Sorunu (*question prioritaire de constitutionnalité*) gerek öğretilerde ge-

bul edilmiştir. Elbette, bu önemli değişiklik için gerekli yasal düzenlemelerin yapılması ve diğer hazırlıklar için bir süre verilmiş ve 1 Mart 2010 tarihinden itibaren başvurular kabul edilmeye başlanmıştır.

Yeni denetim mekanizması için, 1958 Anayasasında iki değişiklik yapılmıştır. Bir yanda sadece bu konuya özel olarak 61.maddeden sonra gelmek üzere 61-1 sayılı yeni bir madde eklenmiş, diğer yanda Anayasa Konseyinin kararlarının etkisinin düzenlendiği 62.maddeye bu yola ilişkin özellikleri belirten yeni bir ikinci fıkra konulmuştur. 61-1.maddeye göre, bir yargı merci önündeki davanın görülmesi sırasında, bir yasal düzenlemenin Anayasa tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlükleri ihlal ettiği ileri sürülürse, belirli bir süre içinde *Cour de cassation* (Yargıtay) veya *Conseil d'État* (Danıştay) tarafından bu sorunun çözümü için Anayasa Konseyine başvurulabilir.⁷ Bu maddenin uygulanmasına ilişkin koşullar organik kanunla belirlenir. 62.maddenin 2.fıkrasına göre ise, 61-1.madde kapsamında Anayasaya aykırılığı tespit edilen bir hüküm, Anayasa Konseyi kararının yayınlandığı tarihte ya da kararda belirtilen daha ileri bir tarihte yürürlükten kalkar. Bu kararın, hükmün uygulanmasıyla ortaya çıkmış sonuçlara etkisinin sınırları ve koşulları Anayasa Konseyi tarafından belirlenir.

Yasal düzenlemeler ve dört senelik bir uygulama tecrübesi sonucunda ortaya çıkan mekanizma artıları ve eksileriyle Fransa'da hukuk alanına önemli bir katkı getirmiştir. Sadece Anayasa Konseyi bakımından değil, yargının tüm aşamalarında görev yapan yargıçlar ve avukatlar için de getirdiği yenilik konu üzerinde pek çok çalışma yapılmasına yol açmıştır.⁸ Türkiye'de bireysel başvurunun kabul edildiği bir dönemde, Fransa'da itiraz yolu benzeri bir usulün yeni uygulanmaya başlaması, anayasa yargısında Fransa'nın bir adım geride olduğunu düşündürebilir. Ancak, tam da bu nedenle diğer ülkelerde yaşanmış ve yaşanmakta olan sorunları ortadan kaldıracı nitelikte bazı önlemler alabil-

rekse yargı kararlarında terimin baş harfleriyle kısaltılmış ve bu kısaltma adeta terimin yerine geçmiştir. Bu nedenle, terimin Türkçe karşılığı yerine de Fransızcada yerleşmiş kısaltmasının kullanılması tercih edilmiştir.

⁷ *Cour de cassation* adli yargı düzeninin yüksek mahkemesi olarak Yargıtay'a, *Conseil d'Etat* ise idari yargı düzeninin yüksek mahkemesi olarak Danıştay'a tekabül etmektedir. Bununla birlikte, elbette kendi yasal düzenlemelerinden ve tarihlerinden kaynaklanan pek çok farklılık olduğunu da belirtmek gerekir. Bu çalışmada karşılaştırma kolaylığı sağlamak ve daha anlaşılır olmak adına *Cour de cassation* için Yargıtay, *Conseil d'État* için Danıştay ifadesi tercih edilmiştir.

⁸ Bu konuda yapılmış Türkçe kapsamlı bir çalışma için bkz. ÖZTÜRK, ss.1189- 1226. Oldukça fazla sayıdaki Fransızca çalışmaların listesi Anayasa Konseyi internet sitesinde bulunabilir.

meleri de mümkün olabilmıştır. Bu çalışmada, Fransa'daki bu yeni denetim mekanizmasının temel özelliklerinin ve işleyişinin Türkiye ile karşılaştırılarak sunulması amaçlanmıştır.

I- Öncelikli Anayasallık Sorunu (QPC): Temel Özellikler/Koşullar

QPC, Türk hukukundaki itiraz yolu usulüyle paralellik göstermekle birlikte, ondan ayrıldığı önemli noktalar vardır. Birincisi, tüm Anayasa maddelerine aykırılık değil, sadece Anayasada yer alan hak ve özgürlüklerin ihlali başvuru konusu yapılabilecektir. İkincisi, bütün mahkemelere doğrudan Anayasa Konseyine başvurma olanağı tanınmamış, sadece iki yüksek mahkeme aracılığıyla, onların süzgecinden geçen başvuruların Anayasa Konseyine iletilmesi kabul edilmiştir. Üçüncü olarak ise, anayasaya aykırılık sorununun mahkemelerce resen dikkate alınmasının mümkün olmaması dikkat çekmektedir. Dolayısıyla, Fransa'da bu başvuru usulünün niteliği itiraz değil, def'idir. Öncelikle bu üç temel fark çerçevesinde sistemin özellikleri ele alınacaktır.

1) Yasal düzenlemenin Anayasayla korunan hak ve özgürlüklere aykırılığı iddiası

Anayasaya uygunluk denetiminin sadece Anayasada yer alan hak ve özgürlüklerle sınırlanması ilginç bir tercihtir. Bilindiği gibi, genellikle bireysel başvuru mekanizmalarında tercih edilen bu sınırlama, Fransa'da norm denetimine yansıtılmıştır. Oysa bir uygulamanın değil, yasal düzenlemenin Anayasaya aykırılığı iddiası söz konusudur ve sonucunda normun iptali hedeflenmektedir. Denetimin konusu ise sadece kanun değil, tüm yasal düzenlemeler olarak belirlenmiştir.

a) Yasal düzenlemenin kapsamı

Kural olarak, yasama organı tarafından kabul edilen tüm yasal düzenlemeler aleyhine başvuruda bulunabilir. Fransa'da bu kapsamda üç tip norm bulunmaktadır: *Loi ordinaire* (kanun), *loi organique* (organik kanun) ve Parlamento tarafından onaylanmış *ordonnance* (kanun hükmünde kararname benzeri). Bunların yanı sıra Yeni Kaledonya ülkeleri kanunları aleyhine de başvuru yapılabilmektedir. Burada henüz onaylanmamış *ordonnance*'ların Anayasa Konseyi tarafından değil, idari yargı tarafından denetlendiği belirtil-

melidir.⁹ Bu işlemlerin 1958 Anayasasından önce ya da sonra yapılmış olmalarının bir önemi yoktur.¹⁰

Anayasa değişiklikleri hakkındaki kanunlar, halkoylamasıyla kabul edilen kanunlar ve Avrupa Birliği hukuku çerçevesinde şarta bağlı olmayan ve açık hükümler içeren (doğrudan etkili) bir direktifin aynen geçirildiği yasal düzenlemelerin Anayasaya uygunluğu incelemesinin Anayasa Konseyinin yetki alanı dışında kaldığı kabul edilmektedir.¹¹ Bu tür normlar bakımından, iptal davası yoluyla yapılan başvurularda da Anayasa Konseyi denetim yapmamaktadır.¹² Bu nedenle, aynı içtihadı *qpc* başvuruları bakımından sürdürmesi şaşırtıcı değildir.

Danıştay ve Yargıtay da, bazı yasal düzenlemeler hakkında sonradan denetim yoluna başvurulamayacağına karar vermiştir. Bunlar arasında, uluslararası antlaşmaların onaylanması hakkında kanunlar ve herhangi bir normatif düzenleme içermeyen program hükümler sayılabilir.¹³ Yine Yargıtay Ceza Dairesi başlangıçta, normun kendisinin değil de Yargıtay tarafından yapılan yorumunun anayasaya aykırılığının ileri sürülmesi durumunda başvurunun Anayasa Konseyine gönderilmesine engel oluyordu.¹⁴ Ancak, Yargıtay 3.Hukuk Dairesi tarafından yapılan bir başvuru üzerine, Anayasa Konseyi bir normun yüksek yargı organlarınca yorumlanma biçiminin de anayasaya aykırı olabileceğini açıkça belirtmiştir.¹⁵ Buna rağmen, Yargıtay'ın kendi yorumu-

⁹ Parlamento onayından geçmemiş bir *ordonnance* hakkında inceleme yapılamayacağı hakkında QPC 2011-219, 10.02.2012.

¹⁰ URVOAS, Assemblée Nationale, Rapport no.842, s.16

¹¹ Bugüne kadar Anayasa Konseyi sadece bir direktifin aynen geçirildiği yasal düzenleme aleyhine yapılan başvuruda karar verilmesine yer olmadığına hükmetmiştir. Bkz. QPC 2010-79, 17.12.2010. Aslında, Anayasa Konseyi, 2006'dan beri, bu tür direktifler bakımından da Fransa'nın anayasal kimliğine içkin ilke ve kurallara aykırı olmama koşulu aramaktadır. Ancak, bunların neler olduğu bugüne kadar belirlenmediği gibi, bu nedenle gerçekleşmiş bir anayasaya uygunluk incelemesi de bulunmamaktadır. Bu ifadenin temel amacının Anayasanın üstünlüğü ilkesini koruma gayreti olarak açıklamak mümkündür. Bu yönde bkz. MATHIEU, ss. 677-678.

¹² Anayasa değişiklikleri için DC 2003-469, 26.03.2003; halkoylamasıyla kabul edilen kanunlar için DC 62-20, 06.11.1962; doğrudan etkili direktifler için DC 2004-496, 10.06.2004.

¹³ Uluslararası antlaşmanın onaylanmasına ilişkin Conseil d'État(CE), 14.05.2010 tarih ve 31305 sayılı; Cassation criminelle., 17.05.2011 tarih ve 10-82938 sayılı kararları. Normatif değeri olmadığı için reddedilen başvuru: CE, 18.07.2011, no.340512.

¹⁴ Örnek olarak: Arrêt n° 12029 du 31 mai 2010 (09-87.578) www.courdecassation.fr

¹⁵ QPC 2010-39, 06.10.2010, considérant 2 ve QPC 2010-96, 04.02.2011, considérant 4. Yük-

nun Anayasaya aykırılığının ileri sürüldüğü başvurulardaki tutumu eleştirir konusudur.¹⁶

Anayasaya aykırılığı iddia edilen normun değiştirilmiş ya da yürürlükten kaldırılmış olması, norm uygulanacak kural olarak kaldığı müddetçe Anayasa Konseyinin yetkisini etkilememektedir. Anayasa Konseyi, normun değiştirilmesi ya da yürürlükten kaldırılması sonucu uygulanacak kural niteliğini yitirip yitirmediği yönünde bir inceleme yapmamaktadır.¹⁷ Bununla birlikte, eğer anayasaya aykırılığı ileri sürülen norm, hiç yürürlüğe girmeden değiştirilmişse, dolayısıyla hiç uygulanma alanı bulamamışsa, artık Anayasa Konseyinin bu norm üzerinde bir denetim gerçekleştirmesi söz konusu olmamaktadır.¹⁸

Son olarak, Anayasa Konseyi tarafından daha önce incelenerek Anayasaya uygun bulunmuş yasal düzenlemeler aleyhine başvuru yasağı olduğu belirtilmelidir.¹⁹ Özellikle, organik kanunların Resmi Gazetede yayınlanmadan önce Anayasanın 61/1.maddesi gereğince zorunlu olarak Anayasa Konseyi denetimine sunulduğu dikkate alındığında yasağın kapsamı oldukça genişlemektedir. Bununla birlikte, hukuki ya da fiili koşullarda bir değişiklik olması durumu yeniden incelemenin önünü açmaktadır.²⁰ Öncelikle başvuran

sek mahkemeler haricindeki mahkemelerin yorumu Anayasa Konseyi tarafından denetime tabi tutulmamaktadır. Bkz QPC 2011-120, 08.04.2011.

- 16 DRAGO, 2011, ss.1438-1445. Bu sorun çerçevesinde, Anayasa Konseyinin normu değil, normun yüksek mahkemece yorumlanma biçimini iptal edeceği, dolayısıyla aslında mahkeme kararının iptal edilmiş olacağı dikkate alınmış ve bunun sakıncaları üzerinde de durulmuştur. Elbette Anayasa Konseyinin yorumlu ret kararı vererek de, yüksek mahkemelerin içtihatlarını değiştirmelerine yol açması mümkündür. SALES, s.86.
- 17 QPC 2010-16, 23.07.2010, considérant 2. Anayasa Konseyi bu kararında yürürlükten kalkmış bir hükmün anayasaya uygunluğunu incelemiştir.
- 18 QPC 2011-219, 10.02.2012. Söz konusu normun yürürlüğe girmesi için ileri bir tarih öngörülmüş, ancak o tarihten önce bir *ordonnance* ile değişiklik yapılmıştır. Söz konusu *ordonnance*'da da benzer bir hüküm bulunmakla birlikte, onaylanmamış bir *ordonnance* üzerinde Anayasa Konseyinin denetim yetkisi bulunmamaktadır.
- 19 Anayasa Konseyi Hakkında Kanun m.23-2. Bununla birlikte, Anayasa Konseyi sadece önceki kararının gerekçe ve hüküm kısmında açıkça değerlendirme yaptığı düzenlemeler bakımından bu yasağı dikkate almaktadır.
- 20 Anayasa Konseyi, *qpc* sistemine ilişkin organik kanunun Anayasaya uygunluğunu değerlendirdiği kararında, sadece hukuki değil, olgusal değişikliklerin de içtihat değişikliğine yol açabileceğini belirtmektedir. (DC 2009-595, 03.12.2009 considérant 13) Bu doğrultuda, ilgili Anayasa maddelerindeki değişiklik kadar, normun düzenleme alanını etkileyen fiili değişiklikler de yeniden incelemeyi gerektirebilir.

mahkeme ve Yargıtay/Danıştay aşamasında değerlendirilecek bu husus, son olarak Anayasa Konseyi tarafından da incelenmektedir. İlk dört yıllık uygulamada, Anayasa Konseyi dört başvuruda yeniden incelemeyi gerektirecek bir değişiklik olduğunu kabul ederek denetim gerçekleştirmiş, bunlardan sadece ikisinde iptal kararı vermiştir.²¹ Yeniden inceleme yapılmasını gerektirecek bir değişiklik olmadığı takdirdeyse, yeniden karar vermesine yer olmadığına hükmedilmektedir.²²

b) Anayasayla korunan hak ve özgürlüklerle sınırlı inceleme

2008 Anayasa değişikliği sonradan denetim yolunu açarken, anayasaya uygunluk denetimine bir sınırlama getirmiştir. Aslında, 1990'lerden beri yapılan tüm Anayasa değişikliği öneri ve tasarılarında, ölçü norm olarak Anayasanın değil, sadece hak ve özgürlüklerin olduğu görülmektedir.²³ Burada Anayasa Konseyine yüklenen işlev Anayasanın üstünlüğünü koruyan bir organ olmaktan ziyade, Anayasayla tanınan temel hak ve özgürlüklerin korunmasında etkin rol oynayan bir organ olmasıdır.

Anayasal haklarının ihlal edildiği sadece gerçek kişiler değil, tüzel kişiler tarafından da ileri sürülebilir. Özel hukuk tüzel kişileri gibi kamu tüzel kişileri de Anayasaya aykırılık iddiasında bulunabilir.²⁴ Anayasayla korunan hak ve özgürlükler, Anayasa Konseyinin yerleşmiş içtihadı doğrultusunda yorumlanmıştır. Bu çerçevede, sadece 1958 Anayasasında yer alan hak ve özgürlükler değil, onun göndermesiyle 1946 Anayasasının başlangıç bölümü ve onun göndermesiyle 1789 Bildirgesinde yer alan hak ve özgürlükler, cumhuriyet kanunlarınca tanınan temel ilkeler ile 2004 tarihli Çevre Şartı da Anayasallık bloku içindedir. Bunlar içinde, hangi maddelerin anayasayla korunan hak ve özgürlükler kapsamında kabul edileceği ve bu maddelerin de nasıl bir kapsama sahip olduğu Anayasa Konseyi yorumuyla açıklık kazanmaktadır.²⁵

²¹ İptal kararı verdiği örnekler: QPC 2010-14/22, 30.07.2010; QPC 2013-331, 05.07.2013. Anayasa Konseyi bir kararında yeniden anayasaya uygunluk kararı verirken (QPC 2012-233, 21.02.2012), diğer bir kararında (QPC 2011-125, 06.05.2011) ise yorumlu ret kararı vermiştir. 2012-233 sayılı karar daha önce zorunlu olarak incelenmiş olan bir organik kanun maddesine ilişkindir.

²² Örnek olarak bkz. QPC 2010-9, 02.07.2010; QPC 2010-51, 06.08.2010; QPC 2011-142/145, 30.06.2011.

²³ Öneri ve tasarı metinleri için bkz. BENETTİ, ss.74-79.

²⁴ Örnek olarak bkz. QPC 2010-12, 02.07.2010; QPC 2010-107, 17.03.2011.

²⁵ Bu konuda bazı örnekler için bkz. ÖZTÜRK, ss.1196-1197.

Yasama ile yürütmenin düzenleme alanı veya yasama organının yetkilerine ilişkin hükümler ise, bir hak veya özgürlük ile ilişkilendirilmedikçe ölçü norm olma niteliğine sahip değildir.²⁶ Elbette, Anayasayla korunan hak ve özgürlüklerle sınırlı bir yetki verilmesi şekil denetimi yapılmasının da engellendiği anlamına gelmektedir.²⁷

2) Yargıtay/Danıştay yargı düzeni kapsamındaki mahkemeler

2008 Anayasa değişikliği tasarısında, bütün mahkemeler aracılığıyla doğrudan başvuru yapılması tercih edilmemiştir. Özellikle, Anayasa Konseyinin iş yükü altında boğulmasını önlemek amacıyla, adli yargı düzeninin yüksek mahkemesi olan Yargıtay ve idari yargı düzeninin yüksek mahkemesi olan Danıştay incelemesinden geçtikten sonra başvuruların Anayasa Konseyine iletilmesi usulü benimsenmiştir.²⁸ Ancak, Anayasaya aykırılık iddiası, bu iki mahkemenin yargı düzeninde yer alan bütün mahkemeler önünde ileri sürülebilir. Bunun tek istisnası "*cour d'assises*"dir.²⁹ Kanun, *cour d'assises* önünde Anayasaya aykırılık iddiasında bulunulmasını yasaklamış olmakla birlikte, bu mahkemenin kararı istinaf mahkemesine götürüldüğü takdirde Anayasaya aykırılık iddiasında bulunulmasına olanak sağlanmıştır (Kanun m.23-1/4).

a) QPC başvurusu yapılması mümkün olmayan yargı organları

Adli yargı düzeninde yer aldığı halde kanunla kapsam dışında bırakılan *cour d'assises*'lerin yanı sıra, adli veya idari yargı düzeninde yer almadıkları için sistemin dışında kalan bazı mahkemeler de mevcuttur. Bunlar arasında, Uyuşmazlık Mahkemesi (*Tribunal des Conflits*) ile Yüksek Hakem Mahkemesi (*Cour supérieure d'arbitrage*) ilk akla gelenlerdir. Aynı şekilde, cumhurbaşkanlarını ve bakanları yargılamak üzere özel olarak oluşturulan mahkemeler (*Haute Cour - La Cour de la Justice de la République*) de Yargıtay'ın alanında yer almamaktadır. Bu noktada, Fransa sisteminde Sayıştay'ın (*Cour des comptes*) idari yargı sistemi içinde yer aldığı ve Sayıştay önünde

²⁶ QPC 2010-5, 18.06.2010, considérant 3.

²⁷ Aynı yönde QPC 2010-4/17, 22.07.2010, considérant 7.

²⁸ Projet de la loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République, no.820, 23.04.2008, (26 ve 27.madde gerekçesi) <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/projets/pl0820.pdf> , ss.12-13.

²⁹ *Cour d'assises*, Fransız ceza yargılaması kanununun 231 ve devamı maddelerinde düzenlenen, bazı suçları yargılamakla görevlendirilmiş, meslekten üç yargıcın yanı sıra jüri üyelerine de yer veren özel bir ceza mahkemesi türüdür.

bir başvuru olması halinde, bu başvurunun Danıştay tarafından incelenerek Anayasa Konseyine gönderilebileceği belirtilmelidir.³⁰ Son olarak, mahkeme niteliğinde olmadıkları açık olmakla birlikte, bağımsız idari otoritelerin de bu kapsamda yer almadıkları görülmektedir.

b) Seçim yargıcı olarak Anayasa Konseyinin durumu

Adli veya idari yargı sistemine dâhil olmayan bir diğer mahkeme seçim yargıcı sıfatıyla Anayasa Konseyidir. Fransa'da cumhurbaşkanı, milletvekili ve senatör seçimlerine ilişkin uyuşmazlıklar seçim yargıcı sıfatıyla Anayasa Konseyi tarafından incelenmektedir. Anayasa Konseyinin bu sıfatla verdiği kararların Yargıtay ya da Danıştay denetimine tabi olmaması, seçim yargılamasında hak ve özgürlüklerin nasıl korunacağı sorusunu akla getirmiştir. Nitekim kanunun hazırlık çalışmaları sırasında bu konu tartışılmış, ancak karar Anayasa Konseyine bırakılmıştır.³¹ Anayasa Konseyi ise, gerek milletvekili seçimi gerekse senato seçimlerine ilişkin uyuşmazlıklara bakarken, taraflarca ileri sürülen anayasaya aykırılık sorununu inceleyebileceğine karar vermiştir.³² Nitekim bu kararların hemen ardından bu doğrultuda bir içtüzük değişikliği yaparak, seçim uyuşmazlıklarına ilişkin başvurularda kendisine doğrudan yapılan anayasaya aykırılık iddiaları hakkında yapacağı incelemenin usulünü düzenlemiştir.³³ Anayasa Konseyinin kendi yaptığı içtüzükte, Anayasanın ön-görmediği bir başvuru usulünü benimsemesi seçim mevzuatına ilişkin hakların korunması bakımından son derece önemli bir adımdır.

3) Taraflarca başvuru ilkesi / Resen başvuru yasağı

Görülmekte olan bir dava sırasında sadece taraflar uygulanacak yasal düzenlemenin anayasal hak ve özgürlüklerinden birini ihlal ettiğini ileri sürebilir.

³⁰ Code des juridictions financière LO 142-2. www.legifrance.gouv.fr

³¹ Assemblée Nationale Rapport no: 1898, 03.09.2009; s.42, par.3. Anayasa Konseyinin kendi içtüzüğünde düzenleme yaparken, hazırlık çalışmaları sırasındaki bu tartışmaya dayandığı düşünülebilir.

³² Anayasa Konseyi, 2011-4538 SEN, 12.01.2012; 2012-4565/4567/4568/4574/4575/4576/4577 AN, 18.10.2012; 2012-4580/4624 AN, 15.02.2013. (Anayasa Konseyi bu kararlarda *qpc* başvurularını kabul edebileceğine karar vermiş olmakla birlikte, söz konusu davalarda uygulanacak kuralları daha önce denetleyerek Anayasaya uygun bulduğu için başvurular kabul edilebilirlik aşamasında reddedilmiştir.)

³³ Anayasa Konseyi, 22.02.2013 tarih ve 2013-126 ORGA sayılı kararıyla milletvekili ve senatör seçimlerine ilişkin uyuşmazlıklarda Anayasa Konseyinin izleyeceği usule dair içtüzükte değişiklik yapmıştır. (m.16-1)

Daha önce belirtildiği gibi, taraflar gerçek veya tüzel kişi hatta kamu tüzel kişisi olabilir. Ancak, davaya bakan mahkemelere resen başvuru yapma olanağı tanınmamıştır.(Kanun 23-1/1)³⁴ Başka bir ifadeyle, yargıç uygulayacağı yasa hükmünün anayasal hak ve özgürlükleri ihlal edeceğini düşünse de, taraflar bir başvuruda bulunmadıkça yapabileceği bir şey yoktur. Hatta taraflarca ileri sürülen iddianın yeniden formüle edilmesi de söz konusu değildir.³⁵ İlk aşamada tamamen tarafların kontrolünde bir başvuru sistemi öngörülmüştür.

a) Asıl talepten ayrı ve gerekçeli başvuru koşulu

Sözlü yargılama usulüne tabii bir yargılama dahi olsa anayasaya aykırılık iddiasının yazılı olarak ayrı bir dilekçe ile yapılması gerekmektedir. (Kanun m.23-1) Başka taleplerle birlikte yapıldığı takdirde başvurunun reddine karar verilir. Bu şekli unsurun temel amacı, asıl dava ile anayasaya aykırılık sorununun birbirinden ayrılmasını sağlamaktır. Asıl davaya ilişkin dilekçe Anayasa Konseyine gönderilmezken, sadece anayasaya aykırılık gerekçesini içeren ayrı dilekçe Anayasa Konseyine gönderilmektedir. Aynı doğrultuda, anayasaya aykırılık iddiasına diğer tarafların verdiği cevapların da ayrı bir dilekçe ile verilmesi gerekmektedir. Elbette Anayasa Konseyi, seçim yargıçı olarak baktığı davalarda talebin ayrı bir dilekçede olması koşulunu aramamaktadır.³⁶

b) Başvuru zamanı / Görülmekte olan dava koşulu

Taraflar, dava dilekçesi ya da davaya cevap aşamasında Anayasaya aykırılık iddiasında bulunabileceği gibi, daha sonraki aşamalarda da bu iddiayı ileri sürebilirler. İlk derece mahkemesinde anayasaya aykırılık iddiasının ileri sürülmemiş olması, istinaf ve temyiz aşamalarında ilk kez ileri sürülmesine engel olmaz. (Kanun m.23-1/1)

Yargıtay dava mahkemesinde(ilk derece ya da istinaf) daha önce ileri sürülmemiş gerekçelerin kendi önündeki süreçte ileri sürülmesine izin verdiği halde, Danıştay yeni gerekçeleri kabul etmemektedir. Oysa Anayasa Konseyi önünde dahi yeni gerekçelerin ileri sürülebileceği dikkate alındığında Danış-

34 Anayasa Konseyi, Anayasanın yasa koyucuyu sadece taraflara başvuru hakkı tanıma konusunda zorladığını belirtmiştir. DC 2009-595, 03.12.2009, considérant 9. Sadece taraflara bu yetkinin tanınması Anayasaya aykırı bulunmayabilirse de, resen başvuru imkânı tanınmış olması halinde de Anayasaya aykırılık oluşacağını ileri sürmek kolay değildir. Zira Anayasanın 61-1.maddesinin resen başvuruyu açıkça yasaklamamaktadır.

35 LELIÈVRE, 2010, s.1030 vd.

36 Anayasa Konseyi, 2012-4565/4567/4568/4574/4575/4576/4577 AN, 18.10.2012.

tay'ın tutumunu anlamak zorlaşmaktadır.³⁷ Yine Danıştay dava mahkemesince reddedilen *qpc* başvurusu için temyiz dilekçesi ile birlikte ayrı ve gerekçeli bir dilekçe talep ettiği halde, Yargıtay her aşamada bu iddiayı dikkate almaktadır.³⁸

Anayasaya aykırılık iddiasında bulunma olanağı sadece görülmekte olan bir dava sırasında mümkün olduğu için, ister ilk derece mahkemesi isterse istinaf veya temyiz aşamalarında olsun, öncelikle mahkemenin önünde ilk incelemeden geçmiş bir dava olması gerekmektedir. Örneğin, dava konusu mahkemenin görev alanında değilse ya da idari işlemin iptali istemiyle açılan davada menfaat koşulu bulunmuyorsa *qpc* başvurusu da yapılamaz.³⁹ Bunu takdir edecek olan, önce dava mahkemesi ardından da ilgili yüksek mahkemelerdir. *QPC* başvurusu yapıldıktan sonra, davanın feragat ve benzeri nedenlerle sona erdirilmesi durumunda da, *qpc* incelemesinin devam etmesine gerek görülmemektedir. Sadece Anayasa Konseyine başvuru yapıldığı takdirde, artık davanın sona ermesi *qpc* incelemesini sonlandırmamaktadır. Anayasa Konseyine başvuru yapılmasıyla davanın objektif bir nitelik kazandığı kabul edilir.

II- Öncelikli Anayasallık Sorunu: Temel İşleyiş / Usul

Fransa'nın sonradan denetim sistemi üç aşamalıdır. Önce dava mahkemesi (ilk derecede ya da istinaf) tarafından başvuru incelenir, koşullar oluşmuşsa Yargıtay/Danıştay'a gönderilir. Burada yapılan ikinci incelemenin ardından, gerekli koşullar sağlandığı takdirde Anayasa Konseyine başvuru yapılır. Son olarak Anayasa Konseyi incelemesini yapar ve kararını verir. Burada da aynı sıraya bağlı kalarak, her aşamadaki incelemenin kapsamı ve önemli özellikleri ele alınacaktır.

1) İlk başvuru yapılan dava/istinaf mahkemesi

Taraflar, görülmekte olan bir davanın her aşamasında anayasaya aykırılık iddiasında bulunabilir. Böyle bir iddia ile karşılaşan mahkemenin derhal karar

³⁷ ROBLLOT-TROİSİER, 2011, s.697.

³⁸ JACQUELOT, ss.16-18. Dava mahkemesi önünde başvurusu reddedilen taraf, Danıştay önünde temyiz dilekçesiyle birlikte bu kararı da temyiz etmediği takdirde, aynı gerekçelerle bir daha Anayasaya aykırılık iddiasında bulunamamaktadır.

³⁹ JACQUELOT, s.13. Elbette, davanın görevli mahkemeye gönderilmesiyle *qpc* başvurusu da işleme konulacaktır. Yer bakımından yetkisiz bir mahkeme tarafından yüksek mahkemeye başvurulduğunda da, yüksek mahkemenin bu başvuruyu incelememesi için bir sebep bulunmamaktadır.

vermesi gerekmektedir. Dava mahkemesinin derhal karar vermesi gerektiği belirtilmiş, bu konuda azami bir süre belirlenmemiştir. Aslında, Millet Meclisi dava mahkemesi iki ay içinde karar vermediği takdirde, taraflara bir ay içinde Yargıtay/Danıştay'a başvurabilme olanağı sağlayan bir hüküm kabul etmişti. Ancak, Senato aşamasında, derhal karar verilmesi gerektiği belirtilen bir konuda böyle bir olasılık vermenin sakıncaları dikkate alınarak bu hüküm kaldırılmıştır. Şaşırtıcı olmayan bir şekilde, uygulama Senato'nun öngördüğü biçimde gelişmemiş ve dava mahkemeleri için de bir süre sınırı getirilmesi yeniden gündeme gelmiştir.⁴⁰

a) Dava mahkemesince yapılan incelemenin kapsamı

Anayasaya aykırılık iddiasıyla karşılaşan mahkeme derhal başvurunun Yargıtay/Danıştay'a gönderilip gönderilmeyeceği hakkında gerekçeli bir karar verir. Bu kararında, kanunun 23-2.maddesinde yer alan koşulların sağlandığına ilişkin gerekçeler yer alır. Bu maddeye göre, ilk derece/istinaf mahkemelerince incelenmesi gereken üç koşul şunlardır:

1. Aykırılığı ileri sürülen hükmün uygulanacak kural olması (Usul veya esasa ilişkin olabileceği gibi, soruşturmanın dayanağı da olabilir.)

2. Daha önce Anayasa Konseyi kararının gerekçe ya da hüküm kısmında Anayasaya uygunluğu tespit edilmemiş olması. (Ancak koşullarda bir değişiklik olması hali için istisna getirilmiştir.)

3. İddianın ciddilikten yoksun olmaması

Anayasaya aykırılık iddiasıyla karşılaşan mahkeme, önce diğer tarafların da konuya ilişkin görüşünü alır. Yargıtay'ın yargı düzeninde bir mahkemede savcılık davaya taraf olmasa da, böyle bir durumla karşılaşıldığında bildirimde bulunulup görüşü alınır. (Kanun m.23-1/2)

Mahkeme Anayasaya aykırılık sorununu gönderme kararı verdiği takdirde, 8 gün içinde kendi kararına tarafların konuya ilişkin görüşlerini de ekleyerek Yargıtay/Danıştay'a göndermelidir. Mahkemenin başvuruyu iletme kararına karşı herhangi bir başvuru yolu bulunmamaktadır. Mahkemenin Anayasaya aykırılık iddiasını iletmemeye karar vermesi durumunda ise sadece asıl dava çerçevesinde yapılabilecek başvurular kapsamında itiraz/temyiz talebinde bulunulabilir.

⁴⁰ URVOAS, Assemblée Nationale, Rapport no.842, s. 40. İlk derece mahkemesi önünde karar verilmesi için 96 gün bekleyen örneklerle yer verilmiştir.

Mahkeme başvuru Yargıtay/Danıştay'a gönderdikten sonra bu makamlardan ya da başvuru yapıldığı takdirde Anayasa Konseyinden bir karar gelinceye kadar davayı geri bırakır. Bununla birlikte, soruşturma devam eder ve yargı yerleri gerekli koruyucu ve önleyici tedbirlere karar verebilir. (Kanun m.23-3) Mahkeme, başvurusunu yapmadan önce aynı norm aleyhine yapılmış başka başvurular tespit ederse, kendisi Yargıtay/Danıştay'a herhangi bir başvuruda bulunmaksızın da ilgili kararlar verilinceye kadar önündeki davayı bekletebilir.⁴¹

Davanın askıya alınması haline bazı istisnalar getirilmiştir. Örneğin, dava sebebiyle kişi özgürlüğünü kısıtlayıcı bir tedbir uygulanıyorsa ya da davanın amacı kişi özgürlüğünü kısıtlayıcı bir tedbire son verilmesi amacını taşıyorsa davanın geri bırakılması söz konusu olmaz. Yasal düzenlemelerin belirli bir sürede ya da acele karar verilmesini zorunlu kıldığı hallerde mahkemeler karar verebilir. Bu durumda, istinaf aşamasında davanın askıya alınması söz konusu olabileceği gibi, onun için de benzer kurallar olması halinde davanın askıya alınmaması mümkündür. Aynı şekilde, taraflardan biri için telafisi güç ve açıkça aşırı sonuçlar ortaya çıkması riski bulunması halinde, acele karar verilmesi gereken hususlarda karar verilebilir. (Kanun 23-3/2,3,4)

Mahkemelerin ilgili kararın verilmesini beklemeden karar alabildikleri tüm bu durumlarda, karar temyiz edilir ve Yargıtay/Danıştay önüne gelirse, bunlar Anayasaya aykırılık sorunu hakkında karar vermeden önce diğer hususlarda karar veremez. Bunun tek istisnası ise, ilgilinin kişi özgürlüğünün bu dava nedeniyle sınırlanmış olması ve kanunda Yargıtay'ın belirli bir sürede karar vermesinin zorunlu tutulmuş olmasıdır. (Kanun 23-3/5) Anayasa Konseyinin kararına göre, bu varsayımın gerçekleşmesi durumunda ne bu hüküm ne de mahkemenin verdiği kararın kesin hüküm niteliği ilgilinin yeni bir davalayla Anayasa Konseyi kararının kendisine uygulanmasını istemesi önünde engel teşkil eder. Bu hüküm ancak bu şekilde yorumlandığı takdirde Anayasaya aykırı olmayacaktır.⁴²

41 Yeni başvuru yapmak ya da başvurmaksızın davayı bekletmek mahkemenin takdirindedir. Farklı gerekçe olduğunda başvuru yapılması tercih edilmektedir. Bu yetki, hukuk yargılaması kanununun (*Code de procédure civile/ CPC*) 126-5.maddesi ve ceza yargılaması kanununun (*Code de procédure pénal/CPP*) R 49-26. maddesiyle yapılan bu düzenlemelerle aynı konuda yapılan başvurularla yoğunluk yaşanmasının önüne geçilmek istenmiştir. Benzer düzenleme Yargıtay ve Danıştay tarafından yapılan başvurular bakımından da geçerlidir. CPC, 126-12 ve CPP R 49-33.

42 DC 2009-595, 03.12.2009, considérant 18.

b) “Öncelikli” sıfatının rolü

Bu usul, anayasaya aykırılık def'i olarak da adlandırılabilceği halde, öncelikli anayasallık sorunu ifadesi tercih edilmiştir. Elbette bu adlandırmada öncelikli sıfatı dikkat çekmekte, neden öncelikli ve neye göre öncelikli soruları akla gelmektedir. Bu yönde iki gerekçenin öne çıkarıldığı görülmektedir.

Birincisi, dava mahkemesine derhal karar verme yükümlülüğü veren hüküm esas alınarak yapılan yorumdur. Dava mahkemesi, dava ile ilgili diğer hususları bir kenara bırakıp derhal anayasaya aykırılık iddiasına ilişkin başvuruyu sonuçlandırmalıdır. Başka bir ifadeyle, Anayasaya aykırılık sorunu davadaki diğer unsurlardan öncelikli bir sorundur.

İkincisi ise, anayasaya aykırılık sorununun, uluslararası antlaşmalara uygunluk sorunuyla aynı anda ortaya çıkması durumunda anayasaya uygunluk denetiminin önceliğine vurgu yapmaktadır. Özellikle Avrupa Birliği üyesi bir ülke olarak, bir yasal düzenlemenin hem Anayasada yer alan hak ve özgürlükleri ihlal ettiği hem de Birlik hukukuna aykırı olduğu iddiası karşısında mahkemeler ne yapacaktır? Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın 267.maddesi, yorum gerektiren bir sorun bulunması halinde, ulusal mahkemelere Avrupa Birliği Adalet Divanına (ABAD) başvuruyu düzenlemektedir. İki sorun aynı anda ortaya çıktığında mahkemelerin nasıl bir yol izleyecekleri konusu tartışmalara yol açmıştır.

Kanun koyucu, bu durumda önce anayasallık sorununun Yargıtay/Danıştay'a gönderilmesini (Kanun m.23-2), Yargıtay/Danıştay'ın da öncelikle Anayasa Konseyine başvurmasını (m.23-5) öngörmüştür. Ancak, bu hükmün topluluk hukukunun üstünlüğünü vurgulayan *Simmenthal* kararıyla çeliştiği yönünde görüşler ortaya çıkmış ve bu doğrultuda Yargıtay tarafından Avrupa Birliği Adalet Divanına başvuruda bulunulmuştur.⁴³ ABAD, Haziran 2010'da verdiği kararıyla, öncelikli anayasallık sorununun “önceliğine” farklı bir anlam yüklemiştir.⁴⁴ Bu konudaki yerleşmiş içtihadını tekrarladıktan sonra, mahkemelerin uygun gördükleri anda Adalet Divanına başvurabilecekleri, yasal düzenlemeyle buna engel olunmamasını, aynı şekilde mahkemelerin Avrupa hukuk düzeninin korunması için uygun gördükleri her türlü tedbiri alabileceklerini hatırlatmıştır. Dava mahkemeleri bir normun hem anayasaya hem de birlik hukukuna aykırı olduğu iddiasıyla karşılaşmaları durumunda,

⁴³ Öncelikli mi ikincil mi hususunda eleştiriler için bkz. DUBOUT, ss.115-116.

⁴⁴ CJUE, 22.06.2010, Melki et Abdelli, C-188/10 ve C-189-10.

Avrupa hukuk düzeninin öngördüğü haklara hukuki korumanın sağlanması amacıyla gerekli geçici ve koruyucu tedbirleri almakla mükelleftir. Dolayısıyla, önce anayasallık sorununun çözülmesini beklemek zorunda değildiler. Başka bir ifadeyle, ABAD, yasa koyucunun anayasallık denetimine verdiği önceliği ortadan kaldırmıştır. Bu konuda dikkat çekici olan ise, Anayasa Konseyinin de bu karardan kısa bir süre önce aynı doğrultuda karar vermiş olmasıdır. Konsey'e göre de, kendisine başvurulması karar vermesini bekleme anlamına gelmeyip, bu süreçte Birlik Hukukunun gereklerinin yerine getirilmesi mümkündür.⁴⁵

Daha sonra ise, Avrupa Birliği Konseyi tarafından alınan bir çerçeve karar doğrultusunda yapıldığı ileri sürülen yasal düzenlemenin Anayasaya aykırılığı sorunuyla karşı karşıya kalan Anayasa Konseyi, öncelikle söz konusu düzenlemenin çerçeve karar açısından bir gereklilik olup olmadığının tespiti için ABAD'a başvurmuştur. ABAD'ın yapılan düzenlemenin çerçeve karar bakımından bir zorunluluk olmadığını tespit eden kararının ardından da, incelemesini gerçekleştirmiş ve hükmün Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.

⁴⁶ Dolayısıyla, öncelikli anayasallık sorununun öncelikli olması şart değildir.

2) Yargıtay/Danıştay filtresi

Dava mahkemesince yapılan başvuru tarihinden itibaren üç ay içinde Yargıtay/Danıştay tarafından başvurunun Anayasa Konseyine iletilip iletilmeyeceği hakkında karar verilir. Bu karar sekiz gün içinde ilgili mahkemeye ve taraflara bildirilir. Bu süre içinde karar verilmediği takdirde, başvuru doğrudan Anayasa Konseyine iletilmektedir (Kanun m.23-7). Dava mahkemelerinden iletilen başvurulardaki üç aylık süre, ilk defa Yargıtay/Danıştay aşamasında ileri sürülen Anayasaya aykırılık iddiaları için de geçerlidir.⁴⁷

a) Yargıtay/Danıştay incelemesinin kapsamı

Yargıtay/Danıştay tarafından yapılan inceleme dava mahkemelerince yapılan incelemenin hemen hemen aynıdır. Bu açıdan tam olarak bir ikinci

⁴⁵ DC 2010-605, 12.05.2010, considérant 14 ve 15.

⁴⁶ QPC 2013-314P, 04.04.2013 ve QPC 2013-314, 14.06.2013.

⁴⁷ Yargıtay/Danıştay incelemesi dava mahkemelerinden gönderilen başvurular dışında da yapılabilmektedir. Dava mahkemesinin anayasaya aykırılık iddiasını iletmediği bir davada kararın temyiz edilmesi, ilk defa temyiz aşamasında Anayasaya aykırılık iddiasının ileri sürülmesi durumunda da üç aylık süre içinde karar verilir.

eleme mekanizması olarak kabul edilmesi gerekir. İlgili kanun maddesinde, uygulanacak kural olma ve daha önce Anayasa Konseyi tarafından Anayasaya uygun bulunmamış olma koşulları yönünden doğrudan dava mahkemelerinin incelemesine ilişkin maddeye atıf yapılmıştır. Üçüncü koşul olan iddianın ciddilikten yoksun olmaması bakımından ise, atıf yapmak yerine doğrudan “sorunun yeni olması ve ciddi bir nitelik göstermesi” ifadesi tercih edilmiştir. (Kanun m.23-4)

Elbette bu iki düzenleme arasındaki ifade tercihinin uygulamaya nasıl yansıyacağı merak konusu olmuş ancak bugüne kadarki uygulamada her iki aşamada yapılan incelemenin birbirinden farklı olmadığı görülmüştür.⁴⁸ Sorunun “yeni” olmasının ne anlama geldiği konusu da tartışılmış, Anayasa Konseyi yeni ölçütünün kendisi tarafından daha önce uygulanma olanağı bulunmamış Anayasa hükümlerinin yorumuna ilişkin başvuruları ifade ettiğini belirtmiştir.⁴⁹

Ciddilik incelemesi bakımından, Türkiye’de olduğu gibi, oldukça geniş bir yelpazeyle karşılaşılmaktadır. Bir uçta iddianın ciddilikten yoksun olmadığı belirtilmekle yetinenler olduğu gibi, diğer uçta ciddilik incelemesi kapsamında adeta Anayasaya uygunluk incelemesi yapılmaktadır.⁵⁰ Elbette asıl belirleyici olan Yargıtay ve Danıştay’ın yaklaşımıdır. Danıştay ve Yargıtay, “negatif anayasa yargıcısı” gibi hareket etmektedir. Onlar tarafından ciddi bulunmadığı takdirde, Anayasa Konseyinin Anayasaya uygunluk denetimi yapması mümkün olamamaktadır.

Özellikle, dava mahkemelerinde yüksek mahkemelerce yapılan yorumun Anayasaya aykırı olduğunun ileri sürülmesi durumunda, sorunun Anayasa Konseyi önüne hiç taşınmaması riski ortaya çıkmaktadır. Yüksek Mahkeme, yorumunun Anayasaya aykırı olabileceğini kabul ettiği takdirde, yorumunu değiştirmeyi tercih ederken; kabul etmediği takdirdeyse iddianın ciddi olmadığına karar verebilmektedir.

48 URVOAS, Assemblée Nationale, Rapport no.842, s.48.

49 DC 2009-595, 03.12.2009, considérant 21. Anayasa Konseyine göre bu ölçüt ciddilik ölçütüne alternatiftir. İki koşulun bir arada bulunması gerekmemektedir. Sorunun yeniliği gerekçe gösterilerek yapılan başvuru örnekleri için Anayasa Konseyinin şu kararları incelenebilir: QPC 2010-92, 28.02.2011; QPC 2011-130, 20.05.2011; QPC 2012-281, 12.10.2012. ROBLOT-TROISIÈRE, 2013, s.59.

50 SAINT JAMES, ss.619-621.

b) Yargıtay/Danıştay arasında içtihat farkı

Anayasa Konseyine başvuru koşulları bakımından Yargıtay ve Danıştay'ın farklı yaklaşımlar içinde olduğu görülmektedir. Yargı düzenleri arasında bir kıyaslama yapılmasına yol açan bu farklılıklar sistemin en zayıf noktasıdır.

Danıştay ciddilik incelemesi için makul şüpheyi (*doute raisonnable*) yeterli görmektedir. Yargıtay'ın bir iddiayı ciddi bulması için aradığı ölçüt ise belirli/açık (*manifeste*) şüphedir.⁵¹ Bu ölçüt Danıştay tarafından uygulanan makul şüphe ölçütüne göre daha sıkı bir denetim anlamına gelmektedir. Gerek Yargıtay gerekse Danıştay, yerleşmiş içtihatlarında yaptıkları yorumun Anayasaya aykırılığı iddiası karşısında, yorumlarını değiştirmeye karar verdikleri takdirde iddianın ciddi olmadığına karar vermektedir.⁵²

Sadece iddianın ciddiliğine yönelik incelemede değil, davada uygulanacak kural ölçütü bakımından da Yargıtay ve Danıştay'ın farklı yaklaşımlar içinde olduğu görülmektedir. Danıştay gerek dava kavramını gerekse uygulanacak kural kavramını oldukça geniş yorumlamaktadır. Sadece davayla açıkça bağı olmayan yasal düzenlemeler aleyhine başvuruları uygulanacak kural olmadıkları gerekçesiyle reddetmektedir. Yargıtay ise Danıştay'a göre daha sınırlı bir yorumu tercih ederek, sadece uyuşmazlığın çözümünde etkin yasal düzenlemeleri uygulanacak kural kabul etmektedir.⁵³ Anayasa Konseyinin bu koşullar üzerine değerlendirme yapmaması da, iki yüksek mahkemenin kabul edilebilirlik koşullarını birbirlerinden farklı yorumlamalarını olanaklı kılmıştır. Örneğin, eksik düzenlemenin Anayasaya aykırılığı sorununda, Danıştay ilgili hükmü uygulanacak kural kabul ettiği halde, Yargıtay var olmayan düzenlemelerin uygulanacak kural olamayacağına hükmetmektedir.⁵⁴

Her iki koşul bakımından da Danıştay'ın Yargıtay'a nazaran daha geniş yorum yapmayı tercih ettiği ve Anayasaya uygunluk denetimine daha fazla kapı araladığı tespit edilmiştir. Hatta Yargıtay içinde de, ceza dairesi koşulları dar yorumlayarak daha kapalı bir içtihat geliştirmesiyle dikkat çekmektedir.⁵⁵

51 URVOAS, Assemblée Nationale, Rapport no.842, s.48

52 ROBLLOT-TROISIÈRE, 2013, s.60.

53 JACQUELOT, ss.14-15.

54 Conseil constitutionnel, "QPC-La notion de disposition applicable au litige", *A la une*, octobre 2012. (www.conseil-constitutionnel.fr)

55 SAINT JAMES, ss.607-637. URVOAS, Assemblée Nationale, Rapport no.842, s.48. Bu noktada, Anayasa Konseyine yapılan başvurularda en fazla iptal kararı alan mahkemenin de Yargıtay Ceza Dairesi olduğu belirtilmelidir.

Yargıtay/Danıştay aşamasıyla ilgili bir diğer sakıncalı durum tarafların temsiline ilişkindir. Dava mahkemesi ve hatta Anayasa Konseyi önünde bütün avukatlar vekâlet alabildikleri halde, sadece Yargıtay/Danıştay aşaması için burada görev yapmaya ehliyeti olanlar vekâlet alabilecektir.

Yargıtay/Danıştay tarafından başvuru reddedildiği takdirde, bu karara karşı herhangi bir yargı yolu bulunmamaktadır. Eğer üç ay içinde karar verilmezse, başvuru otomatik olarak Anayasa Konseyine gönderilmektedir.

3) Anayasa Konseyi önündeki inceleme

Anayasa Konseyine davanın esasına ilişkin hiçbir bilgi ya da belge gönderilmemektedir. Sadece, *qpc* başvurusuna ilişkin gerekçeli karar ve tarafların konuya ilişkin görüşlerini içeren belgeler ve talepler iletilir.⁵⁶ Başvuru elektronik posta yoluyla, pdf formatında yapılmaktadır.⁵⁷

Anayasa Konseyi derhal Cumhurbaşkanı, Başbakan ve her iki Meclis Başkanına bildirimde bulunur. Bu kişiler bildirimde belirtilen süre içinde görüşlerini Anayasa Konseyine iletebilir. (Kanun m.23-8/1). Aynı süre içinde, dava mahkemesi önündeki tarafların da görüşlerini Anayasa Konseyine iletmesi mümkündür. Çelişme ilkesine uygun olarak bir kez de cevap hakkı tanınır. (İçtüzük m.1). Özel menfaatini ispat eden 3.kişilere de, başvurudan sonraki üç hafta içinde davaya katılma olanağı tanınmıştır. (İçtüzük m.6/2).⁵⁸ Kısıtlı bir sürede karar verilmesi gerektiği için, bütün yazışmaların elektronik ortamda yapılması öngörülmüştür. (İçtüzük m.3).

Bu süreç tamamlandığında, Başkan duruşma tarihini belirler. (İçtüzük m.5) Tarafların katılımına açık ve aleni olan duruşmalar görüntülü olarak kaydedilmekte ve aksine karar verilmediği takdirde Anayasa Konseyi internet sitesinden ulaşılabilir. (İçtüzük m.8)⁵⁹

⁵⁶ Kanun m.23-7 ve DC 2009/595, 03.12.2009, considérant 27.

⁵⁷ FRAÏSSE, 2011, ss.1246-1247.

⁵⁸ Dava mahkemesi önünde aynı norm hakkında Anayasaya aykırılık iddiasında bulunulmuş, ancak bu talep aynı konuda daha önce başvuru yapılmış olduğu gerekçesiyle Danıştay/Yargıtay ya da Anayasa Konseyine iletilmemişse, bu davanın tarafları üç haftalık süreyle sınırlı değildir. (İçtüzük, m.6/3) Bu kişiler dışında, kanunun doğrudan hedefi olanlar ya da olası iptal ya da ret kararının sonucundan doğrudan etkilenecek olanlara da müdahale hakkı tanındığı görülmektedir. Ancak, aradaki ilginin çok geniş olmaması gerekmektedir.

⁵⁹ Duruşma yapılmaması ya da yapılan duruşmanın gizli kalması oldukça ender görülmektedir. (Örnek olarak QPC 2010-8 ve QPC 2010-72/75/82) Genellikle Salı günleri 9.30'da başlayan duruşmalar, başvurunun kaydından iki ay sonraya denk gelmektedir. Kaydedilen görüntü gi-

a) Anayasa Konseyinin Anayasaya uygunluk denetimiyle sınırlı incelemesi

Anayasa Konseyi, kural olarak, başvuran mahkemenin görevine, Anayasaya aykırılığı ileri sürülen normun davada uygulanacak kural olup olmadığına ve iddianın ciddiliğine ilişkin hiçbir değerlendirme yapmamaktadır.⁶⁰ Böylelikle, başvuran yargı organlarının -ki her ikisi de kendi yargı düzeninin en üst mahkemesidir- alanına herhangi bir müdahalede bulunmamaktadır. Anayasa Konseyi, sadece seçim yargıcı olarak baktığı davalarda, uygulanacak kural ve iddianın ciddiliğine ilişkin bütün koşulları kendisi incelemektedir.⁶¹

Anayasa Konseyi başvuran mahkeme önündeki dava ile Anayasaya aykırılığı ileri sürülen norm arasındaki ilişkiye dair herhangi bir incelemede bulunmadığı halde, bir kararında başvuru koşullarının açıkça oluşmamış olmasını gerekçe göstererek karar verilmesine yer olmadığına hükmetmiştir. Karara konu başvuruda bir kanunun tüm maddelerine yönelik bir Anayasaya aykırılık iddiası söz konusudur. Oldukça kapsamlı bir kanunun tüm maddelerinin bir davada uygulanacak kural olmasının mümkün olmadığını tespit eden Konsey, Yargıtay tarafından yapılan başvurunun açıkça gerekli koşulları taşımadığını belirlemiştir.⁶²

Yine, bir maddenin tamamının iptali talep edildiği halde, Anayasaya aykırılık gerekçesinden maddenin tamamının değil de, ayrılabilir bir parçasının (bir fıkra/bent vb.) Anayasaya aykırılığının ileri sürüldüğü kanısına vardığı takdirde incelemesini ilgili bölüm ile sınırlandırmaktadır.⁶³ Bu sınırlama işlemi, başvuran mahkemelere müdahale niteliği taşımadığı gibi, davanın esasına girmeden, Anayasaya aykırılık gerekçeleri üzerinden bir değerlendirmeyi içermektedir. Böylelikle, haklarında herhangi bir Anayasaya aykırılık gerekçesi ileri sürülmemiş hükümler bakımından ileride bir başvuru yapılması

riş katında elli kişilik bir salona (Thémis) da nakledilmektedir. Üçüncü kattaki Montesquieu Salonunda ise önceden rezervasyon yapmak koşuluyla, hukukçular (öğrenci, avukat, hakim, öğretim üyesi) duruşmayı aktarılan görüntüden izleyebilir. Böylece aleniyet sağlanır. FRAÏSSE, s.1246 vd.

60 Anayasa Konseyi, Yargıtay ya da Danıştay tarafından kendisine gönderilen başvuru konusu normun ilgili davada uygulanacak kural olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapmayı ilk kararıyla reddetmiştir. QPC 2010-1, 28.05.2010, considérant 6. Aynı yönde bkz. QPC 2012-227, 30.03.2012, considérant 1.

61 Anayasa Konseyi, 2012-4565/4567/4568/4574/4575/4576/4577 AN, 18.10.2012.

62 QPC 2013-334/335, 26.07.2013.

63 QPC 2010-81, 17.12.2010, considérant 3.

mümkün olacaktır. Anayasa Konseyinin bu açık içtihadına rağmen gerek Yargıtay gerekse Danıştay tarafından pek çok kez “fazla” başvurular yapıldığı görülmektedir. Anayasa Konseyi her defasında içtihadını tekrarlamakta ve Anayasaya aykırılık gerekçeleriyle ilgisi olmayan hükümleri inceleme kapsamından çıkarmaktadır.⁶⁴

Aynı şekilde, bir hükmün hangi tarihteki halinin Anayasaya aykırılığının ileri sürüldüğü başvuru kararından anlaşılamadığı takdirde, dava sürecini inceleyerek gerekli tespiti yaptığı örneğe de rastlanmaktadır.⁶⁵ İstisnai olduğunu gördüğümüz bütün bu örneklerde, Anayasa Konseyinin Anayasada öngörülen başvuru türünün temel özelliklerini korurken, dava mahkemelerinin ve özellikle yüksek mahkemelerin alanına müdahale etmekten kaçındığı anlaşılmaktadır.

Anayasa Konseyi, başvuru konusu normun yasal bir düzenleme olup olmadığı, ihlal edildiği ileri sürülen hak veya özgürlüğün Anayasada yer alıp almadığı ve daha önce Anayasaya uygun bulunduğu bir düzenleme bakımından yeniden incelemeyi gerekli kılacak bir değişiklik olup olmadığı hususlarında değerlendirme yapmayı ise kendi yetki alanında kabul etmektedir.⁶⁶

b) Anayasa Konseyi Kararları

Anayasa Konseyi üç ay içinde karar vermek zorundadır. (Kanun m.23-10) Karar vermemesi herhangi bir yaptırıma bağlanmamış olmakla birlikte, Konseyin bugüne kadar bu süreye uyma konusunda hassas davrandığı görülmektedir. ⁶⁷ Üç aylık sürenin dolduğu gün ya da dolmasına bir iki gün kala karara bağladığı pek çok dosya olmakla birlikte ortalama olarak iki ay içinde

⁶⁴ Yargıtay’dan gelen örnekler: QPC 2010-92, 28.01.2011; QPC 2010-99, 11.02.2011; QPC 2011-128, 06.05.2011; QPC 2011-160, 09.09.2011; QPC 2011-175, 07.10.2011; QPC 2012-238, 20.04.2012; QPC 2012-242, 14.05.2012; QPC 2012-260, 29.06.2012. Danıştay’dan gelen örnekler: QPC 2010-104, 17.03.2011; QPC 2010/105-106, 17.03.2011; QPC 2011-143, 30.06.2011; QPC 2011-144, 30.06.2011; QPC 2011/181, 13.10.2011; QPC 2011/218, 03.02.2011. Conseil constitutionnel, “QPC-La Notion de disposition applicable au litige”, A la une, octobre 2012. (www.conseil-constitutionnel.fr)

⁶⁵ QPC 2011-213, 27.01.2012. Aynı yönde QPC 2012-280, 12.10.2012.

