

**Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
2007/2**

Hakemli Dergi

Galatasaray Üniversitesi Yayını No : 61
Galatasaray Hukuk Fakültesi Yayını No : 41

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Hakemli Dergidir.

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

YAYIN KURULU

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

Prof. Dr. Ercüment ERDEM

Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

Doç. Dr. Emre ÖKTEM (Başkan)

Araş. Gör. Dr. S. Anlam ALTAY

Araş. Gör. Burak D. ÇELİK

Araş. Gör. Bleda R. KURTDARCAN

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısı Ekim 2009'da yayınlanmıştır.

ISSN : 1303-6556

Dizgi/Mizanpaj : Beta Yayınları

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

Çiftehavuzlar Cd. Maltepe Mh. Prestij İş Merkezi

No: 27/806 K:9 Zeytinburnu/İSTANBUL

Tel.: 0212/565 01 22 - 0212/565 02 55

Kapak Tasarımı: Gülgonca ÇARPIK

Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş.

Himaye-i Etfal Sokak Talas Han No: 13-15 Cağaloğlu-İSTANBUL

Tel: (0 212) 511 54 32 - **Fax:** (0 212) 511 36 50

e-mail: betakitap@betakitap.com www.betakitap.com

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

Çırağan Caddesi, No. 36, Ortaköy 80840 İSTANBUL

İÇİNDEKİLER

MAKALELER KAMU HUKUKU

- Prof. Dr. Cemal Bali Akal [Traduit par Marie-Hélène Sauner]5-24**
La naissance de la Pensée moderne: L'age d'or Espagnol
- Doç. Dr. Melike Batur Yamaner – Ar. Gör. Birden Güngören25-46**
Spinoza'dan Mill'e, Mill'den AIHM'ne İfade Özgürlüğü
- Yrd. Doç. Dr. Vesile Sonay Evik47-74**
İrtikap Suçu
- Yrd. Doç. Dr. Cihan Osmanağaoğlu75-130**
Klasik Dönemi Bağlamında Osmanlı Devleti'nin Örfi Hukukuna İlişkin Genel Bir Değerlendirme
- Yrd. Doç. Dr. Şule Özsoy131-161**
Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçilmesinin Türkiye'nin Hükümet Sistemine Olası Etkileri
- Yrd. Doç. Dr. Eric Sales163-183**
La laïcité dans la jurisprudence de la CEDH
- Dr. Bahadır Apaydın185-196**
Tarih ve Hukuk Bağlamında İmparatorluklar Başkenti İstanbul
- Serçin Kutucu197-233**
Türk Vatandaşları Avrupa Birliği'ne Vizesiz Girebilir mi?

VI

Yrd. Doç. Dr. Oya Dağlar235-257

Balkan Savaşları'nda İnsancıl Hukuk İhlallerine İki Örnek Olay:
Alman Kızılhaç Ekiplerinin Karşılaştıkları Engeller ve Mısır Kızılay
Vapuruna El Konması

ÖZEL HUKUK

Doç. Dr. Hatice Özdemir Kocasakal261-325

Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması Hakkında
BM Konvansiyonu

MAKALELER

KAMU HUKUKU

LA NAISSANCE DE LA PENSÉE MODERNE “L'Age d'Or Espagnol”

Prof. Dr. Cemal Bâli Akal*

Traduit par Marie-Hélène Sauner

Dans *Triumph und Tragik des Erasmus von Rotterdam*, Stefan Zweig écrit: “Quelque temps avant qu’Erasmus ne meure en léguant aux générations futures la plus noble des missions: réaliser la concorde européenne, paraît à Florence un des livres les plus importants et les plus hardis de l’histoire, le Prince de Nicolas Machiavel. Dans ce traité d’une précision mathématique où est prônée la politique de la force et de la réussite, se trouve formulée, comme dans un catéchisme, la contrepartie des principes erasmien. Tandis qu’Erasmus demande aux princes et aux peuples de subordonner leurs intérêts personnels, égoïstes et impérialistes à ceux de la grande famille humaine, Machiavel fait du désir qu’ont les princes et les nations d’accroître leur puissance, le but suprême et unique de leurs pensées et de leurs actes”¹.

Erasmus et Machiavelli. Ces deux noms sont les représentants de deux courants opposés apparus à la naissance de la pensée moderne. Au début du XVI^e siècle, pendant que l’erasmisme développait la pensée universaliste fondée sur un concept d’homme abstrait, Machiavelli élaborait une théorie du pouvoir local fondée sur les rapports concrets de puissance. Depuis, ceux qui préfèrent le bien commun de l’humanité aux intérêts nationaux se déclarent ouvertement erasmistes, tandis que les autres, ceux qui priment la logique d’Etat, tout en suivant la pensée de Machiavelli, se gardent bien de se nommer machiavélistes. Le nouveau monde est partagé entre deux penchants qu’il a lui-même engendré. La guerre acharnée commencée entre les universalistes et les nationalistes, s’est poursuivie par les victoires successives des derniers.

* Professeur de droit public à l’Université Bilgi

¹ Zweig Stefan *Erasmus Grandeur et décadence d’une idée*. Paris. Grasset 1951, p. 162.

Parmi les historiens de la pensée politique, ceux qui étudient les penseurs en une série chronologique, ne s'attardent pas longtemps sur Erasmus. Erasmus est un penseur qui, loin de donner à l'histoire de la pensée une théorie générale, représente plutôt un point de vue ou une forme de vie. Bien que les erasmistes, en général, s'entendent sur une foi en la valeur abstraite de l'homme et en un idéal pacifiste de l'Europe chrétienne, au-delà, l'erasmisme apparaît dans différentes théories, travaux des penseurs se référant à Erasmus.

Quant à Machiavelli, personne ne peut se passer de lui. Il est l'un des noms mythiques, toujours actuel, de l'histoire de la pensée. Même ceux qui n'ont jamais lu le florentin, connaissent bien le machiavélisme. Or Machiavelli, est moins théoricien qu'Erasmus. Même si on avance qu'il est le fondateur de la science politique, de la sociologie et d'un concept moderne de l'histoire, une raison très nette empêche la pensée machiavéliste d'être une théorie: L'absence de tout système, de toute règle dans sa pensée. La règle chez lui c'est la négation systématique de la règle; ce qui rend d'ailleurs facile sa lecture... Machiavelli propose au *principe*, à celui qui exerce le pouvoir, de ne respecter aucun principe. C'est sans aucun doute une prise de position nouvelle et choquante par rapport à la pensée scolastique; mais rien de plus... Machiavelli brise le lien de légitimité de la pensée politique du Moyen Age qui renvoie l'exécutif à Dieu. Il abolit le principe scolastique qui légitime le gouvernant et devient ainsi l'homme du nouveau monde anti-féodal; mais comme Don Quijote, une part de lui reste au Moyen Age, vu son incapacité à créer un autre rapport de légitimité se succédant à l'ancien. Machiavelli n'arrivera pas à penser une liaison du pouvoir politique différente, à remplacer le principe qui disparaît par un nouveau principe, le mythe qui disparaît par un nouveau mythe reliant, le roi d'abord et l'Etat ensuite, à la nation. Il dira à celui qui exerce le pouvoir, "l'ancienne règle ne t'engage plus", mais comme il ne pourra établir une autre règle qui l'engage, il laissera le puissant entièrement libre, sans limites. Cela met à nu la face choquante d'une pensée machiavéliste sans principes; choquante, mais peu convaincante... En fait, malgré l'abondante littérature machiavéliste, l'idée d'un prince sans principes, n'est qu'une utopie assez simpliste. A part celui qui règne dans le monde de Machiavelli, aucun gouvernant ne peut agir aussi librement. Le prince de Machiavelli n'est qu'un Caligula; le héros de Camus, un nihiliste refusant tout pouvoir politique. Il sera renversé... Aussi despote qu'il soit, un prince sain d'esprit, ne répondra jamais comme Machiavelli, à la fameuse question: De quel droit gouvernes-tu? Du plus ancien au plus récent, tout gouvernant ou tout groupe de gouvernants, pour répondre à cette question cruciale, doit se baser sur un mythe de légitimité.

Machiavelli se tient là où s'effondre le mythe à fondement divin du Moyen Age, et non là où s'élève la pensée moderne et le nouveau mythe à fondement de l'Etat-Nation. En raison de ce désavantage, le florentin, mis à part dans son discours qu'on ira manipuler pour des objectifs spéculatifs, ne parle pas beaucoup. La pensée de Machiavelli aussi, n'est qu'un point de vue et de ce point de vue, elle ne peut jamais donner naissance à une théorie.