⁶⁶ Sadece Yargıtay tarafından yapılan bir başvuruda Anayasaya aykırılığı ileri sürülen normun yasal düzenleme olmadığına, yürütmenin işlemi olduğuna karar verilmiştir. QPC 2011-152, 22.07.2011.

⁶⁷ Bugüne kadar sadece bir dosyada üç aylık süre aşılmıştır. QPC 2013-314, 14.06.2013. Bunun nedeni ise, Anayasa Konseyinin ABAD’a başvurmuş olmasıdır. ABAD’ın 31.05.2013 tarihli kararının ardından 14.06.2013’de Anayasa Konseyi de kararını vermiştir.

dosyaların sonuçlandığı gözlemlenebilir. Çelişmeli yargılamanın da belirli bir zaman aldığı dikkate alındığında bu süre oldukça makul bir süredir.

Konsey, taleple bağlı olmakla birlikte gerekçe ile bağlı değildir. Nitekim bugüne kadar verilmiş pek çok kararında farklı gerekçelerle iptal kararı vermiştir.⁶⁸ Kendi İçtüzüğü'nün 7.maddesine göre, resen dikkate alacağı gerekçeleri de taraflara ve bildirim yükümlülüğü olan diğer kişilere iletir, böylece bu kişiler de yeni gerekçelere ilişkin görüşlerini sunabilir.⁶⁹ Taraflar da bu aşamada yeni gerekçeleri ileri sürebilir, ancak taleplerini genişletemezler. Anayasa Konseyi önündeki yargılama, taraflar ve bildirim yükümlülüğü olan kişi ve kurumlar dışındaki 3.kişilerin müdahalesine de açıktır.⁷⁰ Başvuru yapıldıktan sonra davanın herhangi bir nedenle sona ermesi Anayasa Konseyi önündeki başvuruyu etkilemez. (Kanun 23-9)

Anayasa Konseyi tarafından verilen gerekçeli karar taraflara, Yargıtay/ Danıştay'a ve Anayasaya aykırılık iddiasının ileri sürüldüğü mahkemeye bildirilir. Aynı anda, Cumhurbaşkanı, Başbakan ve her iki Meclis Başkanına da bildirim yapılır. Karar Resmi Gazetede (*Journal officiel*) yayınlanır. (Kanun m.23-11)

Anayasa Konseyi, karar verilmesine yer olmadığına hükmetmediği takdirde esas inceleme yapmakta ve normun Anayasaya uygun ya da aykırı olduğuna karar vermektedir. Bu çerçevede tam ya da kısmi bir iptal kararı verebileceği gibi, bazı kararlarında da Anayasaya uygun yorumlama yöntemini kullanarak “yorumlu ret” kararı vermektedir. Olası bir iptal kararıyla birlikte, bu kararın ne zaman etki doğuracağı da Anayasa Konseyi tarafından belirlenmektedir. Kural olarak, iptal kararının Resmi Gazetede yayımlanmasıyla norm yürürlükten kalkmaktadır. Ancak, gerekli görülürse Anayasa Konseyi yasama organına yeni bir düzenleme yapması için süre verebilir. Anayasa Konseyinin uygun göreceği süre yönünden herhangi bir üst sınır getirilmemiştir.⁷¹ Bugüne kadarki uygulamada, verilen kısmi ya da tam iptal kararlarının yaklaşık üçte birinde kamu düzeninin korunması ve hukuki güvenlik

⁶⁸ Farklı gerekçeyle iptal kararı verdiği bir örnek: QPC 2010-33, 22.09.2010.

⁶⁹ Anayasa Konseyinin resen dikkate aldığı gerekçe konusunda tarafların görüşünü alması, kararında o gerekçeyi dikkate almasını zorunlu kılmamaktadır. Örnek olarak bkz. QPC 2011-177, 07.10.2011.

⁷⁰ İlk karar QPC 2010-42, 08.10.2010. Bu karardan sonra 21.06.2011 tarihinde Anayasa Konseyi önündeki usule ilişkin 04.02.2010 tarihli İçtüzüğü'nün 6 ve 10. maddelerinde değişiklik yapılmış ve müdahaleye ilişkin usul açıkça düzenlenmiştir.

⁷¹ Yasa koyucuya 17 ay 10 gün süre tanınan bir örnek için bkz. QPC 2012-235, 20.04.2012.

gerekçeleriyle kararın zaman bakımından uygulanmasına yönelik de bir karar verildiği görülmektedir.

Kararlarının ileriye dönük olarak yürürlüğe giriş tarihini belirleme yetkisinin yanı sıra, Anayasa Konseyinin kararlarının geçmişe yönelik etkisini belirlemesi de mümkündür. (Anayasa m.62). Kural olarak iptal kararları Resmi Gazetede yayımlandıkları tarihte derhal uygulanır. Başta başvurunun davası olmak üzere, görülmekte olan tüm davalar bakımından iptal kararının sonuç doğurması anlamına gelen bu uygulama en yaygın olanıdır. Ancak, gerekli görürse, Anayasa Konseyi, kesinleşmiş mahkeme kararlarının etkisini ortadan kaldıracak doğrultuda da karar verebilmektedir.⁷² Anayasa Konseyi kararında herhangi bir açıklama yapılmamışsa, geriye etki sadece görülmekte olan davalar bakımından geçerli olmaktadır.⁷³

Uygulamaya ilişkin veriler:

İlk derece mahkemeleri 1 Mart 2010'dan itibaren başvuruları kabul etmeye başlamıştır. Anayasa Konseyinin ilk kararı ise 28 Mayıs 2010'da verilmiştir. QPC başvuruları 1 Mart 2010 tarihinden itibaren kabul edilmeye başlandığı için, Mart ayını başlangıç kabul ederek, dört yıllık dilimde Anayasa Konseyine yapılan başvuruların kaynağı ve bu başvuruların nasıl sonuçlandığına ilişkin olarak yapılan çalışma aşağıda tablolar halinde bulunabilir.⁷⁴ Sistemin 4.yılında, 1 Mart 2014'e kadar toplam 393 başvuru yapılmıştır. (Bkz. Tablo 1) 2012 yılından itibaren başvuru sayılarında görülen azalma, biraz da stokların erimesiyle anlaşılabilir.⁷⁵

01.03.2014 tarihine kadar Anayasa Konseyi 369 başvuru hakkında karar vermiştir. 369 kararın biri Anayasa Konseyine doğrudan yapılan başvurunun reddine ilişkindir.⁷⁶ 48 dosya diğer dosyalarla birleştirilmiş, 12 başvuru hak-

⁷² Örnek olarak, QPC 2010-6/7, 11.06.2010; QPC 2011-211, 27.01.2012. Bu kararlarda, daha önce verilmiş mahkeme kararları nedeniyle seçmen listelerinden silinen kişilerin, Anayasa Konseyi kararının yayınlanmasıyla birlikte yeniden listelere yazılma talebinde bulunabileceklerine hükmedilmiştir.

⁷³ DİSANT, s.73. Anayasa Konseyinin sadece iptal kararları bakımından değil, yorumlu ret kararları bakımından da kararının zaman bakımından etkisini belirleyebileceği yönünde de bkz. op.cit., s.68.

⁷⁴ Tablolar, Anayasa Konseyi internet sitesinde yayınlanan kararların tek tek incelenmesi suretiyle yapılmış, herhangi bir kaynaktan alınmamıştır.

⁷⁵ JACQUELOT, s.10.

⁷⁶ QPC 2012- 237, 15.02.2012.

kında ise karar verilmesine yer olmadığına hükmedilmiştir. Esası incelenen 308 başvurunun sadece 85’inde iptal kararı verilmiştir. 185 ret kararına karşılık 38 başvuru yorumlu ret kararıyla sonuçlandırılmıştır.⁷⁷

Danıştay ve Yargıtay tarafından yapılan başvuruların ne oranda sonuç verdiğini incelemek adına, birleştirilen dosyalardaki sonuçları başvuran mahkemeye göre ayrı ayrı sayarak karar dağılımı ayrıca belirlenmiştir. (Bkz. Tablo 2) Bu çerçevede, Danıştay tarafından yapıp, esastan karara bağlanan 159 başvurunun 119’u reddedilirken, 41’inde iptal kararı verildiği saptanabilir.⁷⁸ Başvuruların yaklaşık dörtte birinin başarıya ulaştığı görülmektedir. Aynı şekilde Yargıtay tarafından yapıp, esastan karara bağlanan 192 başvurunun 139’u reddedilirken, 53’ünde iptal kararı verilmiştir. Dolayısıyla, buradan gelen başvuruların da dörtte birinin başarıya ulaştığı kabul edilebilir. Ancak, Yargıtay içinde, ceza dairesiyle (*Chambre criminelle*), hukuk dairelerinin başvurularının sonuçları arasında ciddi bir fark bulunmaktadır. Ceza dairesinden yapılan başvuruların yüzde 42’si iptalle sonuçlandığı halde, hukuk dairelerinde bu oran oldukça düşüktür. Dolayısıyla, yeni norm denetimi usulünün en çok ceza hukuku alanında sonuç verdiğini ileri sürmek yanlış olmayacaktır.

⁷⁷ 85 iptal kararının 28’inde kararın zaman bakımından uygulanmasına ilişkin bir hüküm bulunmaktadır.

⁷⁸ Danıştay tarafından toplam 171 başvuru yapılmış olup, bunların 5’i hakkında Mart 2014 itibarıyla karar verilmemiş, 6’sı hakkında da karar verilmesine yer olmadığına hükmedilmiştir. Yorumlu ret kararları da ret kararları kapsamında kabul edilmiştir.

Tablo 1: Yıllara Göre Başvuru Sayısı ve Dağılımı

Zaman aralığı	Başvuru sayısı										
	Yetkisiz Başvuru	Conseil d’Etat (Danıştay)	Cour de cassation (Yargıtay)								Toplam
			Toplam	Chambre criminelle (Cr) (ceza)	1.chambre civile (1.C) (hukuk)	2.chambre civile (2.C) (hukuk)	3.chambre civile (3.C) (hukuk)	Chambre commerciale (TFE) (Ticaret)	Chambre sociale (S) (İş)	Assemblée Plénière (AP) (Genel Kurul)	
01.03.2010-01.03.2011	-	60	64	38	2	3	4	5	9	3	124
01.03.2011-01.03.2012	1	44	71	26	15	9	7	9	5	-	116
01.03.2012-01.03.2013	-	35	39	6	15	2	3	7	6	-	74
01.03.2013-01.03.2014	-	32	47	18	6	1	5	9	8	-	79
Toplam	1	171	221	88	38	15	19	30	28	3	393

Tablo 2: Başvuru yapan yere göre karar dağılımı

		Toplam başvuru	İPTAL KARARI (Non conformité)					RET KARARI (Conformité)					Karar verilmesine yer olmadığına (Non lieu à statuer)					Görüşülmedi
			T	1.yıl	2.yıl	3.yıl	4.yıl	T	1.yıl	2.yıl	3.yıl	4.yıl	T	1.yıl	2.yıl	3.yıl	4.yıl	
Conseil d'Etat		171	41	15	12	9	5	118	41	32	25	20	6	4	-	1	1	6
Cour de Cassation	1.C	38	8	-	5	2	1	25	2	10	9	4	4	-	-	4	-	1
	2.C	15	1	-	1	-	-	14	3	8	2	1	-	-	-	-	-	-
	3.C	19	3	-	2	-	1	16	4	5	3	4	-	-	-	-	-	-
	TFE	30	8	2	2	1	3	18	3	7	6	2	2	-	-	-	2	2
	S	28	2	-	2	-	-	23	9	3	6	5	-	-	-	-	-	3
	AP	3	1	1	-	-	-	2	2	-	-	-	-	-	-	-	-	-
	Cr.	88	30	13	11	2	4	41	22	13	4	2	5	3	2	-	-	12
Toplam		392	94	31	35	14	14	257	86	78	55	38	17	7	2	5	3	24

Tablo 3: Yıllara göre Başvuru/ Karar sayıları

Zaman aralığı	Başvuru sayısı			Anayasa Konseyinin Karar Sayısı			
	Devreden	Yeni	Toplam	Toplam	İptal	Ret	Diğer
01.03.2010-01.03.2011	-	124	124	102	27	68	7
01.03.2011-01.03.2012	22	116	138	124	34	87	3
01.03.2012-01.03.2013	14	74	88	71	17	49	5
01.03.2013-01.03.2014	17	79	96	72	16	53	3
Toplam	393 (24 başvuru devretti)			369	94	257	18

Bugün gelinen noktada, yeni mekanizmanın oldukça başarılı olduğu kabul edilmektedir. Elbette, öngörülen usulün artıları olduğu kadar aksayan yönleri de mevcuttur. Anayasa Konseyinin gerekçe yazma yönteminin geliştirilmesi, gerekçesinde bütün iddialara cevap verme konusunda daha hassas olması önde gelen eleştiriler arasındadır.⁷⁹

Anayasa Konseyinin temel hak ve özgürlüklerin korunmasında edindiği bu aktif rol ile diğer yargı organlarıyla olan ilişkilerindeki yaklaşma zaman içinde özellikle yapısal yönden de eleştirilmesine yol açmıştır. Kuruluş amacının çok ötesinde işlevler yüklenen ve bugün bir yargı mercii olduğu konusunda şüphe kalmayan Konseyin yapısının değiştirilmesi, bu doğrultuda üye sayısının artırılması, üyelerin niteliklerinin yeniden belirlenmesi gündemdedir.⁸⁰ Nitekim bu doğrultuda Mart 2013’de hazırlanan Anayasa değişikliği tasarısı, cumhurbaşkanlarına görevleri sonrasında ömür boyu Anayasa Konseyi üyeliği hakkı veren Anayasanın 56.maddesinin 2.fıkrasının kaldırılmasını öngörmektedir.⁸¹

⁷⁹ URVOAS, Assemblée Nationale, Rapport no.842, s. 52.

⁸⁰ URVOAS, Assemblée National, Rapport no.842, s.65.

⁸¹ Bu düzenleme aynen kabul edildiği takdirde, o tarihte üye olan cumhurbaşkanları hakkında uygulanmayacaktır. 14.03.2013 tarih ve 814 sayılı tasarı için bkz. “Projet de loi constitutionnelle relatif aux incompatibilités applicables à l’exercice de fonctions gouvernementales et à la composition du Conseil constitutionnel” in www.assemblee-nationale.fr

Daha önce belirtildiği gibi, bu yeni mekanizma Türkiye'deki itiraz yolu ile büyük benzerlikler içermektedir. Bakılmakta olan bir dava sırasında, o davada uygulanacak yasal düzenlemenin Anayasaya aykırılığının incelenmesi söz konusudur. Ayrıca, iddianın ciddi olması gerekir. Başvuran mahkeme önündeki davanın herhangi bir nedenle sona ermesi, Anayasa Konseyi önündeki başvuruyu etkilemez. Başvuru sonucunda, iptal veya ret kararı verilebileceği gibi, Türk hukukunda da yer alan kararın yürürlüğünün ertelenmesi ile bazı durumlarda karar verilmesine yer olmadığına hükmedilmesi de genel yapının benzerliğini ortaya koymaktadır.

Bununla birlikte, yasal düzenleme ve uygulamada oldukça önemli farklılıklar olduğu da hemen tespit edilebilir. Yargıçların resen başvuru yapamaması, Anayasanın değil sadece temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasının ileri sürülebilmesi, başvuruların ancak Yargıtay/Danıştay incelemesinden geçtikten sonra Anayasa Konseyine iletilebilmesi mevzuat üzerinden gözlemlenebilen en önemli farklılıklardır. Aynı şekilde, Türk hukukunda daha önce Anayasa Mahkemesince incelenmiş bir normun yeniden incelenebilmesi için kararın Resmi Gazetede yayımlanmasından itibaren on yıl beklemek gerektiği halde, Fransa'da herhangi bir süreyle sınırlı olmaksızın hukuki veya fiili koşullarda değişiklik olması yeniden inceleme yapılmasına yol açabilmektedir. Anayasa Konseyinin kararının geçmişe dönük etkisini belirleyebilme yetkisi de Türk hukukunda bulunmayan bir yetkidir. Bütün yargılama sürecinin açıkça aleni ve çelişmeli yargılama usulüne uygun düzenlenmiş olması ve uygulamada da bu hususa özen gösterilmesi de önemli bir farktır.

Mahkeme içtihatları üzerinden bakıldığında en çarpıcı fark, Anayasa Konseyinin daha ilk kararında yüksek mahkemelerin alanına müdahale etmekten kaçınmasıdır. Türk Anayasa Mahkemesinin aksine, Anayasa Konseyi başvuran mahkemenin görevi, davanın niteliği, itiraz konusu normun davada uygulanacak kural olup olmadığı gibi hususlarda inceleme yapmayı reddetmiştir. Seçim yargıcı sıfatıyla baktığı davalarda ise, kanundaki boşluğa rağmen aktif bir rol oynamaktan kaçınmamış, kendi uygulayacağı seçim hukuku kurallarının Anayasaya uygunluk denetiminden muaf olmasına izin vermemiştir.

Yargıtay/Danıştay filtresinin alt derece mahkemelerinin Anayasa Konseyine başvurmasını engelleme ihtimali ve iki yüksek mahkeme arasındaki içtihat farkı sistemin en olumsuz özellikleridir. Öte yandan, Anayasa Konseyinin çelişme ilkesine uygun bir yargılama yaptığı halde, gerekçeli kararı üç aylık bir süre içerisinde yayımlayabilmesi çok önemlidir. Anayasa Konseyi, kendi

görev alanına girmeyen konularda incelemeler yaparak sistemi boğmak yerine, işlevini olabilecek en hızlı şekilde yerine getirmektedir. Bu yönüyle, 50 yılı aşkın tecrübesine rağmen, aylarca karar vermeyen, karar verdikten sonra da aylarca bu kararı Resmi Gazetede yayınlamayan Türk Anayasa Mahkemesi tarafından örnek alınması beklenir.

KAYNAKLAR

- Julie BENETTİ, “Le genèse de la réforme. De 1990 à 2009”, *AJDA*, 2010-2, ss.74-79.
Commentaire, Vol.9, No.35, Automne 1986, ss.413-427.
Commentaire, Vol.9, no.36, Hiver 1986-1987, ss.682-710.
- Conseil constitutionnel, “QPC-La Notion de disposition applicable au litige”, A la une, octobre 2012. (www.conseil-constitutionnel.fr) Erişim Tarihi: 04.02.2014.
- Mathieu DİSANT, “Les effets dans le temps des décisions QPC”, *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, no.40, LGDJ, Juin 2013, ss.63-82.
- Guillaume DRAGO, “La Cour de cassation, juge contitutionnel”, *RDP*, 2011-6, ss.1438-1445.
- Edouard DUBOUT, “Efficacité structurelle de la question prioritaire de constitutionnalité en question”, *RDP*, 2013-1, s.107 vd.
- Louis FAVOREU, “L’élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires”, in *RFDC*, 1990/4, ss.581-617.
- Regis FRAÏSSE, “La procédure en matière de qpc devant le Conseil constitutionnel, considérations pratiques”, *AJDA*, 2011, s.1246-1250.
- Fanny JACQUELOT, “La procédure de la QPC”, *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, no.40, LGDJ, Juin 2013, ss.7-36.
- François LELIÈVRE, “Quelle est l’étendue de la motivation d’une décision de transmission d’une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d’Etat?”, *AJDA*, 2010, s.1030 vd.
- François LUCHAÏRE, “Le contrôle de la loi promulguée sur renvoi des juridictions: Une réforme constitutionnelle différée”, in *RDP*, 1990/6, ss.1625-1649.
- Bertrand MATHIEU, « Les rapports normatifs entre le droit communautaire et le droit national », *RFDC*, 2007-4, no.72, ss. 675-693.
- K.Burak ÖZTÜRK, “Fransız Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi”, *Prof. Dr.Erdal ONAR’a Armağan*, Cilt II, Ankara Üniversitesi Yayınları no.391, Ankara, 2013, ss.1189- 1226.
- Agnès ROBLOT-TROÏSIER, “Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d’Etat”, *RFDA*, 2011, s.691 vd.
- Agnès ROBLOT-TROÏSIER, “La QPC, le Conseil d’Etat et la Cour de cassation”, *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, no.40, LGDJ, Juin 2013, ss.49-61.
- Dominique ROUSSEAU, *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, Descartes&Cie, 1997.

Virginie SAINT JAMES, “Les décisions de la Cour de cassation et du Conseil d’État de ne pas transmettre une QPC: la place des cours souveraines en question?”, *BDP*, 2012-3, ss.607-637.

Eric SALES, *La question préjudicielle de constitutionnalité en Europe*, GSÜHF Yayını no.47, İstanbul, 2011.

Jacques VIGUIER, “La participation des citoyens au processus de contrôle de la constitutionnalité de la loi dans les projets français de 1990 et de 1993”, *BDP*, 1994/4, no.110, özellikle, ss.969-999.

Wanda YENG SENG, “Le contrôle des lois promulguées dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, un mystère en voie de dissipation?”, *RFDC*, 61, 2005, ss.35-71.

Raporlar: (Son Erişim Tarihi: 10.04.2014)

Assemblée Nationale Rapport no: 1898, 03.09.2009. <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rapports/r1898.pdf>

Assemblée Nationale, Rapport d’information, Rapport no: 842, 27.03.2013, présenté par Jean Jacques Urvoas. <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i0842.asp>

Mevzuat : (Son Erişim Tarihi: 10.03.2014)

İlgili Kanun: Ordonnance no 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/QPC/dispositions_organiques.pdf

İlgili İçtüzük: Règlement intérieur sur la procédure suivi devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité www.conseil-constitutionnel.fr

Toplumsal ve Hukuki Açidan Kadına Karşı Şiddet

Zeynep Özlem ÜSKÜL ENGİN*

ÖZET

Kadına uygulanan şiddet diğer insanlar arasında uygulanan şiddetten nitelik olarak ayrılmaktadır. Bu şiddet türü, kültürel, sosyo-ekonomik, siyasal ilişkiler çerçevesinde ortaya çıkan kadınla erkek arasındaki eşit gelişemeyen bir ilişki biçiminden kaynaklanmaktadır. Kadın hem fiziksel anlamda şiddete uğradığında daha güçsüzdür, karşı koymakta çoğu zaman yetersiz kalmaktadır, diğer yandan toplumun değer yargıları, ilişki biçimlerinden başlayarak hukuk kurallarını kapsayacak kadar bu eşit olmayan ataerkil sistemi desteklemektedir.

Kadına yönelen şiddet, yakın zamanlara kadar aile içi bir sorun olarak kabul edilmiştir. Bunun altında yatan temel neden, karı-koca arasında geçenlerin özel alana ait olduğunun düşünülmesidir. Bu düşünce yapısının devamı olarak da kadına yönelen şiddet kamusal bir sorun olarak görülmemiştir. Doğal olarak kadına karşı şiddet ulusal ve uluslararası hukuk düzenlemelerinin dışında kalmıştır.

Ancak son yıllarda Batı toplumlarında da ülkemizde de kadına yönelen şiddet dikkati çeken bir konu olarak hukuki metinlerde yer bulmaktadır. Ancak ülkemizde buna rağmen şiddetin önü alınamamakta, konu gündemden düşmemektedir. Bunun üzerine yakın zamanda yasal değişiklikler yapılmasına rağmen yeni değişiklikler planlanmaktadır. Oysa konunun bir de toplumsal boyutu vardır, toplumsal boyuttaki değişikliklerin de hesaba katılması gerekmektedir. Bu makalede hem toplumsal hem de yasal gelişmeler ışığında kadına yönelen şiddet ve önlenememe nedenleri tartışılmaya çalışılacaktır.

Anahtar kelimeler: Kadın, Şiddet, Toplumsal Cinsiyet, Ataerkil Düzen, Kadın ve Hukuk.

* Doç. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Sosyolojisi ve Felsefesi Anabilim Dalı.

Legal and Social Developments Regarding the Issue of Violence Against Women in Turkey

ABSTRACT

Violence against women is different from the violence among other people in terms of its attribution. This type of violence arises from a kind of relation that does not develop equally between men and women in the frame of cultural, socio-economic and political relations. Women not only are weaker when exposed to violence physically, and she is mostly inadequate when resisting, but also the values of the society have been supporting patriarchal system that is unequal starting from types of relationship to legal rules.

Violence against women has been accepted as an intra-familial problem up until now. The basic reason behind this is that the relationship between husband and a wife is regarded as a private sphere. As a continuity of this point of view, violence against women is not seen as a public issue. Naturally, violence against women is left outside of national and international regulations.

However, in the recent years, in both Western societies and our country, violence against women is an attention-grabber issue that takes place in legal texts. Nevertheless, neither the violence can be stopped nor the subject is out of concern. Although there have been some legal changes due to these developments, new amendments are strongly required but not yet have been achieved to do so. Nonetheless, there is a social dimension of the issue and the changes in social dimension should be taken into account. In this article, the causes of violence against women and lack of prevention will be discussed under the light of both social and legal developments.

Keywords: Woman, Violence, Gender, Patriarchy, Woman and Law.

Giriş:

Şiddetin her türlü kötür kadına, erkeğe de, çocuğa da... Ancak insanlık var olduğundan bu yana şiddetin insanla yan yana var olduğu da bilinen bir gerçektir: İnsan öfkesine hakim olamadığı için, haksızlığa uğradığını düşündüğü için, namus gibi bazı toplumsal kodlara uymak zorunda olduğu için, kısılandığı için... şiddet beklenmedik yerde ve zamanda ortaya çıkabilmekte ve zarar vermektedir. Bunu engellemek ve cezalandırmak ise hukukun ödevidir: Günümüz hukuk sistemlerinde şiddet hukuk tarafından cezalandırılmakta, ceza kanunlarında buna ilişkin hükümler bulunmaktadır.

Kadına uygulanan şiddet diğer insanlar arasında uygulanan şiddetten nitelik olarak ayrılmaktadır. Bu şiddet türü, kadınlı erkek arasındaki eşitsiz ilişki biçimlerinden kaynaklanır ve çoğu zaman kadının güven duyacağı kişilerden gelmektedir. Kadına yardımcı olacak, destek verecek kişiler, kurumlar

yanında yoktur, tam tersine toplumun değer yargıları, kurumları kadını şiddetten korumakta yetersiz kalır, tam tersine olumladığı zamanlar da vardır.

Türkiye’de ise kadın-erkek eşitliğine ve insan haklarına ilişkin düzenlemelerin uluslararası standartlara uygun olmasına karşın, her üç kadından birinin hayatının bir döneminde şiddet görmesi, yüzlerce kadının yakınları tarafından öldürülmesi, konunun kadın açısından analiz edilmesini gerektirmektedir.

I) Toplumsal Cinsiyet ve Şiddet:

aa) Toplumsal Cinsiyet:

Erkek ve kadın farklı biyolojik özelliklere sahip olan ve insan denilen türden gelen canlılardır. Kadınla erkek aynı türün canlıları olmalarına karşın, toplum içinde eşit derecede varlık gösterememişlerdir. Kadın erkeğin arkasından gelmiş, toplumsal olarak zayıf bulunmuş, zekası erkekten az, gücü kıt olarak değerlendirilmiştir. Biyolojik yaklaşıma sıkı sıkıya sarılan erkekler, kadının zayıflığının doğal olduğunu kanıtlamaya çalışmışlardır. Bu zaaf, kadınların erkeklere tabi olmalarının da doğal olduğunu ileri sürmek için oldukça elverişli bir savdır. Erkek egemen bir toplumun inşası için gerekli olan bu alt yapı yüzyıllardır kabul görmüş olsa da, cinsiyetlere yüklenen bu anlam toplumsal bir dayatma olduğuna göre, değişemez nitelikte değildir. Nitekim “toplumsal cinsiyet” kavramının kullanılmaya başlanmasıyla kadınla erkeğin biyolojik olarak farklı olmaları bir yana, toplumsal olarak kadına nasıl ayrımcılık yapıldığına, erkek egemen anlayış tarafından kadının nasıl denetlendiğine ilişkin bilimsel araştırmalar artan bir ivme kazanmıştır.¹

Toplumsal olarak rollerin dağılımına bakıldığında, kadınların ilgi alanı evle sınırlanır ve erkeğe göre daha pasif, boyun eğen, razı gelen bir profil çizer; erkekse kamusal hayatta yer alması beklenen savaşçı, aktif, rekabetçi ve güçlü bir profile sahiptir. Oysa her kadının ve erkeğin toplum tarafından kendisinden beklenen rolü yerine getirmesi olası değildir: Güçlü kadınlar olduğu gibi, zayıf erkekler de vardır ve klasik kadın ve erkek rolünü reddeden kadın olmak isteyen erkekler ya da erkek olmak isteyen kadınlar da bulunmaktadır. Bu durumda toplumsal cinsiyet, bir dayatma olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna örnek olarak doğuştan itibaren cinsler arasındaki farklar eylemlerle desteklenmesini gösterebiliriz: Türkiye’de kızlar ve erkek çocuklar farklı oyunlar oynamakta, farklı oyuncaklara sahip olmakta, kızlar ağladıklarında gözyaş-

¹ Ecevit, 2011, s. 140-160.

ları silinmekte ama erkek çocuklara ağlamamaları gerektiği öğretilmektedir (Erkek adam ağlamaz). Böylece kadınlar duygularını dışa vuran, erkeklerse –olumlu ya da olumsuz- duygularını gösterdiklerinde zayıf olarak algılanan (ağlamak gibi “karı gibi gülmek” erkekler için hoş karşılanmaz) varlıklar olarak toplumdaki yerlerini alırlar ve toplumun onlara yüklediği bu rolün gereklerini yerine getirmeye çalışırlar. Aile içinde, okulda, iş yerlerinde ve medyada kadınla erkeğin nasıl davranmaları gerektiği onlara öğretilir. Bu öğretme sürecini sosyalleşme olarak adlandırmak mümkündür ve çok fazla cinsiyet ayrımcılığını içermektedir.²

bb) Toplumsal Cinsiyet ile Şiddet Arasındaki İlişki:

Toplumsal cinsiyet ile kadına yönelen şiddetin her türü arasında yakın bir ilişki kurmak mümkündür.³ Sorunların konuşulmadığı, tartışma kültürünün ve hoşgörünün, eşit ilişki kurma alışkanlığının, empatinin, eğitimin gelişmediği, ekonomik sorunların kendini hissettirdiği kültürlerde şiddete başvurma daha sıklıkla görülmektedir.⁴ Şiddet erkekler arasında olduğu gibi kadınlar arasında da görülebilmektedir. Ancak erkekten kadına yönelen şiddet sözkonusu olduğunda, bunun toplumsal cinsiyete ilişkin bir konu olduğu kabul edilmektedir.⁵ Toplumsal cinsiyete dayalı şiddet yeni sayılabilecek bir terimdir, şiddetin nedeninin cinsel rollerin ayrıştırılmış olmasından kaynaklandığını açıklamak için kullanılmaktadır: Kadın kadın olduğu için ve erkeğe olan bağımlı rolünün devamını sağlanması için şiddete başvurulmaktadır.⁶ Toplumsal cinsiyete dayalı şiddet ataerkil ideolojiyle ilişkili olan bütün şiddet türlerini kapsamaktadır.⁷

Bu makalede kadına yönelen eril şiddet konu edilecektir. Bu konunun inceleme alanı olarak seçilmesinin nedeni, bu şiddet türünün gazetelerin genel olarak günlük hayatı konu edinen üçüncü sayfa haberleri olmaktan çıkıp ilk sayfada manşet haline gelmesi, Türkiye’de her gün şiddete uğradığı için öldürülen kadınların sayısının gittikçe artmasıdır. Oysa failler yakalandığında hukuk kuralları tarafından cezalandırılmaktadır. Hukuk kuralları bu suçun iş-

² Holmes, 2009, s. 3.

³ Sancar, 2013, s. 41.

⁴ Köknel, 2013, s. 195.

⁵ Ecevit, 2011, s. 119.

⁶ Johnson, 1995, s. 283.

⁷ Ecevit, 2011, s. 120.

lenmesini önlemeye yetmediğine göre, sorunu tespit etmek ve çözüme ilişkin öneriler getirmek gerekmektedir.

II) Kadına Yönelik Şiddet:

Toplumsal cinsiyet eşitsizliği, Türkiye’de hem günlük yaşamda görülmeliğiyle hem de yapılan akademik araştırmalarla varlığı bilinen ve henüz çözülmemiş bir konu olarak karşımızda durmaktadır. Eşitsizlik birçok alanda görülmektedir: Çalışan kadınların sayıca azlığı, kadınların okuma yazma sorununun (okuma-yazma bilmeyen nüfusun %80’i kadındır) çözülememesi gibi örnekler verilebilir, ancak bunların arasında vicdanları en çok yaralayacak olan kadına yönelen şiddet olsa gerektir.

Kadına yönelen şiddet aile içi bir sorun olarak kabul edildiği sürece dikkat çeken bir konu olamamıştır. Özel olanın politik olduğunun kabulüyle, kadına yönelen şiddetin aslında bir egemenlik biçiminin yansıması olduğu görülünce, şiddeti engellemeye yönelik tedbirler alınmaya başlanmıştır. Yasal olarak her şeyden önce şiddetin “kadın”a karşı işlendiğini kabul etmek doğru bir yaklaşım olmuştur, çünkü varolan şiddetin kadına karşı mı, eşe karşı işlendiği de tartışma konusu olmuştur. Ancak eş teriminin sınırlayıcı olması nedeniyle daha kapsayıcı bir terim olan “kadın”ın kabulü yerindedir. Bu terimin yanında patriarkal terörizm terimine de rastlanılmaktadır.⁸

Kadına uygulanan şiddetin diğer insanlar arasında uygulanan şiddetten ayrılmasının bir nedeni vardır. Bu şiddet türü, kadınla erkek arasındaki eşit gelişemeyen bir ilişki biçiminden kaynaklanmaktadır. Kadın hem fiziksel anlamda şiddete uğradığında daha güçsüzdür, karşı koyamamakta, koysa da çoğu zaman yetersiz kalmaktadır.⁹ Diğer yandan toplumun değer yargıları, ilişki biçimlerinden başlayarak hukuk kurallarına kadar bu eşit olmayan ataerki sistemi desteklemektedir.¹⁰ Bu nedenle, bu toplumsal ve siyasi açıdan bir değişiklik yaratılamadığı sürece kadına karşı şiddet ve ayrımcılık konusu canlılığını korumaya devam edecektir.

Kadına yönelen şiddet, Türkiye’de de yakın zamanlara kadar aile içi bir sorun olarak kabul edilmiştir. Böyle kabul edildiği için kocasından şiddet gördüğü gerekçesiyle polise başvuran kadını, polis eşiyle barıştırmaya çalışmış, evine geri göndermiştir, kadının ailesi kadına destek olmamıştır, komşular

⁸ Johnson, 1995, s. 284.

⁹ Johnson, 1995, s. 287.

¹⁰ Karınca, 2011, s. 16.

mahkemede tanıklık etmemişlerdir. Bunun sonucunda kadın devletin sağlayacağı korumadan yoksun kalmış, hatta eşini devlet makamlarına şikayet ettiği gerekçesiyle daha fazla şiddete maruz kalmıştır.¹¹ Bunun altında yatan temel neden, karı-koca arasında geçenlerin özel alana ait olduğunun düşünülmesidir: Ailede olan biten mahrem bir alana dahildir ve ne olursa olsun aile içinde olanlar dışarı yansıtılmamalıdır. Bu düşünce yapısının devamı olarak da kadına yönelen şiddet de kamusal bir sorun olarak görülememiştir. Doğal olarak kadına karşı şiddet ulusal ve uluslararası hukuk düzenlemelerinin dışında kalmıştır.¹²

III) Toplumsal Sorunlar ve Şiddetin Nedenleri:

Kadın bir birey olarak kabul edilmeyip, erkeğin koruması altında yaşaması gereken ve ona itaat gösterdiği oranda kabul gören, kadınlığı annelikle özdeşleştirilen bir varlık olarak kabul edildiğinde, erkek ise güç, kuvvet ve iktidar ile özdeşleştirilip ailesini koruyup kollamakla ve geçindirmekle yükümlü bir varlık olarak algılandığında kadın-erkek rolleri daha derinden ayrılmaktadır. Şiddet gösterme bir huy değil, öğrenilen bir davranıştır ve cins ayrımına dayanır. Toplumda genel olarak kadın-erkek ilişkisi eşit bir ilişki olarak görülmemektedir. Türkçede evlilik ilişkisinde erkek eşin “hoca” tabirinden türeyen ve yaşça büyük olmayı anlatan “koca” kelimesiyle adlandırılması tesadüf değildir.¹³ Erkekler kadınları eğitime ve kontrol etme ile kendilerini görevli sanmaktadırlar. Bu görevi yerine getirirken yargılayıcı, suçlayıcı ve aşağılayıcı davranışlar sergilemekte, bu davranışlar sudan bir nedenle fiziksel şiddete kayabilmektedir.¹⁴ Buna eklenen psikolojik, ekonomik ve toplumsal başka faktörler şiddet eğilimini daha da artırabilir.

-Özellikle ekonomik sıkıntılar, çok kez geçimsizliğin ortaya çıkmasına, bu insanları psikolojik olarak zorlanmaya açık olmalarına yol açmaktadır. Beslenme ve konut ihtiyaçları gibi temel ihtiyaçların sağlanmasında sıkıntı çeken ailelerde kişilerin kaygı düzeylerinin yükseldiği, bu durumun uzun sürmesi halinde iletişimin bozulmasına, sürtüşmelerin artmasına, öfkenin kontrolünün kaybına neden olduğu görülmektedir. Nitekim gecekondularda yaşayanların, bu tarz sorunlarla başa çıkamayıp şiddete eğilimli oldukları yapılan araştırmalarda ortaya çıkarılmıştır.¹⁵

¹¹ Hürtaş, 2014, s. 19.

¹² Karınca, 2011, s. 15.

¹³ Aytaç, 2012, s. 301.

¹⁴ Kümbetoğlu, 2010, s. 40.

¹⁵ Köknel, 2013, s. 183-184.

-Yukarıda sayılanlara alkol ve uyuşturucu eklendiğinde kadının şiddetten kaçınması zor olmaktadır.

-Yapılan araştırmalar evliliklerin çoğunun görücü usulüyle yapıldığını göstermektedir¹⁶, bu durum birbirlerini sevmeyen evlenen çiftlerin hoşgörülerinin az olmasına yol açmakta, başka sorunlar buna eklenince şiddete başvurma olasılığı artmaktadır.

-Küçük yaşta erkeğin maruz kaldığı şiddet, yetişkinlikte şiddete eğilimli olması sonucunu doğurabilmektedir.¹⁷ Şiddetin eğitim aracı olarak kullanılmaması gerekir.

-Kadının genç yaşta evlenmesi şiddete karşı koyma olasılığını azaltmaktadır. Hem eğitim hem de ekonomik olarak güçsüz kalması, kadının özellikle kalabalık ailelerde hane halkından şiddet görme olasılığını artırmaktadır, bu durumda yakın akrabaların kadının kontrol edilmesi amacıyla şiddeti teşvik ettikleri saptanmıştır.¹⁸ Evlenmeden önce de baba/ağabey gibi yakınlarından şiddet görenler, evlendikten sonra karşılaştıkları şiddet karşısında sessiz kalmaktadır.

-Berdel ile yapılan evlilikler karşılıklılık esasına göre kurulmuştur. Kadınlardan biri şiddete uğradığında, diğeri de sırf bu nedenle şiddete maruz kalmaktadır. Bu şiddet her zaman erkeklerden gelmemekte, paradoksal olarak kaynanalar ve görümceler de şiddetin kaynağı olabilmektedir.¹⁹ Bu durumda kadınların hane içerisinde belirli bir güce kavuştuğunu ve bu gücü kullandıkları söylenebilir.²⁰ Kadınlar özellikle doğurganlık döneminin sona ermesi ile bu güce kavuşurlar.

-Çoğunlukla aile içinde ortaya çıkan şiddet bazen işyerinde de belirmektedir. İşyerinde kadının amiri konumunda olan birisi denetleme gücünü bu şekilde kullanabilir.²¹

-Bir tabu olması nedeniyle ensest ile ilgili yaygın araştırmalar yoktur. Ancak, bu, Türkiye’de ensestin olmadığı ve kız çocuklarının cinsel sömürüye alet olmadıkları anlamına gelmez. Erkek çocukları da ensestin mağduru ola-

¹⁶ Aytaç, 2012, s. 307.

¹⁷ Karınca, 2011, s. 37.

¹⁸ Kümbetoğlu, 2010, s. 41.

¹⁹ Engin Üskül, s.

²⁰ Kümbetoğlu, 2010, s. 41.

²¹ Kümbetoğlu, 2010, s. 46.

bilirler ancak Türkiye’de daha çok kız çocuklarının enstest mağduru olduğu bilinmektedir. Aile yakınlarından gelen ve mağdur olanların tüm hayatlarını derinden etkileyen bu travmaya neden olanlar, bu bedenlere sahip olduklarını iddia ederek, dilediklerini yapabileceklerini söylemektedirler.²²

IV) Şiddetin Biçimleri:

Feodal ataerki, kadını kontrol etmek için saç kesmeden, burun kesmeye, hatta can almaya kadar uzanan bir biçimde şiddeti kullanabilir. Modern ataerki ise, fiziksel şiddeti kaba bularak daha incelikli yollara başvurabilmektedir. Ekonomik, psikolojik şiddet uygulanarak kadınlara aksayan sorumlulukları hatırlatılır ve kontrol altında oldukları anlatılmaya çalışılır.

-Şiddet fiziksel olabilir: Burun kesme, saç kesme gibi.²³ Bu durumda amaçlanan kadının insan içine çıkamayacak hale getirilerek cezalandırılmasıdır. Verilen cezanın görünür olması fail açısından önemlidir. Bu şekilde fail, zedelenen toplumsal konumunu düzeltmektedir. Nitekim bu şekilde davranmadığı takdirde toplumsal dışlanma tehdidi altındadır. Dayak atma, tekmeleme, saç çekme, tokat atma gibi şiddet içeren davranışlar ise evin mahremiyeti içinde değerlendirilir. Bu tür şiddete uğrayan kadın, maruz kaldığı durumu ev dışına aksettirmez, tanık olanlar ise konuyu polise yansıtmazlar.

-Şiddet psikolojik olabilir: Bu durumda fiziksel bir zarar olmamasına karşın, kadın kendisinin erkeğe bağımlı olduğunu, onsuz yaşayamayacağını düşündürecek hareketlere maruz kalır. Aşağılama, kişisel gelişime izin verilmemesi, dalga geçme, başkalarının yanında küçük düşürme psikolojik şiddetin kapsamına girer. Erkeğin kadını eve kilitlemesi, kimseyle görüşmesine izin vermemesi de psikolojik şiddet kapsamına girer.²⁴

- Şiddet cinsel içerikli olabilir: Taciz, tecavüz, enstest, zorla evlendirme, üçüncü kişilerle zorla cinsel ilişki bu tür şiddetin kapsamındadır. Kadına istemi dışında yöneltilen her türlü cinsel içerikli söz ve eylem cinsel şiddettir.

- Şiddet ekonomik olabilir: Kadının bir işte çalışmasını engellenmesi ya da zorla çalıştırılması, çalışmaması halinde evin, kadının ya da çocukların ihtiyaçlarının giderilmesi için erkeğin para vermemesi, kadının aç bira-

²² Küntay, 2010, s. 22-24.

²³ Kümbetoğlu, 2010, s. 47.

²⁴ Kümbetoğlu, 2010, s. 48-49.

kılması, kadının malvarlığının izinsiz kullanımı bu şiddetin alanına girmektedir.²⁵

IV) Şiddetin Kadın Üzerindeki Etkisi:

Şiddete uğrayan kadın, her durumda kadın kendisini değersiz hissetmekte, kendine güveni zedelenmektedir. Kültürel olarak işteki başarı erkeğe atfedildiğinden, kadın ise başarıyı ve mutluluğu evlilikte aramaktadır. Şiddet gören kadın evliliğinin başarısız olduğunu görecektir, ancak bunu yadsıyacaktır. Şiddet eşten geliyorsa, çocuklar da varsa, kadın katlanmayı daha kolay seçebilir. Şiddete karşı koymak şiddetin dozunu azaltacağına artırır: Şiddete uğrayan kadınların %70'i eşlerini terk ettikten sonra öldürülmektedirler. Eşi tarafından terk edilen bir erkek toplum önünde daha fazla kaybedeceği bir şeyi olmadığını düşünecek ve saygınlığını geri kazanmak için bu yola başvuracaktır. Bu tür bir tehdit altında yaşamak, bazen ölüm korkusuna baskın gelebilmektedir, o nedenle de kadınlar eşlerini terk etmemektedirler.²⁶

Ancak bunun kadınlar üzerinde psikolojik ve fizyolojik bedelleri olduğunu söylemek gerekir. Bu koşullarda yaşayan kadınlar depresif olmakta, iletişim bozukluğu yaşamakta ve psiko-somatik hastalıklara yakalanmaktadırlar. Şiddete uğrayan kadınların %50'si intihar eğilimi göstermektedir.²⁷ Bazıları ise şiddetten ne yapsalar kurtulamadıklarından yıllarca şiddete maruz kalıp sonunda şiddet uygulayan kişiyi öldürmektedirler.²⁸ Ölmek ya da yaşamak için öldürmek zorunda kalmak, kadınların çaresizliğinin en açık kanıtıdır. Şiddete maruz kalan kadınların birçoğu yaşadıklarının aslında bir suçun konusu olduğunun ve yaptırımları bulunduğunun bilincinde değildir.²⁹ Haklarının bilincinde olmamaları, onları içinden çıkılmaz bir durumun içine sürüklemektedir.

V) Hukuki Gelişmeler:

aa) Uluslararası Hukuk ve Türkiye:

Son yıllarda yoğun olarak Batı toplumlarında toplumsal cinsiyet kavramına gösterilen ilgi, hukuk metinlerine de yansımaya başlamıştır ve bu gelişme

²⁵ Karal/Aydemir, 2012, s. 22-23.

²⁶ Dobash/ Dobash; 1997, s. 266-278.

²⁷ Köknel, 2013, s. 195. Kümbetoğlu, 2010, s. 53.

²⁸ Bahadır, 2014, s. 11-283.

²⁹ Kümbetoğlu, 2010, s. 51.

Türk hukuk metinlerine de yansımıştır. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda 20 Aralık 1993 tarihinde kabul edilen “Kadınlara Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılmasına Dair Bildirge” buna iyi bir örnek teşkil eder. Bu bildirgede kadınlara yönelik şiddetin toplumsal cinsiyete dayalı bir şiddet türü olduğu kabul edilmiştir. Bildirgede, şiddetin kapsamı, ister kamusal, ister özel hayatta olsun, tehdit etme, zorlama veya özgürlükten keyfi olarak yoksun bırakma dahil olmak üzere, kadınlara fiziksel, cinsel veya psikolojik zarar veya acı verme sonucu doğuran veya bu sonucu doğurması muhtemel olan toplumsal cinsiyete dayalı her türlü şiddet eylemi olarak belirlenmiştir. Şiddet sadece kamusal alanda gerçekleşmesi halinde devletin ilgi alanına girmekte, özel alandaki şiddet kapsam dışı bırakılmaktaydı. Bunun kabul edilmesiyle, kadının ev içinde gördüğü şiddetten korunabilmesinin yolu açılmış olmuştur. Kadınlarla ilgili önemli bir belge olan CEDAW'da da konuyla ilgili bir hüküm vardır. Buna göre, toplumsal cinsiyete dayalı şiddet bir insan hakları ihlalidir. Anlaşmaya taraf devletler, özel ve kamusal alanda gerçekleşen şiddeti önlemek için gerekli önlemleri almakla yükümlü kılınmıştır. Bu gelişmeler sonucunda devlet ev içi şiddetten sorumlu olmaktadır.

Türkiye de bu konuda uluslararası yükümlüğünü yerine getirmek amacıyla çeşitli antlaşmalara imza atmıştır. Yukarıda anılan CEDAW'a Türkiye de 1985'te taraf olmuştur.³⁰ Bunun dışında Avrupa Sosyal Şartı, ILO, OECD gibi kuruluşların karar ve tavsiyeleri dikkate alınmakta, 4. Dünya Kadın Konferansı Eylem Planı ve Pekin Deklarasyonu'nun iç hukukla uyumlaştırılması yönünde çalışmalar sürdürülmektedir. Son dönemdeki en önemli gelişme ise, 2011 yılında Avrupa Bakanlar Komitesi'nde kabul edilen ve kadına yönelik şiddetin engellenmesinde önemli sayılan İstanbul Sözleşmesi'nin imzalanması olmuştur. Sözleşme, mevcut ya da eski partnerlerin uyguladığı şiddete karşı düzenlenmiştir. Bu sözleşmenin getirdiği yenilik, şiddete maruz kalanın hukuksal süreçleri işletebilmesi için kolaylık sağlanması, delil aranmadan şikayet üzerine müdahale edilebilmesini sağlamasıdır. Önceki düzenlemelerde, mağdurun şiddete maruz kaldığını belgelemesi gerekmekte, bu hem zaman kaybına neden olmakta, hem de mağdurun psikolojik açıdan örselenmesini artırmaktadır. Bir başka yenilik ise, mesai saatleri dışında da koruma tedbirlerinin alınabilmesine yönelik düzenlemelerin yapılmasına yol açılmasıdır. Bu sözleşmeye 13 ülke imza koymuş, ancak bir tek Türkiye parlamentodan geçirerek onaylamıştır. Dolayısıyla Türkiye'nin hukuki açıdan uluslararası arenada bu konuda oldukça gelişme göstermiş bir ülke olarak dikkat çektiğini belirtmek gerekir.

30 Çitçi, 2011, s. 415-457.

bb) İç Hukuktaki Gelişmeler:

İç hukukta da 1980'lerden sonra hızlanan kadın hareketi, kadınların sorunlarının duyulması açısından önemli bir rol oynamıştır.³¹ 1990 yılında Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, sorunların parlamentoya taşınması amacıyla kurulmuştur.³² Ayrıca kadınların sorunlarının çözümü için bir Kadın ve Aileden Sorumlu Devlet Bakanlığı kurulmuştur. Ancak 2011'de izlenen muhafazakar politikaların bir başka görünümü olarak bu bakanlığın adının değiştirildiği görülmektedir, bundan böyle bakanlık Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı olarak anılacaktır. Birçok sivil toplum örgütü konuyu dikkatle izlemekte, gerek basılı gerek sosyal medyada konu mercek altına alınmaktadır, zaman zaman kamuoyu baskısı yoluyla kadın sorunlarına dikkat çekilmekte ve yasalar üzerinde etkili olmaya çalışılmaktadır.

1998'de Ailenin Korunmasına Dair Kanun'da aile içi şiddet bir suç olarak tanımlanmıştır. 2007'de yapılan değişikliklerle 3. kişilerin şikayetine bağlı olarak ve re'sen kovuşturma yapılması ve şiddet uygulayanın evden uzaklaştırılması, aile bireylerinin yaşadığı yere ve iş yerlerine yaklaştırılmaması önlemlerine yer verilmiştir. Ancak bu kanun, kadını ailenin bir parçası olarak gördüğü, ortaya çıkan şiddeti de ailenin bütünlüğüne yönelik bir tehlike olarak algıladığı nedeniyele eleştirilmiştir.³³

2005'te ceza kanununda da bazı değişiklikler yapılmıştır. Cinsel suçlar, kişiye karşı işlenen suç olarak kabul edilmiş ve ceza oranı artırılmıştır. Töre cinayetlerine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası getirilmiştir. Bu düzenlemelerin olumlu gelişmeler olarak değerlendirilmeleri gerekir. Ancak uygulayanların insan olduklarını ve onların da kimi bazı toplumsal kalıpların etkisiyle hareket ettiklerini unutmamak gerekir. Örneğin hakimler yeni ceza kanununu yorumlarken, töre cinayetlerinde failin tahrik etkisiyle cinayeti işlediği gerekçesiyle, ya da mahkemedeki iyi hali nedeniyle cezasında indirim yapılmaktadır.³⁴ Bu durum töre dahil her türlü kadın cinayetlerinin sürmesine katkıda bulunmaktadır.

VI) Şiddeti Engellemede Hukukun Rolü:

Hukukla toplumsal yapı arasındaki ilişki karşılıklı bir ilişkidir. Toplumda

31 Işık, 2011, s. 41-72.

32 Karal/Aydemir, 2012, s. 58. Acuner, 2011, s. 128.

33 Gökalp Kutlu, 2013, s. 255.

34 Gökalp Kutlu, 2013, s. 256.

sorun olarak tanımlanan davranışların engellenmesi, engellenememesi halinde cezalandırılması hukukun görevidir. Bunun dışında hukukun toplumsal yapıyı dönüştürücü bir rolü de olabilir. Uzun yıllardan beri kökleşmiş gelenekler de hukuk eliyle ve hukuka destek olabilecek başka alanlarda gösterilecek çabalarla ortadan kaldırılabilir ya da azaltılabilir. Bu nedenle, hukuk kurallarıyla yapılacak iyi bir düzenleme, bu sorunun ortadan kalkmasına bile, her gün gazetede ya da televizyon haberlerinde gördüğümüz sıklıktaki vakaların azalmasına yardımcı olacaktır.

Kadına karşı şiddetin engellenmesi için bir hukuk politikasının belirlenmesi gerekmektedir. Kadına yönelen şiddete ilişkin tartışmalar feministler ve muhafazakarlar tarafından yapılmaktadır. Ülkelerin bu alanda geliştirdikleri politikalar da toplumsal cinsiyet konusundaki takındıkları tutuma göre şekillenmektedir.

-Muhafazakarların algısında erkek koruyan, kadın korunması gerektirir³⁵, o nedenle kadınları fiziksel ve cinsel saldırıdan koruyacak önlemler almaya çalışmaktadırlar. Yaklaşımları paternalisttir, bu nedenle kadının suçun işlenmesi sırasındaki konumu önem kazanmaktadır, örneğin gece vakti gezmeye çıkmış bir kadın zaten tehlikeye açık olduğunu düşünmeli, ona göre giyinmeli ve davranmalıdır ve saldırıya uğrarsa saldırganın tahrik edildiği düşünülebilir. Hukuk açısından bakıldığında, saldırıya uğrayan herkes gibi kadın da şikayetçi olabilir, ancak fiili işleyen tahrik edildiğini söyleyerek daha az cezaya çarptırılacaktır.

-Feministler ise, kadının bedeninin kendisine ait olduğu fikrinden hareket ederek, yapılmasını istemediği davranışların garımeşru kabul edilmesini istemektedirler. Bu yaklaşım, kadın bedenini soyun devam etmesi için gerekli ve kadını ise ev hizmetlerini gören bir nesne gibi algılayan muhafazakârlarınkinden farklıdır.³⁶ Bu farklılık elbette önerilen hukuk sistemine de yansımaktadır: gece gezmesinden yalnız dönen bir kadın saldırıya uğradığında, saldırıda bulunan fiili gece işlediği ve kadının yalnız olmasından faydalandığı için daha ağır bir cezaya çarptırılabilir.

Kadının şiddete maruz kalmasında toplumsal yapı önemli bir rol yüklenmektedir: Ancak toplumsal yapı şiddeti destekliyor, engellemiyor ve sürmesine yol açıyorsa, bu yapının ortaya çıkardığı sonuçlara “dur” demek huku-

³⁵ Köknel, 2013, s. 180.

³⁶ Ecevit, 2011, s. 119.

kun görevidir. Cinsiyet ve kadına ilişkin sorunların artık hukukun ilgi alanına girdiği kabul edilmektedir.³⁷ Öncelikle yasalar bu hassasiyete uygun olarak düzenlenmelidir: Şiddete karşı düzenlenmeler yapılması yetmez, ayrıca bir hukuk kuralı koyarken kullanılan dilin de cinsiyetçi bir dil olmasından kaçınılmalıdır. Bundan başka hukuku uygulayan her aşamadaki görevliler ise, yasaların etkisiz hale gelmelerine neden olacak uygulamalardan kaçınmalı ve etkin, güvenilir, toplumsal cinsiyet eşitliğine dayalı bir hukuk sisteminin gerçekleşmesine yardımcı olmalıdırlar. Bilindiği gibi, uygulayıcılar da bu toplumsal yapının içinden gelmekte, gelenek ve göreneklerden etkilenmektedirler, bu nedenle hukuku uygulayan konumda olanların toplumsal cinsiyet eşitliği eğitimi almaları olumlu bir adım olacaktır. Her ne kadar Türkiye'deki hukuk sisteminin dünyadaki en iyi hukuk sistemi olduğunu iddia etmek mümkün değilse de, hiç değilse varolan hukuk sisteminin işler hale getirilmesi, birçok sorunun çözümünde önemli bir rol oynayacaktır. Elbette ki, şiddete dayalı suçlar bütünüyle ceza hukuku eliyle ortadan kaldırılamaz. Çünkü hukuk sonuçları ortadan kaldırmaya ve sorumluları yargılayıp, cezalandırmaya çalışmaktadır. Nedenleri ile ise ayrıca ilgilenmek gerekmektedir, bu nedenle başka sosyal bilim dallarında çalışanlarla işbirliği yapmak da bu anlamda faydalı olacaktır.

Kadınlar şiddete maruz kalınca en çok çaresizlikle ve yalnızlık duygusuyla karşı karşıya kalmaktadırlar. Hukuk bunu kırmak için elverişli bir vasıta olarak kullanılabilir. Şiddet gören kadınların gidebilecekleri bir yer yoktur. Çok az sayıdaki kadın konukevi (sığınma evleri) ve kreşler artırılır, işe yerleştirme programlarına yönelik düzenlemeler yapılırsa, şiddet kadınların kaderi olmaktan çıkarılabilir. Yapılan bir araştırmada, SHÇEK'e bağlı Kadın Konuk Evlerine 2006 yılında 637 kadın kabul edilmiş, bu kadınların sadece %11'i işe girerek konukevinden ayrılmıştır. Bu kadınların %30'u anne-babasının yanına dönmüş, %11'i ise eşiyle barışmıştır.³⁸ Görüldüğü gibi kadınların çok azı çalışmaya başlayarak yeni bir yaşam kurabilmiştir, anne-babadan görülen destek önemli olsa da, ailelerin de bu kadınlara psikolojik baskılar uyguladıkları, uzun süre ailelerinde kalamadıkları, dolayısıyla kadınların çilesinin bitmediği bilinmektedir, aileden destek gelmediğinde kadının aile içi şiddetin devam edeceği yuvasına geri dönmekten başka çaresi kalmamaktadır.³⁹

37 Karınca, 2011, s. 17.

38 Kümbetoğlu, 2010, s. 52.

39 Kümbetoğlu, 2010, s. 53.

Sonuç:

Cinsiyet ilişkileri, bütün toplumsal ilişkiler gibi bir değişim, direnç ve mücadele alanıdır. Buna rağmen, zaman içinde yeni koşulları yaratmak ve yeni toplumsal örüntüleri olanaklı hale getirmek mümkündür.⁴⁰

Türk hukuku kadınla erkeğin eşit olduğuna ilişkin düzenlemeleri prensipte içermektedir. Ancak varolan her hukuk sisteminin amacı ideal olana yaklaşmak olması gerektiğinden, her zaman için daha iyisinin yapılabileceği de unutulmamalıdır. TBMM'de kadının erkekten eşit olmasını engelleyen düzenlemelerin kaldırılması, uygulamada varolan sorunların saptanması ve önlem alınması için oluşturulacak komisyonlar, komiteler bu açıdan faydalı sonuçlar sağlayabilir. Üniversiteler, araştırma yapan bilimsel kurumlardan da destek alınabilir.

Ayrıca hukukun prensipte sağladığı bu eşitliğin gündelik hayata aktarılması için atılması gereken birçok adım vardır:

- kadının parasal hizmetlere, emek pazarına (TÜİK 2010 yılı İstihdam Araştırmasına göre çalışmayan kadınların 3'te 2'si çalışmama nedenini ev hanımı olmakla açıklamaktadır)⁴¹ ulaşımını sağlamak,
- teknolojiye erişimini mümkün kılmak,
- kadınların eğitime öncelik vermek⁴²,
- eğitim sistemindeki cinsiyet eşitsizliğini yeniden üreten yapıları kaldırmak⁴³,
- kadınların okuma-yazma bilmelerini sağlamak, ama bunun ötesinde onlara birey olmayı ve haklarını öğretmek,
- kadının kamusal ve siyasal hayata katılımını sağlamak⁴⁴,
- erken evlilikleri mutlaka önlemek,
- şiddete maruz kalmış kadınlara ücretsiz psikolojik destek sunmak,

⁴⁰ Alkan/ Çakır, 2012, s.232.

⁴¹ İstihdam Araştırması 2010, TÜİK, www.tuik.gov.tr (21.4.2011).

⁴² Eğitim kadınların kamusal alanda varolabilmeleri ve erkeklerle eşit olabilmeleri için çok önemlidir. Bu sağlanmadığında sosyal haklara kavuşabilmek için kadının elindeki tek şans evlenmek olacaktır. Bkz. Lüküslü/ Çelik, 2008, s. 106.

⁴³ Güneş-Ayata / Acar, 2005, s. 101.

⁴⁴ Karal/ Aydemir, 2011, s. 37-39.

- refah devletinin gerektirdiği hizmetlere erişimini kolaylaştırmak gerekir.

Hukuki düzenlemeleri kadın lehine yapmak ve bunları uygulama koluşturulacak bir hukuk politikasıyla mümkün kılınabilir. Bunları uygulayacakların da kültürel kodlardan etkilendikleri hesaba katılmalı ve medyadan, eğitimden destek alarak, toplumda cinsiyet ayrımcılığı yaratan kalıplar ortadan kaldırılmalıdır. Sadece kadınların eğitiminin değil, bu konuda erkeklerin de eğitime önem verilmesi gerekir. Hukukla birlikte diğer sosyal bilimlerin desteğiyle birçok adımın atılabileceği ve ilerleme kaydedileceği açıktır.

KAYNAKÇA

- Acuner, Selma; “90’lı Yıllar ve Resmi Düzeyde Kurumsallaşmanın Doğuş Aşamaları”, **90’larda Türkiye’de Feminizm**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2011.
- Alkan, Ayten/ Çakır, Serpil; “Osmanlı İmparatorluğu’ndan Modern Türkiye’ye Cinsiyet Rejimi: Süreklilik ve Kırılmalar”, **1920’den Günümüze Türkiye’de Toplumsal Yapı ve Değişim**, Der.: Alpkaya, Faruk/ Duru, Bülent, Phoenix Yayınevi, Ankara, 2012.
- Aytaç, Ahmet Murat; “Türkiye’de Ailenin Tarihsel Dönüşümü: 1925-2010”, **1920’den Günümüze Türkiye’de Toplumsal Yapı ve Değişim**, Der.: Alpkaya, Faruk/ Duru, Bülent, Phoenix Yayınevi, Ankara, 2012.
- Bahadır, Burçe; **Ölü Kadınlar Memleketi**, Ayizi Kitap, Ankara, 2014.
- Çitçi, Oya; “1979’dan 2010’a Neoliberal Dönemde Kadın Memurlar”, **21. Yüzyıla Girerken Türkiye’de Feminist Çalışmalar**, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011.
- Dobash, Emerson R./ Dobash Russel P; “Violence Against Women”, **Gender Violence**, New York University Press, New York, 1997, ss. 266-278.
- Ecevit, Yıldız; “Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisine Başlangıç”, **Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisi**, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2011, s. 140-160.
- Gökalg Kutlu, Ayşegül; “Namus Cinayetinden Cins Kırımına: Türkiye’de Kadına Karşı Şiddet”, **Kadın Kitabı**, Umuttepe Yayınları, İstanbul, 2013.
- Güneş-Ayata, Ayşe/ Acar, Feride; “Disiplin, Başarı, İstikrar. Türk Orta Öğretiminde Toplumsal Cinsiyet ve Sınıfın Yeniden Üretimi”, **Kültür Fragmanları. Türkiye’de Gündelik Hayat**, Der.: Kandiyoti, Deniz/ Saktanber, Ayşe, Çev.: Zeynep Yelçe, Metis Yayınları, İstanbul, 2005.
- Holmes, Mary, **Gender and Every Day Life**, Routledge, Oxon, 2009.
- Hürtaş, Sibel; **Canına Tak Eden Kadınlar**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014.
- Işık, Nazik; “1990’larda Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetle Mücadele Hareketi İçinde Oluşmuş Bazı Gözlem ve Düşünceler”, **90’larda Türkiye’de Feminizm**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2011.
- İstihdam Araştırması 2010, TÜİK, www.tuik.gov.tr (21.4.2011).
- Johnson, P. Michael; “Patriarchal Terrorism and Common Couple Violence: Two Forms of Violence Against Women”, **Journal of Marriage and the Family**, No: 57, mayıs 1995, ss. 283-294.
- Karal, Dilek/Aydemir, Elvan; Türkiye’de Kadına Yönelik Şiddet, **USAK Raporları**, No: 12-01, Ankara, 2012.

- Karal, Dilek/ Aydemir, Elvan; Türk Siyasetinde Kadınlar: Çok Oluyoruz, **USAK Raporları**, No: 11-05, 2. Bası, Ankara, 2011.
- Karınca, Eray; **Kız Doğursun Analar**, Bilgi Yayınevi, Ankara, 2011.
- Köknel, Özcan; **Şiddet Dili**, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2013.
- Kümbetoğlu, Belkıs; “Değersizleştirme: Kadın Bedeninin Maruz Kaldığı Şiddet”, **Kadın ve Bedeni**, Der.: İnceoğlu, Yasemin/ Kar, Altan, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2010.
- Lüküslü, G. Demet/ Çelik, Kezban; “Sessiz ve Görünmez, ‘Genç’ ve ‘Kadın’: Ev Kızı”, **Toplum ve Bilim**, No: 112, 2008.
- TÜİK, İstihdam Araştırması, 2010, www.tuik.gov.tr (Erişim Tarihi: 21.4.2011)
- Sancar, Türkan; **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Üskül Engin, Zeynep Özlem; **Türkiye’de Evlenmenin Evrimi**, İstanbul, Beşir Yayınevi, 2009.

İnsan Hakları Bağlamında Sigara Kullanımının Sınırları

Şule YILDIZ*

ÖZET

Sigara kullanımının neden olduğu tehlikeler anlaşılır hale geldikçe, sigara içmeyenlerin insan haklarını koruma yükümlülüğünü yerine getirmek için, devletler, çeşitli önlemler almışlardır. Bu makalede, sigara kullanımının sınırlandırılması hakkındaki düzenlemelerin insan hakları temelli bir yaklaşımla daha güçlü hale getirilip getirilemeyeceği ve bu yaklaşımın nasıl gerçekleşebileceği incelenmektedir.

Bu amaçla, makalede, sigara kullanımının sınırlandırılmasının insan hakları belgelerinden çıkabilecek türev bir hak olduğu, kadın ve çocuk hakları vurgulanmak suretiyle, açıklanmaktadır. Son olarak Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi, Türkiye'nin üyelik sürecinde olması bakımından önem taşıyan Avrupa Birliği mevzuatı ve ulusal mevzuat sunulmaktadır.

Anahtar kelimeler: Sigara kullanımının sınırlandırılması, Tütün Kontrolü Hakkında Çerçeve Sözleşme, insan hakları, sağlık hakkı.

Tobacco Control within the Framework of Human Rights

ABSTRACT

As the dangers of smoking have become more apparent, various measures have been undertaken by States in order to fulfill their obligations to protect the human rights of non-smokers. This article intends to explore whether a human rights based approach may reinforce tobacco control regulations and if affirmative how such an approach could be construed.

With this aim, this article will put forward that limitations on smoking could be perceived as deriving from human right instruments, with specific emphasis on those concerning women and children rights. Finally, the Framework Convention on Tobacco Control, relevant European Union legislation which are of importance to Turkey as an EU member candidate, and national legislation will be presented.

* Ar. Gör., Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.

Keywords: Limitations on Smoking, Framework Convention on Tobacco Control, human rights, right to health.

GİRİŞ

Sigara kullanan bireyin kendi sağlığının yanı sıra çevresindeki canlılara da zarar vermesi, devletin hak ve özgürlükleri koruma ve sağlama yükümlülüğü bağlamında düşünüldüğünde, birey ve devlet arasında çekişmeye neden olduğu görülmektedir.¹ Milyonlarca insanın yaşamını tehdit eden sigara kullanımına karşı ancak insan hakları temelli bir yaklaşımla hazırlanacak yasal düzenlemelerin etkin ve orantılı tedbirler içerebileceği düşünülmektedir. Böyle bir yaklaşımla, gündelik yaşamın neredeyse her anında bu sorunla karşılaşılabilmesi nedeniyle yalnızca sağlık hakkını değil, ilgili bütün insan haklarını ve insan hakları belgelerinde meşru bir sınırlama sebebi olarak kabul edilen “kamu sağlığının korunması”nı hukuki dayanak olarak esas alınabilecektir.

Uluslararası açıdan bakıldığında, büyük sigara şirketleri de dahil olmak üzere çok uluslu şirketlerin egemen olduğu ticaret düzeninde; sadece devletler, insan haklarını ve kamu sağlığını koruma ve sağlama yükümlülüğü temelinde, denge-fren mekanizması görevini üstlenebilir.² Kamu sağlığının korunması için, toplumun sağlıkla ilgili ihtiyaçları tespit edilirken kadın ve çocukların sigara üretim ve tüketiminde, yetişkin erkeklerden farklı özellikler gösterebileceği gözardı edilmemelidir.

Bu nedenlerle çalışmanın ilk bölümünde sigara kullanımının sınırlandırılması sorunu, sağlık hakkı ve diğer haklar ile kendilerine özgü durumları nedeniyle kadın ve çocuklar bakımından ayrı ayrı değerlendirilecek, ikinci bölümünde ise Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi ve Türkiye'nin üyelik sürecinde olduğu Avrupa Birliği'nin ilgili mevzuatı ve ulusal mevzuat incelenecektir.

I. İnsan Hakları ile Sigara Kullanımının Sınırları Arasındaki İlişki ve Özel Görünümleri

Bu bölümde bahsedeceğimiz insan haklarına ilişkin sözleşmeler hazırlanırken sigara üretimi, tüketimi veya pazarlanmasının insan haklarına aykırı

¹ Dünya Sağlık Örgütü 2004 Yılı Raporu'nda, devletlerin sağlıkla ilgili sorunlara insan hakları temelli yaklaşımının önemini vurgulamıştır. Bu raporda, devletlerin ulusal ve uluslararası mevzuattan doğan, sağlık hakkını da kapsayan tüm insan haklarına saygılı olma, bu hakları koruma ve sağlama yükümlülüğüne işaret edilmiştir. Dünya Sağlık Örgütü Resmi Sitesi, **The World Health Report: Changing History**, http://www.who.int/whr/2004/en/report04_en.pdf (Erişim Tarihi: 29 Nisan 2013), s. 47-49.

² GRUSKIN ve diğ. (ed.), 2005, s. 23.

olup olmadığı tartışılmadığından, sigara kullanımı başlıklı bir hak ya da sınırlama sebebi söz konusu belgelerde açıkça yer almamaktadır.³ Bu bağlamda sözleşmelerde yer alan hangi maddeler ışığında taraf devletlere yükümlülükler getirilebileceğini incelemek, sigarayla mücadelede hukuki zemini görünür hale getirmek açısından önem taşımaktadır.

Sağlık hakkı ve bir sınırlama sebebi olarak “kamu sağlığının korunması” sigara tüketiminin azaltılması için kullanılabilecek hukuki düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Sigara kullanımının sınırlandırılmasını insan hakları başlığı altında ele alırken, hiç şüphesiz, sağlık hakkıyla arasındaki doğal ilişki dikkat çekmektedir. Ayrıca sigara kullanımının gündelik yaşam içerisindeki varlığı sebebiyle diğer hakların kullanımını da etkilediği görülmektedir. Bununla birlikte, kadınların ve çocukların sigara üretim ve tüketimindeki pozisyonları sebebiyle sigara ile aralarındaki ilişkinin irdelenmesi gerekmektedir. Bu noktada insan haklarının bölünmezliği ilkesinin, insan onurunu korumak için, kadın ve çocuk hakları ile tüm hakların birlikte var olabileceğinin de altını çizmek gerekir.

A. Haklar Bakımından Değerlendirme

Devletin kamu sağlığının korunması amacıyla sigara kullanımını sınırlandırma yükümlülüğünü yerine getirirken belli araçları kullandığı görülmektedir. Dünya Sağlık Örgütü’nün 2008 yılında hazırladığı rapora göre, bu araçlar; insanların sigara dumanından etkilenmemeleri için halka açık veya kapalı alanlarda sigara içilmesinin önlenmesi, sigarayı bırakmak için düşük maliyetli destek sağlanması, sigaranın tehlikelerine karşı uyarılarda bulunulması –sigara paketlerinin üzerinde uyarı yazı veya resimleri gibi-, doğrudan veya dolaylı olarak sigara reklam, promosyon veya sponsorluklarının yasaklanması, enflasyona ayak uyduran ve tüketicinin alım gücünün üzerinde seyreden bir verginin belirlenmesi ve kaçak sigaranın önlenmesi için vergi denetimlerinin artırılmasıdır.⁴ Görüldüğü üzere, sigara tüketimini azaltabilmek amacıyla

3 DRESLER ve MARKS, 2006, s 629. Hakların içeriğinin genişleyebildiğini ortaya koyan bir diğer örnek ise su hakkıdır. Su hakkının tanımını yapan belge ise 26 Kasım 2002 tarihli BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi’nin 15 sayılı Genel Yorumu olmuştur. Bu Yorum’a göre, “Herkes, yeterli, güvenli, fiziki olarak ulaşılabilir ve bedeli ödenebilir suya erişim hakkına sahiptir”. Su hakkı, 15 No’lu Genel Yorum yayınlanana kadar güçlü bir şekilde dile dökülmemiştir.

4 Dünya Sağlık Örgütü Resmi Web Sitesi, **Mpower: A Policy Package to Reverse the Tobacco Epidemic**, İsviçre: 2008, s. 12, http://www.who.int/tobacco/mpower/mpower_english.pdf (Erişim Tarihi: 1 Mayıs 2013).

başvurulan bu araçlar, ifade özgürlüğü, mülkiyet hakkı, çalışma özgürlüğü, toplu taşıma araçlarıyla seyahat özgürlüğü gibi pek çok hak ile çatışabilmektedir. Kemal Gözler, sigara içme özgürlüğü ile sigara içmeme özgürlüğünün çatışması halinde pratik uyuşum ilkesinin uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu ilkeye göre, özgürlüklerden biri diğeri lehine ortadan kalkmamakta, aksine ikisinin de en iyi derecede korunduğu bir zemin oluşturulmaya çalışılmaktadır.⁵ Bu bölümde sigara kullanımının sağlık hakkı ve diğer haklarla ilişkisine değinilecektir.

a. Sağlık Hakkı

Dünya Sağlık Örgütü'nün Anayasası, "ulaşılabilecek en yüksek düzeyde, sağlıktan yararlanmak, ırk, din, politik inanç, ekonomik ve sosyal koşullar gözetmeksizin her insanın temel haklarından biridir." ifadesiyle sağlık hakkına işaret etmektedir.⁶

Sağlık hakkı ülkemizin de taraf olduğu pek çok uluslararası insan hakları metninde tanınmıştır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 25. maddesi bu hakkı içermektedir: "Herkesin kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı için beslenme, giyim, konut ve tıbbi bakım hakkı vardır."⁷ Sağlık hakkını en kapsamlı şekilde düzenleyen hüküm ise Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 12. maddesinde karşımıza çıkmaktadır.⁸ 12. maddenin 1. fıkrasında, herkese ulaşılabilecek en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkı tanınmış, 2. fıkrasında ise, hakkın tam olarak kullanılmasını sağlamak için alınacak tedbirler sıralan-

⁵ GÖZLER, 1990, s. 31-67.

⁶ Dünya Sağlık Örgütü, bugün Sağlık Günü olarak kutlanan 7 Nisan 1948 tarihinde kurulmuştur. 19-22 Temmuz 1946 tarihleri arasında adı geçen örgütün kurulması için düzenlenen konferansın sonunda imzalanan kurucu belge "Dünya Sağlık Örgütü'nün Anayasası" olarak bilinmektedir. Orijinal metin için bkz. http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf (Erişim Tarihi: 15 Nisan 2013), Türkçe çevirisi için bkz. T.C. Sağlık Bakanlığı, **Dünya Sağlık Örgütü ve Türkiye İlişkileri**, Ankara, 1997, http://ekutuphane.tusak.gov.tr/kitaplar/dunya_saglik_orgutu_ve_turkiye_iliskileri.pdf (Erişim Tarihi: 15 Nisan 2013).

⁷ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, **İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi**, T.10 Aralık 1948, S. 217-A(III) Kararı, <http://www.un.org/en/documents/udhr/> (Erişim Tarihi: 27 Nisan 2013). Resmi Gazete, 27 Mayıs 1949, Sayı 7217. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin teamül niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.

⁸ Birleşmiş Milletler, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme**, United Nations Treaty Series, vol. 993, http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mt-dsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en (Erişim Tarihi: 1 Mayıs 2013), Resmi Gazete, 11 Ağustos 2003, Sayı 25196.

mıştır. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi bu Sözleşme'nin 12. maddesinin⁹ nasıl anlaşılması gerektiğini 14 No'lu Genel Yorumu ile ortaya koymuştur.¹⁰ 14 No'lu Genel Yorum, güvenli ve içilebilir suya erişim, güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları, sağlıklı bir çevre, sağlıkla ilgili eğitim ve bilgi alma gibi sorunların yanı sıra “doğrudan veya dolaylı olarak halkın sağlığına zarar verebilecek kimyasallar veya çevresel koşullar gibi maddelere maruz kalmasını önleme ve azaltma”nın da 12. maddenin kapsamında olduğunu belirtmiştir.¹¹ Komite, söz konusu maddenin 2. fıkrasının c bendinde yer alan “salgın, yöresel, mesleki ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü” ifadesinin özellikle kişisel davranışlarla ilintili sağlık sorunları hakkında eğitim vermeyi gerektirdiği yorumu,¹² sigara üretim veya tüketiminin neden olduğu hastalıklar hakkında da uygulanmalıdır. Komite, Genel Yorum'un 51.

- 9 Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 12. maddesi: “1. Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, herkesin, ulaşılabilir en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkını kabul ederler. 2. Bu Sözleşme'ye Taraf Devletlerin, bu hakkın tam olarak kullanılmasını sağlamak için alacakları tedbirler şu amaçlara yönelik olacaktır: (a) Ölü doğum ve çocuk ölümleri oranlarının düşürülmesini ve çocuğun sağlıklı bir şekilde gelişmesini sağlamak; (b) Çevresel ve sınıf sağlık şartlarının her yönüyle iyileştirilmesi; (c) Salgın, yöresel, mesleki ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü; (d) Hastalık durumunda herkese tıbbi hizmet ve tıbbi bakım sağlayacak koşulların yaratılması.”
- 10 Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin uygulanışını gözlemlemek için kurulan Komite'ye ilişkin hükümler Sözleşme'nin içinde yer almamaktadır. BM Ekonomik ve Sosyal Konsey çatısı altında, Sözleşme'nin IV. Bölümü kapsamında devletlerden gelen raporlarına ek olarak bireysel başvuruları da inceleyebilmek amacıyla Genel Kurul'un A/RES/63/117 no'lu kararıyla kurulmuştur. Komite'nin çalışmaları tavsiye niteliğindedir, bağlayıcı değildir. Türkiye bahsi geçen Seçimlik Protokol'e taraf değildir. Bkz. United Nations Treaty Series, **Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**, http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&lang=en (Erişim Tarihi: 1 Mayıs 2013). 14 No'lu Yorum Kararı için bkz. [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/E.C.12.2000.4.En](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/E.C.12.2000.4.En) (Erişim Tarihi: 1 Mayıs 2013). Bu Komite'nin yanı sıra Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ile aynı gün kabul edilen Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi çerçevesinde bireysel başvuruların kabul edildiği bir İnsan Hakları Komitesi kurulmuştur. İnsan Hakları Komitesi kararları da bağlayıcı değildir, tavsiye niteliğindedir. Türkiye bu Sözleşme'ye taraftır. İnsan Hakları Komitesi, adı geçen Sözleşme'nin 6. maddesinde düzenlenen “yaşam hakkı”nın nasıl yorumlanacağına ilişkin yayınladığı 6 No'lu Genel Yorum'da “çocuk ölümlerinin önlenmesi, yaşam süresinin uzatılması ve salgınların önüne geçilmesi”ni tavsiye etmiştir. Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi bağlamında sigara tüketiminin azaltılması hakkında başvurulabilecek olası hükümler hakkında bkz. Crow, 2004, s. 232.

11 14 No'lu Yorum Kararı, para. 15.

12 14 No'lu Yorum Kararı, para. 16.

paragrafında; alkol ve diğer zararlı maddeler gibi sigara üretim, tüketim ve pazarlamasına ilişkin caydırıcı tedbirler almayan devletin bireylerin sağlık hakkının üçüncü kişiler tarafından ihlal edilmesini önleme yükümlülüğünü yerine getirmediği anlamına geleceğini belirtmiştir.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi'nin 12. maddesi ile Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 24. maddeleri de sağlık hakkının öznesi olarak kadın ve çocukları ele almıştır.¹³ Avrupa Sosyal Şartı'nın "sağlığın korunması" başlıklı 11. maddesi de bu hakka işaret etmektedir.¹⁴

Pek çok devlet gerek ulusal gerekse uluslararası alanda sağlık hakkı ve sağlıklı bir çevre hakkını kabul etmektedir.¹⁵ Pasif içiciliğin sağlığa olumsuz etkileri nedeniyle, devletler sigara içmeyenlerin – kamusal, halka açık alanlarda veya özel işletmelerde- sağlıklarını korumak için tedbirler almak zorunda kalmıştır.¹⁶ Hatta İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, devletin kontrolü altın-

¹³ Birleşmiş Milletler, **Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi**, United Nations Treaty Series, vol.1249, http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtds_g_no=IV-8&chapter=4&lang=en (Erişim Tarihi: 1 Mayıs 2013), Resmi Gazete, 14 Ekim 1985, Sayı 18898. **Çocuk Haklarına Dair Sözleşme**, United Nations Treaty Series, vol.1577, http://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtds_g_no=iv-11&chapter=4&lang=en (Erişim Tarihi: 1 Mayıs 2013), Resmi Gazete, 11 Aralık 1994, Sayı 22138.

¹⁴ Avrupa Konseyi, **Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı**, CETS No. 163, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.aspx?NT=163&CL=ENG> (Erişim Tarihi: 1 Mayıs 2013), Resmi Gazete, 9 Nisan 2007, Sayı 26488. Şart'ın 11. maddesi'nde, "Herkes, ulaşılabilir en yüksek sağlık düzeyinden yararlanmasını mümkün kılacak her türlü önlemlerden yararlanma hakkına sahiptir." hükmü yer almaktadır.

¹⁵ Devletlerin Sigaranın Sınırlandırılması Hakkında Çerçeve Sözleşme'ye taraf olup olmadıkları, iç hukuklarında kamusal alanda sigara içilmesine izin verip vermediği, bu bağlamda bir etkin denetimin olup olmadığı gibi hususlar hakkında raporlar için bkz. Dünya Sağlık Örgütü Resmi Sitesi, **Tobacco Free Initiative: Tobacco Control Country Profiles**, http://www.who.int/tobacco/surveillance/policy/country_profile/en/ (Erişim Tarihi: 20 Nisan 2013).

¹⁶ "Pasif içici, sigara içmemesine rağmen sigara içilen ortamlarda bulunan bireyleri ifade etmekte ve söz konusu kişilerde de sigara kullanımına bağlı hastalık veya ölümlere rastlanmaktadır. 2011 yılında yapılan bir araştırmaya göre, Avrupa'da, sigara içmeyen erkeklerin %35 ila %66'sı, kadınların %32 ila %66'sı ve çocukların %51 ila %61'i sigaraya maruz kalmaktadır. Avrupa'da saptanan bu oranlar, tüm kıtalarda görülen en yüksek oranlardır. İskemik kalp hastalığı, astım, akciğer kanserine neden olan pasif içicilik ayrıca dünyadaki ölümlerin %1'ini oluşturmaktadır. Öyle ki, sadece bir saat sigara içilen bir kapalı alanda bulunmak, gonadal hormonlarda (yumurtalıkla ilgili) önemli miktarda azalmaya, tiroid hormonunun salgılanmasında artışa, interleukin-1 beta üremesine ve sistolik kan basıncına ve neden olmaktadır. Bununla birlikte, getirilen sigara yasakları sonrasında pek çok ülkede, hastanelere akut koroner hastalıklar, felç, astım ve anjin nedeniyle yapılan şikâyetlerin azaldığı görülmüştür. İlâveten

da, hapisanede sigaraya maruz kalan tutukluların açtığı davalarda, devletin başvuruçuların sağlığını güvence altına alma yükümlülüğünün bulunduğu, sigaraya maruz kalmanın tek başına “İşkence Yasağı” başlıklı 3. madde kapsamında, insanlık dışı bir muamele olduğuna karar vermiştir.¹⁷

b. Sigara Kullanımının Diğer Haklarla İlişkisi

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 12. maddenin 2. fıkrasının b bendindeki “çevresel ve sınaî sağlık şartlarının her yönüyle iyileştirilmesi” ifadesi, çalışma ortamının doğasından kaynaklanan ve sağlığı tehlikeye düşüren hallerin azaltılması ve bahsedilen şartlara zarar veren tütün kullanımının önüne geçilmesi gerekliliğini de kapsamaktadır. Bu noktada, tütünün sadece insan sağlığı üzerinde değil, üretim aşamasında çevreye de geri dönülmez zararlar verdiğini belirtmek gerekir.¹⁸ Söz konusu maddenin b bendi ile “salgın, yöresel, mesleki ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü”nü hükme bağlayıcı bendi birlikte değerlendirildiğinde işyerlerindeki sigara tüketiminin önüne geçilmesinin “herkesin, ulaşılabilecek en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkı”nın bir gereği olduğu sonucuna varılabilir.

Kapalı veya açık alanlarda sigara kullanımının sınırlandırılması, sigara içenlerin sigara içmenin de bir hak olduğunu, satılmasına hukuki bir engel bulunmadığını ve bu nedenle kamu sağlığı gerekçesiyle sınırlandırılmasının mülkiyet hakkının ihlali olduğunu ileri sürmelerine neden olmuştur.¹⁹ İnsan haklarına dayanarak sağlığa zararlı bir ürünün savunulması mümkün görünse

kapalı alanlarda nikotin yoğunluğunun 12.9 kez daha fazla olduğu tespit edilmiştir. Bu da kapalı alanlarda getirilen sınırlamaların yerinde olduğunu ortaya koymaktadır. ” Bkz. Landove diğ. 2010, s. 99-103; Öberg ve diğ. 2011, s. 139-146; Katsiki ve diğ. 2011, s. 520-522; Wimpfli ve diğ. 2008, s. 672-679.

- 17 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Resmi Sitesi, **Pavalache Romanya’ya Karşı**, Başvuru No. : 38746/03, Karar Tarihi: 18 Ekim 2011, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-107017> (Erişim Tarihi: 20 Nisan 2013); **Elefteriadis Romanya’ya Karşı**, Başvuru No. : 38427/05, Karar Tarihi: 25 Ocak 2011, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-103007> (Erişim Tarihi: 20 Nisan 2013).
- 18 Dünya Sağlık Örgütü Resmi Sitesi, **Tobacco Free Initiative: Environmental Issues**, <http://www.who.int/tobacco/research/economics/rationale/environment/en/> (Erişim Tarihi: 20 Nisan 2013).
- 19 SULLUM, 1999, s. 10. Sigara içmenin hak olduğunu savunan topluluklar için bkz. **Illionis Smokers’ Rights**, <http://www.illinois smokersrights.com/>; **New York Citizens Lobbying Against Smoker Harrassment**, <http://www.nycclash.com/> **Australian Smokers’ Rights Party**, <http://smokersrights.org.au/> (Erişim Tarihi: 1 Mayıs 2013).

de, tüm insan hakları belgelerinde sınırlama sebepleri içinde yer alan kamu sağlığının korunması, bütüncül bakıldığında, sadece devlet-birey değil, birey-birey ilişkisindeki sınırı, başka bir deyişle “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması”nı da içermektedir. Bu noktada, pasif içiciliğin önlenmesi için alınacak önlemler ile elde edilecek menfaat arasında bir dengenin bulunması gerektiği açıktır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önüne gelen iki davada, ünlü bir yarış sürücüsünün formasındaki logonun dolaylı sigara reklamı teşkil ettiği gerekçesiyle para cezası verilmesini ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirmemiştir.²⁰ *Hachette Filipacchi Presse Automobile ve Dupuy Fransa'ya Karşı* davasında, Formula 1 sürücüsü Michael Schumacher'in kupalar alınırken tanıtım amaçlı ayarlanan, yarış anında kaydedilmemiş dava-ya konu fotoğraflarda kolunda bulunan sigara logosunun okunaksız hale getirilmesi gerektiğine değinmiş; *Société de Conception de Presse et d'Édition ve Ponson Fransa'ya Karşı* davasında ise, *Société de Conception de Presse et d'Édition* tarafından yayınlanan ve Ponson'nun genel yayın yönetmeni olduğu, özellikle gençlerin takip edilen *Entrevue* Dergisi'nde Schumacher'in kolundaki sigara logosunun sigara paketinin fotoğrafıyla değiştirilmesini, her ne kadar eleştiri kastı bulunsun da, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendiremeyeceğine karar vermiştir. Zira genç insanların sigara içmeye teşvik edilmesi önemli bir kamu sağlığı meselesi olarak değerlendirilmiştir.²¹ Benzer şekilde, vergi düzenlemeleriyle caydırıcı etki yaratılmak istenmesi, mülkiyet hakkı ile çatışmaktaysa da “kamu sağlığının korunması” amacı bu düzenlemeleri meşru kılmaktadır.²²

Buna karşın, kapalı alanlardaki sigara içme yasağı nedeniyle, dışarıda sigara içtikten sonra içeriye dönen içicilerin nefes alıp vermelerinden ve kıyafetlerinden uçucu organik –benzin ve stiren gibi- bazı maddelerin etrafa yayıldığı kabul edilse de sigara içtikten sonra ortalama iki dakika dışarıda

20 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Resmi Sitesi, **Hachette Filipacchi Presse Automobile ve Dupuy Fransa'ya Karşı**, Başvuru No. : 13353/05, Karar Tarihi: 5 Mart 2009, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-91612>; **Société de Conception de Presse et d'Édition ve Ponson Fransa'ya Karşı**, Başvuru No. : 26935/05, Karar Tarihi: 5 Mart 2009, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-91609>, (Erişim Tarihi: 20 Nisan 2013). Sigarada reklam yasağının hukuka uygun kabul edilebilmesi için, bu yasakların sigara tüketimine etkisinin ispatlanması gerektiğini, aksi halde orantılılığın gözetilmemiş olacağı yönünde görüş için bkz. Nel, 2004, s. 65-83; satışının hukuka uygun olduğu sigaranın reklamlarının yasaklanması ifade özgürlüğü teorisiyle örtüşmediği yönünde görüş için bkz. Ferguson, 2003, s. 315-339.

21 REID, 2011, s. 494-495.

22 MALCOLM, 1999, s. 40.

kalındığında bu maddelerin etkisinin ihmal edilebilir bir seviyeye indiği tespit edilmiş olduğundan, sadece bu nedenle işten atılmaları ya da halka açık alanlara kabul edilmemeleri orantısız bir önlem olacaktır.²³

Bu bağlamda Danıştay 10. Dairesi de orantısız bir önlem olduğu kanaatine vardığı 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun'un 2. maddesinde yapılan değişikliklerle kahvehanelerde sigara içilmesinin yasaklanması, Anayasa'nın "temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması" başlıklı 13., "kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" başlıklı 17. ve "çalışma ve sözleşme hürriyeti" başlıklı 48. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluyla başvurmuştur.²⁴ Danıştay'ın itirazında ileri sürdüğü 17. ve 48. maddelerin özel sınırlama sebebi içermemesi, bu hakların yalnızca diğer haklarla çatıştığı ölçüde sınırlanabileceklerini göstermekte, şüphesiz bu çatışmanın 13. maddede yer alan anayasal sınırlamalara uygunluğunun da denetlenmesi gerekir.²⁵ Anayasa Mahkemesi kahvehanelerin kapalı alanlarında tütün ve tütün ürünlerinin tüketilmesinin yasaklanmasının devletin pozitif yükümlülüklerinin bir sonucu olduğuna, hakkın sınırlandırılırken ölçülülük ilkesinin aşılmadığına ve

²³ <http://publichealthlawcenter.org/sites/default/files/resources/tclc-symposium-law-review.pdf> (Erişim Tarihi: 1 Mayıs 2013).

²⁴ Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, Karar No.: 2011/008, Esas No.: 2010/058, Tarih: 06.01.2011.

4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun, Resmi Gazete, 26.11.1996, Sayı 2829. 3/1/2008 tarihli 5727 sayılı Tütün Mamüllerinin Zararlarının Önlenmesine Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile, 4207 sayılı kanunun adı "Tütün Mamüllerinin Zararlarının Önlenmesine Dair Kanun" iken "Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun" olarak değiştirilmiştir. İlaveten 4207 sayılı kanunun 2. maddesinin başlığı "Tütün ve tütün mamüllerinin içilmesi yasaklanan yerler" iken "Tütün ürünlerinin yasaklanması" olarak; 1. fıkrasının içeriği ise şu şekilde değiştirilmiştir: "(1) Tütün ürünleri;

a) Kamu hizmet binalarının kapalı alanlarında,

b) Koridorları dahil olmak üzere her türlü eğitim, sağlık, üretim, ticaret, sosyal, kültürel, spor, eğlence ve benzeri amaçlı özel hukuk kişilerine ait olan ve birden çok kişinin girebileceği (ikamete mahsus konutlar hariç) binaların kapalı alanlarında,

c) (Değişik: 24/5/2013-6487/26 md.) Hususi araçların sürücü koltukları ile taksi hizmeti verenler dâhil olmak üzere karayolu, demiryolu, denizyolu ve havayolu toplu taşıma araçlarında,

ç) Okul öncesi eğitim kurumlarının, dershaneler, özel eğitim ve öğretim kurumları dahil olmak üzere ilk ve orta öğrenim kurumlarının, kültür ve sosyal hizmet binalarının kapalı ve açık alanlarında,

d) Özel hukuk kişilerine ait olan lokantalar ile kahvehane, kafeterya, birahane gibi eğlence hizmeti verilen işletmelerde, tüketilemez."

²⁵ ODER, 2014, s.114.

kişilerin özel teşebbüs kurma haklarını zedeleyen bir durumun söz konusu olmadığına oyçokluğuyla karar vermişse de karşı oyların gerekçeleri dikkat çekicidir. Başkan Vekili Osman Alifeyyaz Paksüt ve Üye Engin Yıldırım, karşı oy yazılarında benzer gerekçelerle, itiraz konusu kuralın, belli bölümlerinde sigara içilebilen kahvehaneler işletilmesine veya sırf sigara içenlere mahsus kahvehaneler açılmasına olanak tanımamasının çalışma özgürlüğüne ve toplum sağlığının korunması için demokratik bir toplumda gerekli olmayan, orantısız bir müdahale olduğunu ve bu nedenle Anayasa'ya aykırı bulunması gerektiğini savunmuşlardır. Zira çalışma özgürlüğüne müdahale edilmesine rağmen kararda sınırlama sebepleri tatmin edici bir şekilde irdelenmemiştir. Bu bağlamda değinilmesi gereken bir diğer husus, Mahkeme'nin tütün içenlerin sahip olduğu 17. ve "özel hayatın gizliliği" başlıklı 20. maddede yer alan haklarına hiç değinmemiş olmasıdır.²⁶

Sigara kullanımını sınırlandırırken yapılacak müdahalelerin; ifade özgürlüğü, özgürlük hakkı, özel hayatın gizliliği, mülkiyet hakkı, çalışma özgürlüğü gibi temel haklarla çekişmesinde ölçülülük ilkesinin her olayda ayrıca değerlendirilmesi gerektiği açıktır.

B. Özel Görünümleri Bakımından Değerlendirme

Çocuklar ve kadınlar hakkındaki sigara üretim ve tüketimine ilişkin insan hakları standartları söz konusu kişilerin özel durumları göz önünde bulundurularak getirilmiştir. Zira, dünya nüfusunun % 20'sinin sigara içtiği, bunun 800 milyon erkek ve 200 milyon kadını kapsadığı ve pasif içicilik nedeniyle ölen 600 bin kişinin % 75'inin kadın ve çocuklardan oluştuğu görülmektedir.²⁷ İlaveten Türkiye'de son zamanlarda yapılan araştırmalar, kadın ve çocuklarda sigara kullanımının arttığını ortaya koymaktadır.²⁸ Bu nedenle, sigaranın üretim ve tüketimi safhalarında çocukları ve hamilelikte sigara içme durumunu da göz önünde bulundurarak çocuk hakları ve kadın hakları ayrı ayrı incelenecektir.

a. Sigara Kullanımının Çocuk Hakları ile İlişkisi

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 1. maddesine göre, on sekiz yaşına kadar herkes çocuk sayılmaktadır. Çocuklarda sigara kullanımı, onlu yaşlar-

²⁶ ODER, 2014, s.119.

²⁷ ERIKSEN ve diğ., 2012, s.1.

²⁸ DE ALWIS ve DAYNARD, 2011, s. 114.

dan sonra başlamaktadır. Yapılan araştırmalar, dünyadaki çocukların yarısının- yaklaşık 700 milyon- pasif içiciliğe maruz kaldığını ve bugün hayatta olan 250 milyon çocuğun sigara yüzünden öleceğini ortaya koymaktadır.²⁹ Pasif içiciliğin neden olduğu hastalıklara ilaveten ailede sigara ile tanışan çocukların sigara kullanımına da erken yaşlarda başladıkları bilinmektedir.³⁰

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin hazırladığı 14 No'lu Genel Yorum'un 23. paragrafında; devletlerin gençlere sağlıklarını etkileyecek kararlara katılma, yaşam becerilerini geliştirme, sağlıklarına ilişkin hangi davranışı seçeceklerine ilişkin bilgiye erişme, danışmanlık alma ve müzakere etme fırsatı tanıyan güvenli ve destekleyici bir ortam sağlama yükümlülüğünün bulunduğu belirtilmektedir. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ise 14 No'lu Yorum'da yer alan sağlık hakkı sorunlarını detaylı bir şekilde düzenlemektedir.

Çocuk Hakları Komitesi 4 No'lu Genel Yorumu'nda, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 17. maddesinde yer alan “çocuğun; özellikle toplumsal, ruhsal ve ahlaki esenliği ile bedensel ve zihinsel sağlığını geliştirmeye yönelik çeşitli ulusal ve uluslararası kaynaklardan bilgi ve belge edinme” hakkının devlete, alkol, sigara ve diğer zararlı maddeler hakkında kanunlar, politikalar ve programlar yoluyla etkin tedbirler alma ve çocuklara maruz kaldıkları sigara dumanının etkilerini bildirme yükümlülüğü getirdiğini belirtmiştir.³¹ Bu madde ile Tütün Kontrolü Hakkında Çerçeve Sözleşme'nin gereği olarak,³² çocukları hedef alan sigara reklamlarının düzenlenmesi ve yasaklanması da devletin yükümlülükleri arasındadır.³³ İlaveten Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 27. maddesi ile taraf devletler, her çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişmesini sağlayacak yeterli bir hayat seviyesine sahip olma hakkı olduğunu, devletin de ulusal durumları ve olanakları ölçüsünde, çocuğun bu hakkının uygulanmasında yardımcı olmak için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü altında bulunduğunu kararlaştırmıştır. Bu madde açısından bakıldığında, çocukların hakkını korumak amacıyla ebeveynlerin ya da çocuğa bakmakla yükümlü kişilerin sigara kullanımını en aza indirmek de bir

29 Dünya Sağlık Örgütü Resmi Sitesi, **Tobacco and The Rights of the Child**, http://whqlibdoc.who.int/hq/2001/WHO_NMH_TFI_01.3_Rev.1.pdf (Erişim Tarihi: 1 Mayıs 2013).

30 ÖZCEBE, 2008, s. 13.

31 Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi, **4 No'lu Yorum Kararı**, [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/CRC.GC.2003.4.En](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/CRC.GC.2003.4.En), para. 10. (Erişim Tarihi: 25 Nisan 2013).

32 Tütün Kontrolü Hakkında Çerçeve Sözleşme, Resmi Gazete, 25.12.2004, Sayı 25681.

33 Para. 25.

yükümlülük haline gelmektedir. Zira, yetişkinler sağlıklarını korumak amacıyla pasif içiciliğin zararlarını önlemek için birtakım tedbirler alabilirken çocuklar, genelde bu imkana sahip değildir. Bu yönüyle bakıldığında, çocukların sigaraya maruz bırakılmasının bir çocuk istismarı olup olmadığı tartışılmış, devletin araçlarda ya da evde çocuk bulunması halinde sigarayı yasaklaması, sigaraya bağlı hastalıkları geçiren çocukları tedavi eden doktorlara kuşkuğunu bildirme zorunluluğu getirilmesi gibi kurallar önerilmiştir.³⁴ Görülmektedir ki, çocukların sigara tüketimine başlamalarını engellemek için müdahale amacıyla orantılı olarak, öğretmenler veya pedagoglar tarafından sağlığa zararlarının açıkça anlatılması,³⁵ çocuklara yönelik reklamların yasaklanması, çocuklara sigara satışının yasaklanması araç olarak kullanılmaktadır.³⁶

Çocuk ve sigara arasındaki negatif ilişkinin bir diğer yönü, iş gücüne fazlasıyla ihtiyaç duyulan tütün üretiminde çocukların ucuz iş gücü olarak çalıştırılmalarıdır.³⁷ Tütün tarlalarında çalışan çocuklarda da pek çok hastalık görülmektedir. Zira hasat zamanında, tütün bitkisindeki nikotin dahil olmak üzere pek çok zehire maruz kalan çocukların sağlık ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakları ihlal edilmektedir. Bu ihlallerin yanı sıra çalışmak zorunda bırakılmaları nedeniyle, zorla çalışma yasağı ve eğitim hakları da kullanılamaz hale gelmektedir.

b. Sigara Kullanımının Kadın Hakları ile İlişkisi

Özellikle gelişmekte olan ülkelerde kadınların sigara içmesinin sosyal olarak kabul edilemez bir davranış olarak görülmesi, kadınların erkeklerle oranla daha az sigara içmeleri sonucunu doğurmuştur.³⁸ Nitekim çeşitli toplumlarda kadınların gelir seviyesi arttıkça sigara içme oranlarının da arttığı gözlemlenmiştir.³⁹ Hatta sigara şirketlerinin kadınların oy haklarını desteklemeleri sonucunda Amerika Birleşik Devletleri'nde sigaranın kadınları daha

³⁴ EZRA, s. 575; ANDOH, 2001, s. 127-128.

³⁵ Türkiye'de öğretmenlerin bazı yerlerde % 30-35'inin sigara içtiği tespit edildiğinden öğrencilere tükettikleri bir ürünün zararlarını anlatmaları, çelişkili bir görüntü sergilemelerine ve inandırıcılıklarını yitirmelerine neden olacaktır. Bkz. ALWIS ve DAYNARD, 2011, s. 115.

³⁶ MALCOLM, 1999, s. 18-19.

³⁷ PALITZA, <http://www.guardian.co.uk/global-development/2011/sep/14/malawi-child-labour-tobacco-industry> (Erişim Tarihi: 21 Nisan 2013); Tobacco and The Rights of the Child, s. 39-43.

³⁸ DRESLER ve MARKS, 2006, s 625.

³⁹ The Tobacco Atlas, s. 32.

güçlü ve bağımsız gösterdiğine inanılmıştır.⁴⁰ Gelişmiş toplumlarda, sigara içen kadınlar da en az erkekler kadar sigaraya bağlı sağlık sorunlarıyla mücadele etmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde, kadınlarda görülen akciğer kanserinin genelde en ölümcül tür olan meme kanserinin önüne geçtiği tespit edilmiştir.⁴¹

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi'nin 11-1. maddesinin f bendi, “güvenli şartlar içinde çalışma hakkı ve sağlığın ve doğurganlığın korunması” hakkını, 14-2. maddesinin b bendi “bilgi ve danışma dahil olmak üzere yeterli sağlık hizmetlerinden faydalanma” hakkını düzenlemektedir. Devletlerin kadınların bu haklarını kullanmalarına zemin hazırlayabilmeleri için, özellikle az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde, kadınlara sigara hakkında aydınlatıcı bilgi verilmesi gerekmektedir.

Türkiye'nin de taraf olduğu bu sözleşme kapsamında bakıldığında, hamile kadınların sigaranın neden olduğu düşük tehlikesi, düşük kiloda olan bebekler dünyaya getirme, bebeğin akciğer dokusunun daha az gelişmiş olması gibi sonuçlar bakımından bilgilendirilmesi gerekmektedir.⁴² Bu noktada devletin sigara içen anneye karşı cenini koruma yükümlülüğü olup olmadığı, annenin sigara kullanmayı sürdürmesi halinde bebeğin dünyaya geldikten sonra, sigaranın neden olduğu zararlar hakkında annesine karşı dava açma hakkı olup olmadığı gibi hukuki sorunların da tartışılması mümkündür.⁴³

Sigara şirketlerinin mülkiyet haklarını kısıtlamak pahasına sigara paketlerinin üzerine sağlıkla ilgili yazı ve görsellerin konulmasına ilişkin hukuki düzenleme yapılmasının, özellikle kadın ve çocuklar açısından etkili bir yöntem olduğu savunulmaktadır.⁴⁴

II. Sigara Kullanımının Sınırlandırılması Hakkında Mevzuat

Türkiye, daha önce sıklıkla bahsettiğimiz Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşme, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Hakkında Sözleşme ve

40 CURTIS, Belgesel, 2002. Amerika Birleşik Devletleri'nde sigara tüketilmesinin önlenmesine ilişkin hukuki düzenlemeler, mahkeme kararları ile sigara içenler ve içmeyenlerin ileri sürdükleri argümanlar için bkz. CLASSEN, 1988, s. 831-858. SWINGLE, 1980, s. 444-475.

41 APPLEBERRY, 2000, s. 314.

42 MEURS, 1999, s. 14-16.

43 ANNOPOLEN, 2005, s. 744-778.

44 APPLEBERRY, 2001, s. 95.

Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne taraftır. 1982 Anayasası'nın 90. maddesinde, usulüne uygun şekilde yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmaların kanun hükmünde olduğu, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmaların ise kanunların üstünde yer aldığı kabul edilmiştir.⁴⁵ Dolayısıyla, insan haklarına ilişkin düzenlemeler getiren adı geçen sözleşmeler ile kanunların çatışması halinde sözleşmeler uygulanacaktır. Bu bölümde uluslararası ve ulusal mevzuatın sigaranın sınırlandırılması sorununa nasıl yaklaştığı incelenmeye çalışılacaktır.

A. Uluslararası Düzenlemeler

Daha önce bahsedilen Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara Dair Uluslararası Sözleşme, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Hakkında Sözleşme, ve Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin yanı sıra Dünya Sağlık Örgütü'nün hazırladığı ve 168 devletin imzaladığı Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi önem arz etmektedir. İlavenen, üyelik sürecinde olduğumuz ve dünyada en fazla sigara tüketimin olduğu bölge olan Avrupa Birliği'nde yapılan düzenlemelerin de ayrıca incelenmesi yerinde olacaktır.

a. Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi

Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi, 56. Dünya Sağlık Toplantısı'nda oybirliği ile kabul edilmiş ve 27 Şubat 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Sözleşme'nin dibacesinde sağlığın bir hak olduğu, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi kapsamında kadınlara karşı sağlıkta ayrımcılık yapılmasını önlenmesi ve Çocuk Hakları Sözleşmesi kapsamında, devletlerin çocukların mümkün olan en yüksek sağlık standartlarında yaşama haklarını tanımalarına atıfta bulunulmuştur. Çerçeve Sözleşme'nin konu ve amacı 3. maddede şu şekilde belirtilmiştir: "İşbu Sözleşme'nin ve protokollerinin amacı, tütün kullanımı ve tütün dumanına maruz kalmanın yaygınlığını sürekli ve özlü bir şekilde azaltmak için, tarafların ulusal, böl-

45 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin 5. fıkrası şu şekildedir: "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7.5.2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." 5170 sayılı kanun ile ek cümlelerin getirilmesine kadar uluslararası andlaşmaların Türk hukukundaki yeri konusunda hem doktrinde hem de yüksek yargı mercileri arasında itilaf bulunmaktaydı. Detaylı bilgi için bkz. BAŞLAR, 2004, s. 279-336; AKKUTAY, 2007, s. 415-447.

gesel ve uluslararası düzeylerde uygulayacakları bir tütün kontrol önlemleri çerçevesi sağlamak suretiyle, mevcut ve gelecek nesilleri, tütün tüketimi ve tütün dumanına maruz kalmanın yıkıcı sağlık, sosyal, çevresel ve ekonomik sonuçlarından korumaktır.”

Çerçeve Sözleşme’nin 4. maddesinde yedi rehber ilke belirlenmiştir. Birinci ilke; her bireyin tütün tüketimi ve tütün dumanına maruz kalmanın neden olduğu sağlık sorunları, bağımlılık ve hayati tehlikeler konusunda bilgilendirilmesidir. İkinci ilke, yerli halka ve cinsiyete bağlı risklere özel bir atıfla, bireylerin sigara dumanına maruz kalması ve sigaraya başlamasının önüne geçilmesi için tedbirler alınmasıdır.⁴⁶ Ayrıca “gelişmekte olan ve ekonomileri geçiş sürecinde olan ülkelerdeki tütün kontrol programlarının bir sonucu olarak geçimleri olumsuz etkilenen tütün yetiştiricilerine ve işçilerine teknik ve mali destek sağlanması”⁴⁷ ve “etkili tütün kontrol programlarının oluşturulması ve uygulanması”⁴⁸ hususunda uluslararası işbirliği öngörülerek sivil toplumun bu sürece katılması hedeflenmiştir.

Çerçeve Sözleşme, taraf devletlere, sigara tüketiminin ve pasif içiciliğin azaltılması için, yerel ve uluslararası örgütlerle işbirliği ve birlikte çalışmanın gerekliliğine vurgu yapmıştır.⁴⁹ Vergilendirme ve çocuklara sigara satışının engellenmesi ve tüketimi azaltıcı paketleme yöntemlerine de yer verilmiştir.⁵⁰ 12. madde, farkındalığı arttırmak için oldukça önemli olan “mevcut tüm iletişim araçlarını kullanarak, tütün kontrolü konularında toplumsal duyarlılığı sağlama ve güçlendirme” yükümlülüğü getirmektedir. Devletlere getirilen “reklam, promosyon ve sponsorlukla ilgili kapsamlı yasaklar getirme” yükümlülüğü özellikle çocuk ve kadınları hedef alması yönüyle önemli bir araçtır.

Çerçeve Sözleşme, sigara tüketimi kadar detaylı ve açık olmamakla birlikte, üretime ilişkin bazı düzenlemeler getirmiştir. 17. maddede, uluslararası işbirliği halinde, “tütün işçileri ve yetiştiricileri, eğer varsa bireysel satıcılar için ekonomik olarak varlıklarını sürdürebilecekleri alternatifler geliştirmek”, 18. maddede ise, “yetiştirilmesi ve imalatı bakımından çevrenin ve çevreyle ilgili insan sağlığının korunmasına gerekli dikkati gösterme” yükümlülüğü hükme bağlanmıştır.

46 Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi, m.4-2.c.

47 Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi, m.4-6.

48 Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi, m.4-3.

49 Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi, m.15-6.

50 Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi, m.16.

b. Avrupa Birliği

1980'lerden itibaren Avrupa Birliği ülkelerinde sigara kullanımını kontrol altına almak için kararlar alınmış ve ulusal mevzuatlarda düzenlemeler yapılmış, tüketicilerin farkındalıklarını arttırma ve kamu sağlığı nedeniyle pazarlamanın sınırlandırılması sağlanmaya çalışılmıştır.⁵¹ Avrupa Birliği'nde tütün tüketimine ilişkin iki temel bağlayıcı metnin bulunduğu görülmektedir. Bunlardan ilki, üreticilerin sigara paketlerinin üzerine sağlık uyarıları koyması, "light", "düşük katranlı" gibi ibarelerin kaldırılması, içindekilerin açıkça yazılması ve katran, nikotin ve karbonmonoksit oranlarının sınırlandırılmasını düzenleyen 2001 tarihli "Tütün Ürünleri hakkında Direktif"⁵² tir. İkincisi ise, yazılı basın, internet ve radyolarda yayınlanan sigara reklamları, görsel medyada ürün yerleştirme ve sigara şirketlerinin sponsorluklarını yasaklayan 2003 tarihli "Tütün Ürünleri Reklamları hakkında Direktif" olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵³ Bilimsel verilerin artması, elektronik veya esanslı sigara türlerindeki artış, Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi'ne taraf olunması gibi nedenlerle 2001 tarihli Direktif'in yerine uygulanmak üzere, Nisan 2014'te 2014/40/EU sayılı Direktif kabul edilmiştir.⁵⁴ 2014 tarihli Direktif'in yürürlüğe girmesi için üye devletlere 20 Mayıs 2016'ya kadar süre tanınmıştır. Bu direktifle birlikte, esanslı (meyve veya mentol içerikli) sigaraların satışı yasaklanacak, tütün endüstrisinin üye devletlere sigaranın muhtevasıyla ilgili detaylı raporlar sunması sağlanacak, sigara veya tütün ürünlerinin internet üzerinden satılması engellenecek, elektronik sigaralar için güvenlik ve kalite standartları getirilecek ve uyarı resimlerinin ve yazılarının kutunun önünde ve arkasında, kutuya oranının %65 olması sağlanacak ve böylece sigaranın çekiciliğini ortadan kaldıracak tedbirler alınacaktır.

2009/C 296/02 sayılı Tavsiye Kararı'na rağmen, halka açık yerlerde veya kapalı alanlarda sigara kullanımının yasaklanması hakkında Avrupa Birliği

51 European Commission, Directorate-General for Health and Consumers, **Tobacco Control in the EU**, Eylül 2009, http://ec.europa.eu/health/archive/ph_information/documents/tobacco_control_en.pdf (Erişim Tarihi: 23 Nisan 2013).

52 Avrupa Birliği Parlamentosu, **2001/37/EC sayılı Direktif**, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0037:EN:HTML>, (Erişim Tarihi: 23 Nisan 2013).