Or, dans les études sur les penseurs du XVI^e siècle, Machiavelli prendra sans faute sa place comme précurseur de la pensée moderne. Le florentin, dont la prise de position est importante parce qu'intermédiaire entre la pensée moderne et la pensée scolastique, mais aussi pour ce que cette position l'a empêché de penser et dire, est pourtant connu comme instigateur d'un processus au sein duquel se sont élaborés les concepts modernes. La plupart des historiens, établissant une chaîne intellectuelle allant de Machiavelli à Bodin et de Bodin à Hobbes, passent de la rédaction du *Prince* en 1513 à celle des *Six livres de la république* en 1576 puis à celle du *Leviathan* en 1651, pour définir ledit processus conceptuel. Un chemin empli de difficultés... Il n'y a rien chez Machiavelli -indifférent à tout ce qui se rapporte à la légitimité- qui peut rendre intelligible Bodin et Hobbes, constructeurs d'une théorie moderne de légitimité. D'autre part, essayer d'expliquer la formation des concepts juridico-politiques modernes, par des écarts intellectuels, en sautant de 1513 à 1576 puis à 1651, n'est pas une méthode très cohérente. Ainsi, ce qui a déjà été dit devient la parole de celui qui en vérité ne fait que la répéter et on suppose que la pensée peut être créée ainsi à partir du néant, alors que personne ne peut la penser comme ça. Essayer de résumer une époque en se référant à quelques penseurs, acceptés généralement comme étant les plus importants, peut dissimuler l'aventure très instructive de la pensée et pousser le lecteur à se contenter de bribes de savoir. Machiavelli, Bodin et Hobbes, malgré leur génie, ne peuvent être pensés, hors de l'entourage conceptuel qui les a formés et des autres penseurs qui les entouraient. Du moins, un regard général à la pensée anglaise, française et italienne du XVI^e et XVII^e siècles, peut s'avérer plus réaliste, que de comparer uniquement entre eux des travaux se rapportant à la pensée de Machiavelli, de Bodin, de Hobbes... Et de tels travaux, il y en a eu suffisamment.

Par contre, on voit peu de travaux, qui dans ledit processus intellectuel s'intéressent à une puissance importante de l'Europe et du monde du XVI^e et XVII^e siècles: L'Espagne. Peut-on penser que la péninsule ibérique, pendant l'époque où s'élabore la pensée moderne, n'a pas daigné penser? Naturellement, cette proposition est contraire au bon sens, mais peut-on

avancer que l'on ne trouve pas dans ce monde culturel inconnu, des travaux susceptibles d'influencer ou même de devancer les travaux connus au-delà des Pyrénées?

La réalité est différente et cette indifférence pour la pensée espagnole est sans fondements. Pendant que Machiavelli envoyait à son prince des recettes banales de gouvernement, qu'aucun prince en vérité ne prendra au sérieux, deux penseurs espagnols, Juan de Palacios Rubios et Matías de Paz élaboraient une thorie juridique pour résoudre les problèmes créés par la conquête du Nouveau Monde. Cinq ans avant la publication du *Prince* (1532), Francisco de Vitoria, se fondant sur le droit de communication ou la liberté de commerce, faisait des cours qui vont donner une théorie de droit international moderne et original. Le même Vitoria, à la même époque, presque cinquante ans avant la publication du livre de Bodin, présentait une théorie de la souveraineté à laquelle manquait seulement le principe de continuité... Tandis que Machiavelli, pensait à un prince, qui par des moyens amoraux essayait de vaincre ses ennemis à l'intérieur et à l'extérieur, Vitoria, par sa théorie de guerre juste, limitant les actions arbitraires des princes, devenait le précurseur des conventions modernes, définissant les droits des guerriers.. Les disciples de Vitoria aussi, Domingo de Soto en 1532 et Alonso de la Veracruz en 1536, ont contribué à cette pensée.

Au moment où Machiavelli conseillait au prince de faire ce qu'il voulait, ces espagnols, dans un contexte moderne du mouvement pour les droits humains ayant débuté avec Antonio de Montesinos en 1511, puis qui s'est poursuivi avec Pedro de Córdoba, Bartolomé de las Casas ou Vasco de Quiroga..., menaçaient leur prince en disant, "gardez-vous de nuire aux droits naturels des hommes"... Avec d'autres, comme Antonio de Torquemada, Antonio de Guevara, Antonio de León Pinelo ils élaborèrent en même temps, un concept de "bon sauvage", qui de Montaigne à Rousseau..., influencera énormément la pensée occidentale. Ces mêmes années, des espagnols comme Diego Durán, Bernardino de Sahagún, José de Acosta, fondaient une discipline très moderne qui attendra le XIXe siècle pour être respectée comme elle le méritait: L'anthropologie. Entretemps, le livre écrit par El Inca Garcilaso de la Vega sur les Incas et publié au début du XVIIe siècle prendra place parmi les livres qui vont influencer énormément la pensée de la Révolution et le socialisme utopique des années à venir.

Le contemporain d'Erasmus et Machiavelli, Juan Luis Vives, aux alentours de 1520, se distinguait déjà en tant que représentant de la pensée erasmiste toujours en quête de paix, et en même temps, dans un contexte paupériste,

développait une idée moderne de responsabilité sociale pour l'Etat. Dans ce même domaine de justice sociale, des précurseurs comme Juan de Robles, Alfonso de Castrillo, Pedro de Valencia sont apparus très tôt, pour défendre un concept d'Etat socialisant fondé sur un principe d'égalité et sur la nécessité d'une réforme agraire. Machiavelli, en 1513, proposait à son prince de "faire tout pour être riche et puissant" et Castrillo en 1521 appelait l'Etat moderne à résoudre ce problème: "La différence sociale entre les riches et les pauvres est incompatible avec l'égalité naturelle des hommes". Très tôt, d'autres erasmistes comme Juan de Valdés, Alfonso de Valdés, Fernán Pérez de Oliva, ont essayé de développer des concepts modernes comme la *pacification* en Europe et la *dignité humaine*. Un autre disciple, Andrés Laguna, en 1543, proposait déjà la solution moderne sur l'unité européenne, celle que défendra au XXe siècle José Ortega y Gasset. Des penseurs pessimistes, sceptiques ou empiristes comme Juan Huarte de San Juan, Gómez Pereira, Francisco Sánchez el Escéptico, Francisco Sánchez el Brocense, Benito Arias Montano, Pedro Simón Abril, Luis de León, Hieronimo de Merola... se sont distingués d'une part comme précurseurs de Descartes, et ont d'autre part élaboré, contre la conscience scolastique, un nouveau projet proétatique de santé et d'éducation fondé sur l'utilisation de la langue populaire. A un moment où des penseurs du XXe siècle se demandent "si chez Machiavelli il y a ou non une théorie d'économie politique?", on ignore toujours les théoriciens modernes comme Martín de Azpilcueta, Tomás de Mercado qui, aux alentours de 1650, fondaient une pensée adéquate à la nouvelle éthique commerciale.

Un nom assez connu cette fois, le théoricien du droit international Fernando Vázquez de Menchaca, qui a d'ailleurs beaucoup influencé Grotius, tout en développant la théorie vitorienne, la fondait aussi sur un volontarisme poussé, pour montrer la voie à suivre aux penseurs de l'Etat moderne. Quant à Luis de Molina, en quête d'un objectif nationaliste identique, et en tant qu'autre théoricien positiviste de droit international, il annonçait le principe de souveraineté moderne. Après lui, Juan de Mariana, renforçant cette approche positiviste par des éléments contractuels, préparait aussi la pensée moderne de Francisco Suárez...

Suárez qui a débuté dans la vie académique presque au moment où le livre de Bodin était terminé, est le penseur qui a perfectionné la définition de la souveraineté par une théorie du contrat social sans faille. Tout ce que Hobbes, admis généralement comme le théoricien de l'Etat moderne, a proposé dans son *Leviathan* trente quatre ans après la mort de Suárez, existait déjà dans l'oeuvre du penseur espagnol: Le contrat social; une

approche extrêmement volontariste transformant la parole du souverain à la loi; l'indépendance des Etats sur le plan international; etc... Mais si ce Suárez, parmi les penseurs oubliés du Siècle d'Or jouit toujours d'une certaine renommée, c'est uniquement comme théoricien du droit international. Or, l'originalité du penseur vient paradoxalement de son positivisme qui le distingue de Vitoria, le vrai créateur de la théorie du droit international moderne. Suárez était celui qui -bien avant Hobbes, et d'une manière que Bodin n'aurait jamais réussi à utiliser avec autant de succès- avait brisé le lien entre le droit naturel et le droit positif, pour pouvoir penser à fond l'Etat moderne.

Pendant la première moitié du XVIIe siècle, des pessimistes comme Francisco de Quevedo, Diego de Saavedra Fajardo, Baltasar Gracián, ont après Suárez, exprimé leur incertitude et un certain manque de sécurité, annonçant la fin de l'Age d'Or, dans les conditions nouvelles du siècle. Ils ont démontré d'une façon tragique que l'illumination espagnole, après avoir fondé les théories du droit international, des droits humains et de l'Etat-nation, après avoir offert à la pensée occidentale les doctrines qui vont nourrir Grotius, Puffendorf, Descartes, Rousseau, Leibniz, Spinoza, Kant, Schopenhauer, Nietzsche..., était désormais condamnée à l'oubli et à la solitude.