53 Avrupa Birliği Parlamentosu, **2003/33/EC sayılı Direktif**, http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=32003L0033&model=guichett, (Erişim Tarihi: 23 Nisan 2013).

54 Avrupa Birliği Parlamentosu, **2014/40/EU sayılı Direktif**, http://ec.europa.eu/health/tobacco/docs/dir_201440_en.pdf (Erişim Tarihi: 27 Nisan 2013).

ülkeleri arasında henüz bir yeknesaklık sağlanmamışsa da, devletlerin tamamı Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi'ne taraf olması nedeniyle yükümlülüklerini zaman içinde yerine getirecekleri beklenmektedir.⁵⁵

B. Ulusal Düzenlemeler

Anayasa Mahkemesi kahvehanelerde sigara kullanımının sınırlandırılmasına ilişkin daha önce bahsi geçen kararda 1982 Anayasası'nın 12., 17. ve 56. maddelerinden bahsetmiş ve devletin bu husustaki pozitif yükümlülüğüne işaret etmiştir.⁵⁶ Buna göre, 12. maddede, “herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder” hükmüne yer verilmiş, 17. maddenin birinci fıkrasında, “herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” denilmiş, 56. maddede de herkesin sağlıklı yaşama hakkına sahip olduğuna işaret edilmiştir. Herkesin sağlıklı yaşamaya, hastalıklardan korunmaya, hastalıklarını ve rahatsızlıklarını giderme imkânlarına sahip olma hakkı vardır. Bu anayasal temelde çıkarılan kanunlar, yönetmelik ve genelgeler incelenmeye çalışılacaktır.

a. 4207 Sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun ve Uygulanması

2006/29 sayılı Başbakanlık Genelgesi, Tütün Kontrol Çerçeve Sözleşmesi kapsamında yapılması gerekenleri ve hangi idarelerin yetkili olduğunu “Ulusal Tütün Programı” ile açıklamıştır.⁵⁷ Bu programda, Çerçeve Sözleşme'ye paralel olarak, halkı bilgilendirme, bilinçlendirme ve eğitim, sigarayı bırakma, fiyat ve vergilendirme, pasif içicilik, reklam, promosyon ve sponsorluk, ürün kontrolü ve tüketicinin bilgilendirilmesi, tütün arzının ve tütün ürünlerinin kullanımının azaltılmasına yönelik önlemler ile tütün üretimi ve alternatif politikalar hakkında hedefler ve stratejiler belirlenmiştir. Bu programa uygun olarak, sigara içilmesinin sınırlandırılması hakkında temel kanun

⁵⁵ Bu konuda hazırlanmış rapor için bkz. Smoke-free Partnership, **Smoke-free legislation in the EU**, <http://www.smokefreepartnership.eu/smoke-free-legislation-eu>, (Erişim Tarihi: 23 Nisan 2013).

⁵⁶ Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, Karar No.: 2011/008, Esas No.: 2010/058, Tarih: 06.01.2011.

⁵⁷ 2006/29 sayılı Başbakanlık Genelgesi, Resmi Gazete, 7 Ekim 2006, Sayı: 26312.

olan 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun'da değişiklikler yapılmıştır.

Sigara yasağının kapsamı 4207 sayılı kanunla yapılan değişiklikler ile genişletilmiştir. Kanunun “tütün ürünlerinin yasaklanması” başlıklı 2. maddesi, kamu hizmet binalarının ve özel kişilere ait olmasına rağmen birden çok kişinin girebildiği –spor, eğlence, kültür vb. faaliyetlerin yapıldığı yerler, lokanta, kahvehane vb. yerler, ikamete mahsus konut olmamak kaydıyla- binaların kapalı alanları ile taksiler dahil olmak üzere toplu taşıma araçlarını kapsamaktadır. Bu hükümde “kapalı alan” kavramından ne anlaşılması gerektiği 2009/13 sayılı Başbakanlık Genelgesi ile açıklanmıştır. Buna göre, “sabit veya seyyar bir tavanı veya çatısı (çadır, güneşlik vb. dahil) olan, kapıları, pencereleri ve giriş yolları dışında bütün yan yüzeyleri geçici veya kalıcı olarak tamamen kapatılmış alanlar ile aynı şekilde tavanı veya çatısı olup yan yüzeylerinin yarısından fazlası kapalı bulunan yerler “kapalı alan” olarak değerlendirilecektir.”⁵⁸

Yaşlı bakım evleri, ruh ve sinir hastalıkları hastaneleri, cezaevleri, deniz-yolu araçlarının güverteleri ve otellerin sigara içilmesine izin verilen odaları bu yasağın istisnalarını oluşturmaktadır. Bu bağlamda cezaevleri ile ilgili daha önce değindiğimiz İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarının göz önünde bulundurulması gerekecektir.

Tütün üreticilerinin reklam, promosyon ve sponsorlukları ile satış yasakları 4207 sayılı kanunun 3. maddesiyle düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluyla gelen ilk başvuru da bu hükme ilişkindir. Bir tütün üreticisinin açık hava etkinliği düzenlemek için izin talebinin Valilik tarafından reddedilmesi üzerine açılan davada, tütün üretim ve satışının hukuken yasaklanmamış olmasına rağmen, 3. maddede geçen “her ne suretle olursa olsun reklam veya tanıtım yapılması...” ifadesinde geçen “reklam” sözcüğünün Anayasa'nın çalışma özgürlüğü ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlama sebeplerinin öngörülen amaç dışında kullanılmaması ilkesine aykırı düştüğü ileri sürülmüştür. Ancak Anayasa Mahkemesi oybirliği ile aldığı kararda, reklamların teşvik ve özendirmeye yol açarak toplum sağlığını olumsuz etkilediği, sigaranın insan sağlığı üzerindeki olumsuz etkisi nedeniyle yapılan sınırlamanın meşru olduğu gerekçesiyle itirazı reddetmiştir.⁵⁹

58 4207 Sayılı Kanun Hükümlerinin Uygulanması Konulu, 2009/13 sayılı Başbakanlık Genelgesi, Resmi Gazete, 16 Temmuz 2009, Sayı: 27290.

59 Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, Karar No.: 1999/009, Esas No. :1998/024, Karar Günü: 13.04.1999.

4207 sayılı kanunun “kontrolün sağlanması” başlıklı 4. maddesi, sigara tüketiminin yasaklandığı yerlerde ilanı zorunlu yasal uyarılar ve tütün ürünlerinin üzerinde sağlığa zararlarını belirten uyarı mesajlarının bulunmasını zorunlu tutmaktadır. Aynı maddenin 7. fıkrasına göre; ulusal, bölgesel ve yerel yayın yapan özel televizyon kuruluşları ve radyolar, ayda en az doksan dakika, otuz dakikasını 17:00-22:00 saatleri arasında olmak üzere, tütün ürünleri ve sağlığa zararlı diğer alışkanlıklar konusunda uyarıcı, eğitici mahiyette yayınlar yapmak zorundadır.

b. Sigara Kullanımına İlişkin Yasakların İhlal Edilmesi ve Yaptırım Sorunu

4207 sayılı kanunun 5. maddesi, getirilen düzenlemelere aykırılık halinde cezai yaptırımları düzenlemektedir. Kabahatler Kanunu’nun 39. maddesi, kamu hizmet binalarının kapalı alanlarında, toplu taşıma araçlarında, özel hukuk kişilerine ait olan ve herkesin girebileceği binaların kapalı alanlarında, tütün mamullerinin tüketilemeyeceğini belirtir açık bir işarete yer verilmesine rağmen, bu yasağa aykırı hareket eden kişiye verilecek para cezalarını düzenlemektedir. Buna ilaveten, 5. maddenin 2. fıkrası, yasak olduğu halde sigara içilmesine müsaade edilmesi veya yetkililerce göz yumulması halinde, işletme izni veren kurumun (açılış ruhsatını belediye veriyorsa belediye) önce o işletmenin sorumlusuna gerekli tedbirleri alması için yazılı uyarı yaparak uygun bir süre vermesini düzenlemektedir. Uyarı yazılarının düzenlenen boyut ve içerikte olmaması, toplu taşıma araçlarında sigara yasağına ilişkin ibarelerin bulunmaması da cezai yaptırım uygulanmasının sebeplerindendir.

SONUÇ

Bu çalışmada adı geçen uluslararası sözleşmelere taraf olan devletler, sözleşmelerde tanınan hakları korumak için ulusal mevzuatlarında uyum çalışmaları yapma yükümlülüğü altındadır. İncelenen sözleşmeler ışığında, sigara kullanımının sınırlandırılmasının sağlık hakkı, mülkiyet hakkı, çalışma hakkı, çocuğun korunması, ifade özgürlüğü ile ilgili pek çok temel hak ve özgürlüklerle ilişkisi olduğu görülmektedir. Üretim aşamasında ise, çocuk işçilerin durumu ve çalışma hakkı⁶⁰ bakımından sorunlar mevcuttur. İnsan hakları hukukunun temel taşlarından biri de toplumda kendilerine has özellikler taşıyan kişilerin korunmasıdır. Bu yönüyle, sigaranın kadınlar ve çocuklar

60 Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, m.6.

üzerindeki etkisi, sigara kullanımının sınırlandırılması açısından insan hakları temelli yaklaşımların önemini ortaya koymaktadır.⁶¹

Ülkemizdeki mevzuat, çalışma konusu olan sigara kullanımının sınırlandırılması bağlamında, uluslararası hukuk ile uyumlu görünmektedir. Ancak bazı alanlarda hukuki düzenlemelerin yürürlüğe girdikleri dönemde olduğu gibi ciddiye uygulanmadığı gündelik yaşam içerisinde gözlemlenmektedir. Hukuki düzenlemelerin etkinliğini değerlendirirken, ihlallerin az sayıda olması ya da artarak devam etmesi durumları tespit edilmeli, uygulamanın kurallarla uyumsuz olduğu noktalar irdelenmelidir.⁶² Ancak bu şekilde var olan hukukun toplumsal düzene etki ettiği savunulabilir. Sigara kullanımı gibi çok boyutlu bir konuda böyle bir değerlendirme için interdisipliner çalışmaların yapılması ve sivil toplumun harekete geçmesi elzemdir.

Bireylerin sigara tüketmeleri veya sigaraya maruz kalmaları neticesinde uğradıkları zararlardan dolayı sigara üreticilerinin sorumluluğu ve hatta devletin yeterince etkin tedbirler almamış olması nedeniyle sorumluluğunun doğup doğmaması da başka bir çalışma konusu olarak incelenmelidir.

61 ALWIS ve DAYNARD, 2009, s. 373.

62 ÜSKÜL ENGİN, 2012, s. 161.

KAYNAKÇA

Mevzuat ve Mahkeme Kararları

- 2006/29 sayılı Başbakanlık Genelgesi, Resmi Gazete, 7 Ekim 2006, Sayı: 26312.
- 4207 Sayılı Kanun Hükümlerinin Uygulanması Konulu, 2009/13 sayılı Başbakanlık Genelgesi, Resmi Gazete, 16 Temmuz 2009, Sayı: 27290.
- 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun, Resmi Gazete, 26 Kasım 1996, Sayı 2829.
- Anayasa Mahkemesi, Kararlar Bilgi Bankası, Karar No.: 2011/008, Esas No.: 2010/058, Tarih: 06.01.2011.
- Anayasa Mahkemesi, Kararlar Bilgi Bankası, Esas No.: 2010/058, Karar No.: 2011/008, Tarih: 06.01.2011.
- Anayasa Mahkemesi, Kararlar Bilgi Bankası, Esas No.: 1998/024, Karar No.: 1999/009, Karar Günü: 13.04.1999.
- Avrupa Birliği Komisyonu, Directorate-General for Health and Consumers, **Tobacco Control in the EU**, Eylül 2009, http://ec.europa.eu/health/archive/ph_information/documents/tobacco_control_en.pdf (Erişim Tarihi: 23 Nisan 2013).
- Avrupa Birliği Parlamentosu, 2001/37/EC sayılı Direktif, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0037:EN:HTML>, (Erişim Tarihi: 23 Nisan 2013).
- Avrupa Birliği Parlamentosu, 2003/33/EC sayılı Direktif, http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&-numdoc=32003L0033&model=guichett, (Erişim Tarihi: 23 Nisan 2013).
- Avrupa Birliği Parlamentosu, 2014/40/EU sayılı Direktif, http://ec.europa.eu/health/tobacco/docs/dir_201440_en.pdf (Erişim Tarihi: 27 Nisan 2013).
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Resmi Sitesi, Elefteriadis Romanya'ya Karşı, Başvuru No. : 38427/05, Karar Tarihi: 25 Ocak 2011, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-103007> (Erişim Tarihi: 20 Nisan 2013).
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Resmi Sitesi, Hachette Filipacchi Presse Automobile ve Dupuy Fransa'ya Karşı, Başvuru No. : 13353/05, Karar Tarihi: 5 Mart 2009, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-91612>.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Resmi Sitesi, Pavalache Romanya'ya Karşı, Başvuru No. : 38746/03, Karar Tarihi: 18 Ekim 2011, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-107017> (Erişim Tarihi: 20 Nisan 2013).
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Resmi Sitesi, Société de Conception de Presse et d'Édition ve Ponson Fransa'ya Karşı, Başvuru No.: 26935/05, Ka-

rar Tarihi: 5 Mart 2009, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-91609>, (Erişim Tarihi: 20 Nisan 2013).

Avrupa Konseyi, **Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı**, CETS No. 163, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.aspx?NT=163&C-L=ENG> (Erişim Tarihi: 1 Mayıs 2013), Resmi Gazete, 9 Nisan 2007, Sayı 26488.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi, **4 No'lu Yorum Kararı**, [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/CRC.GC.2003.4.En](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/CRC.GC.2003.4.En), para. 10. (Erişim Tarihi: 25 Nisan 2013).

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, **İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi**, T.10 Aralık 1948, S. 217-A(III) Kararı, <http://www.un.org/en/documents/udhr/> (Erişim Tarihi: 27 Nisan 2013), Resmi Gazete, 27 Mayıs 1949, Sayı 7217.

Birleşmiş Milletler, **Çocuk Haklarına Dair Sözleşme**, United Nations Treaty Series, vol.1577, http://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=iv-11&chapter=4&lang=en (Erişim Tarihi: 1 Mayıs 2013), Resmi Gazete, 11 Aralık 1994, Sayı 22138.

Birleşmiş Milletler, Ekonomik, **Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme**, United Nations Treaty Series, vol. 993, http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en (Erişim Tarihi: 1 Mayıs 2013), Resmi Gazete, 11 Ağustos 2003, Sayı 25196.

Birleşmiş Milletler, **Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi**, United Nations Treaty Series, vol.1249, http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en (Erişim Tarihi: 1 Mayıs 2013), Resmi Gazete, 14 Ekim 1985, Sayı 18898.

Birleşmiş Milletler, **Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**, http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&lang=en (Erişim Tarihi: 1 Mayıs 2013).

Dünya Sağlık Örgütü Resmi Sitesi, Dünya Sağlık Örgütü'nün Kurucu Belgesi, http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf (Erişim Tarihi: 15 Nisan 2013), Türkçe çevirisi için bkz. T.C. Sağlık Bakanlığı, **Dünya Sağlık Örgütü ve Türkiye İlişkileri**, Ankara, 1997, http://ekutuphane.tusak.gov.tr/kitaplar/dunya_saglik_orgutu_ve_turkiye_iliskileri.pdf (Erişim Tarihi: 15 Nisan 2013).

Dünya Sağlık Örgütü Resmi Sitesi, **The World Health Report: Changing History**, http://www.who.int/whr/2004/en/report04_en.pdf (Erişim Tarihi: 29 Nisan 2013), s. 47-49.

Dünya Sağlık Örgütü Resmi Sitesi, **Tobacco and The Rights of the Child**, <http://>

whqlibdoc.who.int/hq/2001/WHO_NMH_TFI_01.3_Rev.1.pdf (Erişim Tarihi: 1 Mayıs 2013).

Dünya Sağlık Örgütü Resmi Sitesi, Tobacco Free Initiative: Environmental Issues, <http://www.who.int/tobacco/research/economics/rationale/environment/en/> (Erişim Tarihi: 20 Nisan 2013).

Dünya Sağlık Örgütü Resmi Sitesi, Tobacco Free Initiative: Tobacco Control Country Profiles, http://www.who.int/tobacco/surveillance/policy/country_profile/en/ (Erişim Tarihi: 20 Nisan 2013).

Dünya Sağlık Örgütü Resmi Web Sitesi, Mpower: A Policy Package to Reverse the Tobacco Epidemic, İsviçre: 2008, s. 12, http://www.who.int/tobacco/mpower/mpower_english.pdf (Erişim Tarihi: 1 Mayıs 2013).

Doktrin

AKKUTAY, Ali İbrahim, “Uluslararası Antlaşmaların Türk İç Hukukundaki Konumu ve Etkileri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.11, Sayı.1-2, 2007, s. 415-447.

ANDOH, Benjamin, “The Legal Implications of Passive Smoking at Home”, **Northern Ireland Legal Quarterly**, Cilt 52, Sayı. 2, 2001, s. 127-144.

ANNOPOLEN, Cori S., “Maternal Smoking During Pregnancy: Legal Responses to the Public Health Crisis”, **Virginia Journal of Social Policy & the Law**, Cilt.12, Sayı.4, 2005, s. 744-778.

APPLEBERRY, Robin, “Breaking the Camel’s Back: Bringing Women’s Human Rights to Bear on Tobacco Control”, **Yale Journal of Law and Feminism**, Cilt.13, Sayı.1, 2001, s. 95.

APPLEBERRY, Robin, “It’s a Woman Thing?: Sex, Status and Human Rights in the Tobacco Epidemic”, **Berkeley Women’s Law Journal**, Cilt.15, 2000, s. 312-338.

BAŞLAR, Kemal, “Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan**, Cilt. 24, Sayı.1-2, 2004, s. 279-336.

CHAPMAN, Simon, “Going Too Far? Exploring the Limits of Smoking Regulations”, **William Mitchell Law Review**, Tobacco Control Legal Consortium içinde (s.1609-1617), <http://publichealthlawcenter.org/sites/default/files/resources/tclc-symposium-law-review.pdf> (Erişim Tarihi: 1 Mayıs 2013).

CLASSEN, H.Ward, “Restricting the Right to Smoke in Public Areas: Whose Rights Should be Protected?”, **Syracuse Law Review**, Cilt.38, Sayı.3, 1988, s. 831-858.

- CROW, Melissa E., "Smokescreens and State Responsibility: Using Human Rights Strategies to Promote Global Tobacco Control", **Yale Journal of International Law**, Cilt. 29, Sayı.1, 2004, s. 209-250.
- CURTIS, Adam, **The Century of the Self**, Belgesel, 2002.
- DE ALWIS, Rangita de Silva ve DAYNARD, Richard, "Defining Tobacco Control as an Important Human Right and Development Goal", **Turkish Policy Quarterly**, Cilt. 10, Sayı.1, 2011, s.113-119.
- DE ALWIS, Rangita de Silva ve DAYNARD, Richard, "Reconceptualizing Human Rights to Challenge Tobacco", **Michigan State University College of Law Journal of International Law**, Cilt.17, Sayı.2, 2009, s.291-376.
- DRESLER, Carolyn ve MARKS, Stephen, "The Emerging Human Right to Tobacco Control", **Human Rights Quarterly**, Cilt. 28, Sayı.3, 2006, s. 599-651.
- ERIKSEN, Michael, MACKAY, Judith ve ROSS, Hana, **The Tobacco Atlas**, 4.Baskı, Atlanta: The American Cancer Society, 2012, http://www.tobaccoatlas.org/uploads/Images/PDFs/Tobacco_Atlas_2ndPrint.pdf (Erişim Tarihi: 1 Mayıs 2013).
- EZRA, David B., "Sticks and Stones Can Break My Bones, But Tobacco Smoke Can Kill Me: Can We Protect Children From Parents Smoke?", **Saint Louis University Public Law Review**, Cilt.13, Sayı.2, 1994, s. 547-590.
- EU Smoke-free Partnership, Smoke-free legislation in the EU, <http://www.smokefreepartnership.eu/smoke-free-legislation-eu>, (Erişim Tarihi: 23 Nisan 2013).
- FERGUSON, Patricia Ferguson, "Tobacco Advertising and Freedom of Speech: Why the Greater does not Include Lesser", **UCL Jurisprudence Review**, 2003, s. 315-339.
- GÖZLER, Kemal, "Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları: Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasağı", **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt.47, Sayı.1, 1990, s. 31-67.
- GRUSKIN, Sofia, GRODIN, Michael A., ANNAS, George J., MARKS, Stephen P. Marks (Ed.), **Perspectives on Health and Human Rights**, New York: Routledge, 2005.
- KATSIKI, Niki, HATZITOLIOS, Apostolos I. ve MIKHAILIDIS, Dimitri P., "Passive Smoking: The Democratic Right of Nonsmokers to Survive", **Angiology**, Cilt. 62, Sayı.7, 2011, s. 520-522.
- LANDO, Harry A., HIPPLE, Bethany J., MURAMOTO, Myra, KLEIN Jonathan D., PROKHOROV Alexander V., OSSIP, Deborah J. ve WINICKOFF, Jonathan P., "Tobacco Control and Children: an International Perspective", **Pediatric Allergy, Immunology and Pulmonology**, Cilt.23, Sayı.2, 2010, s. 99-103.

- MALCOLM, David J., “Tobacco, Global Public Health, and Non-Governmental Organizations: An Eminent Pandemic or Just Another Legal Product”, **Denver Journal of International Law and Policy**, Cilt.28, Sayı.1, 1999, s. 1-50.
- NEL, Sanette, “Freedom of Commercial Speech: Evaluating the Ban on Advertising of Legal Products such as Tobacco”, **Comparative and International Law Journal of Southern Africa**, Cilt. 37, Sayı.1, 2004, s. 65-83.
- New York Citizens Lobbying Against Smoker Harrassment, <http://www.nycclash.com>.(Erişim Tarihi: 1 Mayıs 2013).
- ODER, Bertil Emrah, “Dumansız Kamusal Yarar ve Dumanaltı Bireysellik Çatışması, Anayasa Mahkemesi’nin 2011 Tütün Yasağı İçtihadı Hakkında Karşılaştırmalı Gözlemler”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt.3, Sayı.5, 2014, s. 107-139.
- ÖBERG, Mattias, JAAKKOLA, Maritta S., WOODWARD, Alistair, PERUGA, Armando ve PRÜSS-ÜSTÜN, Annette, “Worldwide Burden of Disease from Exposure to Second-hand Smoke: a Retrospective Analysis of Data from 192 Countries”, **The Lancet**, Cilt. 377, Sayı. 9760, 2011, s. 139-146.
- ÖZCEBE, Hilal, **Çocuklar ve Sigara**, Yayın No: 731, Ankara: Sağlık Bakanlığı, 2008, s. 13. http://www.havanikoru.org.tr/dosya/Docs_Tutun_Dumaninin_Zararlari/Cocuklar_ve_Sigara.pdf (Erişim Tarihi: 25 Nisan 2013).
- PALITZA, Kristin, “Child Labour: The Tobacco Industry’s Smoking Gun”, **The Guardian**, 14 Eylül 2011, <http://www.guardian.co.uk/global-development/2011/sep/14/malawi-child-labour-tobacco-industry> (Erişim Tarihi: 21 Nisan 2013).
- REID, Karen, **A Practitioner’s Guide to the European Convention on Human Rights**, Londra: Sweet&Maxwell, 2011.
- SULLUM, Jacob, **For Your Own Good: The Anti-Smoking Crusade and the Tyranny of Public Health**, New York: Touchstone, 1999.
- SWINGLE, Morley, “The Legal Conflict Between Smokers and Nonsmokers: The Majestic Vice Versus the Right to Clean Air”, **Missouri Law Review**, Cilt. 45, Sayı. 3, 1980, s. 444-475.
- ÜSKÜL ENGİN, Zeynep, “Olan Hukuk- Olmayan Hukuk”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi: Prof. Dr. Adnan Güriz’e Armağan**, 23.Kitap, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s. 150-165.
- VANMEURS, Krisa, “Cigarette Smoking, Pregnancy and the Developing Fetus”, **Stanford Medical Review**, Cilt.1, Sayı.1, 1999, s. 14-16.
- WIMPLI, Heather, AVILA-TANG, Erika, NAVAS-ACIEN, Ana, KIM, Sungroul, ONICESCU, Georgiana, YUAN, Jie, BREYSSE, Patrick ve SAMET, Jo-

nathan M., "Secondhand Smoke Exposure Among Women and Children: Evidence from 31 Countries". **American Journal of Public Health**, Cilt. 98, Sayı.4, 2008, s. 672-67.

Büyük Baraj Projelerinden Kalkınma Yatırımlarına Dünya Bankası Teftiş Paneli¹

Zülfiye YILMAZ*

ÖZET

Dünya Bankası Teftiş Paneli, az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelere kamusal alanda dönüşümler için kredi sağlayan IBRD ve IDA kaynaklı projelerden ötürü Banka'nın sorumluluğunun tartışıldığı başvuruları incelemektedir. Panel, Banka tarafından bir hesapverebilirlik, şeffaflık ve katılım aracı olarak sunulurken, Banka Kurucu Anlaşması'ndaki *siyasete karışma yasağı* nedeniyle sınırlı bir alanda denetim işlevi görmektedir. Zaman içerisinde Panel'in önüne gelen başvurularda daha çok insan hakları meselesine ve daha çok insan hakları belgesine atıf yapılmaya başlansa da, Panel söz konusu yasak nedeniyle, sosyal adaletten çok Banka'nın kurumsal meşruiyetine katkı sunan bir mekanizma olma yönünde eğilim göstermiştir. Sağlık, ulaşım, altyapı gibi alanlarda aktif olarak Banka kredisi kullanan Türkiye'den ise bugüne kadar Panel önüne hiçbir başvuru gitmemiştir.

Anahtar kelimeler: Uluslararası finans kuruluşları, hesapverebilirlik, insan hakları, Dünya Bankası Teftiş Paneli, siyasete karışma yasağı.

From Big Dam Projects to Development Aids: World Bank Inspection Panel

ABSTRACT

World Bank Inspection Panel receives applications based on the claims regarding the responsibility of the Bank in projects targeting structural transformations in public sphere supported by IBRD and IDA.

* Ar. Gör., İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Bu yazı, 4- 5 Nisan 2013 tarihlerinde TODAİE (Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü) tarafından düzenlenen “Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları: Sosyal Haklar” başlıklı konferansta sunulan “Sosyal Adalet v. Kurumsal Meşruiyet Çatışmasının Aktörü Olarak Dünya Bankası Teftiş Kurulu” başlıklı bildirinin geliştirilmiş versiyonudur.

World Bank introduces the Panel as an accountability, transparency and participation mechanism while the Panel is given a limited role because of *prohibition of political activity principle* in the Bank's Articles of Agreement. Due to this ban, despite the increasing number of human rights issues and references to human rights documents in the applications, the Panel tended to contribute more to the Bank's institutional legitimacy than it did to social justice. The Panel did not receive any applications from Turkey where the Bank credits are actively used in the fields like health, transportation and infrastructure.

Keywords: International financial organizations, accountability, human rights, World Bank Inspection Panel, prohibition of political activity.

Giriş

1985 yılında Dünya Bankası² (“*World Bank- Banka*”), Narmada Vadisi üzerinde yapılması planlanan kapsamlı bir baraj projesi için Hindistan’a 450 milyon dolarlık kredi verir. Vadi üzerinde inşa edilecek olan irili ufaklı binlerce barajdan en önemlisi Sardar Sarovar barajıdır. Barajın yüksekliği yaklaşık 139 metreye ulaştığında, Gujarat, Maharashtra ve Madhya Pradesh eyaletlerinde 37.000 hektar verimli toprağın sular altında kalması, üç eyaletteki toplam 245 köyde yaşayan 100.000 kişinin yerinden edilmesi ve 140.000’in üzerinde çiftçinin de baraj ve sulama kanalları nedeniyle projeden etkilenmesi gündeme gelecektir.³

Narmada Bachao Andolan (“*Movement to Save the Narmada-Narmada’yı Koruma Hareketi*”) ve diğer birçok sivil toplum kuruluşunun desteğiyle yürütülen karşı hareketin binlerce destekçisi, Gandhi’nin sivil itaatsizlik yöntemleriyle neredeyse yirmi yıla yakın bir süreden beri bu türden projelere karşı durmaktadır. Narmada projesi devam ederken, üç eyalet boyunca binlerce kişi yürüyüşe geçmiş ve Gujarat sınırında polis ablukasıyla karşılaşan protestocuların bazıları üç hafta kadar süren açlık grevine başlamıştır. Amaç,

2 Dünya Bankası, 1944 yılında Bretton Woods Anlaşması ile kurulmuştur. Banka; IBRD (“*The International Bank for Reconstruction and Development-Uluslararası İmar ve Kalkınma Bankası*”), IDA (“*The International Development Association-Uluslararası Kalkınma Birliği*”), IFC (“*The International Finance Corporation-Uluslararası Finans Kurumu*”), MIGA (“*The Multilateral Investment Guarantee Agency-Çok Taraflı Yatırım Garanti Ajansı*”) ve ICSID (“*The International Center for Settlement of Investment Disputes- Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi*”) gibi beş yapıyı bünyesinde barındıran bir uluslararası finans kuruluşudur. Kuruluş aşamasında Banka ile kastedilen yapı IBRD’dir. IDA ve diğer yapılar zaman içinde oluşturulmuştur. <http://www.worldbank.org/en/about>, [e.t.12.03.2014].

3 CULLET, 2007, s.1; CLARK, 2003, s.1-24.

geçmişten bu yana Hindistan hükümetlerinin gündeminde olan Narmada'nın barajlaştırılması (“*damming Narmada*”) sürecine engel olmuştur.⁴

Eylemlerin uluslararası alanda da yankı bulmasıyla Banka, projeyi yeniden gözden geçireceğini belirtmiş ve Banka dışından uzmanlara konuyla ilgili bir rapor hazırlatmıştır. Morse-Berger Komisyonu⁵ tarafından 1992 yılında tamamlanan rapor⁶, Banka'nın 48 yıllık tarihinde verdiği bir krediden ötürü sorumluluğunun tartışıldığı ilk belge olarak kabul edilebilir. Komisyon, çoğunluğu etnik azınlıklardan oluşan yüz binlerce kişi yerinden edileceğinden ciddi barınma sorunlarının çıkacağını; çok sayıda köyün, sayısız tapınak ve hac yolu ile verimli tarım alanlarının sular altında kalacağını belirtip, projenin insan hayatı ve çevre üzerinde yıkıcı etkileri olacağını tespit etmiştir. Dahası Hindistan'ın, 107 sayılı Yerli Halklar ve Kabile Topluluklarının Haklarına İlişkin ILO (“*International Labour Organization-Uluslararası Çalışma Örgütü*”) Sözleşmesi'nden kaynaklanan yükümlülüklerinin Banka tarafından dikkate alınmadığının, oysa Banka'nın kabul ettiği politikaların insan hakları bakış açısını da gerektirdiğinin altını çizmiştir.

Narmada Vadisi üzerinde gerçekleştirilmek istenen büyük baraj projesi, Hindistan halkları için bir çevre felaketi; katıksız bir kalkınma fikrine bel bağlamış Banka için ise bir kalkınma faciasına (daha)⁷ sebep olmak anlamına gelecektir. Çevresel etki değerlendirme testlerinin yokluğu, halkın projenin sonuçları konusunda yeterli şekilde bilgilendirilmemesi hususları, projeye hem ulusal hem de uluslararası alandaki desteği azaltmıştır. Sonuç olarak; Banka, projeden çekilmiş ve Hindistan kendi kaynaklarıyla projeye devam etme kararı almıştır.

Banka'nın kamusal alandaki yatırım kredilerine ilişkin şikayetlerin dilendirildiği makam olan Panel, bu çalışma kapsamında öncelikle işleyişine

4 CLARK, s.3-4; “Large Dams on Narmada River”, <http://www.narmada.org/nvdp.dams/>, [e.t.10.02.2014]. Bu dönemde İnsan Hakları İzleme Örgütü (“*Human Rights Watch*”), keyfi tutuklama ve fiziksel şiddetin arttığına dair rapor yayımlamıştır. “Before the Deluge: Human Rights Abuses at India's Narmada Dam”, 1992.

5 Bradford Morse, Birleşmiş Milletler Kalkınma Programının eski başkanı, Thomas R. Berger ise Kanadalı bir insan hakları hukukçusudur.

6 “Sardar Sarovar: The Report of Independent Review”, 1992. Banka'nın kendi uzmanlarına hazırlattığı Wapenhans Raporu da, Morse Raporuna benzer yorumlar yapmış ve Bankanın kredilerin onaylanmasında, derinlikli bir analiz yapmaksızın derhal onay vermesini (culture of approval) eleştirmiştir. HUNTER, 1994.

7 1985 yılına kadar, Bankanın destek verdiği ve yerinden edilme pratiklerinin gözlemlendiği diğer projeler için Bkz. Zmolek, 1992, s.34.

ilişkin kurallar ışığında ve ardından seçilen başvurularda ortaya konulan yaklaşımlar üzerinden bir değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Geline nokta, Panel'in, sosyal adalet-kurumsal meşruiyet çatışmasındaki konumu ve aldığı kararların hukuk düzenindeki yeri sınırlı da olsa tespit edilmeye çalışılacaktır.

1. Dünya Bankası Kendisini Denetliyor: Banka İç Denetim Mekanizması Olarak Panel

Sardar Sarovar'da yaşananların belki de en önemli çıktısı, Banka'nın kamusal dönüşümler için az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelere verdiği kredilerden ötürü sorumluluğunun tartışıldığı, kredi alan devletlerin vatandaşlarının şikayetlerinin değerlendirildiği Teftiş Paneli'nin ("*Inspection Panel*")⁸ kurulmasıdır. 1993 yılında kurulan Panel, Banka'nın faaliyetleri nedeniyle yapılan eleştirileri gidermek amacıyla oluşturulan bir hesapverebilirlik ("*accountability*")⁹ ve şeffaflık ("*transparency*") aracı, tarafsız bir kanıt toplama ve değerlendirme kurulu¹⁰, iç hukuk yollarını tüketme zorunluluğu olmadan Banka'nın insan hakları alanındaki sorumluluğunun tartışıldığı bir platform¹¹ ya da forum¹² ve ayrıca büyük çaplı baraj projelerine yerel hakların katılımının önünü açan bir izleme ("*monitoring*") mekanizması¹³ olarak sunulmaktadır. Hatta bazı yazarlar, Panel'i yarı-yargısal ("*quasi-judicial*") bir organ olarak tartışmaktadır.¹⁴

IBRD ve IDA gibi kuruluşları aracılığıyla, yoksulluğa karşı mücadeleyi ve sürdürülebilir kalkınmayı destekleyen Banka; eğitim, sağlık, altyapı, kamu yönetimi gibi sosyal refahı etkileyen alanlarda az gelişmiş ülkelere kamu kalkınma kredileri vermektedir. Panel, Banka'nın münhasıran IBRD ve IDA vasıtasıyla hükümetlere kullandığı kamu kredileri nedeniyle gelen başvurularda Banka'nın sorumluluğunu incelemekle mükelleftir. IBRD 93-10, IDA 93-6 sayılı kararlarıyla¹⁵ kurulan Panel'in üç üyesi, Banka üyesi olan farklı

8 "The World Bank Inspection Panel", <http://ewebapps.worldbank.org/apps/ip/Pages/AboutUs.aspx>, [e.t.10.02.2014].

9 "Citizen-Driven Accountability for Sustainable Development", 2012.

10 "Accountability at the World Bank: The Inspection Panel 10 Years On", 2003.

11 USAL, 2008, s.242-243.

12 BRADLOW, 1993-1994, s. 553-615.

13 FEENY, 1998, s.114.

14 BRODNIG, 2002, s.3; FOURIE, 2009, s.1-28.

15 IBRD Resolution 93-10, IDA Resolution 93-6, "The World Bank Inspection Panel", 22 Eylül 1993.

ülkelerden, Banka Başkanınca aday gösterilmekte ve Banka İcra Direktörleri Kurulu'nca ("*Board of Executive Directors*") atanmakta ve yine Kurul tarafından görevden alınabilmektedir.¹⁶ Panel üyeleri, sadakatleri ve yükümlülükleri bakımından Banka Kurucu Anlaşmasının ("*Articles of Agreement*") öngördüğü koşullara tabidir ve aynı zamanda Bankanın memuru olarak kabul edilir.

Panel, projelerden ötürü zarara uğradığını/uğrayabileceğini/uğramakta olduğunu düşünen, ortak menfaat ya da kaygılara sahip en az iki gerçek kişinin ya da proje bölgesinde yaşayan ve şikayetleri olan kişileri temsil yeteneğine sahip, yerel sivil toplum kuruluşu ve benzeri yapıların başvurularını dikkate almaktadır. Zararların tazmini yönünde bağlayıcı bir karar alma yetkisi olmayan Panel, önüne gelen başvurularda Banka'nın kendi iç düzenlemeleri olan işlevsel direktiflerine ("*Operational Directives-OD*"), Banka prosedürlerine ("*Bank Procedures-BD*"), işlevsel politikalarına ("*Operational Policies-OP*") uygunluk denetimi yapmaktadır. Yapılan incelemede mercek altına alınan husus, söz konusu şikayetlere konu yatırımlarda, münhasıran Banka'dan kaynaklanan aksaklıklardır. Bu sürecin sonunda ise İcra Direktörleri Kurulu'na, söz konusu şikayetlerin soruşturulmasına ("*investigation*") ya da soruşturmaya gerek olmadığına yönelik görüş sunmaktadır. Panel'in soruşturma yapılması yönündeki görüşünün, İcra Direktörleri Kurulu tarafından onaylanmadığı sürece herhangi bir bağlayıcılığı yoktur.

Banka'nın işlevsel direktiflerinden ilki yoksulluğun azaltılmasıdır ("*OPI.00-Poverty Reduction*").¹⁷ Direktife göre, bu ilke aynı zamanda Bankanın temel hedefi olarak tanımlanmaktadır. Buna göre Banka'nın misyonu, yoksulluğa karşı sürdürülebilir bir mücadele stratejisi üretmektir. Banka'nın yoksullukla ilgili hedefleri, Birleşmiş Milletler Milenyum Kalkınma Hedefleri'ne ("*Millennium Development Goals*")¹⁸ ulaşmaya yardımcı olma temelinde ele alınmaktadır. Banka, Birleşmiş Milletler ("*United Nations-BM*")'nin bu

16 Banka operasyonlarından sorumlu olan İcra Direktörleri Kurulu'nda ilk aşamada 12 üye bulunmaktadır, zamanla Banka üyesi ülkelerin sayısı arttıkça, direktörlerin sayısı da artmıştır. Şu an 25 tane direktör bulunmaktadır. Bunların beş tanesi, en fazla hisseye sahip olan beş üye(A.B.D., Japonya, Fransa, Almanya, Birleşik Krallık) tarafından atanmaktadır. Diğer üyeler ise Banka üyesi diğer devletler tarafından seçilmektedir. "Board of Directors", www.worldbank.org, [e.t.10.02.2014].

17 "The World Bank Operational Manual-Operational Policies"; <http://go.worldbank.org/Rf8N-5YBBF0>, [e.t.13.03.2014].

18 "United Nations Millennium Development Goals", <http://www.un.org/millenniumgoals/>, [e.t.04.01.2014].

hedefleri gerçekleştirmede partner kuruluşlarından biri olarak sayılmaktadır. Diğer direktifler ise “Çevresel Değerlendirme”, “Yerli Halklar”, “Gönülsüz Yerinden Edilme”, “Toplumsal Cinsiyet ve Kalkınma”, “Barajların Güvenliği”, “De Facto Hükümetlerle İlişkiler” gibi konulara ilişkindir.

Bu direktiflerin özel önemi ilk bakışta, Banka'nın insan hakları düzleminde etkiler doğuran projelerinin, Panel tarafından denetlenebileceğine dair bir umut yaratmasıdır.¹⁹Söz konusu beklenti, Banka'nın, BM'nin bir ihtisas kuruluşu²⁰ olduğu verisi ile birlikte okunduğunda, uluslararası finans kuruluşlarının insan hakları sorumluluğu tartışmasının tam merkezinde bir denetim mekanizması ile karşı karşıya olup olmadığımızı sorgulamamız gerekecektir. Fakat Panel'in kuruluşundan itibaren yaşanan gelişmeler ve kararlarından çıkan sonuçlar, Panel'i, Banka'nın insan hakları sorumluluğunu denetleyen bir mekanizma olarak adlandırmak konusunda yeterli imkan sunmamaktadır.

Banka'nın, BM kararlarıyla bağlı olup olmadığı ve BM belgeleri doğrultusunda politikasını belirleyip belirlemeyeceği tartışmasının kökenleri ise 1960'lı yıllara kadar geriye gitmektedir. BM, iki Genel Kurul kararı²¹ ile ihtisas kuruluşlarından, Portekiz ve Güney Afrika'ya herhangi bir teknik veya ekonomik yardımda bulunmamalarını istemiştir. Portekiz, kolonyalist politikaları, Güney Afrika da apartheid rejimi dolayısıyla bu kararların hedefi olmuştur. Banka ile BM arasında uzun süren yazışmalar sonuçsuz kalmış ve Banka, Kurucu Anlaşması'nı(“*IBRD Articles of Agreement*”)²² gerekçe göstermek suretiyle BM'nin çağrısına uymamıştır. Kurucu Anlaşma'daki düzenlemeye göre:

“Madde IV/10: Banka ve Banka çalışanları, hiçbir üye ülkenin siyasi işlerine karışmayacak; kararlarında ilgili üye ya da üyelerin siyasi özelliklerinden etkilenmeyecektir. Kararlarında yalnızca ekonomik mülahazalar göz önünde bulundurulacak ve bu mülahazalar 1. Maddede belirtilen amaçlara ulaşmada tarafsız bir şekilde değerlendirilecektir”.

19 Usal; bu direktifleri, Banka'nın insan haklarına ilişkin kurum içi belgeleri olarak tanımlamaktadır. Usal, a.g.m., s.241.

20 *Relationship Agreement*, 15 Kasım 1947'de imzalanmış ve IBRD(Dünya Bankası), BM ihtisas kuruluşu olmuştur. “A Guide to World Bank”, 2003.

21 United Nations General Assembly Resolution 2054 A(XX)(The policies of Apartheid of the Government of the Republic of South Africa) ; Resolution 2105(XX) (Implementation of the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and People; <http://research.un.org/en/docs/>, [e.t.13.03.2014].

22 “Articles of Agreement”, <http://go.worldbank.org/W01PGBIFM0>, [e.t.14.03.2014].

Siyasete karışma yasağı olarak formüle edilen yukarıdaki hüküm, Banka ve insan hakları ilişkisinin kilit kavramı olmuş ve Banka lehine iki yönlü bir avantaj sağlamıştır. Buna göre; kararlarında yalnızca ekonomik mülahazaları dikkate alacağını beyan eden Banka'nın görev tanımı 1944 yılından bu yana genişlerken²³; insan hakları düzleminde sorumluluğu gündeme geldiğinde, her seferinde bu yasak göreve çağrılmış ve başarılı da olmuştur.

Oysa BM Milenyum Kalkınma Hedeflerinin gerçekleştirilmesinde yardımcı kuruluş olarak görev yapan, yoksullukla mücadeleyi temel hedef olarak kabul etmiş bir yapının, söz konusu maddede geçen “yalnızca ekonomik mülahazalar” ifadesinin kapsamını dar yorumlamak suretiyle faaliyetlerine devam etmesi bugün gelinen noktada artık mümkün değildir. Zira kalkınma ya da gelişme ile yoksulluk kavramları çok boyutlu süreçleri ifade etmektedir. 1986 tarihli BM Gelişme Hakkına Dair Bildiri, çok boyutluluğu hukuki düzlemde ortaya koyan önemli bir belgedir. Bildiri'ye göre gelişme hakkı;

- *Her insanın ve bütün halkların, bütün insan haklarının ve temel özgürlüklerin tam olarak gerçekleşeceği bir ekonomik, sosyal, kültürel ve siyasal gelişmeye katılma, katkıda bulunma ve bundan yararlanma hakkına sahip olması nedeniyle vazgeçilmez bir insan hakkıdır.*
- *Bir insan hakkı olarak gelişme ayrıca, İnsan Haklarına dair her iki Uluslararası Sözleşmenin²⁴ hükümleri çerçevesinde bütün doğal zenginlikler ve kaynaklar üzerinde tam egemenlik gibi vazgeçilmez haklarını kullanmak da dahil, halkların self-determinasyon hakkının tam olarak gerçekleştirilmesini de ifade eder.*

Bu doğrultuda benimsenen BM Milenyum Kalkınma Hedefleri ise yoksulluğun azaltılması, evrensel düzeyde ücretsiz ilköğretimin sağlanması, cinsiyet eşitliği ve kadının güçlendirilmesi, çocuk ölümlerini azaltmak gibi,

²³ Kurucu Anlaşma'da temel hedefler, savaş sonrası yeniden yapılanma, yabancı yatırımların teşviki ve uluslararası ticaretin gelişmesi olarak tespit edilmiştir. Fakat hedefler bunlarla sınırlı kalmamıştır. Zaman içerisinde Banka bünyesindeki kurumların sayısı arttığı gibi, Banka'nın görev tanımı da genişlemiştir. 1980'li yıllarda ekonomide liberalizasyon ile minimum devlet müdahalesini ifade eden yapısal uyum kredileri bu misyona dahil olurken; yakın zamanda BM Milenyum Kalkınma Hedefleri'nin 2015 sonrası programına yardımcı olmak adına, aşırı yoksulluğun önlenmesi ve refahın paylaştırılması hedefleri de Banka gündemine alınmıştır. Kendi ifadesiyle Banka artık bir “çözümler bankası” olmaya hazırdır ve bu doğrultuda stratejisini belirleyecektir. KIM Jim Yong, Press Release No: 2013/103/EXC.

²⁴ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ile Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme kastedilmektedir.

her biri birer insan hakları sorununu temsil eden konularda bir eylem planını ifade etmektedir. Kaldı ki Banka'nın yayımladığı raporlarda, kalkınma ve insan hakları ilişkisine sıklıkla vurgu yapılmakta ve küresel bir finans kuruluşu olarak Banka'nın insan haklarının gerçekleştirilmesindeki katkısından bahsedilmektedir.²⁵ Banka-insan hakları ilişkisinin bizim çalışmamız açısından önem taşıyan boyutu ise, Panel önüne gelen başvurulara bu konunun nasıl yansıtıldığıdır.

Panel'e bugüne kadar 97 adet başvuru yapılmıştır. Banka'nın 2013-2014 yıllık raporuna göre, gelen başvurularda en çok şikayet edilen hususlar, Banka projelerinin, Banka'nın çevresel değerlendirme, gönülsüz yerinden edilme, yerli halklar, bilgiye erişim, yoksulluğun azaltılması ve doğal habitatlara ilişkin direktiflerini ihlal ettiğine ilişkindir.²⁶

Panel'in faaliyete geçtiği tarih olan 1994 yılından bu yana başvurularda, insan haklarına ilişkin daha çok konu ve daha çok uluslararası belge dillendirilmeye başlamıştır.²⁷ Yukarıda bahsettiğimiz temel başvuru konuları yanında, örneğin Özbekistan'la ilgili 89²⁸ numaralı başvuruda, başvuru, projenin çocuk işçiliğine ve zorla çalıştırmaya neden olduğunu; Banka'nın bu hususları yasaklayan Özbekistan'ın taraf olduğu ILO ve BM Sözleşmeleri kapsamındaki yükümlülüklerini, ILO Uzmanlar Komitesi görüşlerini dikkate almadığını ifade etmişlerdir.

25 “Development and Human Rights: The Role of the World Bank(1998); “Learning from Narmada”, World Bank Independent Evaluation Group, <https://ieg.worldbankgroup.org/ieg-search?...,> [e.t.11.03.2014].

26 Inspection Panel Annual Report(2013-2014), s.65.

27 Honduras Land Administration projesi dolayısıyla Panel'e iletilen 2006 tarihli 38 numaralı başvuruda, Panel ilk kez, söz konusu ülkenin taraf olduğu ILO'nun 169 No'lu Sözleşmesi'ndeki yükümlülüklerine gönderme yaparak raporunu hazırlamıştır. Yerli Garifuna halkı adına Organización Fraternal Negra Honduras(OFRANEH)'in yaptığı başvuruda, Panel her ne kadar Honduras'ın ILO Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülükleri hakkında, siyasete karışma yasağı gereği yorum yapmaktan çekinse de, işlevsel direktifte yer alan Banka yükümlülüklerinin Sözleşme ışığında okunması gerektiğine yönelik yorum yapmak suretiyle, Garifuna Halkının talepleriyle Banka çıkarları arasında denge bulmaya çalışmıştır. Başvurular için bkz. http://ewebapps.worldbank.org/apps/ip/Pages/Panel_Cases.aspx, [e.t.25.04.2014]. Panel'in sitesinde başvurular, ülke temelli sınıflandırma ve tarih sınıflandırması olmak üzere iki farklı versiyonda sunulmaktadır. Bu çalışma bakımından başvurularda yapılan atıflarda, tarih ve başvuru numarası sınıflandırması dikkate alınacak ve bu doğrultuda gelen şikayetin başvuru numarası referans alınacaktır.

28 Uzbekistan, Second Rural Enterprise Support Project, 2013.

Bir başka başvuru (90 numaralı)²⁹, Blue Diamonds Society tarafından, Banka tarafından desteklenen nitelikli işgücünün arttırılması ve bu doğrultuda mesleki eğitimlerin verilmesini öngören proje ile ilgili olarak Nepal LGBTI topluluğu tarafından yapılmıştır. Parlamento ve kurucu mecliste bir üye ile temsil edilme başarıları ve resmi belgelerde LGBTI’ların tanınması adına verdikleri mücadele ile bilinen bu sivil toplum kuruluşu³⁰, ilgili projenin sadece “kadın” ve “erkek”ler bakımından desteği içerdiğini ve LGBTI’ları dışladığını ifade etmiştir. Fakat talepleri çok daha önemlidir: Sadece somut proje açısından değil; Dünya Bankası’nın genel politikası açısından, LGBTI’ların sistematik olarak ayrımcılığa uğrama ihtimalinin gözden geçirilmesidir. Bu başvuru kaydedilmemiştir; çünkü Nepal Hükümeti ile Banka Yönetimi şikayetin ardından masaya oturmuş ve kredinin Blue Diamanonds Society’nin endişeleri doğrultusunda yeniden gözden geçirilmesine karar vermişlerdir.

Daha kapsamlı taleplerin dile getirildiği başvurulardan (94 numaralı)³¹ biri Ermenistan’dan gelmiştir. Bu başvuru, sağlanan Banka kredisinin, kamusal ve seküler eğitim, akademik özgürlükler, toplumsal cinsiyet eşitliği bakımından birçok sorun barındıran Ermenistan eğitim sisteminin handikaplarını daha da derinleştireceğini ve olumsuz sonuçlara yol açacağını ifade etmesi bakımından önemlidir. Örnek olarak aldığımız diğer iki başvuruyla birlikte değerlendirdiğimizde ise, bir yandan kamusal dönüşümler bakımından Banka’nın faaliyet alanlarının genişlediğini; öte yandan şikayetlerde dillendirilen insan hakları konularının çeşitlendiğini somut olarak görmek mümkündür diyebiliriz.

Panel süreci hakkında verilen bu bilgilerden sonra, başvurularda, doğrudan ya da dolaylı olarak, siyasete karışma yasağı-insan hakları ilişkisinin nasıl bir değerlendirmeye tabi tutulduğunu görmek adına bazı somut örneklerle yer verilecektir.

2. Sosyal Adalet v. Kurumsal Meşruiyet Çatışmasının Aktörü Olarak Panel: Örnek Başvurular

Panel’e ulaşan ilk başvuru Nepal Arun III Hidroelektrik Projesi’ne ilişkindir³². “Yerli halklar” ve “çevresel değerlendirme” direktiflerinin Banka

29 Nepal, Enhanced Vocational Education and Training Project(Not Registered), 2013.

30 Blue Diamonds Society, <http://www.bds.org.np/>, [e.t.10.03.2014].

31 Armenia:Second Education Quality and Relevance Project, Education Improvement Project, 2014.

32 Nepal, Arun III Proposed Hydroelectric Project and Restructuring of IDA Credit, 1994.

Yönetimi tarafından ihlalinin tespit edildiği ve Banka'nın projeden çekilmesine neden olan başvuru, çevre üzerinde yıkıcı etkileri olan ve aynı zamanda yerli toplulukların haklarının tehlikeye girdiği diğer projeler bakımından da önem arz etmektedir. Başvurunun Panel bakımından önemi ise, Panel'in uluslararası alandan gelen tepkileri azaltmak ve barajlara karşı muhalefeti yatıştırmak ("*Panel as a fig leaf*")³³ amacıyla değil de; gerçek anlamda bağımsız bir denetim mekanizmasına dönüşmek adına faaliyet gösterdiğine ilişkin umutları güçlendirmesidir. Dahası Hindistan, Türkiye ve Çin gibi ülkelerin büyük baraj projelerini Banka kredileriyle değil de, öz kaynaklarıyla gerçekleştirme kararı vermelerinde Panel'in, Nepal Arun başvurusundaki yorumlarının da etkisi olduğu belirtilmektedir.³⁴

Nepal Arun başvurusunda başka bir önemli husus, Panel'in, yerli halkların yerinden edilmesine neden olabilecek projeler bakımından Banka Yönetimi'nin bir değerlendirme testi uygulamasının gerekliliğini ortaya koymasıdır. Buna göre Banka; proje dolayısıyla yerinden edilecek kişiler bakımından ortaya çıkacak ekonomik, sosyal, çevresel sorunların uygun bir şekilde tespit edilip edilmediği, projenin uzun vadede ortaya çıkacak zararı giderip gidemeyeceği, alınan önlemlerin yeterli olup olmadığı, önlemlerin dikkatli bir şekilde planlanıp hayata geçirilip geçirilmediği hususlarını mutlaka değerlendirmelidir. Bu kapsamda, somut proje açısından risk altındaki gruplar; yerliler, topraksız kişiler, proje dolayısıyla yerinden edilmiş kadınların baktığı ailelerdir. Bunlar için kültürel olarak kabul edilebilir yerleştirme olanaklarına öncelik tanınmalıdır.³⁵

Panel'in getirdiği kriterler hukuki bir anlam da taşımaktadır: bu kriterlerin daha sonraki başvurular bakımından uygulama alanı bulması, Panel'in içtihat yaratan bir başvuru mekanizmasına dönüşmesine ve gelecekte yargısal ya da yarı-yargısal kararlar üreten bir örnek teşkil etmesine imkan verebilecek olması yönünde yorumlanmıştır.³⁶ Fakat Panel'in güçlenmesi ve Banka üzerinde bir denetim mekanizmasına dönüşmesi beklenildiği karar olumlu karşılanmamıştır. Bu memnuniyetsizlik, Nepal Arun başvurusundan 1998 yılına kadar, Panel'in soruşturma yapılması yönündeki taleplerinin Banka tarafından reddedilmesiyle sonuçlanmıştır.³⁷

33 BISSELL, 2003, s. 25-44.

34 WOUTERS/RYNGAERT, 2004, s.20; ESCHER, 1995.

35 Nepal Arun, Investigation Report, s.6-7.

36 ROOS, 2001, s.473-501.

37 Yerli Halklar, Çevresel Değerlendirme, Gönülsüz Yerinden Edilme, Barajlara Dair Çevre Po-

Panel'in ilk başvurular sonrasında, siyasete karışma yasağı- insan hakları ilişkisine yaklaşımının ne yönde geliştiğini daha yakından görmek adına, somut örneklerle bakmakta fayda vardır. Zira Panel'in etkili bir denetim mekanizması olacağına dair beklentiler bahsettiğimiz ilk dönemle sınırlı kalmıştır. Aşağıda detaylı bir şekilde bahsedeceğimiz 16 numaralı başvuru sonrasında, Panel'in soruşturma yapılması/yapılmaması yönündeki görüşleri ile Banka'nın görüşleri uyumlu olmuş ve Panel, daha sınırlı yorumlarda bulunmak suretiyle Banka politikalarına eklenen bir bakış açısı geliştirmiştir.³⁸ Bu yöntem, başvurularda siyasete karışma yasağının devreye sokulması ve bu sayede Banka lehine değerlendirmelerin yapılmasına neden olmuştur.

Örneğin 12 numaralı başvuru³⁹, BM Genel Kurul kararlarına rağmen yardım edilen Güney Afrika apartheid rejiminin kullandığı bir krediye ilişkindir. Banka'nın apartheid rejimine ilişkin siyasete karışma yasağı yaklaşımını Panel de uygulamış ve soruşturma yapılmaması yönünde görüş bildirmiştir. Başvuruya göre, Güney Afrika apartheid rejimi ile Lesotho askeri rejimi arasında 1986 yılında yapılan bir ikili anlaşma söz konusudur ve bu anlaşma uyarınca Lesotho doğal kaynaklarını ihraç kabiliyeti kazanacak ve Güney Afrika da en ucuz yoldan suya erişimini sağlayacaktır. Banka, ilgili ülkelere 110 milyon dolarlık kredi yardımıyla bulunmuştur.

Başvurucular; proje nedeniyle yaşanan su kesintileri, suya yüksek ücretler ödemek zorunda kalmaları yanında, her iki ülkedeki rejimlerin projeyi hiçbir şekilde tartışmaya açtırmamalarından şikayet etmişlerdir. Başvuruculara göre, demokrasi ve kalkınma savunusu yapan kişiler, bu nedenle cezaevlerindedir ve proje süreçlerine toplumsal katılım ve proje üzerinde mutabakat mümkün değildir. Banka'nın sorumluluğu ise konsültasyon sürecinde bu durumu dikkate almamasından kaynaklanmaktadır. Panel, bütüncül bir değerlendirme yapıldığında, söz konusu katılım problemlerinin ne yazık ki apartheid döneminden kalma önemli bir yük ve miras olduğunu belirterek,

litikaları direktiflerine aykırılık iddialarının gündeme geldiği 4 nolu Brazil:RondoniaNatural Resources Management Project(1995) başvurusu, 7 nolu Arjantin/ Paraguay:Yacyreta Hydroelectric Project(1996) başvurusu, Brazil: Itaparica Resettlement and Irrigation Project(1997) başvurusu ile India: Ecodevelopment Project(1998) başvurusu bu bağlamda önemli örneklerdir.

38 Bunun tek istisnası 2010 tarihli ve 71 numaralı "Lebanon: Greater Beirut Water Supply Project" ile ilgili başvurudur. Bu başvuruda Panel, soruşturma talep etmiş; fakat Banka Yönetiminin sunduğu raporlar üzerine, İcra Direktörleri Kurulu, Panel'den görüşünü yeniden gözden geçirmesini istemiştir. Sonuç olarak Panel, soruşturmaya gerek olmadığına hükmetmiştir.

39 Lesotho/South Africa: Lesotho Highlands Water Project, 1998.

Banka Yönetimi'nin direktiflere uygun hareket ettiği sonucuna ulaşmış ve soruşturma yapılmaması yönünde görüş bildirmiştir.

Nepal Arun başvurusundan sonra Panel ile gerilimli bir dönem yaşayan Banka, 1999 yılında Panel'e yeni bir başvuru için soruşturma yapma yetkisi verir ve bu sefer daha da çetrefilli bir siyasi krizin tarafı haline gelir. 16 numaralı Batı Çin'de Yoksulluğun Azaltılması Projesi başvurusu⁴⁰, siyasete karışma yasağı ve bir başvurunun kabuledilebilirlik koşulları açısından önemli bir başka örnektir. IBRD ve IDA'nın birlikte desteklediği projeye göre, Çin'in batısında bulunan üç bölgede yoksulluğun azaltılması hedefi söz konusudur. Bu bölgeler, Kansu, Mongolya Otonom Bölgesi ve Çinghay'dır. Başvuruda; Banka'nın yerli halklar, gönülsüz yerinden edilme, çevresel etki değerlendirme gibi direktiflerine aykırı hareket ettiğinden şikayet edilmiştir. Şikayetlerin temelinde ise proje kapsamında inşa edilecek olan baraj, kullanılacak kimyasal böcek ilaçları nedeniyle ortaya çıkabilecek sorunlar, iş gücü hareketliliği ile etnik çatışmanın artmasından kaynaklı endişeler yer almaktadır. Proje kapsamında yaklaşık 58000 çiftçinin (Müslüman Çinliler - Hui ve Salar gibi topluluklar) Tibet ve Mongolya topluluklarının bulunduğu platoya taşınması ve bu nedenle de platoda yaşayan yaklaşık 4000 kişinin yerinden edilmesi söz konusu olacaktır.

Başvuruyu A.B.D. merkezli ICT("International Campaign for Tibet-Tibet İçin Uluslararası Kampanya") isimli sivil toplum kuruluşu yerel Tibet halkı adına yapmıştır. Başvuruların kabul edilebilirlik aşamasında önemli kriterlerden biri, başvuruçuların projenin gerçekleştiği yerde ikamet etmeleri veya yerel temsilci sıfatını haiz olmalarıdır.⁴¹ ICT, Çin hükümetinin sivil toplum kuruluşları üzerindeki yoğun kontrolünü gerekçe göstermek suretiyle, Tibet halkından gelebilecek böyle bir başvurunun ayrılıkçı olarak nitelendirileceğini ileri sürmüştü ve temsilci sıfatını kazanmıştır.

Çin Hükümeti, A.B.D.'yi Tibet sorununu kullanarak iç işlerine müdahale etmekle itham etmiştir. Hatta kredinin onaylanmaması halinde, Çin, Dünya Bankası üyeliğinden ayrılacağını açıklamıştır. 24 Haziran 1999 tarihli toplantıda, Almanya ve ABD'nin itirazlarına rağmen Banka krediyi onaylama kararı almış; fakat aynı zamanda, Panel'e soruşturma yapma yetkisi de vermiştir.⁴²

40 Western China Poverty Redaction Project, 1999.

41 "Powers of the Panel", Resolution No. IBRD 93-10 -Resolution No. IDA 93-6, "The World Bank Inspection Panel".

42 CLARK/TREACKLE, 2003, s.211-247.

Panel'in soruşturma raporuna göre, yerli haklar, gönülsüz yerinden edilme gibi birçok direktif Banka Yönetimi tarafından ihlal edilmiştir. Banka Yönetimi, direktifleri bağlayıcı hükümler olarak algılamak yerine, "*Çin'de işler başka yürüyor*"⁴³ şeklinde bir yaklaşımla, görevlerinin gereğini yerine getirmemiştir.⁴⁴ Proje dolayısıyla taşınılacak bölgede birlikte yaşaması beklenen Hui, Mongol, Tibet, Tu, Salar gibi topluluklar kültürel olarak farklı oldukları gibi toplumsal organizasyonları, dini inançları da farklıdır. Bu grupların ihtiyaçlarını tek bir plan çerçevesinde yürütmek, bu farklılıkları yok saymak anlamına gelmektedir. Yerli kültürü geliştirmek adına, çift dilli okulların açılması, farklı dini mekanların kurulması, projenin hazırlık aşamasındaki noksanlıkları gidermemektedir.⁴⁵

Panel raporunun İcra Direktörleri tarafından değerlendirildiği gün, Dünya Bankası ofisi önünde önemli protesto gösterileri yapılmıştır. Banka sonuç olarak projeyi desteklemekten vazgeçmiş ve Çin, projeyi kendi kaynaklarıyla gerçekleştireceğini açıklamıştır.⁴⁶

Çad-Kamerun Boru Hattı Projesi dolayısıyla gelen 22 numaralı bir başka başvuruda⁴⁷ ise, başvuruçular⁴⁸ IBRD ve IDA tarafından da desteklenen projenin; çevre, gönülsüz yerinden edilme, kültürel mirasa saygı direktifleriyle birlikte bölgede yaşayanların insan haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Ayrıca, Banka tarafından sağlanan ilk 25 milyon dolarlık meblağın, kendilerine soykırım uygulamak üzere silah alımında kullanıldığını iddia etmişlerdir.⁴⁹

43 "In China things are done differently".

44 The Qinghai Project: a Component of Western China Poverty Redaction Project, Investigation Report, Paragraf 14.

45 Investigation Report, Paragraf 281-294: "A Separate "Indigenous Peoples Development Plan for Each Minority".

46 CLARK/TREACLE, a.g.m. s. 233.

47 Chad: Petroleum Development and Pipeline Project, Management of the Petroleum Economy Project, and Petroleum Sector Management Capacity Building Project, 2001.

48 Ngarlely Yrongar, Çad Parlamentosunun muhalif üyesi olarak, Çad Anayasasının 116. Maddesi uyarınca, tüm Çad vatandaşlarını temsil etme kabiliyeti olduğunu dile getirmiştir. Bu bağlamda, kendisi ve yüzün üzerinde kişi için bu başvuruyu yapmıştır. Başvuru, sadece Çad'da yaşayan ve projeden etkilenen kişiler adına yapılmıştır.

49 Request for Inspection, Paragraf 11-12, 154. Başvuruda, bölgede büyük baş hayvan yetiştiren çiftçilerin silahlandırıldığı ve bu sayede yerli halka karşı bir tehdit unsuru oluşturulduğu ifade edilmiştir. Projenin ortaklarından Kamerun'da ise yerli Bakola halkının hakları, Atlantik yağmur ormanları ve biyolojik çeşitlilik ciddi oranda tehlikededir. HORTA, 2002, s.227-245.

Projenin yapıldığı dönemde Çad, geçmişte yapılan askeri darbe nedeniyle demokratik olmaktan uzak bir yönetime sahiptir.⁵⁰

Toplamda 1100 kilometre uzunluğunda bir petrol boru hattının yapılması öngörülen projede, özel sektör katılımı önemli bir bileşendir. Projede görev alan özel sektör şirketleri arasında ExxonMobil, Chevron, Petronas gibi şirketlerin varlığı kayda değerdir.⁵¹ ExxonMobil, konsorsiyumda %40, Petronas %35 ve Chevron da %25 oranında pay sahibidir. Bu firmalardan Exxon'un, petrol arama faaliyetleri dolayısıyla Alaska'da neden olduğu çevre felaketi tecrübesi, uluslararası gündemi bir dönem oldukça meşgul etmiştir.⁵² Başvuruda dikkat çekilmesi gereken daha önemli nokta ise başvuru-uların yaşadıkları korkunun boyutunu ifade etmek için Nijerya'daki Ogoni halkının yaşadığı ciddi insan hakları ihlallerine gönderme yapmalarıdır.⁵³

Banka Yönetimi, insan hakları meselelerinin, proje üzerinde ancak esaslı doğrudan ekonomik bir etkide ("*significant direct economic effect*") bulunduğu takdirde dikkate alınabileceği, aksi durumda insan hakları ihlallerine dair

50 Çad'da 1990 yılında General Idriss Deby tarafından yapılan darbe sonucunda, Başkan Hissen Habre devrilmiş ve anayasal düzen ortadan kaldırılmıştır. Ngarlejy Yrongar, 1998 yılında ExxonMobil destekli projeyi eleştirdiği için, Devlet Başkanına karşı karalama amacı güden beyanlarda bulunmaktan dolayı, iki gazeteciyle birlikte tutuklanmıştır. 2001 yılında ise Başkanlık seçimlerinin hemen ardından, altı muhalefet partisi üyesiyle birlikte hakkında yeniden cezai işlem yapılmıştır. Yrongar, bu olayların ardından Paris'te işkence mağdurlarının kabul edildiği yer olarak da bilinen Primo Levi'de tedavi edilmiştir. Uluslararası Af Örgütü'nün 2001 tarihli Raporuna göre, Doba Petrol Bölgesinde, iki yüzün üzerinde silahlı sivil bu projeye muhalefetten ötürü öldürülmüş ve ölümlerle ilgili de herhangi bir yasal takibat yürütülmemiştir. Panel Investigation Report, Paragraf 213.

51 Horta; ExxonMobil firmasının, Banka'nın sağladığı politik risklere karşı güvence klotu ve ayrıca Avrupa Yatırım Bankası gibi ek kredi kaynaklarına açık bir proje olması dolayısıyla, söz konusu yatırıma dahil olduğunu belirtmektedir. HORTA, a.g.m. s. 233.

52 1989'da Alaska'da meydana gelen faciada, Greenpeace'e göre 11 milyon galon petrol sızıntısı yaşanmıştır. 2004 itibarıyla, sızan petrolün halen söz konusu alandaki hayvan türlerinin yaşamını etkilemesi söz konusudur. <http://www.greenpeace.org/international/en/news/features/exxon-valdez-disaster-15-year/>, [e.t.21.03.2014].

53 Royal Dutch Petroleum ve Shell petrol şirketlerinin insan hakları ihlallerinden sorumluluğunun tartışıldığı olayda, petrol arama faaliyetleri dolayısıyla çevrenin kirlenmesinden şikayet eden ve bunun için insan hakları aktivizmi başlatan yerli Ogoni halkından protesto öncüleri, 1994 yılında idama mahkum edilmiştir. Sayısız insan hakları ihlalinin gerçekleştiği dönemde, bu iki şirketin ihlallerde önemli payı olduğu düşünülmektedir. Human Rights Watch(1995); <http://www.cleantthenigerdelta.org/>, [e.t.24.04.2014]; Nijerya'da petrol şirketlerinin yaşanan insan hakları ihlallerindeki sorumluluğu üzerine güncel bir tartışma için bkz: AMUNWA, 2012.

şikayetlerin Panel'in görev alanı dışında kaldığı yönünde cevap vermiştir.⁵⁴ Panel ise Yönetimin bu yorumunu benimsememiş ve insan hakları sorununun sadece doğrudan ekonomik etki halinde değil; projenin gerçekleştirilmesi aşamasında eğer Banka'nın kendi işlevsel politikalarına uyumu engelliyorsa da dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir.⁵⁵ Son tahlilde, Banka Yönetiminin soruşturma raporuna cevabı ve öngördüğü eylem planı, Panel'in etkinliği sorusunu bir kez daha gündeme taşıyacak niteliktedir. Çünkü Yönetim, boru hattı projesinde, Banka'nın işlevsel direktifleriyle uyumlu ilerlediğini, Panel'in yorum ve raporlar vasıtasıyla katkısını takdir ettiğini ve yerel halkla diyalogu geliştirme yönünde daha çok çaba sarfedeceğini söylemekle yetinmiştir.⁵⁶

Türkiye Bakımından Bir Değerlendirme ve Nihai Gözlemler

1947 yılında Dünya Bankası üyesi olan ve 1950 yılından bu yana da aktif bir şekilde Banka kredisi kullanan Türkiye'nin, Panel ile başvurular düzleminde bir ilişkisinin olmadığını öncelikle belirtmek gerekir.⁵⁷ Banka verile-

54 Investigation Report, Paragraf 27.

55 Investigation Report, Paragraf 215-217.

56 Management Report and Recommendation, Paragraf 57.

57 Banka'nın kamusal alandaki dönüşümleri destekleyen kredilerinden ötürü Panel'in önüne başvuru gitmemiş olsa da, Banka'nın özel sektör yatırımları ile doğrudan yabancı yatırımları destekleyen kurumları olan IFC(International Finance Corporation-Uluslararası Finans Kurumu) ile MIGA'nın(Multilateral Investment Guarantee Agency-Çok Taraflı Yatırım Garantisi Ajansı) Panel benzeri denetim mekanizması olan Uyum Danışmanlığı/Ombudsmanlığı(Compliance Advisor Ombudsman) önüne Türkiye'den bugüne kadar dört başvuru gitmiş ve bu başvurular sonuçlanmıştır. İş hukuku ve sosyal haklar ve özellikle örgütlenme hakları alanındaki ihlallerin gündeme geldiği bu başvurulardan 2008 tarihli Standart Profil başvurusu bu bağlamda oldukça önemlidir. Otomotiv sektöründe faaliyet gösteren çokuluslu bir şirket olan Standart Profil'e karşı yapılan başvuruda, şirketin işçilerin örgütlenme ve sendikal haklarını ihlal ettiği ileri sürülmüştür. 2010 yılında ilgili kurumun şirkete yaptığı ziyaretin ardından hazırlanan raporla; işveren ve işçilerin katıldığı Sosyal Diyalog Danışma Komitesi'nin işlevi, IFC performans standartları bakımından kredi kullanan şirketlerin işçilerin örgütlenme haklarına saygı gösterme zorunluluğu ve nihayet Türkiye'nin taraf olduğu ILO sözleşmelerine saygı denetlenmiştir. Ağır sanayi kuruluşlarının yemek mönülerinde bir gelenek olan yoğurdun mönülerden çıkarılması da bu bağlamda başvuruya konu edilmiş ve yoğurdun mönülere iadesi bir kazanım olarak not edilmiştir. Sonuç olarak bazı kazanımlar olmakla birlikte, sınırlı işlevi olan ve raporlara uyumu denetleme yetkisi olmayan bu denetim mekanizması Panel'e kıyasen Türkiye'de en azından işçi sendikaları tarafından daha çok bilinmektedir. "Standart Profil- Türkiye'deki İşçi Hakları İle İlgili Paydaş Değerlendirmesi",2009; "Petrol-İş Sendikasının CAO Ombudsman Standart Profil Sonuç Raporu Üzerine Düşünceleri", 2012, <http://www.cao-ombudsman.org/>, [e.t.12.03.2014].

rine göre, 31 Ocak 2013 itibariyle, Türkiye, 201 proje için Banka'dan 17,9 milyar dolar kredi almıştır. 28 Şubat 2013 tarihi itibariyle ise bu kredilerin, 17.93 milyar doları IBRD, 164,2 milyon doları IDA tarafından sağlanmıştır. Projeler, finans ve özel sektör gelişimi, enerji, kentsel kalkınma, sağlık, eğitim, çevre yönetimi, maden arama, su, sağlık hizmetleri, kamu yönetimi, ormancılık, tarım, balıkçılık gibi konularda yürütülmüş ve yürütülmeye devam etmektedir.⁵⁸

Liberal ekonomi politikalarının hayata geçirilmesi adına alınan 24 Ocak kararlarının da etkisiyle, Türkiye'de 1980 sonrası kullanılan Dünya Bankası kredilerinin meblağı, önceki dönemdeki kredi oranlarının çok üzerine çıkmaktadır. 1990-2003 arası alınan kredilerin ise daha çok kamu yönetimi ve hukuk alanlarında olması, Avrupa Birliği uyum sürecinin de etkisiyle gerçekleşmiştir diyebiliriz. 8 yıllık kesintisiz eğitim sistemine geçilirken öngörülen 3 aşamanın ilkinin Banka'dan alınan krediyle finanse edilmiş olması,⁵⁹ sağlık sektörünün yeniden yapılandırılması projeleri yakın dönemde kullanılan önemli kredilere örnek olarak gösterilebilir.⁶⁰ Özellikle sağlık hakkı alanında köklü bir yapısal dönüşümü simgeleyen son kredi kapsamında; aile hekimliği kurumunun getirilmesi, 663 sayılı KHK çerçevesinde Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının yeniden yapılandırılması, bu projenin temel hedefleri arasında gösterilmiştir. KHK ile Sağlık Bakanlığı'nın sağlık kamu hizmetinin sunumunda temel rolünün ortadan kaldırılması ise Banka tarafından projenin önemli bir etabının gerçekleştirilmesi olarak not edilmiştir.⁶¹ Oysa bu dönüşüm, anayasa tarafından koruma altına alınan sağlık hakkı ve yaşam haklarını ihlal edeceği ve sosyal devlet niteliğinin zarar göreceği endişeleri nedeniyle çokça eleştirilmiştir.⁶²

2012-2015 yılları arasını kapsayan Dünya Bankası Ülke Stratejisi Belgesi uyarınca, kamu hizmetleri ve özellikle eğitim, ulaşım ve özel sektör destekli köprü ve otoyolların inşası alanlarında hedeflenen işbirliği bu bağlamda önemlidir.⁶³ Haliyle, Türkiye'de pek bilinmeyen bu mekanizmanın, uluslara-

58 "Project and Operations, Mapping: Turkey, Europe and Central Asia", <http://maps.worldbank.org/eca/turkey#>, [e.t.16.03.2014].

59 Basic Education Project, 1998.

60 "Project in Support of Restructuring of Health Sector", 2009.

61 Implementation Status & Results: Project in Support of Restructuring of Health Sector, 2013.

62 "663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Anayasa'ya Aykırılık Gerekçeleri", 2012.

63 "Türkiye Ülke İşbirliği Stratejisi 2012-2015. 20 Ekim 2013 tarihinde, 5. İzmir İktisat Kongresi'nde konuşan Dünya Bankası Grubu Başkanı Jim Yong Kim'in sağlık, enerji, bankacılık

rası bir denetim mekanizması olarak izlenmesi ve devam eden projeler bakımından yeni bir başvuru aracı olarak kullanılması mümkün olabilecektir.

Sonuç olarak Dünya Bankası Teftiş Paneli, doğrudan ya da dolaylı olarak insan hakları alanında etki doğuran Banka destekli projeler nedeniyle, bir yandan sosyal politika üretme ve çok boyutlu kalkınma sürecinde Banka'nın rolünün yeniden sorgulanmasına, bir yandan da aldığı kararların etkisi ve sınırlı yetkisi nedeniyle bu nitelikte mekanizmaların işlevlerinin sorgulanmasına imkan yaratmaktadır. Siyasete karışma yasağı bu aşamada, Banka –insan hakları ilişkisinin kilit kavramı olarak süreci yönlendiren temel ilkedir. Banka direktifleri ve yıllık raporlar, BM belgeleri doğrultusunda bir insan hakları yaklaşımının ilkesel olarak Banka tarafından da benimsendiğinin izlerini taşısa da, Panel, önüne gelen başvurularda, “esaslı bir doğrudan ekonomik etki” kavramı ve siyasete karışma yasağı kıstasları ışığında Banka'nın kendi insan hakları anlayışını destekleyen bir yol haritası izlemektedir. Bu yaklaşım ise uluslararası bir finans kuruluşu olan Banka'nın, göreceli bir insan hakları nosyonu ve insan hakları ihlallerinden sorumluluğu söz konusu olduğunda kendisi için kapsamı oldukça geniş bir istisna hali yaratmasına neden olmaktadır. Dolayısıyla Panel, sosyal adaleti sağlama misyonu ile Banka'nın kurumsal meşruiyetini yeniden ve daha güçlü üretme misyonları arasında kalan ve daha çok ikincisine katkı sağlayan bir araca dönüşme eğilimi göstermektedir.

Bununla birlikte, Bradlow'un da belirttiği üzere, Panel'in aldığı kararların, uluslararası hukuk ve uluslararası idare hukukunun gelişmesine katkı sunabilecek, çevre avukatlarının mücadelelerinde bir kaynak oluşturabilecek nitelikte olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesi uyarınca, yargı veya hakemlik organlarının kararları uluslararası hukukun kaynakları arasında sayılmaktadır.⁶⁴ İctihadın işlevi, bağlayıcı kararlar alınmasından çok, daha sonra yargı organları tarafından yapılacak değerlendirmelere ışık tutacak nitelikte olmasıdır. Panel'in sunduğu raporlar bu kategoride bir uluslararası hukuk kaynağı sayılabilir ve ilgili devletlerin taraf oldukları sözleşmelerin denetim mekanizmaları önündeki sorumluluğunun saptanmasında yeni bir başvuru aracı olarak değerlendirilebilir.

alanlarında Türkiye'nin içinde bulunduğu dönüşüme konuşmasında atıf yapması ve işbirliği çağrısı da bu bağlamda önemlidir.

64 “Statute of the International Court Of Justice”, <http://www.icj-cij.org/homepage/index.php>, [e.t.12.03.2014].

KAYNAKÇA

1. Makale ve Raporlar:

- “663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Anayasa’ya Aykırılık Gerekçeleri”, **Türk Tabipler Birliği Yayınları**, 2012.
- “Accountability at the World Bank:The Inspection Panel 10 Years On”, 2003, <http://ewebapps.worldbank.org/apps/ip/Pages/Publications.aspx>, [e.t.14.03.2014].
- AMUNWA Ben, “Fueling the Violence: Oil Companies and Armed Militancy in Nigeria”, <http://platformlondon.org/wp-content/uploads/2012/08/Fueling-the-violence-Oil-Companies-and-Armed-Militancy-in-Nigeria-August-2012.pdf> , 2012.
- “Before the Deluge: Human Rights Abuses at India’s Narmada Dam”, **Human Rights Watch**, Volume 4, Issue 15, 1992, <http://www.hrw.org/reports/pdfs/i/india/india926.pdf>, [e.t.12.02.2014].
- BISSELL Richard E., “The Arun III Hydroelectric Project, Nepal”,**Demanding Accountability: Civil-Society Claims and the World Bank Inspection Panel**, Rowman & Littlefield Publishers, 2003.
- BRADLOW Daniel, “International Organizations and Private Complaints: The Case of the World Bank Inspection Panel”, **Virginia Journal Of International Law**, Vol.34, 1993-1994.
- BRODNIG Gernot, “The World Bank and Human Rights: Mission Impossible?”, **Praxis:The Fletcher Journal of Development Studies**, Volume XVII, 2002.
- “Citizen-Driven Accountability for Sustainable Development”, 2012, <http://ewebapps.worldbank.org/apps/IP/IPPublications/CitizenDrivenAccountability.pdf>,[e.t.12.03.2014].
- CLARK Dana, “Understanding the World Bank Inspection Panel”, Ed. Dana Clark, Jonathan Fox, Kay Treakle, **Demanding Accountability: Civil-Society Claims and the World Bank Inspection Panel**, Rowman & Littlefield Publishers, 2003.
- CLARK Dana/TREACLE Kay, “China Western Poverty Redaction Project”, **Demanding Accountability: Civil-Society Claims and the World Bank Inspection Panel**, Rowman & Littlefield Publishers, 2003.
- CULLET Philippe, “Sardar Sarovar Dam Project: An Overview”, <http://www.ielrc.org/content/a0704.pdf>, [e.t.10.03.2014].
- “Development and Human Rights: The Role of the World Bank”, 1998, <http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resour->

ces/3817166-1185895645304/4044168-1186409169154/08DHR.pdf, [e.t.12.09.2014].

FEENY Patricia, “Accountable Aid: Local Participation in Major Projects”, **Oxfam Publications**, 1998.

FOURIE Andre Naudé, “The World Bank Inspection Panel and Quasi-Judicial Oversight: in the Search of the ‘Judicial Spirit’ in Public International Law”, **Eleven International Publishing**, 2009.

HORTA Korinna, “Human Rights and the World Bank”, **Harvard Human Rights Journal**, Vol. 15, 2002.

“The Ogoni Crisis: A Case-Study of Military Repression in Southeastern Nigeria”, **Human Rights Watch**, 1995, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6a-7d8c.html>, [e.t.21.03.2014].

HUNTER David, “The World Bank’s New Inspection Panel: Will It Increase the Bank’s Accountability?”, <http://www.ciel.org/Publications/issue1.html>, [e.t.03.03.2014].

“Inspection Panel Annual Report 2013-2014”, <http://ewebapps.worldbank.org/apps/ip/IPPublications/AnnualReport2013-2014f.pdf>, [e.t.01.12.2014].

“Large Dams on Narmada River”, <http://www.narmada.org/nvdp.dams/>, [e.t.10.02.2014].

Report of Independent Review ;1992, <http://narmada.aidindia.org/content/view/52/>, [e.t.10.02.2014].

ROOS Stefanie Ricarda, “The World Bank Inspection Panel at its Seventh Year: An Analysis of its Process, Mandate and Desirability with Special Reference to China(Tibet) Case”, **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, Volume 5, 2001.

“Sardar Sarovar: The Report of Independent Review”, <http://www.ielrc.org/content/c9202.pdf>, [e.t.10.03.2014].

“Standart Profil- Türkiye’deki İşçi Hakları İle İlgili Paydaş Değerlendirmesi”, 2009; Petrol-İş Sendikasının CAO Ombudsman Standart Profil Sonuç Raporu Üzerine Düşünceleri, 2012. <http://www.cao-ombudsman.org/>, [e.t.12.03.2014].

USAL Zeynep Oya, “Dünya Bankası ve IMF Kapsamında Uluslararası Finans Kuruluşları ve İnsan Hakları”, **İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, No: 39, 2008.

“Learning from Narmada”, **World Bank Independent Evaluation Group**, <https://ieg.worldbankgroup.org/ieg-search?...?> [e.t.11.03.2014].

WOUTERS Jan/RYNGAERT Cedric, "Good Governance: Lessons from International Organizations", **Institute for International Law**, <http://www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/wp/WP54e.pdf>, [e.t.12.3.2013].

ZMOLEK Michael, "Damming Narmada and the Three Gorges", **Refuge**, Vol.12, No.1, 1992.

2. Başvurular:

Arjantin/ Paraguay: Yacyreta Hydroelectric Project, 1996.

Armenia: Second Education Quality and Relevance Project, Education Improvement Project, 2014.

Brazil: Itaparica Resettlement and Irrigation Project, 1997.

Brazil: Rondonia Natural Resources Management Project, 1995.

Chad: Petroleum Development and Pipeline Project, Management of the Petroleum Economy Project, and Petroleum Sector Management Capacity Building Project, 2001.

India: Ecodevelopment Project, 1998.

Lebanon: Greater Beirut Water Supply Project, 2010.

Lesotho/South Africa: Lesotho Highlands Water Project, 1998.

Nepal, Arun III Proposed Hydroelectric Project and Restructuring of IDA Credit, 1994.

Nepal, Enhanced Vocational Education and Training Project (Not Registered), 2013.

Uzbekistan, Second Rural Enterprise Support Project, 2013.

Western China Poverty Reduction Project, 1999.

3. Diğer İnternet Kaynakları:

A Guide to World Bank, 2003, <http://go.worldbank.org/OPNM9C5ZV0>, [e.t.12.03.2014].

Basic Education Project (Turkey), 1998, <http://www.worldbank.org/projects/P009089/basic-education-project?lang=en>, [e.t.13.03.2014].

Dünya Bankası-Türkiye İşbirliği: Ülke Programının Görünümü, 2013, <http://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/document/tr-snapshot-apr-2013-tr.pdf>, [e.t.13.03.2014].

Implementation Status & Results: Project in Support of Restructuring of Health Sector", 2013, <http://www.worldbank.org/projects/P102172/health-transformation-social-security-reform-project?lang=en>, [e.t.12.09.2014].

Project and Operations, Mapping: Turkey, Europe and Central Asia", <http://maps.worldbank.org/eca/turkey#>, [e.t.16.03.2014].

Project in Support of Restructuring of Health Sector, <http://www.worldbank.org/projects/P102172/health-transformation-social-security-reform-project?lang=en>, [e.t.13.03.2014].

The Inspection Panel, <http://ewebapps.worldbank.org/apps/ip/Pages/AboutUs.aspx>, [e.t.10.02.2014].

The World Bank Operational Manual-Operational Policies”; <http://go.worldbank.org/Rf8N5YBBF0>, [e.t.13.03.2014].

“Türkiye Ülke İşbirliği Stratejisi (2012-2015), <http://www.worldbank.org/tr/country/turkey>, [e.t.12.03.2014].

“United Nations General Assembly Resolution 2054 A(XX)(The policies of Apartheid of the Government of the Republic of South Africa); Resolution 2105(XX) (Implementation of the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and People”; <http://research.un.org/en/docs/>, [e.t.13.03.2014].

“United Nations Millennium Development Goals”, <http://www.un.org/millennium-goals/>, [e.t.04.01.2014].

“World Bank President Calls for “Solutions Bank” to Meet Global Challenges”, Press Release No: 2013/103/EXC.

<http://www.cleantennigerdelta.org/>, [e.t.24.04.2014].

<http://www.greenpeace.org/international/en/news/features/exxon-valdez-disaster-15-year/>, [e.t.21.03.2014].

Ceza Yargılamalarının Disiplin Yargılamaları Bakımından Etkisi

Cihan YÜZBAŞIOĞLU*

ÖZET

Ceza hukuku ve disiplin hukuku, failin hukuka aykırı fiilleri hakkında yaptırım öngörmek ve benzer birtakım usuller içermekle birlikte; nitelik ve sonuçları bakımından pek çok farklılık taşıyan bağımsız hukuk dallarıdır. Bağımsız nitelik taşımanın bir sonucu olarak, ceza ve disiplin yargılamaları birbirinden bağımsız olarak başlatılmakta ve sonuçlandırılmaktadır. Ancak kamu görevlisi tarafından işlenen disiplin hukukuna aykırı fiil bazı durumlarda ceza hukuku bakımından da yasaklanmış olabilmektedir. Başka bir ifadeyle, aynı hukuka aykırı fiil hakkında hem disiplin hem de ceza hukuku sonuç doğurabilmektedir. Bu hallerde esas olan disiplin ve ceza hukukunun bağımsızlığı ilkesi olmakla birlikte, doktrin ve Danıştay bazı durumlarda ceza yargılamalarının, disiplin yargılamalarının başlatılması ve bu yargılama sonucunda verilecek karar bakımından etki doğurabileceğini kabul etmektedir. Ceza yargılamasında fiili işlemediği gerekçesiyle beraat eden bir memurun aynı fiil nedeniyle disiplin yaptırımına maruz kalması ya da ceza yargılamasında hukuka aykırı fiil nedeniyle mahkum olan memurun aynı fiili işlemediği gerekçesiyle aklanması kamu otoritelerinin tutarlı bir tutum izlemediğini ve çelişkili kararlar verdiğini ortaya koyacaktır. Bu nedenle Danıştay ve doktrin tarafından sınırları çizilen bazı hallerde ceza yargılamasının, disiplin yargılaması üzerinde sonuç yaratacağını kabul etmek yerinde olacaktır. Yine ceza yargılaması hukukumuzda yakın bir tarihte girmiş olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulandığı hallerde, mahkumiyetin sonuç yaratmamasına yönelik olan bu karara dayanılarak disiplin yargılamasında hüküm kurulması kurumun amacına ve kanunun lafzına aykırılık oluşturacaktır. Dolayısıyla ceza yargılamasının, disiplin hukukuna etkileri incelenirken her bir somut olay ayrı olarak değerlendirilerek sonuca varılması gerekecektir.

Anahtar kelimeler: Disiplin, ceza, yargılama, kesin hüküm, hükmün açıklanmasının geri bırakılması.

* Ar. Gör., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

Effects of Criminal Proceedings on Disciplinary Proceedings

ABSTRACT

Although criminal law and disciplinary law prescribe sanctions against illegal acts of the offender and contain similar rules of procedure, they are independent branches of law having different natures and consequences. As a result of having different natures, criminal proceedings and disciplinary proceedings are launched and concluded separately from each other. However in some cases illegal acts of public officers that are incompatible with disciplinary law may also be prohibited by criminal law. In other saying, the same illegal act of public officer may cause results in both criminal and disciplinary law. In these circumstances, the doctrine and the Council of State accept that criminal proceedings may sometimes affect the launching and the decision of the disciplinary proceedings, even though the principle is the independence of criminal law and disciplinary law. The fact that the public officer who was acquitted in criminal proceedings on the grounds that he had not committed the illegal act, is convicted in criminal proceedings for the same act or that the public officer who was convicted in criminal proceedings, is acquitted in disciplinary proceedings on the grounds that he had not committed the illegal act reveals incoherence of the different public authorities and the fact that they are taking conflicting decisions. Therefore, the effects of criminal proceedings on the disciplinary proceedings should be accepted within the limits designed by the doctrine and the Council of State. Also, in the cases when the institution of suspension of pronouncement of the judgment, who entered into Turkish criminal procedure law recently, is applied, decision of disciplinary authorities based upon this decision of criminal court, who provides non application of the sentencings, is incompatible with the letter and aim of the law. Consequently, the effects of criminal proceedings on the disciplinary proceedings should be evaluated according to the circumstances of each case.

Keywords: Disciplinary, criminal, proceeding, definitive judgement, suspension of pronouncement of the judgment.

Hukuk sistemimizde, hukuka aykırı fiiller gerçekleştiren fail hakkında yaptırımlardan bahsedildiğinde akla gelen ilk hukuk dalı olmakla beraber, tek hukuk dalı ceza hukuku değildir. İdare hukuku kapsamında yer alan disiplin hukukunda da hukuka aykırı fiilleri nedeniyle faile birtakım yaptırımlar uygulanmaktadır. Doktrinde disiplin hukuku farklı şekillerde tanımlanmıştır. Sözelimi Onar, disiplin cezalarını, “*memurun mesleki hayat ve vazifesinde görülen yolsuzluklara karşı, kendisine tatbik edilen bir kısım zecri müeyyideler*” olarak tanımlamıştır.¹ Günday ise, *devlet memurunun çalıştığı kuru-*

¹ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. 2, 3. bası, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 1188.

mun iç düzenini bozmaya yönelik olan davranışlarını disiplin suçları, disiplin suçları karşılığında öngörülmüş olan yaptırımları ise disiplin cezası olarak tanımlamıştır². Yine, doktrinde Aslan, disiplin cezalarını, kamu personelinin görevlerinde daha dikkatli ve özenli davranmasını ve bu personelin Devlete, kanunlara ve diğer hukuksal düzenlemelere uymalarını, üstlerinin kanuna uygun emirlerini yerine getirmelerini sağlayan yaptırımlar olarak tanımlamıştır³.

Uygulanan yargılama usulleri, hukuka aykırı fiiller hakkında yaptırım öngörülmesi ve kamu ile birey arasındaki bir ilişki olması gibi benzerlikler taşımakla birlikte, ceza hukuku ve disiplin hukuku birbirinden bağımsız olan hukuk dallarıdır. Sözgelimi, ceza hukukunda amaç kamu düzeninin sağlanmasıdır. Kamu düzenini bozan herkes hakkında uygulanmaktadır. Buna karşılık, disiplin yargılamasında idarenin örgütlenmesini ve düzenli işleyişini korumak amaçlanmaktadır. Dolayısıyla, disiplin yargılaması yalnızca kamu personeli hakkında yapılabilmektedir. İkinci olarak, yaptırımların niteliği bakımından değerlendirildiğinde, ceza yargılaması sonucunda sanık aleyhine adli para cezasına ya da hürriyeti bağlayıcı cezalara hükmedilebilmekteyken, disiplin yaptırımları para cezası ya da birtakım mesleki yaptırımlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Son olarak, ceza yargılaması bağımsız mahkemelerce yapılmaktayken; disiplin yargılaması idare tarafından yapılmakta ve uygulanacak yaptırımlar idari işlem ile tesis edilmektedir.⁴ İki hukuk dalının birbirinden ayrık olmasına karşılık, ceza hukukunda yer alan pek çok ilke, aynen veya değiştirilerek disiplin hukukunda da uygulanmaktadır.⁵

2 Metin Günday, **İdare Hukuku**, 10. baskı, Ankara: İmaj Yayınları, 2013, s. 627.

3 Zehreddin Aslan, **657 Sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Disiplin Suç ve Cezaları**, İstanbul: Alfa Yayınevi, 2001, s. 26. Yine doktrinde Gözübüyük, Tan, disiplin cezalarını, bir kurumda çalışan memurların, kurumun düzenini bozucu davranışlarına karşı uygulanan yaptırımlar olarak tanımlamıştır. (A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku**, C. 1, 5. baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2007, s. 989) Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, disiplin cezalarını, memurların çalıştıkları kurum ve gördükleri kamu hizmeti düzenine aykırı eylemleri nedeniyle karşılaştıkları yaptırımlar olarak tanımlamaktadır. (İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, Kahraman Berk, **İdare Hukuku**, İstanbul: Der Yayınları, 2013, s. 861); Kalabalık ise, disiplin cezalarını memur ve diğer kamu görevlilerinin memuriyet ve vazifeleri ile ilgili olarak işledikleri kusurları ya da memurluk sıfatını ve görevini etkileyecek kusurlu davranışlarını cezalandırmak için konulmuş yaptırımlar olarak tanımlamıştır. (Halil Kalabalık, **İdare Hukunun Temel Kavram ve Kurumları**, 5. Baskı, Konya: Sayram Yayınları, 2014, s. 625.)

4 Dan.12.D., E. 2010/64, K. 2011/474, T. 4.2.2011; Bkz. Kazancı Bilgi Bankası.

5 Anayasa'nın m. 129/2 hükmüne göre, "Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı

Uygulamada disiplin yargılamasına konu olan hukuka aykırı fiilin aynı zamanda ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmiş olması söz konusu olabilmektedir. Başka bir ifadeyle, aynı fiil hem ceza hukuku, hem de disiplin hukuku bakımından yasaklanmış olabilir. Böyle bir durumda farklı nitelikte olan, ceza ve disiplin yargılamasına aynı anda başvurulup başvurulamayacağı ve bu yargılamalar sonucunda verilen kararların birbirini etkileyip etkilemeyeceği önem taşımaktadır.

I. Ceza Yargılamasının Disiplin Soruşturması Açılması Bakımından Etkisi

Disiplin hukuku ve ceza hukuku birbirinden ayrı ve bağımsız hukuk dalları olmakla birlikte, uygulamada ilgilinin gerçekleştirmiş olduğu hukuka aykırı fiil çoğu zaman hem ceza hukuku, hem de disiplin hukuku anlamında yasaklanmış olabilir. Başka bir ifadeyle, aynı hukuka aykırı fiil, her iki hukuk dalı bakımından da sonuçlar yaratabilir. Bu hallerde ceza ve disiplin yargılamasının birbirinden ayrık olarak ve eş zamanlı yürütülmesi ya da diğerinin sonucunu bekleyerek benzer yönde sonuçlandırılması gerektiği savunulabilir. İlk halde, eş zamanlı olarak yürütülen yargılamaların, birbiriyle çelişkili olarak sonuçlanması göndeme gelebilmekteyken; ikinci durum yargılamaların süresini aşırı ölçüde uzatmakta ve usul ekonomisi bakımından olumsuz neticelere sebep olabilmektedir. Konuya ilişkin kanundaki düzenleme açık olmakla beraber, doktrinde tartışmalar varlığını sürdürmektedir.

A. Ceza Yargılaması ve Disiplin Yargılamasının Birbirinden Bağımsızlığı İlkesi

Hukuka aykırı fiili nedeniyle, hakkında ceza yargılaması yapılmış veya yapılmakta olan kamu görevlisinin, aleyhinde ayrıca disiplin soruşturması yapıp yapılamayacağı ya da yapılması zorunluluğunun bulunup bulunmadığı, disiplin hukuku bakımından önem taşıyan bir husustur. Sanığın işlediği hukuka aykırı fiile ilişkin olarak devam eden ya da sonlanmış olan ceza yargılamasının, disiplin yargılamasının başlatılması bakımından etkisinin tespitinde,

tanınmadıkça disiplin cezası verilemez. “Benzer şekilde, disiplin suçu oluşturan fiiller ve bu fiiller hakkında öngörülen yaptırımların kural olarak, kanunda açıkça düzenlenmesi gerekmektedir. Ancak ceza hukukunda yer alan kanunilik ilkesi, biraz yumuşatılmakla birlikte, idare hukukunda da uygulanmaktadır. Disiplin hukuku ile ceza hukuku arasındaki farklılıklara ve her iki hukuk dalında uygulanan ortak ilkelere ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz. Ender Ethem Atay, **İdare Hukuku**, 3. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2012, s. 674 vd.

ilk olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 127 ve 131. maddelerine değinilmesi gerekmektedir. 657 sayılı Kanun'un "*Cezai kovuşturma ile disiplin kovuşturmasının bir arada yürütülmesi*" başlıklı 131. maddesinin ikinci fıkrasına göre, "*Aynı olaydan dolayı memur hakkında ceza mahkemesinde kovuşturmaya başlanmış olması, disiplin kovuşturmasını geciktiremez.*" Aynı Kanun'un ceza verme yetkisine ilişkin "*Zamanaşımı*" başlıklı 127. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan düzenlemeye göre ise, "*Disiplin cezasını gerektiren fiil ve hallerin işlendiği tarihten itibaren nihayet iki yıl içinde disiplin cezası verilmediği takdirde ceza verme yetkisi zamanaşımına uğrar.*" Bu düzenleme disiplin yargılamasının devam eden ceza yargılaması nedeniyle bekletilmesini zımni olarak engellemektedir. Zira, ceza mahkemesinin nihai kararının beklenmesi, disiplin yargılaması sonucunda ceza verme yetkisinin zamanaşımına uğramasına sebep olabilecektir. Ceza yargılamalarının ülkemiz koşullarında çok uzun sürmekte olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, disiplin yargılamasının ceza yargılaması süresince bekletilmesi, disiplin yargılamasını imkansız kılacaktır. Devlet Memurları Kanunu'nun 127 ve 131. maddeleri bir arada değerlendirildiğinde kamu görevlisi hakkında yapılan disiplin yargılamasının ceza yargılamasından bağımsızlığının yasa koyucu tarafından benimsendiğini kabul etmek gerekecektir. Yine Devlet Memurları Kanunu'nun "*Disiplin cezalarının çeşitleri ile ceza uygulanacak fiil ve haller*" başlıklı, madde 125/son düzenlemesine göre, "*Yukarıda yazılı disiplin kovuşturmasının yapılmış olması, fiilin genel hükümler kapsamına girmesi halinde, sanık hakkında ayrıca ceza kovuşturması açılmasına engel teşkil etmez.*" Bu düzenleme de "*disiplin soruşturmasının bağımsızlığı*" ilkesini açıkça ortaya koymaktadır.

Danıştay'ın yerleşik içtihadına göre, bir fiil hakkında ceza yargılamasına başlanmış olması ya da mahkûmiyet kararı verilerek ceza verilmesi, aynı fiil hakkında disiplin yargılaması yapılmasına engel teşkil etmemektedir⁶. Nitekim doktrinde kabul edilen görüş de bu yöndedir⁷. Yine memur hakkında ceza

6 "*(...) disiplin soruşturması ve yargılaması, ceza soruşturma ve kovuşturmasından bağımsız ve ayrıdır. Bu nedenle ceza soruşturması ve kovuşturması sırasında kullanılmayan (...)*" (Dan. 12.D., E. 2012/64, K. 2011/474, T. 4.2.2011; Bkz. Kazancı Bilgi Bankası.); Dan. 5.D., E. 1985/566, K. 1985/2291, T. 8.10.1985, naklen Aslan, 2001, s. 31; ; Dan. 10. D., E. 1984/907, K. 1984/1860, T. 12.11.1984, naklen Aslan, 2001, s. 29.

7 Onar, 1966, s. 1189; M. Sait Arcagök, "Ceza Kovuşturmasının Disiplin Soruşturması Üzerindeki Etkisi", *Maliye Dergisi*, S. 135, Eylül, Aralık 2000, s. 3; Günday, 2013, s. 628; Aslan, 2001, s. 29; Erol Dündar, "Milli Eğitim Mensupları Teşkilatına İlişkin Disiplin Cezaları ve Yargı Denetimi", *Danıştay Dergisi*, Y. 18, S. 68, 1988, s. 33; Yücel Oğurlu, "Ceza Mahke-

yargılaması sonucunda mahkûmiyet hükmü verilerek ceza ertelenirse yine de memur hakkında disiplin yargılaması yapılabilecektir. Zira, memur hakkında ceza hukuku bağlamında ağırlığı itibarıyla yaptırım uygulanmasını gerektirmeyecek nitelikte olan bir fiil, disiplin yaptırımı uygulanmasını gerektirebilir.⁸

Devlet Memurları Kanunu'nun 131. maddesinde yer alan düzenlemeye benzer hükümler özel personel rejimine tabi olan kamu görevlilerine dair kanuni düzenlemelerde de yer almaktadır. Örneğin 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun "*Ceza Soruşturması Veya Kovuşturması İle Disiplin Soruşturmasının Bir Arada Yürütülmesi Ve Zamanaşımı*" başlıklı 72. maddesinin birinci fıkrasına göre, "*Hakim ve savcılar hakkında ceza soruşturması veya kovuşturmasına başlanmış olması, aynı olaydan dolayı disiplin soruşturmasını gerektirmeyeceği gibi, ilgilinin mahkum olması veya olmaması ayrıca disiplin cezası verilmesine engel teşkil etmez.*" Dolayısıyla hakim veya savcılar hakkında devam etmekte olan ceza yargılaması, aynı hukuka aykırı fiil nedeniyle yapılacak disiplin soruşturmasını engellemeyecek ya da geciktirmeyecektir. Yine, 17789 sayılı Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı Ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin "*Ceza Kovuşturması ile Disiplin Kovuşturmasının Bir Arada Yürütülmesi*" başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasına göre, "*Aynı olaydan dolayı yönetici, öğretim elemanı, memur veya diğer görevliler hakkında ceza muhakemesinde kovuşturmaya başlanmış olması, disiplin kovuşturmasını geciktirmez.*"⁹ Buna karşılık doktrinde disiplin soruşturmalarının, ceza yargılamasının sonuna kadar bekletilmesini

mesi Kararlarının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu "Ne Bis In Idem Kuralı", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 52, S. 2, 2003, s. 112; Enver Kumbasar, **Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2012, s. 242; Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, 2013, s. 860; Cemil Cem, "Disiplin ve Disiplin Hukuku", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 3, 1969, s. 832; Yasin Sezer, Ali İhsan İpek, "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Kamu Personel Hukukuna Etkileri", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 3, 2010., s. 69; Ramazan Çağlayan, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, s. 254; Cihan Yüzbaşıoğlu, **Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu ve Farklı Hukuk Dallarına Etkisi** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s. 257.

8 Onar, 1966, s. 1190. Doktrinde Onar, aynı zamanda suç teşkil eden disiplin cezası gerektiren fiilin ceza yargılaması bakımından affa uğramasının da disiplin yargılaması başlatılmasına engel olmayacağını ileri sürmüştür. (Onar, 1966, s. 1191.)

9 Benzer şekilde, mülga Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı Personel Yönetmeliği'nin 153. maddesinin 1. fıkrasına göre, "*Aynı olaydan dolayı, Kurum personel hakkında ceza mahkemesinden kovuşturmaya başlanmış olması, disiplin kovuşturmasını geciktirmez.*"

daha isabetli bulan görüşler de bulunmaktadır.¹⁰ Bu görüş, aksi yöndeki bir tutumun bazı durumlarda hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açabileceğini kabul etmektedir. Sözgelimi, memur hakkında disiplin soruşturması sonuçlanıp disiplin cezası verildikten sonra, aynı fiil hakkında devam etmekte olan ceza yargılamasında suçun maddi unsurunun oluşmadığı (suç fiilinin hiç işlenmemiş olması ya da sanık tarafından işlenmemiş olması) veya hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı gerekçesiyle beraat kararı verilmesi halinde, aynı fiil hakkında aksi yönde tutum sergilenmiş olacaktır. Üstelik bu hallerde, hukuka aykırı olsa dahi disiplin cezalarının idarece geri alınmasının mümkün olmadığı Danıştay tarafından kabul edilmektedir.¹¹ Danıştay da bir kararında, memur hakkında açılmış olan ceza davası sonucunda verilecek olan kararın disiplin yargılaması sonucunda verilecek olan kararı etkilecek olmasından bahisle, adli yargıda açılan ve devam etmekte olan davanın sonucu beklenmeden disiplin yargılamasına ilişkin karar verilmesini isbetsiz bulmuştur.¹²

B. Ceza Yargılamasının Disiplin Soruşturmasını Zorunlu Kıldığı Haller

Disiplin yargılaması ile ceza yargılamasının bağımsızlığına ilişkin benzer bir düzenleme 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda yer almaktadır. Avukatlık Kanunu'nun "*Ceza kovuşturmasının disiplin cezalarına tesiri*" başlıklı madde 140/1 düzenlemesine göre, "*Avukat hakkında başlamış olan ceza kovuşturması, disiplin işlem ve kararlarının uygulanmasına engel olmaz.*" Bu düzenlemenin Devlet Memurları Kanunu'nun benimsediği *bağımsızlık ilkesini* yansıttığı düşünülebilecekse de; Avukatlık Kanunu'nun madde 140/2 hükmü, "*Şu kadar ki, disiplin işlem ve kararına konu teşkil edecek bir eylemde bulunmuş olan avukat hakkında aynı eylemlerden dolayı ceza mahkemesinde dava açılmış ise, avukat hakkındaki disiplin kovuşturması, ceza davasının sonuna kadar bekletilir*" düzenlemesini öngörmüştür. Bu düzenlemeye göre, aleyhine ceza davası açılmış olan bir avukat hakkında, aynı hukuka aykırı fiil nedeniyle

¹⁰ Bu görüşler için Bkz. Oğurlu, 2003, s. 113; Arcagök, 2000, s. 10; karşı görüş için Bkz. Aslan, 2001, s. 30.

¹¹ "(...) gerek doktrin gerekse uygulamada, disiplin cezası olma niteliğini taşıyan idari işlemlerin disiplin cezası vermeye yetkili kurullar yönünden de bağlayıcı ve kesin nitelik taşıdığı, kararı veren kurulca dahi geri alınamayacağı tartışmasızdır. (...)" (Dan.10.D., E. 1984/2635, K. 1985/700, naklen Onur Karahanoğulları, "Memur Disiplin Hukukunun Nitekiği ve İlkele-ri", *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, S. 8 (3), Temmuz 1999.

¹² Dan.8.D., E. 2004/2701, K. 2005/281, T. 28.1.2005; Bkz. www.kararevi.com; aynı yönde Dan. 8.D., E. 2004/3157, K. 2005/238, T. 26.1.2005; Bkz. www.kanunum.com.

disiplin soruşturması da başlatılmışsa, disiplin kovuşturmasının ceza davasının sonuna kadar bekletilmesi ve ceza mahkemesinin nihai kararını takiben sürdürülerek karara bağlanması gerekmektedir.¹³

Ceza yargılaması ile disiplin yargılamasının bağımsızlığına ilişkin ilkenin bir diğer istisnası ise yine 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun madde 140/4 düzenlemesinde yer almaktadır. Buna göre, "*Baro yönetim kurulları hükümlülükle sonuçlanan bir ceza davasının konusunu teşkil eden eylemlerden dolayı ayrıca disiplin kovuşturması açmak zorundadırlar.*" Bu düzenlemeye göre, aynı zamanda disiplin suçu da oluşturan bir hukuka aykırı fiil işleyen avukat hakkında ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı verdiği hallerde, Baro yönetim kurulunun disiplin soruşturması başlatma hususunda takdir yetkisi bulunmamaktadır. Böyle durumlarda ceza yargılamasının nihai kararını takiben Baro yönetim kurulu disiplin soruşturması başlatmak zorundadır.

I. Ceza Yargılamasındaki Hükmün Disiplin Soruşturmasında Kullanılması

İdarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine tabi olması Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. Bu düzenlemenin temel amacının *kanuni idare* ilkesinin gerçek anlamda hayata aktarılabilmesi olduğu söylenebilir. Yine bu düzenlemenin bir uzantısı olarak, Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, idare, mahkeme kararlarına uymak zorunda olup; mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez. Söz konusu düzenlemeler bir arada değerlendirildiğinde, idarenin işlem ve eylemlerinin, bağımsız mahkemelerin denetimine tabi tutulduğu ve mahkemelerce verilen kararların idare bakımından bağlayıcılık taşıdığı, uygulanmak zorunda olduğu hususu karşımıza çıkmaktadır. "İdare mahkemesi" yerine "mahkeme" ifadesinin kullanılmış olması, yalnızca idari yargının değil, adli yargının kararlarının da idare bakımından bağlayıcılık taşıdığını ortaya koymaktadır. Bu durum özellikle aynı fiilin hem ceza hukuku hem de disiplin hukuku bakımından sonuç doğurduğu hallerde önem taşımaktadır. Başka bir ifadeyle, disiplin yargılamasından bağımsız olarak sonuçlanan ceza yargılaması sonucunda verilen kararın,

¹³ Rona Aybay, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Avukatlık Disiplin Hukukuna Etkisi", *Güncel Hukuk Dergisi*, Temmuz 2013, s. 10; Mehtap Alçıçek, *Hükmün Açıklanmasının Geri bırakılması* (Yüksek Lisans Tezi), Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s. 71; Yüzbaşıoğlu, 2014, s. 258.

disiplin cezası verecek olan idari makamlar bakımından ne ölçüde bağlayıcı olduğu sorunu karşımıza çıkmaktadır.

A. Devlet Memurları Kanunu’nun Öngördüğü Temel Düzenleme

Disiplin yargılaması ile ceza yargılamasının bağımsızlığı ilkesinin başka bir sonucu da, her iki yargılama sonucu verilen kararın birbirini bağlamıyor olmasıdır. Bu durum Devlet Memurları Kanunu madde 131/2 düzenlemesinde, “*Memurun ceza kanununa göre mahkûm olması veya olmaması halleri, ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel olamaz.*” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, ceza yargılaması sonucunda memur hakkında verilen beraat veya mahkûmiyet kararı, disiplin yargılamasının sonucunu etkilemeyecektir. Disiplin ve ceza yargılamaları birbirinden tamamen ayrık olarak ilerleyecek ve sonuçlanacaktır.¹⁴ Devlet Memurları Kanunu’nda açıkça ortaya konan bu ilke Anayasa Mahkemesi ve Danıştay tarafından da prensip olarak kabul edilmiştir¹⁵. Doktrinin görüşü de bu yöndedir¹⁶. Bu genel prensibe göre, ceza yargılamasında bir fiilin suç olarak tespit edilmesi, aynı fiilin disiplin soruşturmasında da hukuka aykırı olarak nitelendirilerek, fail hakkında disiplin yaptırımının uygulanması sonucunu doğurmaz. Her iki yargılama birbirinden ayrık olarak sürdürülür ve sonuçlandırılır. Ancak bu durum, ceza yargılaması ve disiplin yargılamasında birbiriyle çelişkili sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilecektir. Sözgelimi, memur hakkında yapılan disiplin soruşturması

14 Yine 17789 sayılı Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı Ve Memurları Disiplin Yönetmeliği’nin “*Ceza Kovuşturması ile Disiplin Kovuşturmasının Bir Arada Yürütülmesi*” başlıklı 20. maddesinin ikinci fıkrasına göre, “*Sanığın Ceza Kanunu’na göre mahkûm olması veya olmaması halleri, ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel olmaz.*”; üçüncü fıkrasına göre ise, “*Disiplin soruşturması veya sonuçları, ceza soruşturmasını etkilemez.*”

15 “*(...) davacı hakkında adli yargı yerince aklanma kararı verilmesi ve 2978 sayılı Vergi İadesi Hakkında Yasa uyarınca işlem yapılması, aynı eylem için disiplin kuralları uygulanarak ceza verilmesine engel değildir.*” (Dan. 8.D., E. 1993/1901, K. 1993/3855, T. 25.11.1993, www.kararevi.com, (Erişim Tarihi: 22.3.2014)), “*(...) bir kamu görevlisinin ceza yasasına göre mahkûm olması veya olmaması, kamu görevlisinin eylemin, personel hukukuna göre değerlendirilmesine ve disiplin suçu kabul edilip, disiplin cezasıyla cezalandırılmasına engel değildir.*” (Dan., 10.D., E. 1984/907, K. 1984/1860, T. 12.11.1984, naklen Dündar, 1988, s. 36); aynı yönde Dan. İDDGK., E. 2003/67, K. 2003/436, T. 20.6.2003; Bkz. Kazancı Bilgi Bankası; Dan. 5.D., E. 1998/11619, K. 1999/17, T. 26.05.1999; naklen Oğurlu, 2003, s. 122; Dan. 3.D., E. 1979/187, K. 1979/253, T. 30.3.1979; Bkz. www.kanunum.com; aynı yönde Anayasa Mahkemesi’nin tutumu için Bkz. AYM. BB. B. 2, E. 2012/665, T. 13.6.2013; Bkz. www.anayasa.gov.tr.