Tout cela pour insister sur le rôle très important de l'Age d'Or Espagnol dans l'histoire de la pensée... Mais peut-on poser des limites précises à l'évolution de la pensée? Qu'est-ce qu'un Age d'Or ? Quand commence-t-il, quand se termine-t-il? Est-il plus raisonnable d'appeler cette époque le Siècle d'Or (*El Siglo de Oro*), au lieu de l'Age d'Or (*La Edad de Oro*) et de se contenter de citer uniquement les penseurs du XVIe comme étant les seuls représentants de l'époque? Ou faut-il en élargir les limites? Séparer un processus intellectuel, le supposant plus important, par rapport à ce qui le précède et ce qui le suit, n'est-ce pas une attitude assez arbitraire? Cette époque ne doit-elle pas beaucoup au VIIe siècle d'Isidoro de Sevilla? De Vitoria à Suárez, l'Age d'Or Espagnol qui a entièrement renouvelé le thomisme à fondement aristotélicien, n'a-t-il pas profité de l'héritage laissé par Ibn Rochd, le commentateur d'Aristote, par Maimonides ou par les autres, bref par l'Age d'Or Andalou du XIIe siècle. Et peut-on avancer que les siècles succédant à l'Age d'Or, ne sont que des siècles de décadence intellectuelle où une pensée originale disparaît sans laisser de trace? Ou, au contraire, n'aperçoit-on pas dans l'histoire générale de la pensée Espagnole une certaine empreinte de l'Age d'Or? Miguel de Unamuno ou José Ortega y Gasset ou d'autres penseurs modernes, ne sont-ils pas toujours des disciples de Vitoria, de

Suárez, de Vives, de Cervantes, de Lope de Vega...? Ces questions mises à part, on a généralement tendance à limiter l'Age d'Or en fixant une durée qui s'écoule entre le début du XVIe et la fin de la première moitié du XVIIe: Environ 150 ans...

En fait, on peut donner des dates choisies assez objectivement pour limiter cette période: 1492-1651. Pas besoin de s'attarder sur 1492. En 1492, l'Espagne met fin à la présence maghrébine sur la péninsule (*la reconquista*) et découvre l'Amérique (*la conquista*). C'est pour le royaume, le choix d'un nouveau destin. Avec *la conquista* et *la reconquista*, il y aura un profond changement politique, économique, social... qui va directement influencer la pensée du XVIe et XVIIe siècles. Quant à 1651, c'est la date de la publication du *Leviathan* de Hobbes. Entre Hobbes qui, dans l'histoire des idées politiques occupe une place à part comme théoricien de l'Etat moderne, et Suárez, il y a une similitude intellectuelle qu'on ne peut négliger. L'antagonisme moderne entre l'erasmisme et le machiavélisme, entre l'universalisme et le nationalisme, apparaît d'abord dans la pensée de l'Age d'Or. La tendance qui s'oppose à l'universalisme au nom de l'intérêt national, trouvera sa forme la plus achevée dans la pensée positiviste de Suárez. Le *Leviathan* de Hobbes ne fera que renouveler ladite pensée, en éliminant bien sûr le style baroque de Suárez. D'autre part, la publication en 1651 d'un autre livre, le premier tome de *El Criticón* de Baltasar Gracián est un fait digne d'intérêt. Gracián, dans ce livre, à la manière de Hobbes, à la même date, et sous l'influence des conditions modernes, restant fidèle à la formule célèbre *homo homini lupus*, rendra hommage à son contemporain anglais.

La naissance de la pensée moderne peut-être analysée en trois parties:

Dans une première partie on peut examiner l'approche des penseurs de l'Age d'Or qui ont réussi à "penser le droit international" moderne. Ce sera l'universaliste Vitoria qui, en tant que théoricien du droit international moderne, va dominer largement ce domaine. Ses disciples comme Soto, Veracruz, Vázquez de Menchaca, Suárez n'auront que des rôles secondaires à côté de lui. Pourtant ces deux derniers penseurs sont unanimement acceptés comme les deux théoriciens importants du droit international moderne. Mais, Vázquez de Menchaca et Suárez sont en même temps les représentants d'une pensée nationaliste tout à fait opposée à l'universalisme Vitorien. Donc, il sera plus logique de les étudier dans le contexte positif de l'Etat-nation, excepté certaines de leurs approches universalistes à propos des droits des indiens.

Le titre d'un deuxième domaine d'études sur la pensée de l'Age d'Or, peut-être: "Penser les droits humains". Ici le penseur sans doute le plus important sera Bartolomé de Las Casas. Bien sûr, sa lutte pour les droits des indiens était une lutte aussi bien pratique que théorique... Quant aux espagnols comme Pedro de Córdoba, Toribio de Benavente Motolinía..., leur attitude pro-indiens ne dépasse pas beaucoup le cadre d'un combat pratique pour les droits humains. S'ajoutent à ces efforts, avec les premières approches anthropologiques de l'histoire, les travaux de certains espagnols qui essaieront de connaître les indiens et sauver leur culture. En somme, tout effort pour tolérer l'Autre et défendre des structures socio-culturelles différentes, n'est qu'un soutien pour les tenants des droits humains qui combattent toutes sortes de haine politique, religieuse ou ethnique...

Enfin, la pensée de l'Age d'Or est aussi une pensée de l'Etat. Dans un processus qui commence par Vives et se termine par Suárez, les éléments qui permettront de penser l'Etat, s'ajoutant l'un à l'autre, constitueront la théorie moderne juridico-politique en Espagne. Les penseurs de l'Age d'Or ont projeté un type de pouvoir, garant de la justice sociale, fixant une politique populaire déterminant tout ce qui se rapporte à la santé, à l'éducation, etc., interventionniste en économie, jaloux de sa fonction juridique, puisant sa légitimité du consentement de ses sujets, entièrement indépendant sur le plan international..., bref une puissance politique qui n'est autre que l'Etat moderne ou l'Etat-nation. Et cette institution mènera une politique de stabilité, de sécurité et d'unité nationales, selon une approche historique évolutionniste, unilinéaire et intelligible, comme l'ont proposé les historiens de l'Age d'Or, Sebastián Fox Morcillo, Juan Pablo Mártir Rizo, Baltasar Alamos de Barrientos... Et pendant que le regard universaliste respecte les différences, la logique de l'Un sera en quête d'une égalité similatrice.

Dans le contexte de la distinction universalisme/raison d'Etat, la théorie du droit international s'identifiera à l'universalisme, même si un Vitoria ou un de ses disciples, peut se ranger parmi les nationalistes, par l'une de leurs approches, tandis que des positivistes comme Suárez ou Vázquez de Menchaca, avec certaines tendances proindiennes, peuvent être considérés comme universalistes... Quant au mouvement pour les droits humains, la distinction est encore moins nette. Par exemple, la politique de Las Casas se transformera en une sorte de nationalisme indien radical. D'autre part, comme on peut le constater en étudiant la pensée d'un Quiroga ou d'un Mendieta qui isolent les indiens pour les secourir, d'un Acosta ou d'un Garcilaso de la Vega qui louent les entités politiques indépendantes, le souci pro-indien s'identifiera à l'autonomisation des sociétés indiennes en corpus

politiques libres. C'est la voie que, dans les conditions spéciales de l'époque, choisiront inévitablement les théoriciens, assimilant la lutte pour les droits humains à la lutte contre la colonisation des populations vaincues. Quant aux universalistes, à cause des mêmes conditions, ils apparaîtront comme partisans du colonialisme contre l'indépendance des nations indiennes. Or, cet antagonisme entre les universalistes et les défenseurs des droits humains n'est pas décisif. Vitoria, peut parfois se distinguer comme théoricien des droits humains, tandis que Montesinos devient universaliste en s'écriant: "Les indiens ne sont-ils pas aussi des hommes!"

L'Age d'Or est marqué par ces renversements théoriques de l'universalisme et du nationalisme; démontrant que les changements décisifs des conditions transforment entièrement les rôles déterminés par les tendances citées ci-dessus...

.....

Machiavelli et Don Quichote... L'illustre italien de l'histoire de la pensée et le héros espagnol de l'histoire de la littérature; le penseur et le chevalier... Ils ont partagé le même destin et la même solitude... Tous les deux ont tourné le dos au Moyen Age, mais n'ont pas pu ouvrir la porte du nouveau monde.

Au début du XVIIe siècle, en face du nouvel ordre du monde, le dilemme, d'où les penseurs espagnols n'ont pas pu sortir, est défini dans *Don Quijote* de Miguel de Cervantes Saavedra. Cervantes, grâce à son héros immortel, expose dans ce livre le problème intellectuel le plus important de l'Age d'Or: La difficulté pour l'homme du nouveau monde, qui n'a pas encore pu se dégager de l'influence du Moyen Age, d'accepter les nouvelles valeurs, à cette époque où la pensée moderne est en train de naître. Cet homme ou Don Quijote, qu'il le veuille ou non, serait à la fois moderne et ancien. Don Quijote est un sage étonnant quand il interprète la réalité de l'époque. Mais quand il se révolte contre cette réalité, il terrifie tout le monde, parce que sa folie est sans limites. Don Quijote est un schizophrène: Il accepte parfois le monde dans lequel il vit, et parfois, à cause d'une nostalgie folle du passé, essaie de le détruire en vain. Au lieu de vivre d'une manière monotone, mais calme dans son petit monde, il s'exalte en lisant des romans de chevalier, pour tenter de retourner à un âge qui n'est plus le sien.