16 Oğurlu, 2003, s. 114.

sonucunda hukuka aykırı fiili gerçekleştirmedeği yönünde karar verildikten sonra sonuçlanan ceza yargılamasında, aynı fiil nedeniyle mahkumiyet kararı verilmesi halinde çelişkili bir durum oluşacaktır. Yine, bazı hallerde ceza yargılamasında memur hakkında beraat kararı verildikten sonra sonuçlanan disiplin soruşturmasında sanığa yaptırım uygulanması hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasına neden olacaktır.

B. Ceza Yargılamasındaki Hükümün Disiplin Soruşturmasında Bağlayıcı Olabilirliği

Devlet Memurları Kanunu'nun madde 131/2 hükmünde yer alan temel düzenleme, ceza ve disiplin yargılamalarının birbirinden ayrık olarak sürdürüleceği ve sonuçlandırılacağını öngörmüş olmakla birlikte, Danıştay uygulaması ve doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüş, disiplin soruşturmasında ceza mahkemesi kararının dikkate alınmayacağı sonucunun çıkarılamayacağını kabul etmektedir.¹⁷ Danıştay 3. Dairesi bir kararında bağımsızlık ilkesini ve bu ilkenin sınırlarını ayrıntılı olarak ortaya koymuştur: “(...) *Kanun koyucu bu hükümle, ceza kovuşturması ve ceza mahkemesi kararının hiçbir şekilde disiplin kovuşturması ve disiplin cezası uygulamasını etkilemeyeceğini açık olarak öngörmüştür(...) Gerçekten ceza uygulaması ile disiplin uygulaması arasında amaç, kapsam usul, ve sonuçları bakımından temel nitelik farkları mevcuttur. İşte bu sebeptir ki kanun koyucu ceza uygulaması ile disiplin*

17 Doktrinde bir görüş, ceza yargılaması sonucunda verilen kararın, disiplin yargılamaları bakımından kesin hüküm niteliğinde olmasını Anayasa'nın 125 ve 129. maddelerinin bir arada değerlendirilmesine dayandırmaktadır. (Arcagök, 2000, s. 4) Kanaatimizce ceza yargılaması sonucunda verilen kararın, sınırlı da olsa, disiplin yargılamaları bakımından bağlayıcı olduğunun kabulü yerinde bir tespit olmakla birlikte, bahsedilen görüşün dayanak olarak Anayasa'nın 125 ve 129. maddelerine işaret etmesi isabetli olmamıştır. Zira, Anayasa'nın 125. maddesi, *idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu* düzenlemekte; 129. maddesi ise, *uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılamayacağını* düzenlemektedir. Anayasa'da yer alan bu düzenlemeler idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı denetimi güvencesi vermekte olup, idare aleyhine başvurulacak yargı yolunun ne olduğu ya da yargı kararlarının (adli ve idari yargının her birinin) idare üzerindeki bağlayıcılığı hakkında herhangi bir kural koymamaktadır. Kanaatimizce ceza yargılaması sonucunda verilen kararın, idare ve dolayısıyla da disiplin yargılamaları bakımından bağlayıcı olduğu tespitine Anayasa'nın madde 138/4 düzenlemesiyle ulaşılması mümkündür. Anayasa'nın 138. maddesinin 4. fıkrasına göre, “*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.*” Bu hükümde yer alan “*mahkeme*” ibaresinin kullanılması, bu hükmün yalnızca idari yargıyı kapsamayıp, genişletici yorumla adli yargıyı da kapsamına aldığını ortaya koymaktadır.

uygulamasının iki ayrı ve farklı alan olarak görmekte ve bunların birbirini etkilemesini önleyici nitelikteki bir düzenlemeye yer vermektedir. Her ne kadar ceza hakiminin fiilin meydana gelmediğine veya maddi olaylara dayanarak fiil ile memur arasında bir ilişki bulunmadığına karar vermesine rağmen memur hakkında disiplin cezası uygulanması, kesin hüküm (muhkem kaziye) ilkesi ile bağdaştırılamaz ise de, disiplin cezası verecek amir ve kurulların bu hususu göz önünde tutması ve disiplin cezasının yargı denetimi sırasında kesin hüküm (muhkem kaziye) ilkesinin idari yargı yerince değerlendirilmesi doğaldır.(...)”¹⁸

1. Mahkumiyet ve Beraat kararları Bakımından Değerlendirme

Devlet Memurları Kanunu’nun 131. maddesinde yer alan düzenleme ceza ve disiplin yargılamalarının birbirinden bağımsız olarak sürdürülerek sonuçlandırılabilirliğini öngörmekle birlikte; anılan kararda da görüldüğü üzere, Danıştay ceza mahkemelerinin vermiş oldukları mahkumiyet ve beraat kararlarının, *belli sınırlar dahilinde*, disiplin yargılamaları bakımından bağlayıcı olduğunu kabul etmektedir. Ancak, beraat kararlarının farklı gerekçelerle verilebileceği göz önünde bulundurulduğunda, bu farklı ihtimallere göre ceza mahkemesinin kararının disiplin makamları üzerindeki bağlayıcılığının değerlendirilmesi daha yerinde olacaktır.

Danıştay’ın yerleşik içtihadına göre, ceza mahkemesinin fiilin hiç işlenmediği ya da fiilin aynı zamanda memur olan sanık tarafından işlenmediği gerekçesiyle verilen beraat kararları disiplin yargılamasını sürdüren idare bakımından bağlayıcı olacaktır.¹⁹ Doktrin de Danıştay ile aynı tutumu benim-

¹⁸ Dan.3.D., E. 79/187, K. 79/253, 30.3.1979, naklen Cemil Kaya, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler”, *Amne İdaresi Dergisi*, Haziran 2005, s. 78.

¹⁹ “Bir kamu görevlisinin üzerine atılı disiplin suçu, aynı zamanda ceza yasasına göre de suç niteliğinde ise ve ceza yargılaması sonucunda suçun unsurlarının oluşmaması ya da suçun o kişi tarafından işlenmediğinin saptanması gerekçesiyle ilgili beraat etmiş ise bu beraat kararının disiplin cezası verilmesindeki bağlayıcılığı tartışmasıdır. Ancak delil yetersizliği nedeniyle verilen bir beraat kararı, disiplin cezası verilmesi konusunda mutlak anlamda bağlayıcı nitelikte değildir.” (Dan. 10. D., E. 1987/2015, K. 1987/1721, T. 27.10.1987; Bkz. www.kanunum.com.); aynı yöndeki kararlar için Bkz. Dan. 10.D., E. 1990/1731, K. 1990/1248, T. 30.5.1990; Bkz. www.kanunum.com.; Dan. 8.D., E. 1992/577, K. 1993/2530, T. 28.06.1993; Bkz. Kazancı Bilgi Bankası; Dan. 10.D., E. 1984/907, K. 1984/1860, T. 12.11.1984, naklen, Aslan, 2011, s. 34; AYM. BB. B. 2, E. 2012/665, T. 13.6.2013; Bkz. www.anayasa.gov.tr; D.8.D., E. 1993/374, K. 1995/4392, T. 14.12.1995; naklen Arcagök, 2000, s. 6.

semektedir.²⁰ Buna göre, memurun ceza kovuşturmasında aklanmasının, eylemin suç sayılmamasından ya da suçun unsurlarını taşıyamamasından değil; eylemin gerçekleşmemesinden ya da eylemin memur tarafından gerçekleştirilmemesinden kaynaklanması halinde, ceza yargılaması sonucunda verilen beraat kararı disiplin soruşturması bakımından da bağlayıcı olmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, bu gerekçeyle verilen aklanma kararlarında idare bakımından bağlayıcılık taşıyan husus yalnızca mahkemenin fiilin işlenmemiş olduğuna ilişkin tespittir. Yine, hukuka uygunluk nedeninin bulunması gerekçesiyle ceza yargılamasında verilen beraat kararları da, sanık hakkında disiplin cezası verilmesini engeller.²¹ Doktrinde *Onar*, suç işlendiği tarihte memurun ceza ehliyetine sahip olmadığına dair ceza mahkemesinin tespitinin disiplin hukuku bakımından bağlayıcı olduğunu savunmuştur.²² Buna karşılık, belirtmek gerekir ki Danıştay'ın bazı kararlarında ceza yargılamasında hükmolunan aklanma kararlarının, gerekçesine bakılmaksızın, disiplin yargılamaları bakımından bağlayıcı olacağı ve disiplin yargılamasında memurun üzerine atılı suçu işlemediğinin kabulünün zorunlu olduğuna ilişkin tespitler de bulunmaktadır.²³ Kuşkusuz Danıştay bu kararlarda, ceza yargılamasının

20 Doktrinde *Onar*'a göre, Devlet Memurları Kanunu'nun 131. maddesinde yer alan temel düzenleme usul bakımından noksan ve kesin hüküm hakkındaki esaslara aykırıdır. Ceza yargılamasında fiilin işlendiği sırada memurun orada olmadığı ya da sahip olduğu akıl hastalığı nedeniyle ehliyet ve iradeye sahip olmadığının tespit edildiği haller veya kendisine isnat edilen fiilin hiç gerçekleşmemiş olduğuna dayanarak verilen beraat kararları disiplin yargılamaları bakımından da bağlayıcı olmalıdır. (*Onar*, 1966, s. 1197; *Aslan*, 2001, s. 33; *Dündar*, 1988, s. 34; *Giritli*, *Bilgen*, *Akgüner*, *Berk*, 2013, s. 860; *Günday*, 2013, s. 628; *Karahanoğulları*, 1999, s. 67; *Sezer*, *İpek*, 2010, s. 69; *Oğurlu*, 2003, s. 114; *Arcagök*, 2000, s. 8, *Yüzbaşıoğlu*, 2014, s. 259.

21 *Aslan*, 2001, s. 35; *Karahanoğulları*, 1999, s. 67; İçişleri Bakanlığı Mülkiye Müfettişliği, İnceleme-Araştırma Raporu, http://www.mulkiyeteftis.gov.tr/ortak_icerik/mulkiyeteftis/Maddi%20Ceza%20Hukuku%20ile%20Ceza%20Yarg%C4%B1lama%20Hukuku%20%C4%B0lkelerinin,%20Disiplin%20Hukukunda%20Uygulan%C4%B1p%20Uygulanamayaca%C4%9F%C4%B1;%20Bu%20Konuda%20Ortaya%20C3%87%C4%B1kan%20Sorunlar%20ve%20C3%87%C3%B6z%C3%BCm%20Yollar%C4%B1.doc, (Erişim Tarihi: 2.08.2014).

22 *Onar*, 1966, s. 1197; aynı yönde *Kaya*, 2005, s. 80; aynı yönde "(...) *Ceza yargılaması sonucu suçun işlendiği tarihte ceza ehliyetine sahip olmadığı kesinleşen davacının, disiplin hukuku açısından da ehliyeti bulunmadığı* (...)" (*Dan.8.D.*, E. 1995/4538, K. 1997/1171, T. 7.4.1997; Bkz. *Kazancı Bilgi Bankası*.)

23 Danıştay'ın, ceza yargılamalarında delil yetersizliği gerekçesiyle verilen beraat kararlarının da disiplin makamlarını bağlayacağına ilişkin kararlarına örnek olarak Bkz: "*Dava ve soruşturma dosyasının incelenmesinden, davacının alınan ilk ifadesinde para karşılığı sahte pasa-*

disiplin yargılamasına etkisini genişletici bir yorumla değerlendirmiştir. Kanaatimizce, memur hakkında yapılan ceza yargılaması sonucunda fiilin hiç işlenmediği ya da memur sanık tarafından işlenmediği gerekçesiyle verilen beraat kararları, disiplin makamları bakımından bağlayıcı olmalıdır. Aksi yönde bir tutum disiplin makamlarının, yargı makamının vermiş olduğu kesin hüküm niteliğindeki kararlara aykırı davranması anlamına geleceğinden, Anayasa'nın madde 138/4 düzenlemesine aykırılık oluşturacaktır.

Danıştay ve doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüşle paralel bir düzenleme 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun madde 140/3 hükmünde yer almaktadır. Avukatlık Kanunu'nun madde 140/3 düzenlemesine göre, “*Eylemin işlenmemiş veya sanığı tarafından yapılmamış olması sebebiyle beraat hali müstesna, beraatle sonuçlanmış bir ceza davasının konusuna giren eylemlerden dolayı disiplin kovuşturması, o eylemin ceza kanunları hükümlerinden ayrı olarak başlı başına disiplin kovuşturmasını gerektirir mahiyette olmasına bağlıdır.*” Bu düzenleme avukatın ceza yargılamasına konu eylemi işlenmemiş olması ya da eylemin hiç işlenmemiş olması nedeniyle verilen beraat kararlarının, disiplin hukuku bakımından da bağlayıcı olacağını; buna karşılık diğer gerekçelerle verilmiş olan beraat kararlarının disiplin soruşturması bakımından bağlayıcı olmadığını ve disiplin soruşturmasının bağımsız olarak sürdürülerek sonuçlandırılacağını ortaya koymaktadır.²⁴

Öte yandan, işlenmiş olduğu ceza mahkemesi tarafından tespit edilen fiilin suç sayılmaması veya suçun unsurlarında eksiklik ya da delil yetersizliği nedeniyle, memur hakkında verilen beraat kararı disiplin yargılaması bakımın-

*port ve sahte vize ile yurtdışına çıkmak isteyenlerin pasaportlarına çıkış kaşesi vurduğunu, bu amaçla en son ... adli şahısla para karşılığı üç kişinin sahte pasaportla yurt dışına çıkışını sağlama konusunda anlaştığını beyan ettiği ...'nın da soruşturmacıya verdiği ifadede bu hususu doğruladığı ancak davacının aynı olay ve eylem nedeniyle yargılandığı ceza davasında delil yetersizliği gerekçesiyle amlandığı anlaşılmaktadır. Bu durumda gerek olayın oluş biçimi, gerekse davacının adli yargıda beraat etmiş olması ve davacının geçmiş hizmetleri ve sicilleri ile ilgili olarak davalı idarece olumsuz ve kötü olduğu yolunda bir iddiada bulunulmamış olması göz önünde bulundurularak bir alt ceza ile cezalandırılması gerekmektedir.” (Dan. 8.D., E. 1995/3666, K. 1995/4612, T. 26.12.1995; Bkz. Kazancı Bilgi Bankası); Dan. 10.D., E. 1984/907, K. 1984/1860, T. 12.11.1984; Bkz. Yücel Irmak, “Kamu Görevlileri Hakkında Verilen Disiplin Cezalarında Yargı Denetimi”, **Türkiye Barolar Birliği – Mersin Barosu İdari Yargı Paneli**, Mersin, 11-12 Nisan 2003, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBo-oks/iy-03.pdf>, s. 179, Dan. 10.D., E. 1984/2744, K. 1985/689, T. 3.4.1985 naklen Arcagök, 2000, s. 5..*

dan bağlayıcı olmayacaktır.²⁵ Keza, ceza yargılamasında suç oluşturmeyen bir fiil, disiplin hukuku bakımından hukuka aykırılık teşkil edebilecektir. Danıştay da içtihadında, delil yetersizliği nedeniyle verilen beraat kararlarının, sanık bakımından “*tam aklanma niteliği taşımadığını*” kabul etmektedir.²⁶ Yine, sanık memurun suç fiilini işlememiş olduğu gerekçesiyle ceza mahkemesinde beraat kararı verilen hallerde, suç fiili niteliğinde olmayan fiilin disiplin hukuku bağlamında başka bir disiplin suçu oluşturmaması durumunda, memur hakkında disiplin cezası verilmesi de mümkün olacaktır.²⁷ Ayrıca, kesin hüküm niteliği taşımayan kovuşturma yapılmasına yer olmadığına ilişkin karar ile kamu davasının düşmesine dair karar ve yetkili makam tarafından kovuşturma izni verilmemesi nedeniyle ceza yargılamasının yapılamadığı haller de disiplin makamlarını bağlamamaktadır.²⁸ Takiibi şikayete bağlı olan suçlarda

25 Aslan, 2001, s. 36; Günday, 2013, s. 628; Dündar, 1988, s. 34; Karahanoğulları, 1999, s. 67; Sezer, İpek, 2010, s. 69; Oğurlu, 2003, s. 115; Kaya, 2005, s. 79; Yüzbaşıoğlu, 2014, s. 259; Doktrinde Arcagök delil yetersizliği nedeniyle verilen beraat kararlarının, aynı fiil hakkında sürdürülen disiplin soruşturmasına etkisini değerlendirirken ikili bir ayırım yapmaktadır. Buna göre, eğer delil yetersizliği fiilin işlenip işlenmediğine veya fiilin sanık memur tarafından işlenip işlenmediğine ilişkin ise, bu durumda sanığa disiplin cezasının uygulanmaması gerektiğini; diğer unsurlara ilişkin olarak delil yetersizliği nedeniyle verilen beraat kararlarının ise aynı fiil hakkında yapılan disiplin yargılamaları üzerinde etkisi olmayacaktır. (Arcagök, 2000, s. 4.)

26 “(...) bir kamu görevlisinin üzerine atılı disiplin suçu aynı zamanda ceza yasasına göre de suç niteliğinde ise ve ceza yargılaması sonucunda suçun unsurlarının oluşmadığı ya da suçun o kişi tarafından işlenmediğinin saptandığı gerekçesiyle ilgili beraat etmişse, bu beraat kararının disiplin hukuku yönünden de bağlayıcı nitelikte olacağı açıktır. Ancak delil yetersizliği nedeniyle verilen beraat kararları, disiplin hukuku yönünden mutlak anlamda bağlayıcı nitelik taşımamaktadır.” (Dan. 10.D. E. 1987/1637, K. 1989/1877, T. 26.10.1989, Bakz. www.kanunum.com); “Delil yetersizliği nedeniyle verilen bir beraat kararının, disiplin cezası verilmesi konusunda mutlak anlamda bağlayıcı nitelikte olmadığı (...)” (Dan. 10.D., E. 1987/2015, K. 1987/1721, T. 27.10.1987, naklen İçişleri Bakanlığı Mülkiye Müfettişliği, İnceleme-Araştırma Raporu, http://www.mulkiyeteftis.gov.tr/ortak_icerik/mulkiyeteftis/Maddi%20Ceza%20Hukuku%20ile%20Ceza%20Yarg%C4%B1lama%20Hukuku%20%C4%B0lkelerinin,%20Disiplin%20Hukukunda%20Uygulan%C4%B1p%20Uygulanamayaca%C4%9F%C4%B1;%20Bu%20Konuda%20Ortaya%20%C3%87%C4%B1kan%20Sorunlar%20ve%20%C3%87%C3%B6z%C3%BCm%20Yollar%C4%B1.doc, (Erişim Tarihi: 2.08.2014) aynı yönde Dan. İDDGK., E. 2003/67, K. 2003/436, T. 20.6.2003; Bakz. Kazancı Bilgi Bankası; Dan. 8.D., E. 1994/7095, K. 1996/3113, T. 13.11.1996; Bkz. Kazancı Bilgi Bankası; Dan. 8.D., E. 1993/1901, K. 1993/3855, T. 25.11.1993; Bkz. Kazancı Bilgi Bankası; Dan. 8.D., E. E. 1995/3666, K. 1995/4612, T. 26.12.1995; Bkz. Kazancı Bilgi Bankası; Dan. 8.D., E. 1994/7095, K. 2996/3113, T. 13.11.1996; Bkz. Kazancı Bilgi Bankası.

27 Arcagök, 2000, s. 8.

28 Kaya, 2005, s. 79-80.

müştekinin şikayetten vazgeçmesi nedeniyle kamu davasının düştüğü hallerde memur hakkında disiplin cezasının verilmesi mümkündür.²⁹

Danıştay içtihatlarına göre, ceza yargılamasında memurun mahkûmiyeti-ne karar verilen hallerde, fiilin işlenmiş olduğuna ilişkin mahkemenin tespiti, aynı hukuka aykırı fiil hakkında yapılan disiplin yargılamaları bakımından bağlayıcı olacaktır.³⁰ Önemle belirtmek gerekir ki, mahkûmiyet hükmünün disiplin yargılamaları üzerinde bağlayıcı olması için kesinleşmiş olması gerekir. Disiplin soruşturmasını yapan idare, kesinleşmiş mahkûmiyet hükmüne aykırı olarak, disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin karar veremez. Devam etmekte olan ya da temyiz aşamasında olan ceza yargılamalarında yapılan maddi tespitler disiplin yargılaması bakımından bağlayıcı olmayacaktır. Doktrinde kabul edilen görüş de bu yöndedir.³¹ Ayrıca, aynı zamanda suç teşkil eden bir hukuka aykırı fiil hakkında ceza mahkemesinde eylemin vasfı değiştirilerek ceza verilmişse, eylemin ceza mahkemesince değiştirilen haline göre disiplin cezası verilmesi gerekmektedir.³²

2. Hapis Cezasının Ertelenmesi Kararı Bakımından Değerlendirme

Hapis cezasının ertelenmesi kurumu TCK m. 51'de düzenlenmiştir. Buna göre, işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenmesi mümkündür³³. Sanık hakkında

²⁹ İçişleri Bakanlığı Mülkiye Müfettişliği, İnceleme-Araştırma Raporu, http://www.mulkiyeteftis.gov.tr/ortak_icerik/mulkiyeteftis/Maddi%20Ceza%20Hukuku%20ile%20Ceza%20Yarg%C4%B1lama%20Hukuku%20%C4%B0lkelerinin,%20Disiplin%20Hukukunda%20Uygulan%C4%B1p%20Uygulanamayaca%C4%9F%C4%B1;%20Bu%20Konuda%20Ortaya%20%C3%87%C4%B1kan%20Sorunlar%20ve%20%C3%87%C3%B6z%C3%BCm%20Yollar%C4%B1.doc, (Erişim Tarihi: 2.08.2014); aynı yönde Oğurlu, 2003, s. 118.

³⁰ Dan.3.D., E. 1979/187, K. 1979/253, T. 30.3.1979; naklen Oğurlu, 2003, s. 120-121.

³¹ Aslan, 2001, s. 33; Dündar, 1988, s. 34; Oğurlu, 2003, s. 122; Sezer, İpek, 2010, s. 69; Erhan Günay, **Hükmün Açıklanmasının Geri Brakılması**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2010, s.426; Arcagök, 2000, s. 7; Kaya, 2005, s. 79; İçişleri Bakanlığı Mülkiye Müfettişliği, İnceleme-Araştırma Raporu, http://www.mulkiyeteftis.gov.tr/ortak_icerik/mulkiyeteftis/Maddi%20Ceza%20Hukuku%20ile%20Ceza%20Yarg%C4%B1lama%20Hukuku%20%C4%B0lkelerinin,%20Disiplin%20Hukukunda%20Uygulan%C4%B1p%20Uygulanamayaca%C4%9F%C4%B1;%20Bu%20Konuda%20Ortaya%20%C3%87%C4%B1kan%20Sorunlar%20ve%20%C3%87%C3%B6z%C3%BCm%20Yollar%C4%B1.doc, (Erişim Tarihi: 2.08.2014).

³² Dündar, 1988, s. 37.

³³ Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır.

erteleme kararı verilebilmesi için kişinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması ve suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemediği hususunda mahkemede bir kanaatin oluşması gerekmektedir. Cezası ertelenen hükümlü hakkında bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere bir denetim süresi belirlenir. Ayrıca mahkeme, denetim süresi içinde hükümlünün kanunda sayılan birtakım yükümlülükleri yerine getirmesini öngörebilir. Bu yükümlülükler kanunda sayıldığı şekliyle, sınırlı sayıda olup, sayılanlar dışındaki bir yükümlülüğe hükmedilmesi mümkün değildir.³⁴ Mahkemenin vermiş olduğu erteleme kararı hapis cezasının infazını denetim süresinin sonuna kadar geri bırakır. Mahkumun denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlememesi ve öngörülen denetim yükümlülüklerine uygun davranması halinde, denetim süresi sonunda hapis cezası infaz edilmiş sayılır.³⁵ Aksi durumda, mahkeme ertelenen cezanın kısmen veya tamamen ceza infaz kurumunda çektirilmesine karar verir.

765 sayılı eski TCK'dan farklı olarak, 5237 sayılı TCK'da hapis cezasının ertelenmesi kurumu, şartlı bir af kurumu olmaktan çıkarılarak, bir infaz rejimi olarak düzenlenmiştir. Yani hükümlünün ceza mahkumiyeti varlığını sürdürmekte, buna karşılık cezanın infazı hapisane ortamında gerçekleşmektedir. Hapis cezasının ertelenmiş olması, hükmolunan hapis cezasına bağlı hak yoksunluklarını da ortadan kaldırmamaktadır.³⁶ Dolayısıyla, denetim süresinin suç işlenmeden geçirilmesi ve varsa denetim yükümlülüklerine uygun davranılması halinde, mahkumiyet ortadan kalkmamakta, yalnızca ceza çekilmiş sayılmaktadır.³⁷

Ertelme kurumuna dair yapılan açıklamalar doğrultusunda, 5237 sayılı TCK'da düzenlenen ertelme kurumunun uygulandığı hallerde, sanık hakkında kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmü kurulduğu ve sanığın hükümlü statüsüne girdiği anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle ilgili hakkında tamamlanmış

34 Kayhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2013, s. 379.

35 765 sayılı eski TCK'da yer alan düzenlemede, deneme süresini iyi halli ve yükümlülüklerine uygun olarak geçiren mahkumun *mahkumiyetinin vaki olmamış sayılacağı* öngörülmektedir. Dolayısıyla önceki sistemde yer alan düzenlemenin, infaz hukukunun yanında maddi ceza hukukuna yönelik de sonuçlar da yarattığı söylenebilir.

36 İçel, 2013, s. 380.

37 Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 17. baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, 2012, s. 423.

ve mahkumiyetle sonuçlanmış bir ceza yargılaması bulunmaktadır. Sanığın suç konusu fiili işlediği kesinleşmiş ve yargılama sona ermiştir. Buna karşılık hükümlü, kanunda sayılan birtakım şartları taşıdığı için mahkemenin takdiri-ne bağlı olarak, cezasını ceza infaz kurumunda çekmek yerine, toplum içinde ıslah edilmekte ve birtakım denetim yükümlülüklerine tabi tutulabilmektedir. Dolayısıyla hapis cezasının ertelendiği hallerde de memur olan sanık hakkında hükmedilmiş bir mahkumiyet kararı bulunduğundan, suç konusu fiilin aynı zamanda disiplin hukuku bakımından da sonuçlar yaratması halinde, ceza mahkemesinin vermiş olduğu ertelenmiş mahkumiyet kararının, disiplin yargılaması bakımından bağlayıcı olacağını söylemek yerinde olacaktır.³⁸ Mahkumiyet hükmünün ceza mahkemesi tarafından ertelenmiş olması, disiplin makamlarının aynı fiilin işlenmediği yönünde karar vermesine imkan tanımamaktadır.

3. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı Bakımından Değerlendirme

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) ilk halinde yer almayan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, CMK m. 231 düzenlemesine 5560 sayılı Kanunıyla eklenen 5 ila 14. fıkralar ile ceza yargılaması hukukuna dahil edilmiştir.³⁹ Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kuru-

38 Aynı yönde görüş için Bkz. Oğurlu, 2003, s. 117. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, ertelenmiş olan cezaya, memuriyetin onur ve haysiyetine zarar verecek nitelik taşıyan bir fiil nedeniyle hükmedilmişse, idarenin disiplin cezasına başvurması gerekmemektedir. Bu görüş, bahsedilen durumların memurun ihmal ve dikkatsizliğinden kaynaklanan suçlarda söz konusu olabileceğini savunmaktadır. (Oğurlu, 2003, s. 117.) Danıştay ise 765 sayılı TCK döneminde vermiş olduğu bir kararında, tecil edilmiş mahkumiyetin deneme süresi içinde askıya alınmış sayılacağından bahisle, aynı fiilden dolayı memurun söz konusu mahkumiyet nedeniyle deneme süresi içinde görevine son verilemeyeceğini kabul etmiştir. (Dan. İBGK, E. 1990/2, K. 1990/2, T. 15.11.1990; Bkz. Kazancı Bilgi Bankası.) Ancak belirtmek gerekir ki 5237 sayılı TCK döneminde, hapis cezasının ertelenmesi kurumu maddi hukuk kuralı olmaktan ziyade, bir infaz rejimi olarak düzenlendiği için Danıştay'ın bu içtihadının söz konusu haller bakımından geçerliliğini sürdürdüğü söylenemez.

39 “(5) (**Ek: 6/12/2006-5560/23 md.**) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl(2) veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) (**Ek: 6/12/2006-5560/23 md.**) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

mu, Türk hukukuna yakın bir tarihte girmiş olmasına karşılık mahkemelerce sık olarak uygulanmaktadır. Bu kurumun uygulanabilmesi için ortada bir mahkûmiyet kararı bulunması gerekirken, kurumun uygulanması sonucunda mahkûmiyet hükmü sanık hakkında sonuç doğurmamaktadır. Dolayısıyla memur hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen hallerde, bu kararın disiplin makamlarınca mahkûmiyet olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği karmaşık ve önem taşıyan bir husustur. Öte yandan beraat ve mahkûmiyet kararlarının disiplin yargılamasına etkisine ilişkin olarak Danıştay'ın yerleşik içtihadının bulunmasına karşılık; yüksek mahkeme hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına ilişkin yerleşik bir içtihat oluşturamamıştır. Bu nedenle, çalışmamızın bu bölümünde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının disiplin yargılamaları üzerindeki etkisine ayrıntılı olarak değinilecektir.

CMK m. 231/5 düzenlemesine göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, mahkûmiyet kararının sanık hakkında hukuki sonuç doğurmaması anlamına gelmektedir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen hallerde, ortada iki ayrı karar bulunmaktadır. Öncelikle, sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilmekte, daha sonra ikinci bir kararla mahkûmiyet hük-

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekir: (Ek cümle: 22/7/2010 - 6008/7 md.) Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez. (...)

(10) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

(11) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.(...)

(13) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu madde de belirtilen amaç için kullanılabilir.

(14) (Değişik: 23/1/2008 – 5728/562 md.) Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz.”

münün açıklanması ertelenmektedir.⁴⁰ Başka bir ifadeyle, mahkeme delilleri inceleyip ispat hususunda değerlendirmelerini tamamladıktan sonra suçun sübutu ve sanığın suçluluğu bakımından kanaatini oluşturmakta ve mahkumiyet kurmakta, ancak bazı şartların varlığı halinde kurulan bu mahkumiyet kararının açıklanmasını ertelemektedir.⁴¹ Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen hallerde, sanık hakkında beş yıllık denetim süresi öngörülür. Denetim süresi boyunca sanığın kasten yeni bir suç işlememesi ve varsa mahkemece hükmolunan denetimli serbestlik yükümlülüklerine uyması gerekmektedir. Denetim yükümlülüklerine sanık tarafından uyulması halinde, açıklanması ertelenmiş olan mahkumiyet hükmü ortadan kaldırılarak davanın düşmesine karar verilir. Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler aykırı davranılması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verildiği hallerde, ortada açıklanmış bir mahkûmiyet kararı bulunmadığından kesin hükmün varlığından bahsedilemez. Yine, bu hallerde kanun yoluna başvurulamaz ve açıklanmamış hüküm adli sicile kaydolmaz. Ayrıca, hüküm verilmediği için kovuşturma evresi sona ermediğinden sanık hükümlü statüsüne girmemektedir. Doktrinde *Donay* hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını “*mahkumiyetin askıya alınması*” olarak yorumlamıştır.⁴² Hükmün açıklanmasının

40 Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2010, s. 1528; aynı yönde Yüzbaşıoğlu, 2014, s. 12.

41 Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için gerekli koşullar, yargılama sonunda sanık hakkında iki yıl veya daha kısa süreli hapis cezası veya adli para cezasına hükmedilmiş olması, sanığın daha önceden kasıtlı bir suçtan mahkum olmamış olması, suçun işlenmesi nedeniyle mağdur veya kamunun uğramış olduğu zararın giderilmiş olması, sanığın kişilik özellikleri, duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurulduğunda yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılmış olması, sanığın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul etmiş olması şeklinde sıralanabilir.

42 Süheyl Donay, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 2. baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2012, s. 327; aynı yönde Nevzat Toroslu, Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, 2013, s. 311; “*Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı bir beraat hükmü olmayıp, yapılan yargılama sonunda eylemin suç ve sanığın suçlu olduğu tespit edilmekte ve bir mahkûmiyet hükmü kurulmaktadır. Mahkûmiyet hükmü mevcut olmakla birlikte*

geri bırakılması kararı, CMK m. 223'de yer alan hüküm çeşitleri arasında sayılmadığından teknik anlamda hüküm niteliği taşımamakta ve mahkeme dosyadan el çekmemektedir.⁴³ Sanığın denetim süresini iyi halli ve yükümlülüklerine uygun geçirmesi halinde, açıklanmayan mahkumiyet hükmü ortadan kaldırılarak düşme kararı verilecek; aksi takdirde mahkumiyet hükmü açıklanacaktır. Ancak bu aşamada CMK m. 223 bağlamında hüküm oluşacaktır.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen hallerde sanığın kovuşturma konusu suçu işlediği mahkemece tespit edilmektedir. Ancak, CMK m. 231'de yer alan şartların varlığı halinde söz konusu mahkumiyet hükmü açıklanmamaktadır. Başka bir deyişle, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen hallerde, suçun sübut bulduğu tespit edilmektedir. Dolayısıyla, sanığın disiplin soruşturmasına konu olan fiili işlediği hususu, ceza mahkemesince ortaya konulmuştur. Ceza mahkemesinin mahkumiyet kararının disiplin yargılamaları bakımından bağlayıcı nitelik taşıdığından Danıştay ve doktrincede kabul edilmiş olduğundan bahisle, bu hallerde disiplin yargılamasının mahkumiyet kararına uygun olarak sonuçlandırılması gerekecektir.⁴⁴ Başka bir ifadeyle, bu görüşe göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, sanık hakkındaki disiplin yargılamasında aleyhte delil oluşturacaktır.

Buna karşılık doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen hallerde masumiyet karinesi varlığını sürdürecektir. Masumiyet karinesine göre, kimse suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemez ve suçlu muamelesine tabi tutulamaz. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen hallerde, mahkumiyet kararı verilmekte, ancak ikinci bir kararla bu mahkumiyet hükmünün açıklanması ertelenmektedir. Hüküm açıklanmadığı için kovuşturma evresi devam etmekte ve yargılanmakta olan memurun sanık sıfatı sürmektedir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, açıklanmayan mahkumiyet hükmünün

sanığın kabulüyle sanık ile ceza arasındaki bağlantı belirli şartlarla kesilmekte ve açıklanması askıya alınmakta, geri bırakılmaktadır.” (AYM, E. 2010/1, K. 2011/149, T. 3.11.2011; Bkz. www.anayasa.gov.tr)

43 Özbek, Veli Özer, Kanbur, Nihat, Doğan, Koray, Bacaksız, Pınar, Tepe, İlker, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4. baskı, İzmir: Seçkin Yayınevi, 2012, s. 704, Aybay, 2013, s. 11; Yüzbaşıoğlu, 2014, s. 16.

44 Sezer, İpek, 2010, s. 70; Hüseyin Turan, **Ceza Yargısında Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Uygulaması**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012, s. 196; İhsan Baştürk, **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014, s. 468.

sonuç doğurmamasına ve belirli bir sürenin sonunda şarta bağlı olarak düşmesine neden olduğundan, bu hallerde yargılama sonuçlanmamakta ve masumiyet karinesi devam etmektedir. Ayrıca, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, CMK m. 223'te sayılan hüküm çeşitleri arasında yer almadığından hüküm olarak da nitelendirilemeyecektir.⁴⁵ Nitekim davayı sonuçlandıran ve uyuşmazlığı çözen bir “hüküm” niteliği de taşımadığından sanık “hükümlü” statüsüne girmemektedir. Bu nedenle, ortada teknik anlamda “mahkumiyet hükmü” bulunmayacağından, hükmün açıklanmasının geri bırakılması dayanak gösterilerek, memur hakkında disiplin yaptırımına hükmedilmemelidir.⁴⁶ Buna karşılık, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı diğer maddi vakıalarla birlikte değerlendirilerek memur hakkında disiplin yaptırımına karar verilmesi mümkündür.⁴⁷

45 Y.CGK., E. 2011/4-61, K. 2011/79, T. 3.5.2011; Bkz. Kazancı Bilgi Bankası.

46 “(...) ceza davası dışında fakat ceza davasına konu olan eylemler nedeniyle devam eden idari uyuşmazlıklarda, açıklanması geri bırakılan mahkûmiyet kararına dayanılması masumiyet karinesi ile çelişebilir. Buna karşılık, idari uyuşmazlığın çözümüne esas teşkil etmesi bakımından salt kişinin yargılanmış olmasından ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair karardan söz edilmesi, masumiyet karinesinin ihlal edildiğinden söz edebilmek bakımından yeterli değildir. Bunun için kararın gerekçesinin bütün halinde dikkate alınması ve nihai kararın münhasıran hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen fiillere dayanıp dayanmadığının incelenmesi gerekir.” (AYM. BB. B. 2, E. 2012/665, T. 13.6.2013; Bkz. www.anayasa.gov.tr.); Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının hukuk alanında yarattığı etkiye ilişkin olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu şu tespiti yapmıştır: “(...) hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla kurulan hüküm, belli bir süre sanık hakkında hüküm ifade etmemekte, her hangi bir sonuç doğurmamaktadır. Sanık bulunduğu hal üzere bırakılmakta, aynen yargılanan kimsenin durumunda kalmakta ve yapılan yargılama geçici bir süre askıda kalmaktadır. Askı süresi boyunca, yargılanan kimsenin sanık sıfatı devam eder ise de, hiçbir şekilde bu kimse hükümlü sayılamaz. Bu sebeple hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen kimse, hiçbir haktan yoksun bırakılamaz ve ayrıca bu karara dayanarak hiçbir hukuki statüden dışarıya çıkarılamaz. (...)” (Y.HGK., E. 2011/19-639, K. 2012/30, T. 1.2.2012; Bkz. Kazancı Bilgi Bankası.); aynı yöndeki doktrin görüşü için Bkz. Kumbasar, 2012, s. 242; Aybay, 2013, s. 10; Mustafa Artuç, **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2010, s. 416; Harun Kale, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Disiplin Cezalarına Etkisi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, S. 60, 2011, s. 46; Yüzbaşıoğlu, 2014, s. 261.

47 “Buna karşılık, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, diğer nedenlerle birlikte değerlendirilerek, disiplin yaptırımının gerekçesini oluşturduğu hallerde, masumiyet karinesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşılamaz.” (AYM. BB. B. 2, E. 2012/665, T. 13.6.2013; Bkz. www.anayasa.gov.tr.), Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında yer alan maddi tespitlerin, diğer delillerle birlikte değerlendirilerek memur hakkında disiplin yaptırımına karar verilebileceğine ilişkin Danıştay’ın tutumuna ilişkin olarak, “(...) Ceza Muhakemesi Kanunun 231/5 maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair verilen ve kesinleş-

Öte yandan Avukatlık Kanunu'nun 140/2 hükmü uyarınca, aleyhine ceza davası açılmış olan bir avukat hakkında, aynı hukuka aykırı fiil nedeniyle disiplin soruşturması da başlatılmışsa, disiplin kovuşturmasının ceza davasının sonuna kadar bekletilmesi ve ceza mahkemesinin nihai kararını takiben sürdürülerek karara bağlanması gerekmektedir. Avukat hakkında disiplin yargılaması başlatılmadan önce ya da devam etmekte iken, ceza yargılamasının başlaması ve bu ceza yargılaması sonucunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen hallerde, disiplin yargılamasının bu karardan nasıl etkileneceği ayrı bir tartışma konusudur. Öncelikle Avukatlık Kanunu'nun 140/2 düzenlemesinde, disiplin makamlarının ceza mahkemesinin nihai kararını beklemesi öngörülmüştür. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, ceza yargılamasını nihai olarak sonuçlandıran ve yargılamayı sona erdiren bir karar değildir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen hallerde nihai karar, beş yıllık denetim süresi boyunca sanığın kasten yeni bir suç işlememesi ve varsa mahkemece hükmolunan denetimli serbestlik yükümlülüklerine uyması halinde verilecek olan davanın düşmesi kararı ya da denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmesi veya denetimli serbestlik yükümlülüklerine aykırı davranılması halinde açıklanan mahkumiyet hükmüdür. Dolayısıyla disiplin yargılamasının da beş yıllık denetim süresi boyunca “bekletilmesi” gerekmektedir. Denetim süresi sonunda verilecek karar üzerine disiplin yargılaması devam edecektir.

Sanık olan avukatın denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmesi veya denetimli serbestlik yükümlülüklerine aykırı davranması halinde mahkumiyet hükmü açıklanır. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara

miş bulunan karara atıfta bulunularak davacının fiili disiplin yönünden, hakkında 1702 sayılı olup ilk ve ortaöğretim öğretmenlerinin terfi ve tecziyelerine ilişkin özel düzenlemeleri içeren yasanın 27/1 maddesinde öngörülen “talebeye karşı muallimlik sıfatıyla telif edilemeyen iftisiizliği sabit olma kapsamında değerlendirilerek meslekten çıkarma cezası teklif edildiği ve ceza mahkemesi kararında yer alan sanık mağdure ve tanıkların beyanları ve bilirkişi değerlendirmelerinin incelenmesinden, Telekomünikasyon İdaresi Başkanlığından celp edilen HTS raporlarından davacı ve öğrencisinin gece gündüz birçok defa kesintisiz ve karşılıklı olarak telefon görüşmeleri ve mesajlaşmalarının bulunması ve davacının savunması içeriğinde yer alan beyanların değerlendirilmesinden davacıya isnad edilen ve 1702 sayılı Yasada karşılığını bulan fiilinin sübut bulunduğu sonucuna varılmakta olup, anılan Yasanın 27/1 maddesi uyarınca tesis edilen işlemden hukuka aykırılık görülmemiştir. (...)” (Dan.12.D., E. 2011/9670, K. 2012/3553, T. 25.5.2012; Bkz. Kazancı Bilgi Bankası.)

çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir. Bu hallerde açıklanacak olan hüküm mahkûmiyet olduğu için, fiilin işlenmiş olduğuna ilişkin mahkemenin tespiti, aynı hukuka aykırı fiil hakkında yapılan disiplin yargılamaları bakımından bağlayıcı olacaktır. Buna karşılık, beş yıllık denetim süresi boyunca avukatın kasten yeni bir suç işlememesi ve varsa mahkemece hükmolunan denetimli serbestlik yükümlülüklerine uyması halinde davanın düşmesine karar verilecektir. Bu hallerde düşme kararının disiplin yargılamaları bakımından bağlayıcı olup olmadığı hususu tartışma konusu olabilecektir. Başka bir deyişle, ceza mahkemesinin avukat hakkında denetim süresi sonunda düşme kararı vermesinin, disiplin soruşturmasında da avukatın aklanmasına imkan verip vermeyeceği sorusunu yaratacaktır. Bu soruya Avukatlık Kanunu’nun m. 140/3 düzenlemesi yanıt vermektedir. Bu düzenlemeye göre, *“Eylemin işlenmemiş veya sanığı tarafından yapılmamış olması sebebiyle beraat hali müstesna, beraatle sonuçlanmış bir ceza davasının konusuna giren eylemlerden dolayı disiplin kovuşturması, o eylemin ceza kanunları hükümlerinden ayrı olarak başlı başına disiplin kovuşturmasını gerektirir mahiyette olmasına bağlıdır.”* Bu düzenleme uyarınca, yalnızca avukatın ceza yargılamasına konu eylemi işlememiş olması ya da eylemin hiç işlenmemiş olması nedeniyle verilen *beraat kararları*, disiplin hukuku bakımından da bağlayıcı olacaktır. Dolayısıyla düşme kararının disiplin kovuşturmasına engel olacağı düşünülemeyecektir.⁴⁸

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının avukatlık disiplin hukukuna etkileri incelenirken değinilmesi gereken bir diğer husus da Avukatlık Kanunu’nun 140/4 hükmünde yer alan düzenlemedir. Bu düzenlemeye göre, *“Baro yönetim kurulları hükümlülükle sonuçlanan bir ceza davasının konusunu teşkil eden eylemlerden dolayı ayrıca disiplin kovuşturması açmak zorundadırlar.”* Avukatlar hakkında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen hallerde, baro yönetim kurullarının ayrıca disiplin kovuşturması açmak zorunda olup olmadığı tartışılabilir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı CMK m. 223 kapsamında teknik anlamda *“mahkûmiyet hükmü”* niteliği taşımamakta, yargılamayı sonlandırmamakta ve faili hükümlü sıfatına sokmamaktadır. Bu doğrultuda, avukat hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen hallerde, ortada herhangi bir *“hükümlülük”* hali bu-

48 Aynı yöndeki görüş için Bkz. Aybay, 2013, s. 11. Aynı yönde Türkiye Barolar Birliği’nin tutumu için Bkz. TBB Disiplin Kurulu Kararı, E. 2013/159, K. 2013/608, T. 22.8.2013; Bkz. www.barobirlik.org.tr.

lunmayacağından, baro yönetim kurulunun disiplin soruşturmasını başlatma zorunluluğu bulunmamaktadır.⁴⁹

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının disiplin yargılamalarına etkisine ilişkin olarak değinilebilecek bir diğer husus ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu konuya ilişkin yaklaşımıdır. Mahkeme, 28.8.2012 tarihli *Çelik v. Türkiye* davasında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu ile pek çok yönden benzer nitelikler taşıyan 4616 sayılı Kanun'un disiplin yargılamaları üzerindeki etkisini değerlendirme konusu yapmıştır.⁵⁰ *Çelik v. Türkiye* davasında, sanık terör örgütü üyesi olma suçundan yargılanmaktayken, bu yargılama 4616 sayılı Kanundaki düzenleme uyarınca askıya alınmıştır. Buna karşılık, idare sanık hakkında yapılan ceza yargılamasını dayanak göstererek devlet okulunda öğretmen olarak çalışan sanığın görevine son vermiştir. İdarenin bu işlemine karşı açılan iptal davası, idare mahkemesince reddedilirken mahkeme ret kararının gerekçesinde sanık hakkında yapılan ceza yargılamasına vurgu yapmış ve sanığın ceza yargılamasına konu suçu işlediği anlamına gelebilecek ifadeler kullanmıştır. AİHM, idare mahkemesinin, ceza yargılamasını dayanak göstererek, sanığın suçu işlediği yönünde tutum oluşturmamasını masumiyet karinesinin ihlali olarak değerlendirmiştir.⁵¹

Değerlendirme ve Sonuç

Ceza yargılaması ve disiplin yargılaması sonucunda ilgililer hakkında yaptırım uygulanmakta olması bu iki yargılama hukuku kurumunu birbirine benzer kılmakta ise de, bu kurumlar arasında nitelikleri ve sonuçları bakımından pek çok farklılık bulunmaktadır. Birbirinden ayrı nitelik taşıyan bu iki yargılama hukuku kurumunun birbirine olan etkisi doktrinde ve yargı kararlarında tartışma konusu olmuştur. Kurumların birbirine etkisi dendiğinde öncelikle yargılamaların başlatılabilmesi ve yargılamalar sonucu verilen ka-

49 Aynı yönde görüş için Bkz. Alçiçek, 2011, s. 72; Yüzbaşıoğlu, 2014, s. 262.

50 4616 sayılı Kanunda yer alan düzenleme, uygulanması ve sonuçları bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu ile benzeşmektedir. Her iki kurumda da, birtakım şartları taşıyan sanık hakkında devam eden yargılama durdurulmakta, hüküm verilmeyerek denetim süresi öngörülmektedir. Dolayısıyla failin sanık sıfatı devam etmekte, hükümlü statüsüne girmemektedir. Ayrıca her iki düzenlemeye göre de, sanığın denetim süresini yükümlülüklerine uygun geçirmesi, davanın düşmesini sağlamaktayken, aksi durum kurulan mahkumiyet hükmünün açıklanmasına neden olmaktadır.

51 AİHM., *Çelik (Bozkurt) v. Türkiye*, B.N. 34388/05, T. 12.4.2011; Bkz. www.hudoc.echr.coe.int.

rarlar bakımından ceza yargılaması ve disiplin yargılamasının birbirine olan etkisinin anlaşılması gerekmektedir.

Yargılamaların başlatılabilmesi bakımından ceza ve disiplin yargılamalarının birbirine olan etkisi değerlendirilirken, DMK'nın 127 ve 131. maddelerinin bir arada değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, yasa koyucunun kamu görevlisi hakkında yapılan disiplin yargılamasının ceza yargılamasından bağımsızlığını benimsediği anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle, kamu görevlisi hakkında hukuka aykırı fiil nedeniyle başlamış bir ceza yargılamasının bulunması, aynı fiil nedeniyle disiplin yargılaması yapılmasını geciktirmeyecektir. Disiplin yargılaması ceza yargılamasına paralel olarak sürdürülebilecektir. Yasa koyucunun açıkça öngörmüş olduğu bu durum doktrinde eleştirilere hedef olmuştur. Sözgelimi, disiplin yargılaması sonucunda, fiilin varlığı veya hukuka aykırılığı konusunda ceza yargılamasının aksine sonuç çıkarılan hallerde, aynı fiil hakkında kamu makamlarının çelişkili bir tutum sergilemesi söz konusu olacaktır. Keza ceza yargılamasındaki temel amaç maddi gerçeğin tespiti olduğundan, hukuka aykırı fiilin varlığı bakımından disiplin makamlarına göre daha etkili ve yerinde bir denetim yapabilecektir. Bu nedenle, aynı fiil hakkında ceza yargılamasının yapıldığı hallerde, disiplin yargılamasının durdurularak ceza yargılamasının sonuna kadar bekletilmesi gerektiği savunulmaktadır. Kanaatimizce, yargılamaların başlatılabilmesi bakımından ceza ve disiplin yargılamalarının birbirine olan etkisine ilişkin yasa koyucu bilinçli bir tercihte bulunmuştur. Ceza ve disiplin hukuku, korudukları toplumsal menfaatler bakımından birbirinden farklılıklar taşımakta ve ilgilisi üzerinde ayrı sonuçlar yaratmaktadır. Bu farklılık kanaatimizce de disiplin yargılamalarının ceza yargılamasının sonuna kadar bekletilmesini gereksiz kılmaktadır. Ayrıca ülkemiz koşullarında ceza yargılamalarının uzun yıllar sürdüğü göz önünde bulundurulduğunda, bu yöndeki bir tercihin disiplin yargılamaları bakımından da olumsuz sonuçlara yol açacağını söylemek gerekecektir. Dolayısıyla disiplin yargılamasının, ceza yargılamasının sonucu beklenmeksizin, ondan ayrı olarak başlatılması ve sonuçlandırılması gerektiğini savunmaktayız.

Kurumların birbirine olan etkisi bakımından incelenmesi gereken ikinci husus, ceza yargılaması ve disiplin yargılaması sonucunda verilen kararların birbirine olan etkisidir. Başka bir ifadeyle, ceza mahkemesinin vermiş olduğu hükmün, disiplin yargılamaları bakımından bağlayıcı olup olmadığıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, DMK'da yer alan temel düzenleme, ceza yargılaması sonucunda kamu görevlisi hakkında verilen beraat veya mahkûmiyet

kararlarının, disiplin yargılamasının sonucunu etkilemeyeceğini ortaya koymaktadır. Buna göre, disiplin ve ceza yargılamaları birbirinden tamamen ayrık ve bağımsız olarak sonuçlandırılacaktır. Buna karşılık, Danıştay ve doktrindeki ağırlıklı görüş, yasal düzenlemeyi esnetmekte ve disiplin soruşturmasında ceza mahkemesi kararının belli sınırlar dahilinde dikkate alınması gerektiğini kabul etmektedir. Kanaatimizce de disiplin makamlarının, ceza mahkemesinin kararı ile bağlı olacağı hususu Anayasa'dan kaynaklanmaktadır. Anayasa'nın 138. maddesinin 4. fıkrasına göre, “*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.*” Bu düzenlemede kullanılan “*mahkeme*” ibaresi, disiplin makamlarının idari yargının yanında adli yargı kararları ile de bağlı olduğunu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla disiplin makamlarının ceza mahkemelerinin vermiş olduğu kararlara uygun hareket etmesi gerektiği sonucu çıkarılacaktır.

Disiplin soruşturmasında ceza mahkemesi kararının belli sınırlar dahilinde dikkate alınması gerektiğinin kabulünün ardından, bu sınırların nasıl çizileceği önem taşımaktadır. Danıştay'ın yerleşik içtihadına paralel olarak doktrinde kabul edilen ağırlıklı görüşe göre, ceza mahkemesinin fiilin hiç işlenmediği ya da fiilin aynı zamanda memur olan sanık tarafından işlenmediği gerekçesiyle verilen beraat kararları disiplin makamları üzerinde bağlayıcı olacaktır. Benzer şekilde, hukuka uygunluk nedeninin bulunması gerekçesiyle verilen beraat kararları da, sanık hakkında disiplin cezası verilmesini engeller. Kanaatimizce de aynı fiilin varlığı veya hukuka aykırılığı hakkında kamu makamlarının çelişkili karar vermesi gerek yargıya, gerekse idareye olan güveni sarsacaktır. Buna karşılık, fiilin suç sayılmaması, suçun unsurlarında eksiklik ya da delil yetersizliği gibi gerekçelerle verilen beraat kararları disiplin makamları üzerinde bağlayıcı olmayacaktır. Keza mevcut deliller veya unsurlar doğrultusunda ceza hukuku bağlamında suç oluşturmayan bir fiilin, disiplin hukuku bakımından suç oluşturmaması mümkündür. Nitekim Avukatlık Kanunu da Danıştay tarafından benimsenen bu ilkeyi açıkça düzenlemiştir. Buna göre, avukatın fiili işlememiş olması ya da fiilin hiç işlenmemiş olması sebebiyle verilen beraat kararları, avukatlık disiplin hukuku bakımından da bağlayıcı olacak; diğer gerekçelerle verilen beraat kararları bağlayıcı olmayacaktır. Yine, Danıştay içtihatlarına göre, hukuka aykırı fiil nedeniyle memurun mahkûmiyetine karar verilen hallerde, fiilin işlenmiş olduğuna dair ceza mahkemesinin tespiti, disiplin makamları bakımından bağlayıcı olacaktır. Öte yandan, kamu görevlisi hakkında ceza yargılamasında erteleme kurumunun uygulandığı hallerde, kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü kurulmakta ve sanık

hükümlü statüsüne girmektedir. Yani sanığın suç konusu fiili işlediği kesinleşmektedir. Bu nedenle hapis cezasının ertelendiği hallerde kamu görevlisi hakkında kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı bulunduğundan, suç konusu fiilin aynı zamanda disiplin hukuku bakımından da sonuçlar yaratması halinde, ceza mahkemesinin vermiş olduğu ertelenmiş mahkumiyet kararının, disiplin yargılaması bakımından bağlayıcı olacağını söylemek yerinde olacaktır.

Ceza mahkemesi kararlarının disiplin soruşturmalarına olan etkisi incelenirken önem taşıyan ve kafa karışıklıklarına neden olabilecek bir husus da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarıdır. Bilindiği üzere 5271 sayılı CMK'nın ilk halinde yer almayan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, 5560 sayılı Kanula ceza yargılaması hukukuna eklenmiş olup mahkemelerce sık olarak uygulanmaktadır. Sanık hakkında mahkumiyet kararı verilen hallerde, Kanun'da yer alan diğer şartların da varlığı durumunda, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmekte ve bu kurumun uygulanması sonucunda mahkumiyet hükmü sanık üzerinde sonuç doğurmamaktadır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun mahkumiyet benzeri sonuçlar yaratarak disiplin yargılamaları bakımından bağlayıcılık taşıyıp taşımadığı tartışmalara konu olmuştur. Doktrinde savunulan bir görüş, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen hallerde, sanığın kovuşturma konusu suçu işlediğinin mahkemece tespit edildiğinden ve ortada kurulmuş, fakat açıklanmamış bir mahkumiyet hükmünün bulunduğundan bahisle bu hallerde disiplin yargılamasının mahkumiyet kararına uygun olarak sonuçlandırılması gerektiğini kabul etmiştir. Buna karşılık bizim de savunduğumuz ve doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen hallerde mahkumiyet kararı verilmekle birlikte, ikinci bir kararla bu mahkumiyet kararının açıklanması ertelenmekte, kovuşturma evresi devam etmekte ve yargılanmakta olan memurun sanık sıfatı sürmektedir. Dolayısıyla Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından güvence altına alınan masumiyet karinesi varlığını sürdürecektir. Masumiyet karinesinin varlığını sürdürdüğü hallerde, sanık yargılaması devam eden suç bakımından suçlu olarak nitelendirilemeyecek, bağlantılı yargılamalarda, resmi ya da özel makamlar önünde sanık aleyhine sonuçlar oluşmayacak ve sanığın suçluluğu yönünde bir tutum sergilenemeyecektir. Öte yandan, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, CMK m. 223'te yer alan hüküm çeşitleri arasında bulunmadığından, hüküm olarak da nitelendirilemez. Dolayısıyla, teknik anlamda mahkumiyet hükmünün varlığından bahsedilemeyeceğinden, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına dayanılarak, disiplin yaptırımına hükmedilemez. Buna karşılık, Ana-

yasa Mahkemesi ve Danıştay içtihatlarına göre, disiplin makamlarının hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını diğer maddi vakıalarla birlikte değerlendirilerek gerekçe olarak kullanabilmesi ve disiplin yaptırımına karar verilmesi mümkündür. Kanaatimizce, bu durum dahi masumiyet karinesine aykırılık teşkil etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Allenet de Ribemont v. Fransa* kararındaki tespitine göre, sanığın suçlu olarak görüldüğüne dair resmi bir tespit olmasa bile, mahkemelerin veya idarenin bunu ima eden bir gerekçede bulunması dahi masumiyet karinesine aykırılık teşkil etmektedir.⁵² Bu nedenle, disiplin makamlarının, açıklanması ertelenen mahkumiyet hükmünü diğer delillerle birlikte değerlendirip gerekçede göstererek memur aleyhine karar vermesi masumiyet karinesine aykırılık oluşturmaktadır.

Sonuç olarak, her ne kadar DMK'da yer alan temel düzenleme ceza ve disiplin yargılamalarının birbirinden ayrık olarak başlatılarak sürdürüleceğini ve bağımsız olarak sonuçlandırılacağını öngörmüş olsa da, Anayasa Mahkemesi, Danıştay uygulaması ve doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüş, bu düzenlemeden disiplin soruşturmalarında ceza mahkemesi kararının hiçbir şekilde dikkate alınmayacağı sonucunun çıkarılamayacağını kabul etmektedir. Bu nedenle, ceza mahkemesinde aynı fiil hakkında verilen kararın niteliği ve gerekçesi göz önünde bulundurularak ve olaya özgü değerlendirme yapılarak, bu kararın disiplin yargılamaları bakımından bağlayıcılığının tespit edilmesi yerinde olacaktır.

52 AİHM., *Allenet de Ribemont v. Fransa*, B.N. 15175/89, T. 10.2.1995; Bkz. www.hudoc.echr.coe.int.

KAYNAKÇA

- ALÇİÇEK, Mehtap, **Hükmün Açıklanmasının Geri bırakılması (Yüksek Lisans Tezi)**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011.
- ARCAGÖK, M. Sait, “Ceza Kovuşturmasının Disiplin Soruşturması Üzerindeki Etkisi”, **Maliye Dergisi**, S. 135, Eylül, Aralık 2000, ss. 3-11.
- ARTUÇ, Mustafa, **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- ASLAN, Zehreddin, **657 Sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Disiplin Suç ve Cezaları**, Alfa Yayınevi, İstanbul, 2001.
- ATAY, Ender Ethem, **İdare Hukuku**, 3. bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.
- AYBAY, Rona, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Avukatlık Disiplin Hukukuna Etkisi”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Temmuz 2013, ss. 10-11.
- BAŞTÜRK, İhsan, **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- CEM, Cemil, “Disiplin ve Disiplin Hukuku”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 3, 1969, ss. 821-834.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- GİRİTLİ, İsmet, BİLGİN Pertev, AKGÜNER, Tayfun, BERK, Kahraman, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2013.
- DONAY, Süheyl, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 2. baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012.
- DÜNDAR, Erol, “Milli Eğitim Mensupları Teşkilatına İlişkin Disiplin Cezaları ve Yargı Denetimi”, **Danıştay Dergisi**, Y. 18, S. 68, 1988, ss. 3-45.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, TAN, Turgut Tan, **İdare Hukuku**, C. 1, 5. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
- GÜNAY, Erhan, **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 10. baskı, İmaj Yayınları, Ankara, 2013.
- IRMAK, Yücel “Kamu Görevlileri Hakkında Verilen Disiplin Cezalarında Yargı Denetimi”, **Türkiye Barolar Birliği – Mersin Barosu İdari Yargı Paneli, Mersin, 11-12 Nisan 2003**, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBoks/iy-03.pdf>.
- İÇEL, Kayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.
- İçişleri Bakanlığı Mülkiye Müfettişliği, İnceleme-Araştırma Raporu, http://www.mulkiyeteftis.gov.tr/ortak_icerik/mulkiyeteftis/Maddi%20Ceza%20Hu

kuku%20ile%20Ceza%20Yarg%C4%B1lama%20Hukuku%20%C4%B-
0lkelerinin,%20Disiplin%20Hukukunda%20Uygulan%C4%B1p%20
Uygulanamayaca%C4%9F%C4%B1;%20Bu%20Konuda%20Ortaya%20
%C3%87%C4%B1kan%20Sorunlar%20ve%20%C3%87%C3%B6z%-
C3%BCm%20Yollar%C4%B1.doc, (Erişim Tarihi: 2.08.2014)

KALABALIK, Halil, **İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları**, 5. baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2014.

KALE, Harun, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Disiplin Cezalarına Etkisi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, S. 60, 2011, ss. 45-47.

KARAHANOGULLARI, Onur, “Memur Disiplin Hukukunun Nitekiği ve İlkeleri”, **Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi**, S. 8 (3), Temmuz 1999, ss. 55-77.

KAYA, Cemil, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler”, **Amne İdaresi Dergisi**, Haziran 2005, ss. 61-87.

KUMBASAR, Enver, **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.

KUNTER, Nurullah, YENİSEY, Feridun, NUHOĞLU, Ayşe, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010.

OĞURLU, Yücel, “Ceza Mahkemesi Kararlarının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu “Ne Bis In Idem Kuralı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 52, S. 2, 2003, ss. 101-124.

ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. 2, 3. bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

ÖZBEK, Veli Özer, KANBUR, Nihat, DOĞAN, Koray, BACAŞIZ, Pınar, TEPE, İlker, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4. baskı, Seçkin Yayınevi, İzmir, 2012.

SEZER, Yasin, İPEK, Ali İhsan, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Kamu Personel Hukukuna Etkileri”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 3, 2010, ss. 43-75.

TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 17. baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2012.

TOROSLU, Nevzat, FEYZİOĞLU, Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2013.

TURAN, Hüseyin, **Ceza Yargısında Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Uygulaması**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

YÜZBAŞIOĞLU, Cihan, **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu ve Farklı Hukuk Dallarına Etkisi** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2014.

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Yeni Yapılanması ve İşleyişi İle Bu Süreçte Anayasa Mahkemesinin Tutumu Üzerine Bir Değerlendirme

Necmi YÜZBAŞIOĞLU*

ÖZET

Yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatının güvencesi olması beklenen Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK), 1982 Anayasası döneminde kuruluşundan itibaren birçok sorunun odak noktası olmuştur. 2010 yılında yapılan anayasa değişikliği ile Kurulda gerçekleştirilen nispi iyileştirmelere karşılık, Adalet Bakanının hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkeleri bakımından sorun yaratan Kuruldaki varlığı devam etmiştir. 17 Aralık yolsuzluk soruşturması ile yargı ile yürütme arasında doğan sürtüşme üzerine 2014 yılında 6524 sayılı Kanun ile Kurul daha da fazla yürütmenin güdümüne alınmaya çalışılmış; Anayasa Mahkemesi bu Kanun hakkında verdiği kararında birçok hükmü iptal etmekle birlikte netice olarak bu iptal kararı, kanunla görevlerine son verilen personel bakımından etkisiz kalmıştır. Bu çalışmada Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararı, Mahkemenin önceki içtihadı çerçevesinde incelenecektir.

Anahtar kelimeler: Yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatı, Hukuk devleti, Kuvvetler ayrılığı, Yokluk, Yetki gaspı.

Comment on the New Structure and the Functioning of the High Council of Judges and Prosecutors and the Attitude of the Constitutional Court About the Process

ABSTRACT

Ever since its formation, The High Council of Judges and Prosecutors (HSYK), which is supposed to be the guarantor of judicial independence

* Prof. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

and security of the tenure of judges, have been the focus of many problems under the 1982 Constitution. Notwithstanding the relative improvements made with the 2010 constitutional amendment, the existence of the Minister of Justice within the Council persists which is deemed problematic with respect to the principle of rule of law and of separation of powers. Right after the strife between the executive and the judiciary caused by the major corruption investigations of 17 December, Law No. 6524 aimed to increase the influence of the executive on the Council; and, despite the fact that the Constitutional Court annulled many dispositions of this law, in the end, the annulment decision proved to be ineffective for the dismissed staff members. In this paper, the said decision of the Constitutional Court will be analyzed in context with its previous jurisprudence.

Keywords: Judicial independence and security of the tenure of judges, Rule of law, Separation of powers, Inexistence, Usurpation of power.

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun (HSYK) yapılanması ve işleyişi, ana esaslarıyla 1982 Anayasasının 159. maddesinde, ayrıntılarıyla ise Anayasadan önce yürürlüğe konulan 13/5/1981 tarihli ve 2461 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanununda düzenlenmiştir. Bu yapılanma ve işleyişte, önce 7/5/2010 tarihli ve 5982 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla”; daha sonra da 6087 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanununu değiştiren 15/2/2014 tarihli ve 6524 sayılı Kanunla önemli yenilikler yapılmıştır. Kanunla yapılan değişiklikler daha çok işleyişe ilişkindir.

Bu yeni yapılanma ve işleyişe ilişkin gerek Anayasada gerekse Kanunla yapılan düzenlemeler, iptal davası yoluyla Anayasa Mahkemesine (AYM) taşınmıştır. Mahkeme her iki başvuruda da bu yeni düzenlemelere ilişkin bazı hükümleri iptal etmiştir. Dolayısıyla, HSYK'nın bu yeni yapılanması ve işleyişinde AYM de pay sahibi olmuştur. Bu çalışmada, HSYK'nın yeni yapılanması ve işleyişiyle ilgili anayasal ve yasal düzenlemelerle, bu düzenlemelere ilişkin AYM'nin tutumu irdelenecektir. Bu amaçla, önce HSYK ile ilgili anayasa değişikliği ve buna ilişkin AYM kararı, arkasından da kanunla yapılan değişiklikler ile buna ilişkin AYM kararı ele alınacaktır.

I. HAKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULUNUN ANAYASAL YAPILANMASI VE BUNA İLİŞKİN ANAYASA MAHKEMESİNİN TUTUMU

A) Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Anayasal Yapılanması¹

Yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatının pratik değer kazanabilmesi bakımından can alıcı nokta, hakimlerin atama, yer değiştirme, yükseltme, denetim ve disiplin gibi özlük işlerini yapacak olan organ veya kurulun kimliğinin ya da hukuki statüsünün ne olacağıdır. Bu yetkilerin yürütme organına verilmesi halinde, yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatının değer ve etkinliğini büyük ölçüde yitireceği, bunun da kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ilkeleri ile bağdaşmayacağı kuşkusuzdur. Bu nedenle, 1961 Anayasası, hakimlerin bütün özlük işlerinde karar vermek üzere bir Yüksek Hakimler Kurulu oluşturmuştu. Kurul, on sekiz asıl ve beş yedek üyeden oluşuyordu. Kurul üyelerinin altısı Yargıtay Genel Kurulunca, altısı birinci sınıfa ayrılmış hakimlerce, kendi aralarından seçiliyordu. Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu da yüksek mahkemelerde hakimlik etmiş veya bunlara üye olma şartlarını kazanmış kimseler arasından üçer üye seçiyordu. Adalet Bakanı, Yüksek Hakimler Kurulu toplantılarına katılabilir, oylamaya katılamazdı. 1971 yılında Anayasada yapılan değişiklikle, Kurulun üye sayısı on bir asıl, üç yedek üyeye düşürülmüş; Kurulun bütün üyelerinin, Yargıtay Genel Kurulunca, kendi üyeleri arasından seçilmesi öngörülmüştü. Adalet Bakanı, gerekli gördüğü hallerde Yüksek Hakimler Kurulu toplantılarına başkanlık ederdi.

1982 Anayasasında, kapsamına savcılar da alınan Kurulun adı “Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu” olmuştur. Keza, Kurulun görev alanına, adli yargı düzenindeki hakim ve savcıların yanında idari yargı düzenindeki hakim ve savcılar da girmiştir. Ayrıca, Kurulun yapısında da önemli değişiklikler olmuştur. Anayasanın 159. maddesine göre, “Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar.” Maddenin ilk metnine göre Kurulun başkanı, Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir. Kurulun üç asıl ve üç yedek üyesi, Yargıtay Genel Kurulunun; iki asıl, iki yedek üyesi Danıştay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından, her üyelik için gösterecekleri üçer aday içinden cumhurbaşkanınca, dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilirler. Kurul, seçimle gelen asıl üyeleri arasından bir başkan-

¹ B. TANÖR/N. YÜZBAŞIOĞLU, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, 14. Bası, Beta Yay., İstanbul, 2014, s. 459-466.

vekili seçer. 2010 Anayasa değişikliğiyle Kurul yeniden yapılandırılmıştır. Buna göre, “Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yirmiiki asıl ve oniki yedek üyeden oluşur; üç daire halinde çalışır. Kurulun Başkanı Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir. Kurulun, dört asıl üyesi, nitelikleri kanunda belirtilen; yükseköğretim kurumlarının hukuk dallarında görev yapan öğretim üyeleri ile avukatlar arasından Cumhurbaşkanınca, üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulunca, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca, bir asıl ve bir yedek üyesi Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulunca kendi üyeleri arasından, yedi asıl ve dört yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adli yargı hakim ve savcılar arasından adli yargı hakim ve savcılarınca, üç asıl ve iki yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idari yargı hakim ve savcılar arasından idari yargı hakim ve savcılarınca, dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilir.”

Bu yeni yapılanma ile getirilen başlıca yenilikler üye sayısının 7’den 22’ye çıkarılması; bu üyelerden sadece dördü Cumhurbaşkanınca atanırken, beş üyenin üst derece, on üyenin alt derece yargı yerlerinde doğrudan seçilmesi, Türkiye Adalet Akademisine de bir üyelik ayrılması ile Kurulun üç daire halinde çalışmasıdır. Ancak, Kurulun yapılanmasında yargı bağımsızlığı bakımından en temel eleştiri konusu olan Adalet Bakanının Kurul Başkanlığı ve Müsteşarın doğal üyeliği bu yeni yapılanmada da devam etmektedir. Keza, Kurula alt derece yargı yerlerindeki hakim ve savcılarca da üye seçilmesi, yargının bütüncül temsili bakımından yerinde olmakla birlikte; temsil oranı bakımından, üst derece yargı yerlerine neredeyse sembolik bir rol verilmesi isabetli olmamıştır. Bu Kurulun bağımsız çalışması bakımından, demokratik temsilden çok, üyelerinin gelecekle ilgili beklentileri ve kendilerini borçlu hissetme duyguları ile liyakatın esas alınması gerekir. Böyle olunca da, Kurulda temsil oranı bakımından, bu düzenlemedekin tersi ya da en azından alt ve üst derece yargı yerlerinin eşit temsili, Kurulun bağımsız çalışabilmesi açısından daha makul olurdu. Yargı yerlerinin kendilerine düşen üyelikleri doğrudan seçebilmeleri ise, bu yeni yapılanmanın en isabetli yanıdır. Ancak, yapılacak seçimin de bu amacı sağlayacak şekilde olması gerekir.

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu; “adli ve idari yargı hakim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükseltme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemleri yapar. Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin kaldırılması veya

yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlar. Ayrıca, Anayasa ve kanunlarda verilen diğer görevleri yerine getirir”.

Öncelikle belirtelim ki, 1982 Anayasası, gerek ilk gerek 2010’da değiştirilen metninde, işlevleri gereği tarafsız ve bağımsız konumda olması gereken hakimlerle, yine işlevleri gereği bu konumda olmayan savcılarının özlük haklarını aynı Kurula vermekle, daha baştan, hiç de isabetli olmayan bir yapılaşma tercihi etmiştir. Oysa doğru olan, 1961 Anayasasında olduğu gibi, hakimler ve savcılar için ayrı ayrı kurullar oluşturmaktır. Çünkü, her ne kadar Anayasa 140. maddesinde hakimlik ve savcılık mesleklerini birlikte düzenlemişse de, işlevleri gereği bu ikisi ayrı mesleklerdir ve yine Anayasada da görüldüğü üzere (md. 138 ve 139) hakimler için bağımsızlık ve teminat söz konusu iken, savcılar için sadece teminattan söz edilebilir. Dolayısıyla da, farklı konumlardaki iki meslek grubunun özlük hakları konusunda aynı Kurulu yetkilendirmek isabetli olmamıştır.

Öte yandan, 1982 Anayasası yürürlüğe girdiğinden bu yana, en çok eleştirilen kurumlardan biri de, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruludur. Özellikle de, Kurulun oluşumunda, Adalet Bakanının Kurulun başkanı, Adalet Bakanlığı Müsteşarının Kurulun doğal üyesi olması, Kurulun bağımsızlığı yönünden şiddetle eleştirilmiştir. Karşılaştırmalı hukukta da başkaca örneği olmamasına rağmen, 2010 değişikliğindeki yeni yapılandırmada da, yukarıda işaret edildiği gibi, bu durum maalesef aynen korunmuştur.

Hakimlik teminatı bakımından hayati önem taşıyan böyle bir Kurulun, 1961 Anayasasının son şeklinde olduğu gibi, bütün üyelerinin doğrudan yargı organları tarafından seçilmesinin faydalarının yanında sakıncalarından da söz edilebilir. Kuşkusuz, bu sistem, hakimlerin yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsızlığını en yüksek noktaya ulaştırır. Ancak, hakimlerin hakimler tarafından seçilmesi ve bütün özlük işlerinin gene hakimler tarafından yürütülmesi anlamına gelen bu “kooptasyon” sisteminin, bir çeşit kast zihniyetine sahip bir yargı teknokrasisi oluşturabileceği ve böylece, yargı organının toplumdaki değişimlere duyarsız kalabileceği gibi bir sakıncayı da taşıdığı söylenebilir.² Nitekim, Avrupa Yargıçları Danışma Konseyinin “Toplumsal Hizmetinde Yargı Konseyleri” üzerine 2007 tarihli 10 nolu görüşünde de Kurulun karma yapısının faydalarına işaret edilmiştir. 2010 değişikliğindeki yeni yapılanmada, Cumhurbaşkanınca dört üyenin hukukçu öğretim üyeleri ile avukatlar arasından atanması ve bir üyenin de Türkiye Adalet Akademisince seçilmesiyle kast sistemi ve onun yarattığı bu sakınca yumuşatılmıştır.

2 E. ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, 14. Baskı, Yetkin Yay., Ankara, 2013, s. 383.

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, birçok Batı demokrasisinde, benzer kurullarda adalet bakanı bulunduğu gibi, hakim olmayan ve yargı organları tarafından atanmayan kişiler de yer almaktadır.³ Dolayısıyla, Kurulun bağımsız olmadığı yönündeki eleştirileri sadece Adalet Bakanı ve Müsteşarın Kurulda yer almasına dayandırmak çok da isabetli değildir. Kuşkusuz, Adalet Bakanının Başkan, Müsteşarın doğal üye olması, Kurul üzerinde yürütmenin etkisi ve inisiyatifini artırıcı bir faktördür. Ancak, Kurulun bağımsızlığına gölge düşüren asıl sorun uygulamada olmuştur. Çünkü, Kurulun çalışma biçimi, yapısından doğan sakıncaları katmerlemiştir. Özellikle Anayasanın ilk metnine göre, ayrı bir örgütü, özerk bütçesi, binası, hatta sekreteryası bile bulunmayan ve işleri Adalet Bakanlığı memurlarınca görülen Kurulun, bakanlık merkez örgütünün herhangi bir biriminden pek farkı bulunmamaktadır. Üstelik, 1999 yılına kadar Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun beş hakim üyesinin Kuruldaki varlıklarının “ek görev” niteliğinde olması, bunların Yargıtay veya Danıştaydaki asıl görevlerini sürdürmeleri Kurulun çalışma düzeni ile ilgili bir başka olumsuzluktu. Hakim üyelerin, asıl görevleri nedeniyle, Kurul dosyalarını incelemeye, bilmeye, kararların oluşumuna katılmaya ne zamanları ne de olanakları vardı. Kurulun karar taslakları ve bunlara dayanak olan bilgiler bakanlık görevlilerince hazırlanmakta, hakim üyelere de “şekli onay makamı” rolünden başkası düşmemekteydi. 21/7/1999 tarih ve 4413 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, Kurulun, hakim üyelerinin Yargıtay ve Danıştaydaki görevlerine son verilerek, sadece Kurul üyeliği ile yetkili kılınmaları Kurulun yukarıda belirttiğimiz yapısı ve işleyişinden doğan sorunları gidermeye yetmemiştir. 2010 değişikliğinde, Kurulun, Adalet Bakanı ile Müsteşar dışındaki asıl üyelerinin, görevlerinin devamı süresince, kanunda belirlenenler dışında başka bir görev alamamaları Anayasa kuralı haline getirilmiştir.

2010 Anayasa değişikliğinde Kurula bağlı bir “Genel Sekreterlik” kurulması öngörülmüş olup; “Genel Sekreter, birinci sınıf hakim ve savcılardan Kurulun teklif ettiği üç aday arasından Kurul Başkanı tarafından atanır”. Bu şekilde oluşturulan Sekreteryanın, Adalet Bakanlığından ne ölçüde bağımsız

3 K. GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 17. Baskı, Ekin Yay., Bursa, 2014, s. 411. Fransa’da 2008 anayasa değişikliği öncesinde Hakimlik Yüksek Konseyinin başkanı cumhurbaşkanı, başkanvekili de adalet bakanı idi. ABD’de Federal Yüksek Mahkeme hakimlerini başkan atar. Avusturya, Belçika, İngiltere, İsveç, Norveç ve Japonya’da hakimleri yürütme organı atamaktadır. K. GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 411; E. ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 383-384. Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. B. ÇELİK, *Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu: Yapısal Açından Karşılaştırmalı Bir İnceleme*, XII Levha Yay., İstanbul, 2012, s. 157-277.

çalışabileceğini, yasal düzenlemeler ve özellikle de uygulama gösterecektir. Yine, yeni düzenlemeye göre, “Kurulun yönetimi ve temsili Kurul Başkanına aittir. Kurul Başkanı dairelerin çalışmalarına katılamaz. Kurul, kendi üyeleri arasından daire başkanlarını ve daire başkanlarından birini de başkanvekili olarak seçer. Başkan, yetkilerinden bir kısmını başkan vekiline devredebilir.” Dairelerin oluşumu ve işbölümü, Kurulun ve dairelerin görevleri, çalışma usul ve esasları, toplantı ve karar yeter sayıları, dairelerin karar ve işlemlerine karşı yapılacak itirazlar ve bunların incelenmesi usulü kanunla düzenlenecektir. Kurulun bu yeni yapılanmasının ve işleyişinin öncekine göre ne ölçüde bağımsız ve işlevsel olabileceğinde, kuşkusuz, bu yasal düzenlemeler ile uygulama da önemli rol oynayacaktır. Ancak, bugüne kadarki uygulamalarla 6524 sayılı Kanunla getirilen düzenlemelerin pek parlak olmadığı aşığıda açıklanacaktır.

Kurulun çalışmalarında açıklık ve saydamlık da yoktur. Batı demokrasi-lerindeki benzerlerinden farklı olarak, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, faaliyetlerini gizlilik perdesi arkasında yürütmektedir.⁴

Bütün bunlardan daha vahim olanı, Anayasanın 159. maddesinin ilk metnine göre, Kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamamasıydı. 2010 değişikliğinde, Kurulun, sadece “meslekten çıkarma cezasına ilişkin” kararları bakımından yargı yolu açılmış olup; bunlar dışında kalan ve geniş bir alanı kapsayan kararları bakımından yargı yoluna başvurma yasağı devam etmektedir. Oysa, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun hakimlerin özlük hakları konusunda yetkili bir idari organ ve Kurul kararlarının da idari karar niteliğinde olduklarından hiçbir kuşku yoktur.⁵ Nitekim, 1961 Anayasasında 1971 yılında yapılan değişiklikle getirilen benzer bir hüküm, Anayasa Mahkemesinin 1977/4 sayılı kararıyla,⁶ “insan hakları” ve “hukuk devleti” ilkeleriyle bağdaşmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir. Dolayısıyla, 1982 Anayasasında da yer alan, insan hakları ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayan bu hükmün tümüyle Anayasadan çıkarılması gerekmektedir.

4 B. TANÖR, *Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri*, TÜSİAD Yayını, İstanbul, 1997, s. 179; B. ÇELİK, *Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu*, s. 264.

5 E. 1963/119, K. 1963/113, Kt. 15/5/1963, *AYMKD*, sayı 1, s. 288-293; E. 1976/43, K. 1977/4, Kt. 21/7/1977, *AYMKD*, sayı 15, s. 115; E. 1985/3, K. 1985/8, Kt. 18/6/1985, *AYMKD*, sayı 21, s. 200-203; E. 1992/37, K. 1993/18, Kt. 27/4/1993, *AYMKD*, sayı 31/1, s. 102; B. TANÖR, *Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri*, s. 178; B. ÇELİK, *Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu*, s. 343.

6 AYM. E. 1976/43, K. 1977/4, Kt. 21/7/1977, *AYMKD*, sayı 15, s. 113-119.

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna Anayasa ve kanunlarla verilen başkaca görevler de vardır. Bunlardan Yargıtay, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesine üye seçmek Anayasa ile verilen en önemli görevlerdendir. 1982 Anayasası ilk metninde, 1961 Anayasasında Yüksek Hakimler Kuruluna bağlı müfettişler eliyle yapılan hakimlerin denetimini, Adalet Bakanlığına bağlı müfettişlere vermişti. Dolayısıyla, hakim ve savcılarının denetimi Kuruldan alınarak Adalet Bakanlığına verilmişti. Anayasanın 144. maddesinin ilk metninde, “hakim ve savcılarının görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (Hakimler için idari nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma, Adalet Bakanlığının izni ile adalet müfettişleri tarafından yapılır” diyordu. Her ne kadar yapılan inceleme ve soruşturma sonunda, her türlü disiplin cezası Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından veriliyor ise de; soruşturmanın siyasi bir makam olan Adalet Bakanı tarafından başlatılması ve Adalet Bakanlığına bağlı müfettişlerce yapılması nedeniyle, bu düzenleme, hakim bağımsızlığı ve teminatıyla en çok ters düşen ve bu nedenle de en çok eleştirilen düzenlemelerden biriydi. 2010 Anayasa değişikliğinde, Anayasanın 144. maddesi savcılarının idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığınca denetimine özgülenirken; hakim ve savcılarının görevleriyle ilgili inceleme ve soruşturmalarına ilişkin düzenleme Anayasanın 159. maddesine taşınmıştır. Bu yeni düzenlemeye göre hakim ve savcılarının görevleriyle ilgili inceleme ve soruşturma işlemleri, “ilgili dairenin teklifi ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanının oluru ile Kurul müfettişlerine yaptırılır”. Soruşturmanın Kurula bağlı müfettişler tarafından yapılması, kuşkusuz önemli bir iyileştirmedir. Ancak, soruşturma açma yetkisinin, ilgili dairenin teklifi üzerine de olsa, bu kez Kurul Başkanı sıfatıyla yine Adalet Bakanında olması karşısında, yeni düzenlemenin de, bu konudaki hakim bağımsızlığı ve teminatıyla bağdaşmazlığı tam anlamıyla gidermediği görülmektedir. Esasen buradaki temel sorun, yukarıda da işaret edildiği üzere, Adalet Bakanının bu kurulun Başkanı oluşudur.

1982 Anayasasında hakim bağımsızlığı ve teminatını bozan başkaca unsurlar da vardır. Hakim ve savcılarının “idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlı” sayılmaları (md. 140/6) bunlardan biridir. Çünkü, özellikle hakimler açısından yargısal/idari görev ayrımı çok ince bir ayırım olup, kendilerini sürekli tedirgin edecek niteliktedir. Ayrıca, hakim ve savcılarının Adalet Bakanlığı merkez kuruluşunda bir göreve atanmalarında (md. ilk metin 159/6), ilgilinin rızası gerekliyse de, bu güvencenin kayırma biçiminde ters

işlemesi ve bundan da hakim bağımsızlığının zarar görmesi olasılığı vardır. 2010 değişikliğinde, Adalet Bakanlığının merkez kuruluşlarının yanına “bağlı ve ilgili kuruluşlar” ile hakim ve savcılarının yanına “adalet müfettişleri ve iç denetçiler de eklenerek, Adalet Bakanının bu konudaki yetkilerinin kapsamı daha da genişletilmiştir. Yine, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun hakimleri savcı sınıfına geçirme, Adalet Bakanının hakim ve savcılarını geçici yetkiyle görevlendirme (md. ilk metin 159/7) olanağına sahip bulunmaları da hakim bağımsızlığını ve güvencelerini olumsuz yönde etkileyen unsurlardır. Her ne kadar, adli yargıda görevli hakim ve savcılarının idari yargıda, buradakilerin de adli yargıda görevlendirilmelerine ilişkin kanun değişikliği Anayasa Mahkemesince yargı bağımsızlığına aykırı bulunarak iptal edilmişse⁷ de, hakim bağımsızlığına ve teminatına aykırılığı çok daha belirgin hükümleri Anayasa kendisi korumaktadır.⁸ Bütün bu olumsuzluklara bölgesel güvence ile kürsü güvencesinin bulunmayışı da eklenebilir.⁹

B) 2010 Anayasa Değişikliğinde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Yeniden Yapılanmasına İlişkin Anayasa Mahkemesinin Tutumu

İçinde HSYK’nın yeniden yapılanmasına ve işleyişine ilişkin Anayasanın 159. maddesini de değiştiren, 7/5/2010 tarihli ve 5982 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”, ana muhalefet partisi milletvekillerinin öncülüğünde iptal istemiyle AYM’nin önüne getirildi.

1- Dava dilekçesinde, öncelikle anayasa değişikliğine ilişkin söz konusu kanunun teklif olarak verilmiş şekli, TBMM’de oylanma biçimi, ivedilikle görüşülemezliği koşulu ve amacı yönünden Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla, tümüyle iptali isteniyordu. Bu iddialar, 5982 sayılı Kanunun yapıldığı süreçte, teklifin milletvekillerinin iradesini yansıtan bir öneri olarak ortaya çıkmadığı, Başbakanın başkanlığında bir kanun tasarısı gibi hazırlandığı ve AKP Grubuna mensup milletvekillerinin imzalarının alınması yoluyla söz konusu tasarıya bir teklif görüntüsü kazandırıldığı; keza, TBMM’deki oylamada milletvekil-

⁷ AYM. E. 1988/32, K. 1989/10, Kt. 28/2/1989, *AYMKD*, sayı 25, s. 112-120.

⁸ 1982 Anayasasının 148. maddesi olağanüstü kanun hükmünde kararname, geçici 15. maddesi de 12 Eylül dönemi tasarruflarını korumaktadır. Geçici 15. madde koruması 2001 Anayasa değişiklikleriyle yürürlükten kaldırılmış ise de, bunun uygulamaya yansımaları zaman alacaktır.

⁹ B. TANÖR, *Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri*, s. 178-181.

lerinin birbirinin oylarını gördüğü, birlikte oy verme kabinine girdikleri, durum muhalefet partilerinin milletvekilleri ve grup başkan vekillerince Meclis Başkanlığına bildirilmesine rağmen hiçbir önlem alınmayarak oy gizliliğinin ihlal edildiği; anayasa değişikliğinin kamu yararı amacıyla değil, iktidar partisi güdümünde yargı organları yaratmak amacıyla yapıldığı gibi kamuoyu nezdinde de karşılığı olan ciddi gerekçelere dayandırılmıştı.

Anayasa Mahkemesi yaptığı incelemede, bu iddiaları değerlendirip neticede hiçbir Anayasaya aykırılık bulmamıştır. Ancak kanımızca AYM, bunlardan “ivedilikle görüşülememe” koşulu yönünden ayrıntılı ve doyurucu sayılabilecek değerlendirmeler yapmışsa da; diğer iddialara ilişkin olarak “Anayasa’nın 148. maddesinde Anayasa değişikliklerinin esas yönünden denetimine yer verilmediği gibi, bunların biçim yönünden denetimleri de, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulmuştur. İptal istemi bu sınırlı sebeplerden herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın dinlenmesi olanağı yoktur. Dava dilekçesinde ileri sürülen hususlar Anayasa’nın 148. (...) maddesinde sayılı ve sınırlı olarak belirlenen şekil bozukluklarından değildir. Bu itibarla Anayasa Mahkemesi’nin yetkisizliği nedeniyle iptal isteminin reddi gerekir”¹⁰ demek suretiyle, şekli ve yüzeysel bir bakışla, sığ bir değerlendirmede bulunmuştur. Bu doğrultuda teklifin ve oylamaların yapılış biçimine ilişkin iddiaları, “sonucu etkileyen açık bir anayasaya aykırılık” olarak görmemiş, amaç unsuru bakımından denetimi ise hiçbir yorum ve değerlendirme dahi yapmadan yetkisizlik yönünden reddetmiştir.

Oysa amaç unsuru esasa ilişkin olmakla birlikte hukuk devleti ilkesi bakımından son derece önemlidir. Çünkü, bir hukuk devletinde kanunlar “kamu yararı amacıyla” yapılır. Bu kamu yararının ne şekilde sağlanacağı hususunda yasama organının takdir yetkisi bulunmakla birlikte, kamu yararı görüntüsü altında başkaca, saklı, öznel bir yarar gözetilemez. Bu noktada 5982 sayılı Kanunla Anayasada yapılan değişikliğe ilişkin süreç bütünüyle değerlendirildiğinde, kamu yararı amacının gözetildiğine dair ciddi kuşkular vardır. Özellikle de HSYK ve AYM’nin yeniden yapılandırılmasında, kamu yararından çok, iktidar partisi olan AKP’nin, uzun süredir bu organların aldığı kararlardan hoşnutsuzluğunun ve dolayısıyla da bunları etki ve baskı altında tutma isteğinin payı olmadığı söylenemez. AYM’nin 2007’de verdiği AKP’nin oylarıyla yapılan cumhurbaşkanı seçiminin Anayasaya aykırı olduğuna dair

10 AYM. E. 2010/49, K. 2010/87, Kt. 7/7/2010, *AYMKD*, sayı 47/2, s. 1148-1153.

kararın¹¹; 2008’de, kendisine karşı açılan kapatma davasında bir oyla kapatılmaktan kurtulmakla birlikte, AKP’nin “demokratik ve laik cumhuriyet karşıtı fillerin işlendiği odak” olduğunun tespitinin¹²; 2010’da AKP’nin önünü çektiği “üniversitelerde türban yasağının kaldırılmasını” amaçlayan 5735 sayılı Kanunla yapılan anayasa değişikliğini iptal kararının¹³, 5982 sayılı Kanunla yapılan anayasa değişikliğinde AYM’nin yeniden yapılandırılmak istenmesindeki rolü göz ardı edilemez. Bu kararlara karşı genel başkanından başlayarak AKP yetkililerince verilen oldukça sert tepkiler kamuoyunun halen hafızasındadır. Keza, HSYK ile Adalet Bakanı ve Müsteşar arasındaki uzun süredir devam eden sürtüşmelerin karşılıklı suçlamalara varmasının ve giderek bunların HSYK toplantılarına katılmamaya başlamasıyla kurumun çalışamaz hale getirilmesinin¹⁴, anayasa değişikliğiyle HSYK’nın yeniden yapılandırılmasında bir etkisinin olmadığını kabul etmek de mümkün değildir.

İktidar partisi olan AKP’nin AYM ve HSYK’ya duyduğu tepki ve hoşnutsuzluk, 5982 sayılı Kanunla yapılan anayasa değişikliğine AKP dışındaki partilerin destek vermemesiyle birlikte düşünüldüğünde, bu kurumların yeniden yapılandırılmasına yönelik değişiklikte kamu yararı amacından çok, AKP’nin bu kurumları etkisizleştirme ve baskı altına alma gibi saklı bir amaç güttüğü şüphesini güçlendirmektedir. Böyle bir yaklaşımın, AYM’nin ilgili kararında belirttiği cumhuriyetin değiştirilmesi teklif dahi edilemez ilkelerinden hukuk devletine aykırı olduğu açıktır. Bu nedenle, AYM’nin 5982 sayılı Kanunla yapılan anayasa değişikliğinin anayasaya uygunluğunu denetlerken, en azından AYM ve HSYK’yı yeniden yapılandıran düzenlemeler bakımından, dava dilekçesindeki bu iddiaları da karşılamak için, bu bütüncül çerçevede inceleme, yorum ve değerlendirmeler yaptıktan sonra bir karar vermesi beklenirdi. Mahkeme bunu yapmayarak, bu iddialara ilişkin kamuoyunun kuşkularını gidermeyen çekingen ve ürkek bir tutum sergilemiştir.

2- Dava dilekçesinde ikinci olarak, Anayasayı değiştiren 5982 sayılı Kanunun, aralarında Anayasanın 159. maddesinde düzenlenen HSYK’yı yeniden yapılandıran 22. maddenin de bulunduğu bazı maddelerinin, Anayasaya aykırılığı iddiasıyla iptali isteniyordu. Bunlar bakımından öncelikli sorun, Anayasanın 148. maddesindeki sınırlama karşısında, bu iddiaların Anayasanın 4.

11 AYM. E. 2007/45, K. 2007/54, Kt. 1/5/2007, *AYMKD*, sayı 44/2, s. 945-983.

12 AYM. Siyasi Parti Kapatma, E. 2008/1, K. 2008/2, Kt. 30/7/2008, *AYMKD*, sayı 45/4, s. 2159-2685, sayı 45/5, s.2689-3194.

13 AYM. E. 2008/16, K. 2008/116, Kt. 5/6/2008, *AYMKD*, sayı 45/2, s. 1195-1253.

14 B. ÇELİK, *Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu*, s. 192-197.

maddesinde öngörülen “teklif yasağı kapsamında” incelenip incelenemeyeceği idi. Çünkü, 1982 Anayasası, anayasa değişikliklerinde sadece şekil denetimi öngördüğü gibi şekil denetimini de, “teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları” ile sınırlıyordu. Gerçi, AYM 2008 yılında verdiği bir kararla¹⁵ kendisini böyle bir inceleme yapmaya yetkili görmüştü. Mahkeme, bu kararında da kanımızca da doğru olarak içtihadını pekiştirerek sürdürmüştür. Karardaki tali kurucu iktidarın yetkilerine ilişkin değerlendirmeler, gelecek için de yol gösterici niteliktedir.

AYM’ye göre, “Ulus egemenliğine dayalı bir anayasal düzende bütün devlet yetkilerinin kaynağı Anayasa olduğundan tali kurucu iktidarın Anayasa’yı değiştirme yetkisini Anayasa’ya aykırı bir şekilde kullanması mümkün değildir. Bu durum, Anayasa’nın 6. maddesinde yer alan ‘hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa’dan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz’ hükmüyle normatif geçerlilik kazanmıştır.” Bu durum karşısında, “kurulu bir organ olarak tali kurucu iktidarın da sistem dışı yetki kullanımının hukuksal açıdan geçerli olmayacağını kabulü gerekir. Anayasanın 175. maddesine göre Anayasa’yı değiştirme yetkisi TBMM’ne tanınmıştır. Yasama organı bu yetkisini 175. maddede belirtilen yöntemle kullanırken, yetkinin her şeyden önce asli kurucu iktidar tarafından kullanılmasına izin verilen bir yetki olması gerekir. Anayasa’nın 4. maddesinde ‘Anayasanın 1 inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez’ denilmek suretiyle, 175. maddede belirlenen yetkinin kullanılamayacağı, kullanılsa dahi hukuken geçerli olamayacağı alanlar açıkça belirlenmiştir. Anayasa’nın 148. maddesinde öngörülen teklif ve oylama çoğunluğuna uyulmaksızın gerçekleştirilecek bir Anayasa değişikliği hukuken geçerli olmayacağı gibi, değiştirilmesi teklif edilemeyecek bir Anayasa kuralına yönelik değişiklik teklifi de yasama organının yetkisi kapsamında bulunmadığından hukuksal geçerlilik kazanamaz.” Bu çerçevede AYM’ye göre “Anayasa’nın yetki normu olan 175. maddesi, bu yetkinin sınırını çizen 4. maddesi ve bu sınırların dışına taşan yetki kullanımının hukuksal müeyyidesini belirleme yetkisini öngören 148. maddesinin birlikte değerlendirilmesi zorunludur.”¹⁶ Bu doğrultuda, AYM’ye göre, Anayasanın 175. maddesine göre kullanılacak Anayasayı değiştirme yetkisinin, hukuksal geçerlik kazanabilmesi için öncelikle Anayasanın 4. maddesinde teklif edilemez olarak belirlenen hükümlere ilişkin

15 AYM. E. 2008/16, K. 2008/116, Kt. 5/6/2008, AYMKD, Sayı 45/2, s. 1195-1253.

16 AYM. E. 2010/49, K. 2010/87, Kt. 7/7/2010, AYMKD, sayı 47/2, s. 1153-1154.

olmaması ve devamında teklif ve oylama çoğunluğu ile ivedi görüşme yasağına uyularak kullanılması gerekir. Mahkemeye göre, Anayasanın 148. maddesindeki anayasa değişikliklerinde şekil denetiminin “teklif ...şartına uyulup uyulmadığı” hususlarıyla sınırlı olduğunu ifade eden hüküm, “geçerli teklif” koşulunun bulunup bulunmadığına yönelik bir denetimi de kapsar.

AYM aynı kararında, ayrıca ilk üç maddenin yansıdığı Anayasanın diğer maddelerini de denetim kapsamına alarak, 1961 Anayasası dönemindeki içtihadına dönmek suretiyle, tali kurucu iktidarın yetkisi bakımından geleceğe dönük olarak kanımızca yine isabetli bir içtihat oluşturmuştur. Mahkemeye göre, “Kurucu iktidarın siyasal düzene ilişkin temel tercihi Anayasa’nın ilk üç maddesinde, bunun somut yansımaları ise diğer maddelerde ortaya çıkmaktadır. 4. madde ise ilk üç maddenin güvencesi olma niteliği itibarıyla doğal olarak değiştirilmezlik özelliğine sahiptir. Bu durumda, Anayasa’nın 4. maddesi dâhil olmak üzere her bir maddede yapılacak değişikliklerin siyasal düzende değişikliklere ve kurucu iktidarın yarattığı anayasal düzende dönüşümlere yol açması mümkündür. O halde Anayasa’nın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle Anayasa’nın 4. maddesinin yasama organı için çizdiği sınırların aşılma olasılığı gözardı edilemez.”¹⁷

Bu yorum ve değerlendirmeler çerçevesinde AYM’ye göre “Anayasa’nın ilk üç maddesinde değişiklik öngören veya Anayasa’nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak aynı sonucu doğuran herhangi bir yasama tasarrufunun da hukuksal geçerlilik kazanması mümkün olmadığından, bu doğrultudaki tekliflerin sayısal yönden Anayasa’ya uygun olması tasarrufun geçersizliğine engel oluşturmayacaktır. Anayasa değişikliklerinin içerik yönünden denetimi, değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez ilkelerin doğrudan ya da dolaylı olarak ortadan kaldırılıp kaldırılmadığı veya içeriklerinin boşaltılarak anlamsız hale getirilip getirilmediğine yönelik ve bununla sınırlı bir denetim olması gerekir.”¹⁸ Böylece AYM, Anayasanın 4. maddesindeki “teklif yasağından” hareketle anayasa değişikliklerinde esas denetiminin de yolunu açarak, 1961 Anayasası dönemindeki içtihadını tazelemiştir.

Ancak, denetim yetkisinin kapsamını belirlerken oldukça aktif, cüretkar bir duruş gösteren AYM, 5982 sayılı Kanunla Anayasada yapılan değişiklikleri denetlerken ve özellikle inceleme konumuz olan HSYK’nın yeniden

17 AYM. E. 2010/49, K. 2010/87, Kt.7/7/2010, *AYMKD*, sayı 47/2, s. 1155.

18 AYM. E. 2010/49, K. 2010/87, Kt.7/7/2010, *AYMKD*, sayı 47/2, s. 1155.

yapılanmasına ve işleyişine ilişkin düzenlemelerin anayasaya uygunluğunu denetlerken tam tersine pasif, ürkek, çekingen bir tutum sergilemiştir.

HSYK'nın yapılanmasını ve işleyişini yeniden düzenleyen 5982 sayılı anayasayı değiştiren Kanuna ilişkin dava dilekçesinde ileri sürülen anayasaya aykırılık iddialarının başlıcaları; Adalet Bakanının Kurul Başkanı ve Adalet Bakanlığı Müsteşarının kurulun doğal üyesi olmasının; Kurul üyelerinin seçiminden her üyenin sadece bir adaya oy verebilmesinin; Kurulun yönetiminin ve denetiminin Kurul Başkanına ait olmasının; hakim ve savcıların görevleriyle ilgili suç işleyip işlemedikleri hakkında inceleme ve denetlemenin ilgili dairenin teklifi üzerine Kurul Başkanının iznine bağlanmasının; Kurul kararlarına karşı meslekten çıkarma cezası dışında yargı yolunun kapatılmasının; Cumhurbaşkanının atadığı 4 üye ile Adalet Akademisinden seçilen üyenin yürütmenin etkisinde kalmasının yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatı ile kuvvetler ayrılığına ve dolayısıyla Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırı olduğuna ilişkinidir.

AYM, yukarıda açıkladığımız Anayasanın 4. maddesindeki teklif yasağından hareketle bu iddiaları esas yönünden incelemiş; ancak bunlardan kısımca işlerinden en masum ikisini “hukuk devleti” ilkesine aykırı bularak ilgili hükümleri iptal etmiş; yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatı bakımından çok daha sorunlu olan düzenlemeleri hukuk devletine aykırı bulmamıştır.

Mahkemenin hukuk devleti ilkesine aykırı bulduğu düzenlemelerden biri, Cumhurbaşkanına avukatlarla yükseköğretim kurumlarının hukuk bilim dalının yanında “iktisat ve siyasal bilimler” dallarında görev yapan öğretim üyeleri ile “üst kademe yöneticileri” arasından da HSYK'ya üye atama yetkisinin verilmesiydi. AYM'ye göre “Hukukçu öğretim üyeleri ile Avukatların yargı ile doğrudan ilişkileri, yargının işleyişinden kaynaklanan sorunların belli ölçüde onları da etkilemesi ve yargının işleyişi konularındaki bilgi birikimleri nedeniyle Kurulun çalışmalarına katkı yapacağı düşünülebilir ise de yargının işleyişi ve yargı teşkilatı ile herhangi bir şekilde ilişkisi olmayan ve yargının işleyişi, yargının ve yargıçların sorunları ve yargısal görevlerin yerine getirilmesinde gözetilmesi gereken yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatı gibi ilkeler hakkında yeterli ilgi, bilgi ve tecrübeye sahip olmayan iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri ile üst kademe yöneticilerinin hakim ve savcıların atama, tayin, terfi disiplin gibi özlük işlerinden sorumlu bir kurulda görev almaları yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatı ilkelerini ihlal edip, hukuk devleti ilkesini zedeler niteliktedir.”¹⁹ Mahkemenin bu ge-

19 AYM. E. 2010/49, K. 2010/87, Kt.7/7/2010, AYMKD, sayı 47/2, s. 1168.

rekçeleri ilk bakışta makul gibi görünse de, HSYK'nın idari bir kurul olduğu, son derece geniş yetkilerini 22 üyenin kendi içinde üç daire şeklinde yapılanarak kullanacağı dikkate alındığında, Kurulda birkaç üyenin hukukçu olmamasının bir sakınca teşkil etmeyeceği, hatta yarar sağlayabileceği de söylenebilir. Nitekim, AYM'nin de kararında da değindiği Avrupa Yargıçları Danışma Konseyinin, "Toplumun Hizmetinde Yargı Konseyleri" üzerine 2007 tarihli ve 10 nolu görüşünde de üyelerin tamamının yargıçlardan oluşması zorunlu görülmemekte, hatta karma yapılı olması önerilmektedir. Dolayısıyla, Mahkemenin bu iptal gerekçesi kanımızca pek tatmin edici değildir.

AYM'nin hukuk devleti ilkesine aykırı bularak iptal ettiği diğer düzenleme ise, Yargıtay, Danıştay, Türkiye Adalet Akademisi ile birinci sınıf adli ve idari yargı hakim ve savcılar tarafından HSYK'ya üye seçiminde, her üyenin "ancak bir aday için" oy kullanabilmesidir. Mahkemeye göre, "bazı adaylar açısından seçmenlere oy kullanma hakkı tanınmayarak sonuçları seçmen iradesini yansıtmaktan uzak olan bir seçim usulünün demokratik olmadığına kuşku yoktur. Seçmen iradesinin gerçek anlamda oya yansımaları sınırlandıran böylece oy kullananların iradesini olumsuz yönde etkileyen bu düzenlemenin hukuk devletinin temel ögesi olan bağımsız ve tarafsız bir yargının oluşmasını da engelleyeceği açıktır."²⁰ Mahkemenin oybirliğiyle oluşturduğu bu gerekçeye iki yönden katılmak mümkün değildir. Öncelikle HSYK'ya üye seçmenin Anayasanın 67. maddesi kapsamında bir seçme ve seçilme hakkı gibi görülmesi isabetli değildir. Çünkü bu tür seçme ve seçilme hak değil, görevdir. İkinci olarak, HSYK'ya üye seçiminde her üyenin bir aday için oy kullanabilmesi tam tersine bu kurumda çoğulcu demokratik bir yapılanma oluşabilmesinin bir gereğidir. Nitekim, AYM de aşağıda inceleyeceğimiz üzere 4 yıl sonra bu kez kanunla getirilen aynı düzenlemeyi, yine oybirliğiyle ama bu kez çoğulcu demokrasinin gereği olarak kabul etmek suretiyle, bu yanlış kararından geri dönmüştür.

AYM'nin bu kararında Anayasaya aykırı bulmadığı hususlar çok daha sorunludur. Bunların başında HSYK'da Adalet Bakanının Kurul Başkanı ve Adalet Bakanlığı Müsteşarının Kurulun doğal üyesi olmasını öngören yapılanma ile Kurul Başkanı sıfatıyla Adalet Bakanına verilen yetkiler gelmektedir. Konuya ilişkin olarak karşılaştırmalı hukuktan yola çıkan AYM'ye göre, "Yüksek Yargı Konseylerinin oluşumuna bakıldığında her ülkede farklı modellerin benimsendiği görülmektedir. Bazı ülkelerde sadece yargıçların bu kurulların üyesi olduğu, bazı ülkelerde ise yargıç olmayan hatta hukukçu ol-

20 AYM. E. 2010/49, K. 2010/87, Kt.7/7/2010, AYMKD, sayı 47/2, s. 1161-1162.

mayan üyelerin bulunduğu, bazı ülkelerde yargı içinden ya da yürütmeden doğal üyelerin bulunduğu, üye seçimlerinde genellikle yargıçlara rol verildiği, ancak parlamentolara ya da devlet başkanlarına da üye seçme yetkisinin tanındığı görülmektedir. Yargıç üyelerin genellikle tüm yargıçları temsil edecek şekilde ilk derece mahkemeleri, istinaf mahkemeleri ve yüksek mahkemelerde çalışan yargıçlar arasından seçildiği anlaşılmaktadır.”²¹

Mahkeme ardından Avrupa Yargıçları Danışma Konseyinin “Toplumsal Hizmetinde Yargı Konseyleri” üzerine 10 nolu görüşü ile Türkiye’deki 1961 ve 1982 Anayasalarındaki yapılanmalara değindikten sonra, “Buna göre hukuk devleti ve yargı bağımsızlığı ilkeleri belli somut bir kurul yapısını gerektirmemekte, Kurulun yargı bağımsızlığını ihlal etmediği sürece çok farklı modellerde tasarlanmasına olanak tanımaktadır. Bu farklı modellerden hangisinin benimseneceği tali kurucu iktidarın takdir yetkisi içindedir. Yasama organının tercihinin yerindeliğinin yargısal denetim konusu olması mümkün değildir.”²² sonucunu çıkarmıştır. AYM daha sonra HSYK’nın yapısı ve işleyişine ilişkin yeni düzenlemelerin olumlu yönlerini sıralayarak “ böylece yürütmenin Kurul üzerindeki etkisinin belli ölçüde azaltıldığı anlaşılmaktadır. (...) Bu nedenle, sözkonusu hükümlerin yargı bağımsızlığını dolayısıyla hukuk devleti ilkesini ortadan kaldırdığı ya da içini boşaltarak anlamsız hale getirdiği söylenemez. İptal isteminin reddi gerekir”²³demektedir.

Kanımızca, AYM kararında karşılaştırmalı hukuka ve Avrupa Yargıçları Danışma Konseyinin görüşüne referans yapmışsa da yeni HSYK yapılanması ve işleyişinin bir bütün olarak özellikle yürütmeden ne ölçüde etkilendiği ya da ne ölçüde bağımsız olduğu sorununu yeterince irdelememiştir. Oysa, sorunun özünü oluşturan husus budur. Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında bu tür yüksek yargı kurullarının oluşumunda bir yeknesaklık olmadığı, Avrupa Yargıçları Danışma Konseyinin 10 nolu görüşü ile Avrupa nezdindeki diğer belgelerde (Venedik Kriterleri, İlerleme ve İstişare Raporları, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Hakimlerin Bağımsızlığı, Verimliliği ve Rolü Hakkında 94/12 Tavsiye Kararı) de yeknesak bir yapılanma öngörülmediği tespiti doğrudur. Ancak, gerek karşılaştırmalı hukukta gerekse Avrupa belgelerinde aranan ortak özellik, yapılanma farklı şekillerde de olsa, bu yapılanmanın hem görünüş olarak, hem de işleyiş olarak yürütmenin etkisi ya da kontrolünde olmaması, bağımsız olabilmesidir. Türkiye’de HSYK’nın yapılanmasının

21 AYM. E. 2010/49, K. 2010/87, Kt.7/7/2010, *AYMKD*, sayı 47/2, s.1166.

22 AYM. E. 2010/49, K. 2010/87, Kt.7/7/2010, *AYMKD*, sayı 47/2, s.1166.

23 AYM. E. 2010/49, K. 2010/87, Kt.7/7/2010, *AYMKD*, sayı 47/2, s.1167.

daki yargı bağımsızlığı bakımından temel sorun, Adalet Bakanının Başkan, Adalet Bakanlığı Müsteşarının da doğal üye olarak Kuruldaki varlıklarıdır. Bu durum daha baştan, yetkilerinden soyut olarak, Kurulun Adalet Bakanlığına ve dolayısıyla yürütmeye bağlı olduğu görüntüsünü vermektedir. Nitekim, karşılaştırmalı hukuka baktığımızda Avrupa nezdinde Türkiye’den başka bakanın başkan, müsteşarın doğal üye olduğu bir kurul yapılanması yoktur. Bakan sadece Macaristan, Polonya, Romanya ve Bulgaristan’da kurul üyesidir. Bulgaristan’da bakanın oy hakkı da yoktur, sadece sembolik başkandır.²⁴

Bu nedenle, HSYK’da Adalet Bakanı Kurulun Başkanı, Adalet Bakanlığı Müsteşarı da Kurulun doğal üyesi olduğu sürece, yeni düzenlemeye olduğu gibi bunların Kuruldaki yetkilerini azaltmak, Kurulun üye sayısını artırmak gibi yenilikler, Kurulun Adalet Bakanı üzerinden yürütmeye bağlı olduğu görüntüsünü gidermeyecektir. Nitekim, Mahkeme de kararında, “yeni düzenlemeyle Kurulun üye sayısının artırıldığı, seçim tabanının genişletildiği, Kurul üyelerinin büyük çoğunluğunun yargıçlar tarafından doğrudan seçilmesinin kabul edildiği, Kurul’un kendi sekreteryasına kavuşturulduğu ve Teftiş Kurulunun Kurul’a bağlandığı böylece özerk yapısının güçlendirildiği görülmektedir. Cumhurbaşkanının Kurula üye atama yetkisinin sınırlandırıldığı, Adalet Bakanı’nın dairelerin çalışmasına katılmasının yasaklandığı, Bakan’ın Teftiş Kurulu üzerindeki mutlak kontrolünün kaldırıldığı, böylece yürütmenin Kurul üzerindeki etkisinin belli ölçüde azaltıldığı anlaşılmaktadır”²⁵ demek suretiyle, yeni düzenlemeye göre de Kurulun yürütmenin etkisi altında olduğunu, ondan bağımsız olmadığını kabul etmiştir. Kanımızca Mahkemenin yargı bağımsızlığı ve hukuk devleti bakımından kötünün daha az kötüsüne razı olan bu yaklaşımı isabetli değildir.