Cervantes qui est profondément influencé par la pensée erasmiste, comme la plupart des intellectuels de l'Age d'Or, a modelé la moitié logique de son héros par cette pensée nouvelle. Une approche libertaire et égalitaire se référant à

une idée abstraite de l'homme, une aversion pour les religieux et pour l'éducation scolastique sont les deux penchants essentiels de la pensée moderne. Don Quijote, en déclarant "qu'il lui semble étrange et cruel de faire esclaves ceux que Dieu et nature ont créés libres"² expose l'essence de la première approche. Il dira à Sancho Panza: "La liberté Sancho, est un des dons les plus excellents que les cieux aient faits aux hommes. Les trésors que la terre enferme et que la mer couvre ne s'y peuvent comparer. Pour la liberté, autant que pour l'honneur, on peut et l'on doit exposer sa vie; au contraire, la servitude est le plus grand malheur qui nous puisse jamais survenir"³. Une conception moderne d'égalité qui détruit la hiérarchie du Moyen Age accompagnera cette passion de liberté. C'est Sancho Panza encore qui prend la leçon: "Pareille chose arrive en la comédie de ce monde: les uns y font les empereurs, d'autres les papes, et finalement on y voit autant de personnages qu'on en saurait introduire en une comédie. Mais quand la fin arrive, qui est lorsqu'on achève de vivre. La mort ôte tous les accoutrements qui rendaient les uns différents des autres, et tous demeurent égaux au sépulcre"⁴.

Cervantes a su universaliser cette foi en la liberté et l'égalité de l'homme avec plus de cohérence que d'autres intellectuels de l'Age d'Or, pour lesquels on ne pouvait attribuer de valeur à l'homme que dans un monde chrétien. Cet écrivain qui, en 1571, pendant la guerre maritime de Lepante contre les turcs, a perdu sa main gauche, qui, entre 1575 et 1580, a été prisonnier à Alger, s'est montré assez objectif vis à vis des turcs et des maghrebins, sans se laisser emporter par la paranoïa qui a influencé plusieurs penseurs de l'Age d'Or. Peut-être, la vie de détenu lui a donné l'occasion de connaître directement l'Autre et a été très instructive pour un esprit ouvert aux problèmes de la condition humaine. Cervantes saura chercher un minimum de penchant humain chez tous les hommes, quelque soit leur foi. Dans *El Cautivo de Don Quijote I - 39*, le héros qu'on peut facilement identifier avec Cervantes, prouve que les ennemis aussi respectent des valeurs communes, affirmant que le sultan usait "de la sagacité qu'ont tous ceux de sa maison"⁵..., qu'un général turc punissait les traîtres citant un proverbe castillan, "la trahison plaît, mais (..) le traître fait horreur"⁶..., que les turcs

² Cervantes Saavedra Miguel de. *L'Ingénieux hidalgo Don Quichotte de la Manche*. Paris. Gallimard 1949, p. 193.

³ *Ibid.*, p. 937.

⁴ *Ibid.*, p. 599.

⁵ *Ibid.*, p. 386.

⁶ *Ibid.*, p. 388.

mêmes reconnaissent la cruauté de son maître “parce qu’il était de sa nature homicide et ennemi du genre humain”⁷... Don Quijote, lui aussi, dans le tome II-6, sera assez courageux pour admettre que “les Ottomans sont montés où nous les voyons maintenant”⁸... Quant aux maghrebins, l’approche de Cervantes pour ceux-ci, malgré l’influence de la pensée chrétienne classique opposée à tout ce qui est maghrebin, est encore plus tolérante. Cervantes, en quête d’une identification culturelle espagnol-maghrebin, insistera pour faire accepter le fait que le vrai auteur de Don Quijote est un supposé philosophe et historien musulman, Cid Hamet Ben Engeli... Une autre preuve de cette identification culturelle apparaît lorsque l’on énumère les mots espagnols commençant par *al* : Tous ces mots sont étymologiquement des mots arabes... Dans le tome II-54, la rencontre de Sancho Panza avec son ancien ami maghrebin Ricote et le discours de Ricote sont très significatifs. Ici, Cervantes s’allie discrètement aux maghrebins qui ont dû quitter leur pays. Ricote dira: “L’édit que sa Majesté fit publier à son de trompe contre ceux de ma nation nous effraya et nous mit tous en alarme. Moi, du moins, j’en fus si épouvanté qu’il m’était avis que, même avant le terme qu’on nous prescrivait pour sortir d’Espagne, je sentais la rigueur de la peine exécutée sur ma personne et sur celle de mes enfants... ces édits n’étaient pas seulement des menaces qu’on nous faisait, ainsi que quelques-uns le disaient, mais bien des lois véritables que l’on devait mettre à exécution à époque fixée...”⁹. Les maghrebins ont été forcés à fuir. Mais leur départ n’a pas été facile, ni pour eux ni pour leurs voisins chrétiens: Les anciens amis s’embrasseront pour se dire adieu en pleurant. Et les exilés, n’arriveront pas à oublier leur ancien pays. La nostalgie est si forte, que plusieurs d’entre eux, parlant espagnol comme Ricote, tenteront de retourner en Espagne, laissant femmes et enfants en Afrique du Nord. Cervantes, en faisant parler Ricote, exposera la politique du roi contre les maghrebins et la haine de l’Autre: “... Comme il voit que tout le corps de notre nation est contaminé et pourri, il use à son égard plutôt du cautère qui brûle que de l’onguent qui dulcifie... il tient sans cesse ouverts (ses yeux d’Argus) afin qu’aucun des nôtres ne demeure ni se recèle, comme une racine cachée, qui par la suite des temps viendrait à se multiplier et à remplir de ses fruits vénéneux l’Espagne presque nette et hors de la crainte que notre multitude lui donnait.”¹⁰. Ce que Cervantes opposera à ce fanatisme aveugle,

7 *Ibid.*, p. 392.

8 *Ibid.*, p. 562.

9 *Ibid.*, p. 916.

10 *Ibid.*, p. 1001.

sera de nouveau exprimé par Ricote: “J’allai... en Allemagne; là il me sembla que l’on pourrait vivre avec toute liberté: Les habitants de ces contrées ne s’arrêtent pas à de petits détails, et chacun y vit comme bon le lui semble, parce qu’en la plupart des provinces d’Allemagne toute liberté de conscience est permise”¹¹. Avec ce Don Quijote, Cervantes, vu la valeur qu’il attribue à la tolérance, à la liberté et à l’égalité, est beaucoup plus nouveau et universel que la royauté moderne... Il est en quête des valeurs qui unissent les hommes malgré les frontières qui les séparent. Dans l’un des plus beaux passages de Don Quijote, un père maghrebin appellera sa fille, Zoraïde, qui s’est convertie pour fuir avec les chrétiens, par ces paroles touchantes: “Retourne, ma chère fille, reviens à terre; je te pardonne tout, baille cet argent à ces hommes, car il est déjà à eux, et revient consoler ton triste père, qui laissera la vie en ce sable désert, si tu l’abandonnes”¹² Les héros de Cervantes, avant d’être musulman ou chrétien, sont des hommes...

La catégorie sociale que Don Quijote ne peut supporter est le clergé. Mais à cause de sa nature schizophrénique, cette haine des religieux se manifeste de deux façons. Don Quijote ou Cervantes blâment les clercs, soit selon les valeurs de la noblesse, du Moyen Age, soit selon les valeurs du Nouvel Age. Don Quijote est un chevalier quand il s’écrie : “...Les armes des gens de robe sont les mêmes que celle de la femme, à savoir, la langue...”¹³. Ou bien il devient complètement fou: Il attaquera un groupe de moines transportant la statue de Sainte-Marie, pour sauver de la captivité *cette dame*. D’autre part, pour ce chevalier qui ne sait que guerroyer, si on compare le métier de soldat avec le métier de celui qui est dans les ordres, être religieux ne signifie pas grand chose. Cette critique archaïque du clergé, est toujours accompagnée des louanges de la chevalerie. Et dans le tome I-6, les romans du chevalier fou seront brûlés par un religieux, représentant du nouvel ordre. Il y a dans Don Quijote, un autre type d’attaque moderne qui vise l’hypocrisie et la cupidité des clercs. Don Quijote critiquera une Eglise désormais prisonnière des passions séculières. Selon un des héros du roman “le diable se tient derrière la croix”¹⁴. Ce métier qui exige des sacrifices, est devenu le métier des rapaces. Un proverbe espagnol résume cela en trois mots: “L’Eglise, la Mer, le Palais”. Ceux qui veulent être riches doivent trouver un poste au palais, faire du commerce ou devenir clercs. Même Sancho Panza qui rêve

¹¹ *Ibid.*, p. 1002.

¹² *Ibid.*, p. 415.

¹³ *Ibid.*, p. 752, 753.

¹⁴ *Ibid.*, p. 859.

d'être gouverneur ne pourra s'empêcher de dire, "et en ma qualité d'homme, je peux parvenir à être pape"¹⁵. Des hommes très ordinaires, qui ne pensent qu'à se délivrer du joug de la misère, peuvent envier le poste suprême de l'Eglise catholique... De plus, cette Eglise qui doit embrasser avec tendresse les croyants, assure leur formation grâce à des méthodes impitoyables: "Mais faire tant de cas de trois mille et trois cent coups de fouet, qu'il n'a si chétif enfant de la doctrine chrétienne, pour polisson qu'il soit, qui ne s'en fasse donner chaque mois autant..."¹⁶. Toutefois, Cervantes n'ira pas très loin dans ses critiques contre l'Eglise. La raison en est claire: L'auteur se verra obligé de se modérer dans les chapitres où il parle de l'Inquisition.

Un thème auquel Cervantes se réfère beaucoup, est le *Paradis Perdu*, l'autre Age d'Or et l'adoration de la nature. Don Quijote, dans le tome I-11, étonne par un discours digne des meilleurs théoriciens de l'état de nature, digne d'un Rousseau: "Heureux âge et siècles heureux, ceux à qui les anciens donnèrent le nom de dorés, non pas pour ce qu'en iceux l'or (qui en notre âge de fer s'estima tant) se gagnât sans aucune peine, mais d'autant qu'alors ceux qui vivaient ne savaient que c'était de ces deux paroles tien et mien. En ce saint âge toutes choses étaient communes; il n'était nécessaire à personne, pour gagner son ordinaire soutien, de prendre autre peine, sinon hausser la main et le prendre à ces robustes chênes, qui libéralement invitaient à cueillir de leur fruit doux et succulent... Tout était paix alors, tout amitié, tout concorde... La fraude, la tromperie ni la malice ne s'étaient point encore mêlées avec la vérité et la simplicité. La justice se contenait en ses propres limites sans que l'osassent troubler ni offenser les artifices de la faveur et de l'intérêt, qui à présent tant la méprisent, la troublent et persécutent. La loi du bon plaisir n'avait encore pris place en l'entendement du juge, parce qu'alors il n'y avait que juger, ni qui juger..."¹⁷. Une critique de la société présente suivra cet éloge de l'Age d'Or. Don Quijote, encore une fois donne des leçons à Sancho. "... Si la vérité parvenait toute nue aux oreilles des princes, sans les déguisements de la flatterie, d'autres siècles s'écouleraient, et d'autres âges seraient tenus pour plus de fer que le nôtre, lequel je veux considérer comme âge d'or"..."¹⁸. Cette louange de l'Age d'Or sera accompagnée d'une approche tolérante se basant sur une notion commune d'humanité, constituée par tous les hommes quelque soit leur foi. En cet Age

¹⁵ *Ibid.*, p. 470.

¹⁶ *Ibid.*, p. 784.

¹⁷ *Ibid.*, p. 91, 92.

¹⁸ *Ibid.*, p. 536, 537.

d'Or, dont parle Don Quijote avec nostalgie, il n'y avait pas de distinction entre chrétiens et musulmans, espagnols et maghrebins.

Mais ce Don Quijote aussi est un schizophrène. Penser l'Age d'Or dans le sens moderne, permettra la comparaison de l'ordre présent avec un idéal, pour exposer ensuite les vices de cet ordre qu'on doit éliminer. Mais il y a des passages dans le roman où la nostalgie de l'Age d'Or devient un prétexte pour le chevalier à la figure triste, louant en vérité les valeurs du Moyen Age. Ce Don Quijote est un chevalier "né, par la volonté du ciel, en ce présent âge de fer, afin d'y faire revivre celui d'or ou le doré..." (161,171). La recherche d'un Paradis Perdu ou cette adoration de la nature est en somme un désir de fuite du nouveau monde qui s'urbanise. Les beautés naturelles mêmes, devant lesquelles il s'exalte, sont celles d'un monde de rêves attendant le chevalier. "Là lui semble que le ciel est plus transparent et que le soleil y éclaire avec une lumière plus nouvelle..."¹⁹. Don Quijote, au moment où il rêve de devenir un berger dans une nouvelle Arcadie, allant par les montagnes et les forêts, "ici chantant, là gémissant, buvant le liquide cristal des fontaines..."²⁰, est en quête de l'ancienne société.

Mais Cervantes n'établira pas, dans Don Quijote, le rapport que les intellectuels de l'Age d'Or établissent entre le Paradis Perdu et le Nouveau Monde. Il est étonnant que cet écrivain de l'Age d'Or parle si peu de l'Amérique, dans un roman dépassant mille pages: Il sera question de México et du Pérou par exemple, en parlant de quelqu'un, pour dire qu'il est à México ou au Pérou, et pour comparer une forme de générosité avec les richesses des mines du Pérou²¹... On rencontre le mot Potosi, parce qu'on a vu un héros mythique un jour en France, et le lendemain à Potosi²²... Pour critiquer "une comédie qui commençait sa première journée en Europe, la seconde en Asie, et la troisième s'achevait en Afrique", Cervantes parlera de l'Amérique, pour dire "si elle eût été de quatre journées, la quatrième se fût achevée en Amérique"²³. On cite les Indes, pour indiquer uniquement "ceux qui s'embarquent à Cadix pour aller aux Indes Orientales"²⁴. Hernán Cortés apparaît une fois comme exemple, pour prouver qu'il est bon parfois de

19 *Ibid.*, p. 490.

20 *Ibid.*, p. 1009.

21 *Ibid.*, p. 424, 426, 1032.

22 *Ibid.*, p. 807.

23 *Ibid.*, p. 476.

24 *Ibid.*, p. 735.

percer ses propres navires²⁵. En somme, pas Cervantes peut-être, mais l'écrivain de Don Quijote ne s'intéresse pas du tout au Nouveau Monde.

De même, Don Quijote pense l'Etat de deux différentes façons. Dans le tome II-1, les amis du chevalier qui se demandent s'il est guéri ou non, croient être à côté d'un Don Quijote sage, au moment où ils parlent avec lui sur les raisons de l'existence d'un Etat. Ils s'entendent bien sur la nécessité d'un appareil qui corrige tel abus, en condamne un autre, réforme une coutume, en rejette une autre. Ils se voient comme des législateurs célèbres, des grands hommes d'Etat renouvelant "de telle sorte la république que l'on eût dit qu'ils l'avaient mise dans un feu de forge, et l'en avaient retirée tout autre qu'elle n'était auparavant. Or, notre Don Quijote parla si pertinemment en toutes les matières auxquelles on toucha que les deux examinateurs ne firent point de doute qu'il avait recouvré son bon sens et son parfait jugement"²⁶. Néanmoins, il est un peu ironique... Dans le tome I-22, en soulignant l'importance du métier d'entremetteur, il dira: "C'est un métier de gens d'esprit, et qui est très nécessaire en une république bien ordonnée, et ne se devrait exercer que par des personnes bien nées. Même il y devrait avoir des contrôleurs et examinateurs comme il y en a des autres métiers, et en nombre fixe et limité, ainsi que des courtiers de banque, et par ce moyen on éviterait tout plein de maux..."²⁷. Dans ce contexte toujours, le Don Quijote du nouveau monde cherche le gouvernant vertueux dans les nouvelles conditions où la noblesse a perdu toute valeur. Il donne sur ce sujet des leçons interminables à Sancho Panza. Pour gouverner, il n'est pas nécessaire d'être noble; pour ceux qui procèdent d'une basse extraction, l'important est d'être doux, humble, vertueux et ne pas être vicieux, vaniteux. En cette époque où l'argent est plus important que le savoir, le gouvernant doit montrer assez de sagacité pour ne pas agir cupidement²⁸. Mais un discours contradictoire suivra ces sages conseils. Le chevalier se transformera soudain en homme du Moyen Age, prenant les armes, pour être "le premier qui en notre siècle et en ces temps si calamiteux se mit au travail et exercice des armes errantes, et à celui de défaire les torts, secourir les veuves, défendre les damoiselles"²⁹. Le métier de chevalier le dotera des valeurs d'un âge passé. Après avoir été chevalier errant, il fera preuve des vertus que ses

²⁵ *Ibid.*, p. 577.

²⁶ *Ibid.*, p. 524.

²⁷ *Ibid.*, p. 188.

²⁸ *Ibid.*, p. 825

²⁹ *Ibid.*, p. 80.

contemporains ne possèdent pas: Il sera "... Vaillant, affable, libéral, civil et bien élevé, généreux, courtois, hardi, doux, patient, supportant les travaux, les prisons et les enchantements"³⁰. Même Sancho Panza, sur ce point, suivra son maître, pour se charger de défendre les droits des paysans et de garantir les privilèges des nobles, sur l'île où il est gouverneur³¹. Et Cervantes s'empresera d'ajouter: "Heureux et fortunés furent les temps auxquels le très hardi chevalier Don Quijote de la Mancha vint au monde. C'est parce qu'il forma une aussi honorable résolution que de ressusciter et rendre au monde cet ordre de chevalerie errante presque déjà perdu et quasi du tout mort et aboli, que nous jouissons à présent, en un siècle comme le nôtre privé de joyeux entretiens..."³². Don Quijote le fou, pense désormais la politique, selon la mentalité féodale, tout à fait opposée à l'Etat moderne. Là, la folie atteindra son apogée. Maintenant, l'ennemi du chevalier à la figure triste est la puissance absolue de la royauté moderne. Quand il voit les galériens, il refusera la justice du roi, pour la remplacer avec la justice personnelle du noble: "En quelque façon que ce soit, ces gens-ci, encore qu'on les mène, vont par force et non de leur bon gré... voici l'occasion d'exercer mon office: résister à la force et secourir les misérables"³³. Ce noble tardif, au nom des valeurs féodales, résistera à l'Etat moderne pour libérer les galériens. Et non seulement les galériens, mais les lions aussi profitent de sa colère féodale. En bravant la puissance royale, il osera faire ouvrir les cages et faire sortir les lions qu'on a envoyés au roi³⁴. Don Quijote, est maintenant un hors la loi qui défie le pouvoir juridique du roi, pour prononcer son propre jugement, celui du chevalier: "Les chevaliers errants sont exempts de toute justice et tribunal et que leur roi est leur épée, leurs droits leur courage et leurs ordonnances leur seule volonté... Quel chevalier errant a jamais payé taille, gabelle, droit de noce de la reine, monnaie foraine, port, péage ni passage?... Quel chapelain l'a oncques reçu en son château qui lui ait fait payer son écot? Quel roi ne l'a point fait asseoir à sa table?". L'ordre que Don Quijote cherche désespérément est celui dans lequel les pouvoirs sont divisés et partagés, dans lequel les roitelets doivent respecter les nobles qui sont presque leurs égaux. Et l'idée de la guerre juste de cet ordre est très différente de celle de la royauté moderne. Les chevaliers qui sont des guerriers semi-indépendants, dans un contexte de logique de duel, font leur

³⁰ *Ibid.*, p. 492.