Kararda, AYM’nin öncekinin etkisinde kalarak kötünün daha az kötüsü yaklaşımıyla hukuk devleti ilkesine aykırı bulmadığı diğer bir düzenleme de, “Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz” kuralıdır. Anayasanın 159. maddesinin ilk düzenlemesinde “Kurulun kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz.” kuralı ile Kurulun bütün kararları yargı denetimi dışında tutulmuştu. Bu hükmün hukuk devleti ilkesine daha çok aykırı olduğu açıktır. Nitekim, yukarıda değinildiği üzere, 1961 Anayasasında 1971 yılında yapılan değişiklikle getirilen benzer bir hüküm, AYM’nin 1977/4 sayılı kararıyla “hukuk devleti”

24 B. ÇELİK, *Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu*, s. 176-177.

25 AYM. E. 2010/49, K. 2010/87, Kt.7/7/2010, *AYMKD*, sayı 47/2, s.1167.

ilkesine aykırı bulunarak iptal edilmişti.²⁶ 5982 sayılı Anayasayı değiştiren Kanunla yapılan değişiklikle, Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin kararlarına karşı yargı yolu açılmakla birlikte, diğer kararları yine yargı denetimi dışında bırakılmıştır. Dolayısıyla, burada da hukuk devletine aykırılık tümüyle giderilememiştir. Nitekim, AYM de kararında, “Kurulun kararlarının kısmen de olsa yargı denetimine açılmasının hukuk devletinin güçlendirilmesine yönelik bir adım olduğu görülmektedir”²⁷ demek suretiyle, hukuk devletine aykırılığın tümüyle giderilmediğini kabul etmektedir. Kanımızca, AYM’nin hukuk devleti tanımına ilişkin yerleşik içtihadı ile de bağdaşmayan buradaki daha az kötüye razı olma yaklaşımını da isabetli bulmak mümkün değildir.

II. HAKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU KANUNUNDA 2014’TE 6524 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER VE BUNLARA İLİŞKİN ANAYASA MAHKEMESİNİN TUTUMU

2010 yılında yapılan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yapılması ve işleyişine ilişkin bu köklü anayasal değişiklik, doğal olarak hemen arkasından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanununun da yenilenmesini gerektirmiştir. Bu doğrultuda 11/12/2010 tarihli ve 6087 sayılı yeni Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu çıkarılmıştır. Bu Kanun anayasadaki yeni yapılanma ve işleyişe sadık kalarak ayrıntılı düzenlemeler getirdiğinden bir anayasaya aykırılık sorunu da söz konusu olmamıştır. Bu Kanunda değişiklik yaparak HSYK’nın işleyişine müdahale girişimi, 17 Aralık 2013’te önce aralarında bazı bakanların bulunduğu, giderek başbakan Recep Tayyip Erdoğan’a da yönelen yolsuzluk iddia ve soruşturmaları sürecinde iktidar partisi AKP’den gelmiştir. 6087 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanununda kapsamlı değişiklikler yapan 15/2/2014 tarihli ve 6524 sayılı Kanun, bu sürecin ürünüdür. Dolayısıyla, Kanunun yapılış amacı bu süreçten soyutlanarak belirlenemez. HSYK’nın işleyişiyle ilgili önemli değişiklikleri, Kanunun yapılış amacını ve anayasaya uygunluk sorununu doğru anlayabilmek için bu süreçte birlikte değerlendirmek gerekmektedir.

17 Aralık 2013’te aralarında bakan, bakan çocukları ile bazı üst düzey bürokrat ve işadamlarının da yer aldığı rüşvet ve yolsuzluk soruşturması başlatılmasından sonraki dönemde, yargı bağımsızlığı bakımından hazin denebilecek bir süreç yaşadık. İlk aşamada soruşturmayı yürüten emniyet görevlilerinin

26 AYM. E. 1976/43, K. 1977/4, Kt. 27/1/1977, *AYMKD*, sayı 15, s. 106-131.

27 AYM. E. 2010/49, K. 2010/87, Kt. 7/7/2010, *AYMKD*, sayı 47/2, s.1167.

yerlerinin değiştirilmesi ile İstanbul'dan başlayan deprem dalga dalga tüm emniyet teşkilâtına yayıldı. Adalet ve İçişleri Bakanlıklarınca, 21/12/2013'de Adli Kontrol Yönetmeliğinde değişiklik yapılarak ve Adalet Bakanlığı eliyle başsavcılar üzerinde baskı kurmak suretiyle, soruşturmayı yürüten savcılar engellenmeye çalışıldı ve takip eden süreçte de bu savcıların yerleri değiştirildi. Adli Kontrol Yönetmeliğinde yapılan değişiklik, savcılarının yürüttüğü adli soruşturmalarda, adli kolluk görevlilerinin sıralı idari amirlerine, savcılarının da başsavcılara bilgi vermelerini öngörüyordu. Buradaki amacın, Adalet ve İçişleri Bakanlıkları üzerinden, soruşturmayı yapan savcılar ve emniyet görevlileri üzerinde baskı kurmak olduğu açıktı. Yönetmelikteki bu değişikliğe karşı Türkiye Barolar Birliği, yürütmenin durdurulması ve iptal talebiyle Danıştay'da dava açtı. Dava devam ederken HSYK da, Adli Kolluk Yönetmeliğinde yapılan bu değişikliklerin Anayasaya ve yasaya aykırı olduğunu, Adalet ve İçişleri Bakanlıklarının savcılarının adli görevleriyle ilgili yönetmelik yapma yetkilerinin bulunmadığını 26/12/2013 tarihinde aldığı bir kararla kamuoyuna açıkladı. 27/12/2013 tarihinde de Danıştay 10. Dairesi, Yönetmeliğin değiştirilen hükümlerini hukuka aykırı bularak yürütmenin durdurulmasına karar verdi. Bu aşamada HSYK ve Danıştay ile iktidar partisi arasındaki gerilim arttı, söylemler sertleşti. İktidar önce HSYK'yı düzenleyen Anayasanın 159. maddesinde değişiklik yapmak istedi. Muhalefetten destek bulamayınca bu kez istediği düzenlemeyi 15/2/2014 tarih ve 6524 sayılı Kanunla yaptı (RG. 27/2/2014-28925 Mükerrer).²⁸

A) Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanununda 2014'te 6524 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler

“Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair” 6524 sayılı Kanun, 11/12/2010 tarihli ve 6087 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanununda kapsamlı değişikliklerin yanında, 23/7/2003 tarihli ve 4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanununda da önemli değişiklikler yaptığı gibi, 24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunda da bazı değişiklikler yapmıştır. Konumuz itibarıyla burada HSYK Kanununda yapılan kapsamlı değişiklikleri ele alacağız.

6524 sayılı Kanunla 6087 sayılı HSYK Kanununun 18 maddesi değiştirilmiş ve Kanuna geçici iki madde eklenmiştir. Biz bunlardan, HSYK'nın yargı bağımsızlığı ve hakim teminatı ilkeleri çerçevesinde işleyişi bakımından

28 B. TANÖR/N. YÜZBAŞIOĞLU, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, s.463, dn. 18.

önemli ve bu nedenle AYM önüne taşınmış olan değişiklikleri değerlendireceğiz.

6524 sayılı Kanunla, Kurulun işleyişine ilişkin HSYK Kanununda yapılan önemli değişiklikler özetle şöyle sıralanabilir:

- Başkanın görev ve yetkilerini düzenleyen Kanunun 6. maddesinde yapılan değişiklikle Başkana, “Teftiş Kurulu Başkanını, Teftiş Kurulu başkan yardımcılarını ve genel sekreter yardımcılarını atamak” yetkisi ile “ilgili dairenin teklifi üzerine hakim ve savcılar hakkında denetim, araştırma, inceleme ve soruşturma yapılması işlemleri ile inceleme ve soruşturma yapılmasına yer olmadığına ilişkin işlemlere olur vermek” yetkisi verilmiştir.
- Dairelerin oluşumu ve daire başkanlarının seçimini düzenleyen Kanunun 8. maddesi değiştirilerek Başkana, “üyelerin hangi dairede asıl ve tamamlayıcı üye olarak görev yapacağını belirleme” yetkisi verilmiştir. Aynı maddede yapılan diğer bir değişiklikle de, Genel Kurula daire başkanı seçme yetkisi, “her dairenin kendi üyeleri içinden üye tamsayısının salt çoğunluğuyla belirleyeceği iki aday arasından” tanınmaktadır.
- Tetkik hakimleri başlıklı Kanunun 12. maddesinde yapılan değişiklikle, Genel Kurula muvafakatleri alınarak tetkik hakimi atama yetkisi, “her bir boş kadro için Birinci Daire tarafından teklif edilen iki katı aday içinden” tanınmıştır.
- Teftiş Kurulunun oluşumu ve görevlerini düzenleyen Kanunun 14. maddesinde yapılan değişiklik ile Teftiş Kurulunun “Başkanın gözetiminde” ve “Başkan tarafından verilen görevleri yapacağı” ile Teftiş Kurulu Başkanının “Başkana karşı sorumlu” olacağı öngörülmüştür.
- Kanunun atanma usullerini düzenleyen 15. maddesi değiştirilerek, Genel Kurula Kurul müfettişlerini atama yetkisi, “Birinci Daire tarafından teklif edilen iki katı aday içinden” tanınmıştır.
- Seçimlerin zamanı ve esaslarını düzenleyen 19. maddede yapılan değişiklikle, “Yargıtay, Danıştay ve Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurullarından seçilecek Kurul üyeliği için her üye ancak bir aday için; birinci sınıf adli ve idari yargı hakim ve savcılar arasından seçilecek Kurul üyeliği için her hakim ve savcı, kendi aralarından seçilecek asil ve yedek üyelerin sayısı kadar aday için oy kullanabilir” kuralı konulmuştur.

- Genel Kurulun toplantı ve karar yeter sayısını düzenleyen 29. maddede yapılan değişiklikle, “üye tam sayısının salt çoğunluğunun, görüşülecek konuyu da belirten yazılı talebi üzerine Genel Kurulu olağanüstü toplantıya çağırabilir” kuralı konularak, bu durumlarda Kurulun toplanması Başkanın takdirine bırakılmıştır.
- Kanunun üyelerin disiplin soruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin 36. maddesindeki değişiklikle, “Kurulun seçimle gelen üyelerinin, disiplin suçu oluşturan eylemleri sebebiyle, haklarında yürütülecek disiplin soruşturması Başkan, disiplin kovuşturması Genel Kurul tarafından” yapılır; “Başkan, ihbar ve şikâyetle ilgili olarak, doğrudan veya yaptırdığı inceleme sonucuna göre soruşturma açılmasına yer olmadığına ya da soruşturma açılmasına karar verir” düzenlemesi getirilmiştir. 38. maddede yapılan değişiklikle de seçimle gelen üyelerin adli suçlarla ilgili soruşturmalarına ilişkin olarak da Başkana benzer yetkiler verilmiştir. Böylece, bu süreçler üzerinden Başkana Kurul üyelerini etkileme ve baskı kurma yolu açılmış olmaktadır.
- 6087 sayılı Kanuna eklenen Geçici Madde 4 ile de “Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Kurulda görev yapan Genel Sekreter, genel sekreter yardımcıları, Teftiş Kurulu Başkanı, Teftiş Kurulu başkan yardımcıları, Kurul müfettişleri, tetkik hakimleri ve idari personelin Kuruldaki görevleri sona” erdirilmiş; yeni Teftiş Kurulu Başkanı, Teftiş Kurulu başkan yardımcıları ve genel sekreter yardımcılarının Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on gün içinde, Genel Sekreterin ise on üç gün içinde, Başkan tarafından atanmaları öngörülmüştür.
- 6524 sayılı Kanunla 6087 sayılı Kanunun yanında 4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanununda da önemli değişiklikler yapıldığına yukarıda değinmiştik. Türkiye Adalet Akademisinin hakim ve savcıların, özellikle meslek öncesi ve meslek içi eğitimlerindeki rolü dikkate alındığında, bu Kanunda yapılan değişikliklerin de yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatı ilkesini etkileyeceği aşikardır. Bu Kanunda yapılan değişikliklere baktığımızda da, özü itibarıyla, tıpkı HSYK’da olduğu gibi, Türkiye Adalet Akademisinin yapısı ve işleyişi bakımından da Başkanın ve onun üzerinden Adalet Bakanının yetki ve etkisinin artırıldığını görmekteyiz. Keza, bu Kanuna eklenen Geçici Madde 12 ile de, “Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Türkiye Adalet Akademisinde; Başkan, Başkan Yardımcıları, Genel Kurul, Yönetim Kurulu ve Denetim Kurulu üyeleri, Genel Sekreter, Eğitim Merkezi Müdürü ve

müdür yardımcıları, 23 üncü madde uyarınca görevlendirilen hakim ve savcılar ile diğer personelin görevleri sona” erdirilmiş; Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren on beş gün içinde Adalet Bakanının önereceği üç aday arasından Başkanın Bakanlar Kurulunca atanması, boşalan diğer görevlere de on gün içinde Adalet Bakanının atama yapması öngörülmüştür.

6524 sayılı Kanunla yapılan bu değişiklikler bütün olarak değerlendirildiğinde, Türkiye Adalet Akademisinin Adalet Bakanlığına bağlı sıradan bir hizmet birimine dönüştürüldüğünü; önceki düzenlemede Genel Kurula ve Dairelere ait bazı yetkilerin Başkana verilmesi suretiyle, Kurulda Başkanın yetkileri artırılıp otoritesi güçlendirilirken, Genel Kurul ve Dairelerin yetkileri ve kurum içindeki konumları zayıflatılarak, HSYK’nın da işleyiş olarak adeta Başkana, yani Adalet Bakanına bağımlı hale getirildiğini görmekteyiz. Böylece HSYK’ya ilişkin olarak, yukarıda açıkladığımız Anayasadaki düzenlemeden kaynaklanan sorunlara, Kanunla yenileri eklenerek, Kurulun yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatı ve dolayısıyla da hukuk devleti bakımından kabul edilemez ölçüde sorunlu hale geldiğini söyleyebiliriz.

HSYK’nın bu yeni yapılanma ve işleyişi, yukarıda açıkladığımız Avrupa normlarıyla bağdaşmadığı gibi, Anayasaya ve özellikle de HSYK’ya ilişkin 159. maddedeki düzenlemeye de açıkça aykırı düşmektedir. Nitekim, 159. maddenin ilk fıkrasında, “Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, mahkemelelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar” diyerek; diğer klasik kamu kurumlarından farklı olarak, 159. maddenin takip eden hükümleri dahil, HSYK’nın yapılanması ve işleyişine ilişkin her türlü düzenlemenin bu temel ilke ölçü alınarak yapılmasını ve yorumlanmasını buyurmuştur. Çünkü, bu ilke aynı zamanda anayasal sistemimizin temelini oluşturan “kuvvetler ayrılığı” ilkesi ile cumhuriyetin değiştirilemez niteliklerinden olan “hukuk devletinin” de özüdür. Bu nedenle, Anayasanın 159. maddesinin son fıkrasındaki, “Kurul üyelerinin seçimi, dairelerin oluşumu ve işbölümü, Kurulun ve dairelerin görevleri, toplantı ve karar yeter sayıları, çalışma usul ve esasları, dairelerin karar ve işlemlerine karşı yapılacak itirazlar ve bunların incelenmesi usulü ile Genel Sekreterliğin kuruluş ve görevleri kanunla düzenlenir.” hükmüyle, yasama organına tanınan takdir yetkisi de, “mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esasları” ile sınırlı bir yetki olup, bu ilke ölçü alınarak kullanılmalıdır. Hatta, yukarıda açıkladığımız üzere ve AYM’nin aşağıda da değineceğimiz içtihadına göre, kuvvetler ayrılığı ilkesi ve hukuk devletiyle “olmazsa olmaz” bağlantısı nedeniyle tali kurucu iktidarı

da sınırlayan bir ölçüdür. Ayrıca, 159. madde düzenlemesi, yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatı bakımından kendisi de sorunlu olsa da, madde tümüyle okunduğunda, yapılanma ve işleyiş bakımından her şeye rağmen HSYK'yı klasik kamu kurumlarından ayırarak, Adalet Bakanlığından bağımsız kılma çabası içindedir. Oysa, 6524 sayılı Kanunla yapılan yukarıda değindiğimiz değişiklikleri ele aldığımızda, yasama organının 159. maddedeki “mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esasını” görmezlikten geldiğine ve bu maddedeki bütüncül anlayışın aksine, HSYK'yı, Kurul Başkanı olan Adalet Bakanının iradesinden bağımsız irade kullanamayan, Bakanın etkisinde faaliyet gösteren sıradan bir kamu kurumuna dönüştürdüğüne tanık oluyoruz. Bu nedenle, 6524 sayılı Kanunla getirilen HSYK'ya ilişkin bu düzenlemeler, Avrupa normları yanında Anayasanın diğer hükümleri bir yana, Başlangıçtaki “kuvvetler ayrılığı” ilkesine, 2. maddesindeki Cumhuriyetin değiştirilemez niteliklerinden olan “hukuk devletine” ve onu işlevsel hale getiren 159. maddesine açıkça aykırı düşmektedir.

Bu noktada, 2010 Anayasa değişikliğinde 159. maddeyi oluşturan iradeyle, 2014'te 6524 sayılı Kanunla ona ters düşen iradenin aynı irade, yani iktidar partisi olan AKP iradesi olduğu paradoksunu da hatırlatmak gerekir. Bu durum, 6524 sayılı Kanunun, yukarıda değindiğimiz 17 Aralık sürecinin bir ürünü olduğunu teyit ettiği gibi, iktidar partisi olarak AKP'nin kamu yararı yerine konjonktürel ve öznel siyasal yararları amacıyla anayasa değişikliği ve kanun yapığının somut göstergesi sayılmalıdır.

B) 2014'te Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanununda Yapılan Değişikliklere İlişkin Anayasa Mahkemesinin Tutumu

6087 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanununda 2014'te 6524 sayılı Kanunla yapılan değişiklik de, ana muhalefet partisine mensup milletvekillerinin öncülüğünde iptal davası yoluyla AYM'ye taşındı. Dava dilekçesinde üç kategori talep vardı. 15/2/2014 tarihli, 6524 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun;

- 1- Tümünün yok hükmünde olduğunun saptanması,
- 2- Tümünün şekil bakımından Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptali,

3- 6524 sayılı Kanunun çok sayıda maddesinin Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptali isteniyordu. İptali istenen maddeler arasında, 6087 sayılı HSYK Kanununda değişiklik yapan, içinde yukarıda HSYK'nın işleyişi bakımından önemli görerek değindiğimiz maddelerin tamamının bulunduğu 16 madde de

vardı. İptali istenen maddeler için yürürlüğün durdurulması da talep ediliyordu.

Anayasa Mahkemesi, bir ay gibi kısa sayılabilecek bir sürede davayı inceleyerek 10/4/2014 tarihinde kararını verdi.²⁹ Kararda Kanunun tümünün yok hükmünde olduğunun saptanması ile tümünün şekil bakımından Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptali talepleri reddediliyordu. Kanunun çok sayıda hükmü Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmişti. İptal edilen maddeler arasında 6087 sayılı Kanunda değişiklik yapan 12 madde ile geçici 4. madde de vardı. Böylece iptali talep edilen 16 maddeden 13'ü iptal edilmiş oluyordu. HSYK'nın işleyişi bakımından önemli olan maddelerin hemen hepsi iptal edilen maddeler arasındaydı. AYM, aralarında HSYK'daki idari yetkililerin görevlerine son veren geçici 4. maddenin de bulunduğu dört madde için de yürürlüğü durdurma kararı vermiştir. Yürürlüğü durdurma kararları, 13/4/2014 tarihinde yürürlüğe girerken, iptal edilen diğer hükümlerin bir kısmı için yürürlük tarihi kararın RG'de yayımlandığı 14/5/2014 olarak belirlenirken, çoğunun yürürlük tarihi bu tarihten üç ay sonrası olarak belirlenmiştir.

Burada AYM'nin iptal ettiği çok sayıda hükmün iptal gerekçesi üzerinde bir değerlendirme yapmayacağız. Bunların Anayasanın Başlangıç, 2. ve 159. madde hükümlerine açıkça aykırı olduklarını yukarıda açıklamıştık. Mahkemenin iptal gerekçeleri de aynı doğrultuda olmuştur. Bizim burada asıl üzerinde duracağımız husus, AYM'nin bu Kanunun tümünün şekil bakımından Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptali ile yine tümünün yok hükmünde olduğunun saptanması taleplerinin AYM'ce reddedilmesini irdelemek olacaktır.

Ancak, bu hususlara geçmeden önce, AYM'nin iptal talebini reddettiği bazı hükümlere ilişkin isabetli bulmadığımız anayasaya uygunluk gerekçelerine de değinmek istiyoruz. Bu nedenle, dava dilekçesindeki talepleri sondan başlayarak irdelleyeceğiz.

1) 6524 sayılı Kanunun Bazı Maddeleri Bakımından Anayasaya Aykırılık Sorunu

Bunlardan ilki, 6524 sayılı Kanunla 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 49. maddesinde yapılan değişiklikle, “Bilgi ve görgülerini artırmak, meslekleriyle ilgili staj ve araştırma yapmak, kurs, eğitim ve öğrenim görmek üzere seçilen ya da iç veya dış burstan yararlanan hakim ve savcılar iki yılı; doktora yapmak üzere görevlendirilenler ise üç yılı aşmamak üzere Bakan-

²⁹ AYM, E. 2014/57, K. 2014/81, RG.14/05/2014-29000.

lıkça yurtdışına gönderilebilir” hükmünün Anayasaya uygunluk gerekçesidir. Mahkeme gerekçesinde, HSYK’ya Anayasanın 159. maddesinde verilen görevleri sıraladıktan sonra, “Dava konusu kural uyarınca hakim ve savcılar, bilgi ve görgülerini artırmak, meslekleriyle ilgili staj ve araştırma yapmak, kurs, eğitim ve öğrenim görmek üzere belirli sürelerle yurtdışına gönderilmeleri ise Anayasa’nın 159. maddesi ile HSYK’ya verilen görevler arasında yer almamaktadır. (...) Gerek mahkemelerin bağımsızlığı, gerekse hakimlik teminatı ilkeleri, yargılama faaliyetine ilişkin ilkeler olup, esas olarak adil bir yargılama sistemini sağlama amacını gütmektedirler. Hakim ve savcılar, belirli süre ile yurtdışına gönderilmelerinin ise yargılama faaliyeti ile bir ilişkisi bulunmamakta olup, hakim ve savcılar, yurt dışına gönderilmeleri konusunda HSYK’nın görevli kılınmamasının, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına aykırılığı da söz konusu değildir” demektedir. Oysa, “hakimlerin meslek içi eğitimlerinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre düzenlenmesi” Anayasanın 140. maddesinin amir hükmü olup; meslek içi eğitim niteliğinde olan dava konusu hakimlerin “meslekleriyle ilgili araştırma yapmak, kurs, eğitim ve öğrenim görmek” üzere yurtdışına gönderilmelerinin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatıyla ilgisi olmadığı gerekçesiyle, bu faaliyetler için hakimleri yurtdışına gönderme yetkisini Adalet Bakanlığına veren bir düzenlemeye olur vermek, kanımızca Anayasanın 140. maddesine açıkça aykırıdır.

AYM’nin isabetli bulmadığımız bir diğer Anayasaya uygunluk gerekçesi de, 6524 sayılı Kanunla 4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanununa eklenen geçici 12. maddeye ilişkindir. Söz konusu maddede, “bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Türkiye Adalet Akademisinde; Başkan, Başkan Yardımcıları, Genel Kurul, Yönetim Kurulu ve Denetim Kurulu üyeleri, Genel Sekreter, Eğitim Merkezi Müdürü ve müdür yardımcıları, 23 üncü madde uyarınca görevlendirilen hakim ve savcılar ile diğer personelin görevleri sona ereceği” belirtilmiştir. AYM kararında “hukuk devletinin gereklerinden olan hukuki güvenlik ilkesi, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar” demesine rağmen; bu tanıma hiç de uymayan söz konusu düzenleme için, “dava konusu kural kapsamında bulunan kişilerin görevlerine son verilmesi, Adalet Akademisinin yapısal değişikliğinin bir sonucu olarak ortaya çıkan hukuki ve fiili zorunluluklar sebebine dayanmakta, bu nedenle hukuki güvenlik ilkesinin ihlaline yol açmamaktadır” gerekçesiyle, bu düzenlemeyi hukuk devleti ilkesine aykırı bulmamıştır. Keza, söz konusu göreve son verme

kanunla yapıldığından, ilgili personelin buna karşı dava açma hakkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bu düzenlemenin Anayasanın 36. maddesindeki hak arama özgürlüğü ile de ilgisi vardır. Nitekim, AYM de bu ilişkiyi kurmuş; ancak, “kamu kurum ve kuruluşlarının yeniden yapılandırılmaları kapsamında, teşkilat yapısı değiştirilen kurum ve kuruluşların bazı kadrolarında görev yapan kamu görevlilerinin görevlerinin sona erdirilerek başka kadrolara atanmalarının öngörülmesi, söz konusu hukuki ve fiili zorunluluklar nedeniyle getirilen yasal düzenlemelerin bir örneğini oluşturmakta ve hak arama özgürlüğünün ihlaline yol açmamaktadır” sonucuna varmıştır. Özetle, AYM kararında, Türkiye Adalet Akademisinin teşkilatında kanunla değişiklik yapılmasını, burada çalışan tüm idari personelin ve diğer personelin görevine son verilmesinin nedeni olan “fiili ve hukuki zorunluluk” olarak nitelemiş ve bu durumu hukuki güvenlik ve hak arama özgürlüğünü feda etmenin haklı nedeni olarak kabul etmiştir. Oysa Türkiye Adalet Akademisi Kanununda yapılan değişiklikte Başkanlık dahil eski teşkilatta yer alan genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kurulunun yanında bazı idari birimlerin varlığı devam etmektedir. Bunlardan özellikle süreli ve seçimle oluşanların süre bitiminin beklenmesini, yeni teşkilatlanmada da yer alan birimlerde görev yapan personelin görevlerini sürdürmelerini öngören bir intibak düzenlemesi hukuk güvenliği ilkesi bakımından daha isabetli olacağı gibi, hak arama özgürlüğü de ihlal edilmemiş olurdu. Kaldı ki, dava konusu düzenleme ile sıradan “diğer personelin” görevlerine de son verilmesini, teşkilatlanmadaki değişikliğin sonucu “fiili ve hukuki zorunluluk” olarak kabul etmek hiçbir şekilde mümkün değildir. Bu nedenlerle, söz konusu geçici 12. madde düzenlemesini, Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi ve 36. maddesindeki hak arama özgürlüğü ile 128. maddesindeki kamu görevlisi teminatıyla bağdaştıramadığımızdan, AYM’nin kararını ve gerekçesini isabetli bulmuyoruz.

Mahkemenin, 6524 sayılı Kanunun dava konusu bazı hükümlerine ilişkin olarak katılmadığımız Anayasaya uygunluk gerekçelerine bu şekilde değindikten sonra, şimdi asıl üzerinde durmak istediğimiz Kanunun tümünün şekil bakımından Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptalinin reddi ile tümünün yok hükmünde sayılmasının saptanması taleplerinin reddine gelelim.

2) 6524 sayılı Kanunun Tümünün Şekil Bakımından Anayasaya Aykırılığı Sorunu

Dava dilekçesindeki iddialar ve gerekçeleri özetle şöyledir: Anayasanın 148. maddesinde belirtilen şekil denetimi yetkisinin özünde, işlemi yetki un-

suru bakımından denetlemek yetkisi de saklıdır. Zira, şekil denetimi kapsamında olan son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı, ancak hukuken geçerli bir işlemle ilgili olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle, son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığıyla sınırlı da olsa şekil denetimi kapsamında, öncelikle, işlemde “yetki unsuru” bakımından sakatlık olup olmadığının araştırılması gerekir. “Yetki” unsuru bakımından sakatlık, işlemi şekil unsuru bakımından da sakatlar; sağlıklı ve hukuken geçerli bir işlem olarak doğmasına imkan bırakmaz. “Yetki unsuru” bakımından denetim, şekil denetiminin öncelikle yapılması gereken ayrılmaz bir parçasıdır. Şekil denetiminin, Anayasanın 148. maddesinde oylama çoğunluğuna ulaşılmış olup olmadığı hususları ile sınırlanmış olduğunu ve bu denetim kapsamında yetki unsurunda sakatlık olup olmadığını araştırmanın bulunmadığını söylemek, “yasama yetkisinin saptırılmasına” ve “fonksiyon gaspına” geçit verir. Bu durum, “hukuk devleti” ve “kuvvetler ayrılığı” ilkeleri ile asla bağdaşmaz. 6524 sayılı Kanuna bakıldığında, davaya konu hükümlerin teklif ve kabul yeter sayıları bakımından sayısal açıdan Anayasaya uygun olmasına karşın, yetki unsuru bakımından Anayasadan kaynaklanmayan bir yetkinin Anayasanın 2., 6. ve 159. maddelerine aykırı bir biçimde kullanılması suretiyle gerçekleştirdikleri ortadadır. Bu yolla hakimlere tanınan güvenceleri tamamen bertaraf eden ve “mahkemelerin bağımsızlığı” ilkesini ortadan kaldıran 6524 sayılı Kanunun, “tümünün şekil bakımından iptal edilmesi” gerekmektedir.

Bu iddialara karşı AYM kararında, Anayasanın 148. maddesinin ikinci fıkrasındaki, kanunların şekil bakımından denetlenmesinin, “son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı” hususu ile sınırlı olduğu hükmü ve bu hükmün “gerekçesine” vurgu yaparak; “Anayasa’nın 148. maddesinin açık hükmü ve gerekçesi karşısında, kanunların şekil bakımından denetiminde, son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığından başka bir hususun esas alınmasına ve bu suretle kanunların şekil bakımından denetimlerinin yapılabilmesine olanak bulunmamaktadır” demek suretiyle, 6524 sayılı Kanunun tümünün şekil bakımından iptali istemini reddetmiştir.

Dava dilekçesindeki iddiaların, AYM’nin, anayasa değişikliklerinde, Anayasanın 4. maddesindeki “teklif yasağından” yola çıkarak, şekil denetiminden hareketle yetki ve dolayısıyla içerik denetimi yaptığı yukarıda değindiğimiz içtihadından ilham alınarak ileri sürüldüğü anlaşılmaktadır. Ancak AYM, anayasa değişikliklerinin şekil denetiminde kullandığı mantık ve önermeyi kanunların şekil denetiminde benimsememiştir. Mahkemenin bu farklı yaklaşımında ilk akla gelen neden, anayasa değişiklikleri esas bakımından denetlenemezken, kanunların esas bakımından denetlenebiliyor olmasıdır.

Başka bir anlatımla, AYM'nin anayasa değişikliklerinde şekil denetiminin kapsamını geniş tutan içtihadının temelinde, bunların esas bakımından denetlenememesi ve bu nedenle teklif yasağı kapsamına giren değişikliklere karşı anayasal düzenin korunamaması kaygısı yatmaktadır. Buna karşı, kanunların esas denetimi yapılarak anayasal düzenin korunması zaten mümkün olduğundan, bunlar bakımından şekil denetiminin kapsamını genişleten bir yaklaşıma ihtiyaç duyulmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim, yukarıda değinildiği üzere, AYM, 6524 sayılı Kanunun, Anayasanın mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatına ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırı bulduğu çok sayıda hükmünü iptal etmiştir.

Bu tutumu ile AYM, anayasanın değiştirilemez hükümlerini dolaylı olarak işlevsiz hale getiren ya da onların içeriğini boşaltan düzenlemeler, anayasa değişikliği ile yapıldığında Anayasanın 148. maddesindeki şekil denetiminin kapsamını geniş tutarken, aynı düzenlemeler kanunla yapıldığında dar tutmak gibi bir paradoksa da düşmektedir. Anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetlenememesinden kaynaklanan bu paradoks kaçınılmaz görünmektedir. Aksi halde, yani kanunların şekil denetimi de anayasa değişiklikleri gibi geniş kapsamlı tutulduğunda, bu kez kanunların esas denetimi yetkisi işlevsizleşecektir. Çünkü, Anayasanın 2. maddesindeki cumhuriyetin değiştirilemez niteliklerinin etki alanı Anayasa hükümlerinin birçoğunu kapsamaktadır. Başka bir anlatımla, esasen Anayasa hükümlerinin birçoğu 2. maddedeki cumhuriyetin değiştirilemez niteliklerine işlerlik kazandıran ve onların içeriğini dolduran düzenlemeler olup, onlarla dolaylı ilgilidir. Bunun doğal sonucu olarak da, cumhuriyetin değiştirilemez nitelikleriyle dolaylı ilgili her kanunla yapılan düzenlemeyi şekil denetimi kapsamına aldığımızda esas denetiminin içi boşalacaktır.

Öte yandan, 6524 sayılı “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun” adı üzerinde bir “torba yasa” olması da, şekil denetimini geniş kapsamlı tutarak, kanunun “tümünün” iptaline bir başka engeldir. Çünkü, 6524 sayılı Kanunla, inceleme konumuz olan, 6087 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanununun yanında dört ayrı kanunda daha değişiklik yapılmaktadır. Bunların tümünün geniş kapsamda şekil bakımından Anayasaya aykırılıkları söz konusu değildir. Nitekim, dava dilekçesinde 6524 sayılı Kanunun tek tek tüm hükümlerinin Anayasaya aykırılıkları ileri sürülüp iptalleri istenmediği gibi; 6087 sayılı HSYK Kanununun, Anayasaya aykırılığı iddiasıyla iptali istenen hükümleri arasında, AYM'nin Anayasaya aykırı bulmadıkları da vardır. Bu nedenle, şekil denetimini geniş kapsamlı tutarak, 6524 sayılı Kanunun tümüyle iptali hukuk tekniği bakımından olanaklı değildir. Dolayısıyla “torba yasa” uygulamasının kanun yapma tekniği ve yürürlükteki

kanunların takibi bakımından sorunlu olduğu gibi, anayasaya uygunluk denetimi bakımından da sorunlu olduğu görülmektedir.

3) 6524 sayılı Kanunun Tümünün Yok Hükmünde Sayılması Sorunu

Dava dilekçesinde öncelikli olarak 6524 sayılı Kanunun tümünün “yok hükmünde” olduğunun saptanması isteniyordu. Bu talep özetle şöyle gerekçelendiriliyordu:

Dava konusu Kanunla, HSYK’nın fiilen Adalet Bakanlığına bağlı ve bağımlı, yürütmenin güdümü ve gözetimi altında görev yapan bir Genel Müdürlük haline getirilmek istendiği, bu durumun amaç unsuru bakımından HSYK’nın “mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı” esaslarına göre kurulup görev yapacağını belirten Anayasanın 159. maddesine aykırı olduğu; keza Anayasanın 159. maddesinin son fıkrasının kanun koyucuya HSYK’nın yapısı ve işleyişi ile ilgili olarak yine “mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarıyla sınırlı” bir düzenleme yetkisi verdiği halde, bu ilke yok sayılarak, söz konusu Kanunla HSYK’yı üyeleri Adalet Bakanının emri altında ve onun izni olmaksızın karar alamayan sıradan bir kamu kurumuna dönüştüren düzenlemeler getirilmek suretiyle, Anayasanın 2. maddesindeki “hukuk devleti” ile Başlangıçtaki “kuvvetler ayrılığı” ilkesinin açıkça ihlal edildiği; böylece Anayasanın 4. maddesine göre “tali kurucu iktidarın dahi değiştiremeyeceği” cumhuriyetin nitelikleri 6524 sayılı Kanunla kurulu iktidar tarafından değiştirilmek suretiyle Anayasanın 6. maddesindeki, “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz” amir hükmü karşısında, “ağır ve açık bir yetki gaspı ve tecavüzü” yapıldığı; ayrıca HSYK’nın mevcut idari yapılanması ve personelini tasfiye eden geçici madde düzenlemesiyle, bu kişilerin yargıya başvurma hakları da kanun koyucu tarafından ellerinden alınmak suretiyle, yine Anayasanın hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkeleri açıkça ihlal edilerek, bu yönden de ağır yetki tecavüzünde bulunulduğu ileri sürülerek, bütün bu nedenlerle dava konusu 6524 sayılı Kanunun “tümüyle yok hükmünde olduğunun saptanması” isteniyordu.

AYM’nin bu taleplerle ilgili kararını irdelerken, öncelikle Mahkemenin “yokluk” kavramına ilişkin tutumuna değinmek gerekiyor. Bir hukuki işlemin unsurlarının yokluğu, o işlemin de yok sayılması (keenlemyekün) ve dolayısıyla başından beri hiç yapılmamış, hükümsüz olması demektir.³⁰ AYM’nin

30 E. TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, 17. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2014, s. 267; E. ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 438; K. GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 442.

içtihadına baktığımızda, Mahkemenin bugüne kadar yokluk kararı vermiş olmamakla birlikte, hangi durumlarda yokluk söz konusu olabileceğine ilişkin bazı değerlendirmeler yaptığını görüyoruz. Bunlardan Mahkemenin, Bütçe Kanununun Anayasaya uygunluğunu denetlediği 1992/48 sayılı kararına göre, yokluk, “bir hukuksal işlemin hiç doğmamış, hukuk alemine çıkmamış sayılması sonucunu doğurur. Bu bağlamda, Anayasa yargısında yasama işlemlerinin yok sayılabilmesi ancak yetki ve görev gaspı ya da çok ağır biçim eksikliği durumlarında söz konusu olabilir”³¹ diyerek geniş ve genel bir yokluk değerlendirmesi yapmıştır.

Mahkeme, cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesini öngören Anayasa değişikliğini denetlediği 2007/68 sayılı kararında ise yokluk, “bir normun var olmadığının ifadesidir. Yasalar bakımından, parlamento iradesinin olmaması, Cumhurbaşkanının yayımlama iradesinin bulunmaması, Resmi Gazetede yayımlanmaması gibi bir normun varlığının zorunlu koşulları bulunmadığı sürece ‘var’lıktan söz etmek olanaksızdır. Ancak, bunun dışındaki sakatlıklar, denetime tabi oldukları sürece, Anayasal denetimin konusunu oluşturabilirler”³² demek suretiyle, daha dar ve somutlaştırılmış bir yokluk kıtası ortaya koymuştur. Mahkeme, türban yasağının kaldırılmasını amaçlayan bir başka Anayasa değişikliğini denetlediği 2008/116 sayılı kararında da bu yokluk tanımını aynen tekrarlamıştır.³³ AYM bu kararlarında yokluğu, “bir norma vücut veren ya da yürürlüğe koyan iradelerin yokluğu” halleriyle sınırlamıştır.

AYM, 1982 Anayasasına eklenen geçici 18. ve 19. maddeleri yürürlükten kaldıran anayasa değişikliklerini denetlediği 2007/86 sayılı kararında, “Anayasa değişikliklerinin Cumhurbaşkanınca yayımlanması ya da halkoyuna sunulması işlemi, doğası gereği Anayasanın değiştirilmesine ilişkin yasanın varlık koşulu niteliğinde değildir. Anayasanın 89. ve 175. maddelerinden anlaşılacağı üzere Anayasa değişikliğine ilişkin yasalar Genel Kurul iradesiyle varlık kazanır ve halkoyuna sunulmaması durumunda Cumhurbaşkanınca yayımlanmakla yürürlüğe girer. Anayasa değişikliklerinde yürürlük koşulu kimi durumlarda Cumhurbaşkanı ile halk arasında paylaştırılmıştır. Bu hallerde her iki irade Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girmesinin ön koşulunu oluşturmaktadır”³⁴ diyerek, Anayasada değişiklik yapan kanunlar bakımından yokluk halini “parlamentonun iradesinin var olmaması” ile sınırlamıştır.

31 AYM, E. 1992/26, K. 1992/48, Kt. 17/9/1992, *AYMKD*, sayı 28/2, s. 545.

32 AYM, E. 2007/72, K. 2007/68, Kt. 5/7/2007, *AYMKD*, sayı 44/2, s. 1086.

33 AYM, E. 2008/16, K. 2008/116, Kt. 5/6/2008, *AYMKD*, sayı 45/2, s. 1230.

34 AYM, E. 2007/9, K. 2007/86, Kt. 27/11/2007, *AYMKD*, sayı 45/1, s. 438.

Dava konusu kararda ise AYM, kararın bir yerinde “yokluk, bir normun var olmadığının ifadesidir. Bir normun varlığı ise o normun yürürlüğe girmesi ve uygulanmasına bağlı bulunmamaktadır. ‘Varlık’, ‘yürürlük’ ve ‘uygulanma’ kavramları birbirinden farklı olup ‘varlık’, bir normun hukuk alanında vücut bulmasını ve geçerlik kazanmasını ifade etmektedir. Hukuk alanında geçerlik kazanması ise o normun, hukukun öngördüğü usul ve esaslar çerçevesinde çıkarılması anlamını taşımaktadır.(...) Kanun tasarısı ve tekliflerinin TBMM’de görüşülerek kabul edilmesi, söz konusu tasarısı veya teklifin kanunlaşması sonucunu doğurmakta, bir başka deyişle TBMM’nin tasarısı ve teklifin kabulü yönündeki iradesi, kanunun varlık kazanması için gerekli ve yeterli bulunmaktadır. Cumhurbaşkanının bir kanunu yayımlaması, TBMM’nin bu yöndeki kabulü ile vücut bulan kanuna yeniden varlık sağlamadığı gibi, bir daha görüşülmek üzere TBMM’ye geri göndermesi de kanunun varlığını ortadan kaldırmamaktadır. (...) Cumhurbaşkanının kanunu yayımlama iradesi ve kanunun Resmi Gazete’de yayımlanması, kanunun aleniyet kazanması ve yürürlüğe girmesi bakımından önem taşımaktadır” diyerek; 2007/86 sayılı kararı doğrultusunda, yokluk halini, kanunlar bakımından da “TBMM’nin iradesinin var olup olmadığı” ile sınırlamıştır. Kararın bir başka yerinde ise “bir normun hukuka aykırı olması, mutlak olarak o normun yokluğu sonucunu doğurmamaktadır. Yokluk sonucunun ortaya çıkabilmesi için söz konusu hukuka aykırılığın, o normun hukuk alanında hiçbir zaman varlık kazanamayacağına yol açacak ağırlıkta ve açıklıkta olması gerekir. Bir kanunun yokluğundan söz edilebilmesi ise yasama organının bu yönde bir iradesinin olmaması ya da anayasal düzende yasama organına verilmeyen bir yetkinin fonksiyon gaspı suretiyle kullanılması gibi hukuk alanında hiçbir zaman varlık kazanamayacak olan durumlarda mümkündür. Kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince (...) yasama, yürütme ve yargı organlarından birinin, diğerinin yerine geçmesi sonucunu doğuracak şekilde karar almaları ‘fonksiyon gaspına’ yol açacağından, yasama organının, yasama fonksiyonu kapsamında yer almayan hususlarda ‘kanun’ adı altında yapacağı düzenlemelerin hukuk alanında varlık kazanabilmesi mümkün olmayacaktır” demek suretiyle; bu kez 1992/48 sayılı kararı doğrultusunda yokluğu geniş kapsamlı tanımlamıştır. Ancak, Mahkeme dava konusu 6524 sayılı Kanunda bazı Anayasaya aykırılıklar görmekte birlikte, bunları yetki gaspı niteliğinde bulmadığından, kanunun tümünün yok hükmünde olduğunun saptanması talebini reddetmiştir.

AYM’nin kendi içinde de çelişen bu kararında epeyce eleştirilecek hususlar vardır. Bunlardan ilki, Mahkemenin kanunun varlık, yürürlük ve uygulama koşullarını birbirinden ayırırken, kanunun varlık koşulunu sadece TBMM’de

görüşme ve kabul ile sınırlaması; Cumhurbaşkanınca geri gönderilmesi ve anayasayı değiştiren kanunlarda halkoylamasına sunulmasını, Resmi Gazetede yayımlanması ile birlikte yürürlük koşulu olarak kabul etmesidir. Kanunun Resmi Gazetede yayımlanmasının yürürlük koşulu olduğunda kuşku yoktur; ancak, kanunun Cumhurbaşkanınca bir kez daha incelenmek üzere Meclise geri gönderildiği hallerde Cumhurbaşkanının iradesi ile Anayasayı değiştiren kanunun halkoylamasına sunulduğu hallerde halkın iradesini kanuna vücut veren varlık koşulu olarak kabul etmemek, hukuk tekniği olarak kanımızca isabetli değildir.

İkincisi ise, Mahkemenin 6524 sayılı Kanunla 6087 sayılı HSYK Kanununda değişiklik yapan Anayasaya aykırı bulduğu dava konusu düzenlemeleri ve özellikle de geçici 4. maddeyi yetki gaspı olarak nitelendirmemesidir. Kuşkusuz, Anayasaya aykırı her münferit düzenleme tali kurucu iktidar yetkisi kullanmak anlamına gelmeyeceği gibi, tali kurucu iktidar tarafından dahi değiştirilemeyen hukuk devleti ilkesine aykırı münferit düzenlemeler de yetki gaspı ya da tecavüzü olarak nitelendirilemez. Bunların doğrudan esas bakımından ya da AYM'nin yerleşik içtihadı doğrultusunda teklif yasağından yola çıkarak şekil denetiminden hareketle içerik denetimi yapılarak iptalleri suretiyle ayıklanmaları mümkün olduğundan, Anayasanın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını sağlamak bakımından, yetki gaspı olarak nitelendirmeye ihtiyaç da yoktur. Ancak, dava konusunda olduğu gibi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin özünü oluşturan ve hukuk devletine işlevsellik kazandıran HSYK gibi bir kurumun kurumsal yapılanma ve işleyişle ilgili kapsamlı düzenlemelerin Anayasaya aykırılığı bakımından aynı masum yaklaşım gösterilmemelidir. Bu kadar ağır ve yoğun Anayasaya aykırılıklarda, kanun koyucunun iyi niyeti ile kamu yararı amacı güttüğü de sorgulanmalıdır. Nitekim, 6087 sayılı HSYK Kanununu değiştiren 6524 sayılı Kanunun iptali istenen 16 maddesinden 13'ünün Anayasanın 159. ve 2. maddelerine aykırılığı tespit edilerek iptal edilmiş olması, sıradan bir Anayasaya aykırılıktan çok bilinçli ve maksatlı bir yetki gaspını ya da tecavüzünü çağırıştırılmaktadır. Kanun koyucunun bu kadar ağır ve kapsamlı bir Anayasaya aykırılığın farkında olmaması makul değildir. Özellikle de HSYK'nın mevcut idari yapılanmasını ve personelini tasfiye ederek yerlerine Adalet Bakanına atama yetkisi veren geçici 4. madde düzenlemesi bu kuşku-yu daha da güçlendirmektedir. Bu kuşkuya 6524 sayılı Kanunun, yukarıda açıkladığımız 17 Aralık sürecinde iktidar partisi AKP ile HSYK ve kurumsal olarak yargı arasındaki gerilimin ve yolsuzluk suçlamalarına maruz kalan iktidar partisnin yargıyı baskılama isteğinin ürünü olarak ortaya çıktığı olgusunu da eklemek gerekir. Nitekim, 6524 sayılı Kanun her ne kadar 6087 sayılı

HSYK Kanunu dışında başka kanunlarda da değişiklik yapan torba kanun gibi görünse de, onlar da yargı veya yargıyla ilişkili kurumlarda Adalet Bakanının yetkilerini artıran düzenlemeler olup, 6087 sayılı HSYK Kanununda yapılan değişikliklerle bu bakımdan bütünlük göstermektedir.

Bütün bu kuşklar ancak 6524 sayılı Kanunun tümüyle “amaç” unsuru bakımından denetlenmesiyle giderilebilirdi. Üstelik, dava dilekçesinde, 6524 sayılı Kanunun tümüyle yok hükmünde olduğunun saptanması talebinin gerekçeleri arasında, bu Kanunun kamu yararı amacı ile değil, “halen yürütülmekte olan mevcut ve güncel soruşturmaları yönlendirmek, eldeki kanıtları karartmak ve ayrıca mevcut kadroları tasfiye etmek suretiyle bağımsız olması gereken yargı organını ‘kendileştirmek’ özel gayesine matuf olduğu” açıkça ileri sürülmesine rağmen; Mahkeme kararında bu iddiaları görmezlikten gelecek, bu konuda herhangi bir inceleme ve değerlendirme yapmaktan kaçınmıştır. Mahkemenin kararında, en azından bu kuşkları ve iddiaları irdeleyen bir inceleme ve değerlendirme yapması beklenirdi.

AYM’nin bu kararının bize bir kez daha hatırlattığı bir başka önemli sorun da, “bir kez uygulanmakla hükmünü icra eden” kanunla ilgili verilen iptal kararlarının etkisiz kaldığı gerçeğidir. Bunlar için verilen yürürlüğü durdurma kararları da çoğu kez etkili olamamaktadır. Nitekim, 6524 sayılı Kanunla 6087 sayılı Kanuna eklenen HSYK’nın mevcut idari yapılanmasını ve personeli tasfiye ederek, yerlerine Adalet Bakanına atama yetkisi veren geçici 4. madde düzenlemesi de “bir kez uygulanmakla hükmünü icra eden” bir düzenlemedir. Her ne kadar AYM bunun için önce yürürlüğü durdurma, arkasından iptal kararı vermişse de bu kararlar verilmeden çok önce, Kanunun yürürlüğe girdiği 27/2/2014 tarihinde, HSYK’nın mevcut idari yapılanması ve personeli tasfiye olmuş; arkasından birkaç gün içinde henüz dava bile açılmadan, Adalet Bakanı yerlerine yenilerini atayarak Kanun hükmünü icra etmiştir. Böylece, 13/4/2014’te yürürlüğe giren yürürlüğü durdurma kararı ve 14/5/2014’te yürürlüğe giren iptal kararı etkisiz ve hükümsüz kalmıştır. Bu durum, mahkeme kararlarının bağlayıcılığını vurgulayan Anayasanın 138. ve 153. maddeleri ile 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine açıkça aykırıdır. Her ne kadar bir kez uygulanmakla hükmünü icra eden kanunlara ilişkin iptal kararlarının geriye yürüyeceğine dair doktrinde görüşler varsa da,³⁵ uygulama bu yönde olmadığından, bu sorunun AYM kararı ile çözülmesi gerekmektedir. Çözüm çarelerinden ilk akla geleni, Mahkemenin bu gibi durumlarda içtihat yoluyla

35 E. TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, s. 263.

koruma tedbiri (kazai emir, “injonction”) oluşturabilmesidir.³⁶ Fonksiyon gaspı niteliğindeki anayasaya aykırılıklarda, AYM’nin iptal kararı vermek yerine, söz konusu düzenlemenin “yok hükmünde olduğunu saptaması” da bir başka çözüm yolu olabilir.

Kanımızca, AYM, inceleme konumuz olan bu davada, 6524 sayılı Kanunun tümüyle yokluğunun değilse bile, geçici 4. madde düzenlemesinin “yok hükmünde” olduğunu saptayabilirdi. Çünkü, yukarıda açıklandığı üzere, tali kurucu iktidarın dahi yetkili olmamasının yanında, kanunla görevlerine son verdiği kişilerin yargıya başvurma haklarını da ortadan kaldıran içeriğiyle geçici 4. madde düzenlemesi, Anayasanın 6. maddesindeki “hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz” amir hükmü karşısında, kanun koyucunun ağır bir yetki tecavüzü hatta yetki gaspı niteliğindedir. Mahkemeden, bu duruma kayıtsız kalmayan, kararlarını etkin kılma sorununu çözen bir içtihat oluşturması beklenirdi. AYM bunu yapmayarak, bu duruma ve kararlarının etkisiz kalmasına seyirci kaldığı gibi, ileride benzer tasarruflar yapmak isteyen kanun koyucuyu da cesaretlendirmiştir.

SONUÇ

Yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatının kurumsal güvencesi olan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK), oluşturulduğu 1982 Anayasasıyla birlikte sorunlu olarak doğmuştur. İşlevleri gereği bağımsız ve tarafsız olması gereken hakimlerle, yine işlevleri gereği bu konumda olmayan savcıların özlük haklarının aynı kurumsal yapılanma içinde düzenlenmesi, daha baştan isabetli olmayan bir tercih olmuştur. Yedi üyeli bu yapılanmada, Adalet Bakanının Kurul Başkanı, Adalet Bakanlığı Müsteşarının doğal üye olması, bu Kurulun yürütmeden bağımsızlığını hep gölgeleyen, yine daha baştan yapılan bir başka isabetsiz yapılanma tercihidir.

Dönemin iktidar partisi olan AKP tarafından yapılan 2010 Anayasa değişikliğiyle, Kurulun üye sayısı 22’ye çıkarılmış, ancak Adalet Bakanının Kurul Başkanı, Adalet Bakanlığı Müsteşarının Kurulun doğal üyesi olması değiştirilmemiştir. Bu yeni yapılanmada, Kurulda yüksek yargı yerleri dışındaki hakim ve savcıların da temsili yoluyla Kurulun meşruiyetini güçlendirmek, Genel Kurul ve Daireler şeklinde çalışarak Başkanın yetkilerini azaltmak gibi nispi iyileştirmeler yapılmışsa da, Adalet Bakanı ve müsteşarın Kuruldaki varlıklarını sürdürmeleri nedeniyle, yürütmenin Kurul üzerindeki gölge-

³⁶ E. TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, s. 270.

si kalkmamıştır. Bu yeni yapılanma AYM'nin önüne getirildiğinde, Mahkeme, yeni yapılanma ve işleyişteki nispi iyileştirmeye vurgu yaparak, Avrupa normlarına pek de uymayan ve karşılaştırmalı hukukta da emsali olmayan Adalet Bakanının Başkan, müsteşarın doğal üye olduğu bu yapılanmayı, bu tür kurulların yapılanmaları ve işleyişlerinde temel ölçü olan “mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı” esasına ve bu esası olmazsa olmaz kabul eden “kuvvetler ayrılığı” ve “hukuk devleti” ilkelerine aykırı bulmayarak, yürütmenin Kurul üzerindeki gölgesinin sürmesine seyirci kalmıştır.

17 Aralık 2013'te, önce aralarında bazı bakanların bulunduğu, giderek Başbakana da yönelen yolsuzluk iddia ve soruşturmaları sürecinde, HSYK'ya müdahale yine iktidar partisi AKP'den, ama bu kez kanunla gelmiştir. 2014'te 6524 sayılı Kanunla yapılan bu değişiklikle, önceki düzenlemede Genel Kurul ve Dairelere ait bazı yetkilerin Başkana kaydırılması suretiyle, Kurulda Başkanın yetkileri artırılıp otoritesi güçlendirilmiş ve Kurulun mevcut idari yapılanması ile personeli tasfiye edilmiştir. Böylece, 2010 Anayasa değişikliğiyle Kurulun bağımsızlığı yönünde yapılan nispi iyileştirme, 6524 sayılı Kanunla geri alınmak suretiyle, yürütmenin HSYK üzerindeki gölgesi iyice koyulaşmıştır. Bu Kanun AYM önüne getirildiğinde ise Mahkeme, aralarında Kurulun mevcut idari yapılanması ve personelinin tasfiyesine ilişkin geçici 4. madde düzenlemesinin de bulunduğu birçoğunu iptal etmekle birlikte, iptal kararlarının geriye yürümemesi nedeniyle, bir kez uygulanmakla hükmünü icra eden geçici 4. madde düzenlemesi bakımından etkili olamamıştır. Böylece, AYM, yürütmenin HSYK üzerindeki konjonktüre göre koyulaşan gölgesini sürdürmesine de seyirci kalmıştır. Bütün bu süreçlerden, Kurulda Adalet Bakanı Başkan ve Müsteşar da doğal üye olarak varlıklarını korudukları sürece, yürütmenin HSYK ve onun aracılığıyla yargı üzerindeki gölgesinin gitmeyeceği sonucu çıkmaktadır.

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki kez yayınlanır.
2. Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Yazı, dergisu@gmail.com adresine Word formatında gönderilmelidir. Gönderilen metin, yazarın kimliğini belirleyecek herhangi bir ifade içermemelidir. Yazar, gönderdiği e-posta içinde, adını-soyadını, akademik unvanını, çalıştığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir.
4. Metin Türkçe veya yabancı dilde olabilir. İngilizce, Fransızca, Almanca ve İtalyanca dışındaki yabancı dil eserlerinin kabulü Yayın Kurulu kararına bağlıdır. Her yazı, en az 100 en fazla 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce kısa özet (*abstract*), her iki dilde başlık ve beşer anahtar kelime içermelidir. Her eserin sonunda aşağıda belirtilen kurallara uygun kaynakça yer almalı, kullanılan kaynaklar dipnotta veya metin içinde kısa olarak yer almalıdır.
5. Metin, 12 punto boyutunda Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle yazılır. Dipnotlar ise, 10 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakterinde, dik ve normal harflerle yazılır. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar tırnak içinde ve italik karakter kullanılarak belirtilir. Koyu (bold) harfler başlıklarda, yatık (italik) yazı yabancı dildeki deyim ve özel isimlerde, alıntılarda kullanılır. Virgöl, nokta ve öteki noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır.
6. Yayın Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, açıkça yayım ilkelerine uyulmadığı saptanan yazılar hakeme gönderilmeden önce gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara iade edilir.
7. Yayın Kurulu tarafından uygun bulunan yazılar kör hakemlik usulüne uygun olarak en az bir hakemin incelemesine sunulur. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan derhal haberdar edilir. Düzeltme talep edilmesi halinde gerekli düzeltmeler yapıldıktan sonra, yazı bir kez daha hakem incelemesinden geçirilir.
8. Yayın Kurulu, yazının birden çok hakem tarafından ayrı ayrı incelenmesine karar verebilir.
9. Dergide, hakem denetiminden geçen yazılar dışında, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, çeviri türünde yazılara da yer verilebilir. Bu nitelikteki yazıların kabul edilmesi Yayın Kurulu'nun yetkisindedir. Hangi yazıların hakem incelemesinden geçmediği dergi içinde açıkça belirtilir.
10. Yayınlanmak üzere kabul edilen yazıların basılı-elektronik tüm yayın hakları Galatasaray Üniversitesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.