³¹ *Ibid.*, p. 874.

³² *Ibid.*, p. 258.

³³ *Ibid.*, p. 258

³⁴ *Ibid.*, p. 636.

guerre personnelle et prouvent leur droit et leur puissance de manière autonomes pour venger tout outrage. Pour eux, l'arme est supérieure à la loi et la guerre dont le but est d'établir la paix ou la justice, est incomparablement plus importante que les efforts du législateur. Cette forme archaïque de guerre est la guerre de la noblesse d'épée qui refuse la technologie moderne. Le chevalier à la figure triste est le représentant parfait de la mentalité féodale: "Bénis soient ces siècles heureux qui n'ont point connu l'épouvantable furie de ces instruments endiablés de l'artillerie, à l'inventeur de laquelle je tiens, pour moi, que l'enfer donne la récompense de son invention diabolique, de l'artillerie par lequel un bras infâme et couard peut ôter la vie à un vaillant chevalier, et, sans savoir comment ni par où, au beau milieu de la fureur qui enflamme et excite les coeurs vaillants, il vient une balle à la débandade (peut-être lâchée par quelque fuyard épouventé de la lueur qu'en a rendue le feu à la détonation de la maudite machine), laquelle balle tranche et achève en un instant les pensées et la vie de celui qui méritait d'en jouir de longs siècles"³⁵...

Cette éthique chevaleresque est naturellement opposée à l'éthique marchande. Dans le nouveau monde, l'idée de la justice ancienne s'est effondrée. L'ordre juridique et administratif féodal ne conviendra plus à la nouvelle catégorie sociale modelée par les exigences de son métier. Les marchands, selon leurs besoins, exigeront des réglementations juridiques modernes et refuseront les méthodes judiciaires destinées à établir la justice féodale. Le duel admis comme preuve juridique par exemple, est l'une de ces méthodes: La méthode par laquelle, dans l'ordre déterminé une fois et pour toujours, la justice divine désigne le coupable... Le marchand, s'opposant à l'ancien système juridique, exige un ordre et une justice séculaires... Pour Don Quijote qui hait tout ce qui est séculaire, cela est inadmissible. Les marchands aussi attirent cette colère contre le nouvel ordre, qui anime le chevalier. Mais finalement, celui qui sera battu, est le chevalier à la figure triste, condamné pour toujours à perdre³⁶.

Le symbole le plus significatif de cette opposition à l'ordre présent est le combat que livre Don Quijote contre les moulins. Même si on interprète généralement comme un signe ordinaire de la folie le thème du chevalier vaincu se battant contre les moulins à vent, il ne faut pas perdre de vue que dans ce thème, un majestueux bon sens Quijotien, identifie la haine du

³⁵ *Ibid.*, p. 380.

³⁶ *Ibid.*, p. 55.

Nouvel Age avec celle des moulins. Le chevalier n'est pas si fou qu'on le croit, au moment où il attaque les moulins, symboles du nouveau monde. Don Quijote qui, comme dans un duel, éperonne Rosinante, se lance en avant pour attaquer les moulins à vent, n'attaque en vérité que le monde moderne. Ce monde qui lui a brûlé les romans de chevalier, lui a converti en moulins à vent les géants, le réduira totalement. Don Quijote qui rencontre les moulins trois fois, se défendra en disant à Sancho Panza étonné, "Suis-je obligé par hasard étant chevalier comme je suis, à connaître et distinguer les sons, et savoir ceux qui sont de maillets de foulerie ou non"³⁷, révélant qu'un moulin peut-être complètement nouveau et bizarre pour un chevalier. En vérité, ce qui est tellement nouveau et bizarre pour lui, c'est le monde moderne et les valeurs dans lesquelles il vit.

Et quand Don Quijote de la Mancha, perd la bataille qu'il a livrée pour attraper le passé et devient de nouveau l'ordinaire Alonso Quixano du nouvel âge, il tombe malade de chagrin et ferme les yeux pour ne plus voir un monde qu'il n'a pu aimer, sans écouter Sancho qui le supplie en pleurant: " Ah! monsieur, ne mourez point, mais suivez mon conseil et vivez beaucoup d'années. La plus grande folie que puisse faire un homme en ce monde, c'est de se laisser mourir sans plus ni moins, et sans qu'aucun le tue, ni qu'autres mains l'achèvent que celles de la mélancolie. Je vous en prie encore un coup, ne faites point le paresseux, levez-vous de ce lit, et allons aux champs vêtus en bergers, ainsi que nous l'avions résolu. Peut-être trouverons-nous derrière quelque buisson madame Dulcinea désenchantée, de sorte qu'il n'y aura rien plus à imaginer"³⁸. Mourir comme un Sage, après avoir vécu comme un Fou... Comme un sage qui, faisant la guerre à un monde désapprouvé et la perdant, refuse de capituler, pour choisir la mort silencieuse...

Selon l'auteur de *Mosche Cocchiere*, Giosue Carducci, "Même l'Espagne, qui n'a joué aucun rôle important dans le monde de la pensée, a un Cervantes"... Miguel de Unamuno s'oppose à ce jugement dans *Del sentimiento trágico de la vida*: Ce phénomène littéraire est-il un phénomène isolé, sans racine, sans passé, sans fondement?... En fait, effacer d'un coup, les conditions qui ont créé Cervantes et Don Quijote, est soit une injustice, soit un aveuglement. Avec des préjugés de cette sorte, l'Europe, négligera longtemps un pays situé au-delà des Pyrénées. Or, c'est ce pays qui, au risque de détruire une identité

³⁷ *Ibid.*, p. 171.

³⁸ *Ibid.*, p. 1049, 1050.

originale, s'est épuisé dans une première guerre civile entre les chrétiens et les musulmans, pour donner son identité occidentale à l'Europe. C'est l'Espagne encore qui a découvert le Nouveau Monde, mais sans pouvoir profiter de sa conquête, le céda à l'avidité du colonialisme moderne. L'Espagne qui, selon Unamuno, est le pays le plus blâmé par l'histoire occidentale à cause de son rôle prépondérant dans le mouvement contre-réformiste, est en même temps un pays auquel cette histoire doit beaucoup; bien sûr dans un sens négatif!... Quant aux dettes dans le sens positif, ce sont les dettes de la pensée occidentale envers les penseurs de l'Age d'Or. Ceux-ci, en élaborant au XVIe et au XVIIe siècles les théories du droit international, des droits humains et de l'Etat, ont préparé le domaine conceptuel sur lequel on a bâti la pensée moderne. Vouloir l'oublier, c'est faire preuve de mauvaise volonté. Mais l'oubli a aussi créé une lacune empêchant la connaissance de soi et de l'Autre. L'histoire de la pensée occidentale s'est enfermée dans son discours pendant des siècles. Or elle pouvait aussi donner l'importance qu'il méritait à l'Age d'Or Espagnol d'abord, et ensuite au passé multiculturel Espagnol des siècles IX-XII qui ont préparé cet Age d'Or; pour regarder le monde différemment³⁹...

Mais l'Espagne aussi s'est obstinée à rester là où l'Europe voulait la laisser. Une attitude et une position politiques qui, selon Unamuno, constituait en un "Quijotisme comme religion nationale", l'ont poussée à préférer cet isolement. Une philosophie Quijotiste, composée à la fois des éléments modernes et des éléments scolastiques, avait profondément modelé la pensée Espagnole, des conquistadores aux mystiques, des contre-réformistes, aux intellectuels...: Pendant cette guerre entre le monde interprété par la raison et le monde désiré par la foi, on a élaboré une philosophie comme "science de la tragédie de la vie"... On a créé la philosophie de ceux qui refusaient de se soumettre au nouveau monde. Comme on l'aperçoit chez Quevedo, Saavedra Fajardo, Gracián..., le Quijotisme ou l'esprit Espagnol du XVIe et XVIIe siècles repoussait la science, la culture, la logique, l'éthique... qu'il a mis lui-même au monde, par des traits matériels et spirituels hérités du Moyen Age. Cet esprit a jeté Don Quijote à la personnalité double, au sein du combat désespéré entre la Renaissance et le Moyen Age. Et ce qui a laissé l'Espagne, tant au niveau économique, qu'au niveau culturel, à mi-chemin entre le monde moderne et le monde scolastique, en l'empêchant de jouer un quelconque rôle dans le monde occidental (pour Unamuno, l'originalité de l'Espagne viendrait de là), ce fut son incapacité à résoudre ledit combat. Le

³⁹ Unamuno Miguel de. *Yaşamın trajik duygusu*. İstanbul. İnkılap 1986, p. 287, 289.

départ des musulmans et des juifs exilés, le triomphe de Carlos V sur *los comuneros*, en empêchant le développement probable d'une bourgeoisie Espagnole, ont renforcé un nouveau féodalisme, malgré les intentions modernes des Rois Catholiques. Quant aux richesses qui arrivèrent du Nouveau Monde, comme elles n'ont pas pu être capitalisées, investies par un quelconque groupe national, elles ont renforcé l'ancienne hégémonie. Ainsi, l'Espagne du XVII^e siècle, faute d'adaptation au capitalisme, et cédant les biens coloniaux aux autres puissances européennes, s'isola du monde moderne et se caractérisa par la continuité de sa structure féodale, en tant que monde *del paisano y del hidalgo*, de Sancho Panza et de Don Quijote... Et il était impossible de vaincre un ennemi moderne par les armes archaïques du Moyen Age. Unamuno précise que le chevalier n'a pas osé donner un deuxième coup de visière à son casque; il pressentait que dans ces nouvelles conditions, il ne pouvait faire revivre l'ère des chevaliers errants; il avait choisi de poursuivre la guerre en *desperado*, de s'anéantir dans le désespoir, au lieu d'agir conventionnellement, en se soumettant; il avait essayé de vaincre le monde moderne au risque de se ridiculiser; il avait attaqué un âge totalisant, scientifique et triomphant, au nom du Moyen Age dualiste, paradoxal et vaincu⁴⁰...

Cette attitude Quijotiste explique assez bien la position dans laquelle se trouvaient l'Espagne et la pensée Espagnole à la fin de l'Age d'Or... S'enfermer dans le mutisme, après avoir fondé le monde et la pensée modernes... Rester à mi-chemin entre l'autre monde, principe de la pensée scolastique, et ce monde, assise de la pensée moderne... Etre incapable de retourner au Moyen Age, impuissant devant le Nouvel Age... Refuser les deux à la fois, en essayant de les accepter tous les deux... Unamuno, pour définir la guerre folle du chevalier à la figure triste, dira: Envoyé dans l'autre monde, il essaiera de sauver les âmes qui sont en enfer; devenu roi dans ce monde, il s'exilera dans la montagne, fuyant la foule⁴¹...

Etre condamné à la solitude et aimer cette solitude...

Trad. Marie-Hélène Sauner

⁴⁰ *Ibid.*, p. 290, 296, 297, 303-308.

⁴¹ *Ibid.*, p. 310, 312.

SPİNOZA'DAN MİLL'E, MİLL'DEN AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ:

*Doç. Dr. Melike Batur Yamaner**
*Ar. Gör. Birden Güngören***

GİRİŞ

İkinci Dünya Savaşı sonrasında oluşturulan insan hakları denetim mekanizmaları içerisinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) pek çok açıdan öne çıktığını söylemek yanlış olmaz. Sadece İnsan Hakları Komitesi gibi evrensel bir denetim mekanizması ile değil aynı zamanda diğer bölgesel denetim mekanizmaları ile de karşılaştırıldığında AİHM'nin insan haklarının korunması alanında çok daha etkili bir rolü olduğunu görmek mümkündür. Mahkeme Sözleşmede koruma altına alınan diğer hak ve özgürlükler gibi, ifade özgürlüğü konusunda da geniş bir içtihadı sahiptir.

Mahkemenin içtihat ve kriterlerini yüzyıllar boyunca yapılmış bir özgürlük mücadelesinin ürünü olarak görmek gerekir. Spinoza ve Mill, ifade özgürlüğü konusunda mücadele veren en önemli düşünürler arasında sayılmaktadırlar. İfade özgürlüğü konusunda Spinoza bazı düşünürler tarafından ilk liberal demokrat olarak görülmekte ve daha sonra Locke, Montesquieu, Kant, Tocqueville ve Mill'in izleyeceği siyasi geleneğin oluşturulmasını sağladığı ileri sürülmektedir.¹ Ancak Mill'in *On Liberty*'de Spinoza'nın argümanlarını

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

¹ Julie E. Cooper, *Freedom of Speech and Philosophical Citizenship in Spinoza's Theologico-Political Treatise, Law, Culture and Humanities*, 2006, p.991-92

geliştirdiğini söylemek ifade özgürlüğünü farklı temellere dayandırmalarını görmezlikten gelmek olacaktır.² Spinoza ve Mill, farklı felsefi temellerinin yanında farklı bir dönemin ürünü olan eserler kaleme almışlardır. Ancak her iki düşünür de ifade özgürlüğünün mümkün olduğu kadar serbest bırakılması için argümanlar geliştirmiş ve böylelikle ifade özgürlüğünün felsefi temellerinin oluşmasında önemli katkıda bulunmuşlardır.

Bu çalışmanın konusu, ifade özgürlüğü alanında öne çıkmış bu iki önemli düşünürün görüşlerinin günümüzde insan hakları alanında çok önemli bir yer işgal eden AIHM'nin Sözleşmenin 10. maddesine ilişkin kararlarında ortaya koyduğu genel ilkelerle karşılaştırmaktır.

Benedictus Spinoza:

Spinoza, felsefe tarihinin tanıdığı ilk sistemli demokrasi ve düşünce özgürlüğü savunucusu olarak bilinir.³ Spinoza'nın *Tractatus Theologico-Politicus*'ü (TTP) belki de batı siyaset teorisinde ifade özgürlüğünü politikanın amacı olarak öneren ilk eserdir.⁴ Spinoza'nın eserlerinin ve Locke'un *Epistola de tolerantia*'sının, Amerikan Anayasasının temellerinin oluşmasına önemli katkıda bulunduğu söylenmektedir.⁵ Kurucuların özellikle tolerans konusundaki fikirlerinin Spinoza'nınkilerle paralellik gösterdiği belirtilmektedir.⁶

Düşünce ve ifade özgürlüğü Spinoza tarafından *libertas philosophandi* olarak tanımlanır ve bunun gerçekleştirilmesi onun başlıca hedefidir.⁷ Devletin amacı bireylerin özgürlüğünü ve güvenliğini sağlamaktır. Bu bakımdan Spinoza'da devlet, bireyin özgürlüğü üzerine temellendirilecektir.⁸ Spinoza, 1632'de Portekiz kökenli Musevi bir ailenin çocuğu olarak dünyaya gelir.⁹ İspanya'nın 1580'de Portekiz'i kendisine bağlamasından sonra *converso*'lardan yani zorla

² Ibid., p.96

³ Tülin Bumin, *Tartışılan Modernlik, Descartes ve Spinoza*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1996, p.69

⁴ Steven B. Smith, *Spinoza, Liberalism and the Jewish Identity*, Yale University, 1997, p.162

⁵ Rebecca Goldstein, *Betraying Spinoza. The Renegade Jew Who Gave Us Modernity*, Schocken, 2006, p.260

⁶ loc.cit.

⁷ Jonathan I. Israel, *Radical Enlightenment, Philosophy and the Making of Modernity*, Oxford University Press, 2001, p.265

⁸ Wolfgang Bartuschat, *Freiheit als Ziel des Staates*, Bibliopolis, Napoli, 1992, p.124

⁹ Wolfgang Bartuschad, *Baruch de Spinoza*, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1996, p.11

Hıristiyanlaştırılanlardan arınma politikası buraya da bulaşmış ve önemli bir Musevi topluluğu Birleşik Eyaletlere göç etmiştir.¹⁰ Portekiz ve İspanya'dan gelerek Amsterdam'a sığınanlar arasında Spinoza'nın anne ve babası da vardır.¹¹ Spinoza bir yandan Amsterdam'ın özgürlükçü ortamından beslenmektedir, diğer yandan ise Musevi cemaatinin baskısı altındadır.¹² Spinoza okulda Talmud'u ve İbranice'yi öğrenir ve daha erken yaşlarda Kutsal Yazılara ilişkin eleştirel bir tutum aldığı söylenmektedir.¹³ Henüz on beş yaşına gelmeden hocalarının cevaplamakta zorluk çektiği sorular sormaya başlamıştır.¹⁴ Spinoza, Moses Maimonides, Levi Ben Gerson, Chasdai Chrescas, Leon Ebreo gibi düşünürlerin fikirlerinden etkilenerek kendisine yeni bir yol aramaya başlar. O dönemin felsefe ve bilimiyle on sekiz yaşında Franz van den Enden'den Latince öğrendikten sonra tanışır. Bruno, Descartes ve Hobbes, Latince öğrendikten sonra incelediği düşünürlerdir. Spinoza, Yahudi cemaatinden Museviliği ve Kutsal Kitabı eleştiren ifadeleri nedeniyle bir herem ile kovulur. Oysaki bu dönemde henüz hiçbir şey yazmamıştır.¹⁵ Bu olayın Spinoza'nın ifade özgürlüğüne karşı hassasiyetini geliştirdiği açıktır. Spinoza'nın, arkadaşı ve koruyucusu olan De Witt kardeşlerin linç edilerek öldürülmesi üzerine üzerinde *Ultimi Barbarorum* yazılı bir bildiriyle olay yerine gitmeye kalkıştığı ancak bu eyleme dönüştürmek istediği ifadenin, evinde oturduğu Van der Spyck tarafından önlendiği söylenmektedir.¹⁶ Spinoza'nın ifade özgürlüğünü ya da özgürce felsefe yapma özgürlüğünü her pahasına koruduğunun bir diğer göstergesi de Heidelberg Üniversitesinde eğitim vermesi konusunda kendisine yapılan teklifi orada özgürce ifadelerini açıklayamayacağı endişesiyle reddetmesidir.¹⁷ Spinoza'nın yaşamında ifade özgürlüğünün yerine kısaca değindikten sonra ifade özgürlüğünü nasıl temellendirdiğini ve koruduğunu inceleyeceğiz.

Spinoza, ifade özgürlüğünü, irade özgürlüğüne değil de zorunluluğa yani insan doğasına dayandırır.¹⁸ Eğer aynı kavramlara farklı anlamlar yüklüyor-

¹⁰ Cemal Bâli Akal, Spinoza Döneminde Birleşik Eyaletler, Humanite, İstanbul, sayı: 5, 2004, p.98

¹¹ Moris Fransez, Spinoza'nın Tao'su, Akıllı İnançtan İnançlı Akla, İstanbul, 2004, p. 39

¹² Cemal Bâli Akal, Varolma Direnci ve Özerklik: Bir Hak Kuramı için Spinoza'yla, Dost Yayınları, 2004, p.25

¹³ Wolfgang Röd, Benedictus de Spinoza, Eine Einführung, Reclam, Stuttgart, 2002, p.32

¹⁴ Ibid., p.33

¹⁵ Varolma Direnci ve Özerklik, p.27

¹⁶ Steven Nadler, Spinoza A Life, Cambridge University Press, 1999, p.306

¹⁷ Ibid., p.312

¹⁸ Spinoza'nın insan doğası ve özgürlük-zorunluluk ilişkisini ele aldığı temel eseri *Etika*'dır. Spinoza'nın burada ele aldığı özgürlük anlayışı ve politik özgürlük arasında da paralellik-

sak ve dillerimize hakim olamıyorsak nasıl sözcüklerimizden sorumlu tutulabiliriz ki? Spinoza *Tractatus de Intellectus Emendatione*'de sözcüklerin, hayal gücü gibi büyük yanılgılara neden olduğunu söyler.¹⁹ Bu nedenle Spinoza, görüş farklılıklarını anlamada kavramların her zaman mutlak doğru olmadığının görülmesi gerektiğini söylemektedir.²⁰

Spinoza, ifade özgürlüğünü ayrıntılı olarak *Tractatus Theologico-Politicus*'un 20. bölümünde ele alır. Spinoza bu bölüme, insanların zihinlerine olduğu gibi dillerine hakim olmak kolay olsaydı o zaman güvenlik içinde yaşamak kolay olurdu ve hiçbir zorlamaya gerek kalmazdı diyerek başlar.²¹ İnsanların ortak kusuru gizlilik gerektiğinde bile, düşündüklerini başkalarına açmaktır.²² Eğer kimse yargıda bulunma ve düşünme özgürlüğünden vazgeçemezse o zaman devletin de bunu sınırlandırma çabası, sonuçsuz bir çaba olacaktır. Çünkü bir halkın en akıllıları bile susmasını bilmez. Spinoza, kimse düşünme ve yargılama özgürlüğünden vazgeçemeyeceğine göre, kimsenin egemen gücün buyruklarına göre düşünmeye zorlanamayacağı sonucuna varır. “Herkesin düşündüğünü söyleme ve öğretme özgürlüğünü elinden alan siyasi bütün, en şiddetli siyasi bütündür. Buna karşılık, ılımlı bir siyasi bütün, her insana söz konusu özgürlüğün tanındığı siyasi bütün olacaktır.”²³ Spinoza egemenin kendisi gibi düşünmeyi düşman olarak görmeye hakkı olduğunu söyleyecektir. Ancak tam da bu noktada Spinoza egemenin neye hakkı olduğunu değil, neyin onun için faydalı olduğunu önemli olduğunu vurgulayacaktır. Spinoza, egemen için de ifade özgürlüğünün faydalı olduğunu göstermeye çalışarak ifade özgürlüğünü garanti altına almaya çalışacaktır.

ler kurulabilirse de bu tür bir tartışma bizi kolaylıkla konumuz dışına sürükleyebileceği için kendimizi Spinoza'nın ifade özgürlüğü üzerine söyledikleri ile sınırlandırmayı tercih ettik. Etik ve politik özgürlük ilişkisi için bkz. Manfred Walther, Politische und ethische Freiheit oder Spinozas Dialektik der Freiheit, Ethik, Recht und Politik bei Spinoza: 2001: 89-103; Daniela Remus, Zur Aktualität des Konzepts von Individualität und Intersubjektivität in Spinozas ethischer Theorie, Freiheit und Notwendigkeit, Ethische und politische Aspekte bei Spinoza und in der Geschichte des (Anti-) Spinozismus, Königshausen & Neumann, Würzburg 1994: 47-52.

19 Baruch, Spinoza, Abhandlung über die Verbesserung des Verstandes, Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1993, p.81

20 Baruch, Spinoza, Briefwechsel, Hrsg. Manfred Walther, Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1986, p.232

21 Baruch Spinoza, Theologisch-politischer Tractat, Felix-Meiner Verlag, Hamburg, 2006, p.299

22 Benedictus Spinoza, Teolojik-Politik İnceleme, Dost Kitapevi Yayınları, Ankara, 2008, p.285

23 Ibid., p.285

Spinoza, TTP'nin girişinde, “özgür bir devlet için birinin özgür yargısını önyargıların boyunduruğu altına almak ya da herhangi bir biçimde baskıya uğratılması, ortak özgürlüğe bütünüyle aykırıdır” demektedir.²⁴ Siyasi bütünün yasası yalnızca eylemleri kovuşturulmalı ve sözleri asla cezalandırmalıdır.²⁵ İfade özgürlüğü böylelikle Spinoza'da toplumu sağlamlaştıran bir kurum olarak da görülebilir.²⁶

Spinoza, TTP'nin 20. bölümünün girişinde “kimse bir başkasına tabii hakkını yani her konuda özgürce akıl yürütme ve özgürce yargıda bulunma yetkisini devredemez. Kimse böyle bir devre zorlanamaz da...”²⁷ demektedir. Spinoza'ya göre, korkutarak yönetmek değil, bunun yerine insanları korkudan kurtarmak, yani insanların kendilerine ve başkalarına zarar vermeden, olabildiğince güvenlik içinde ve tabii hakları ile uyumlu bir şekilde yaşamalarını sağlamak gerekir.²⁸ Devletin amacı insanları akıllı varlıklardan hayvanlara ya da otomatlara dönüştürmek değildir. Aksine onların korkusuzca kendini gerçekleştirebilmesini sağlamaktır. Bu nedenle devletin amacı gerçekte özgürlüktür.²⁹

İnsan doğası gereği ifade özgürlüğü bastırıldığında onu daha fazla talep edecektir. Bunu yapanlar da ikiyüzlüler, dalkavuklar değil erdemli ve özgür düşünen insanlar olacaktır.³⁰ Spinoza'ya göre insanlar öyle yaratılmışlardır ki kendilerinin doğru bulduğu görüşlerin suç olarak kabul edilmesini ya da inandıkları bir şeyin kötü bir eylem olarak görülmesini kabullenemezler. O zaman yasalardan tiksindir ve ilgililere karşı her şeyi yapmayı kendilerine hak bilirler ve bunu kızılacak bir şey olarak değil, erdemli bir tavır olarak görürler.³¹ Genelde ifade özgürlüğüne ilişkin yasalar kötülerini değil dürüst insanları zor durumda bırakır.³² Spinoza'ya göre bu tür yasaların gereksiz olduğu açıktır. Çünkü bu yasalarca yasaklananların doğruluğuna inanmayan kimseler bu yasalara uyamayacaktır, yasaklananın doğruluğuna ina-

24 Ibid., p.46

25 loc.cit.

26 Manfred Walther, Grundzüge der politischen Philosophie Spinozas, Ethik in geometrischer Ordnung dargestellt, hg. v. Michael Hampe u. Robert Schnepf unter Mitw. v. Ursula Renz, Akademie Verlag, Berlin, 2006, p.234

27 Teolojik-Politik İnceleme, p.283

28 Ibid., p.285

29 loc.cit.

30 Ibid., p.288

31 loc.cit

32 Ibid., p.288

nanlarsa bu yasaları ayrıcalık olarak görecektir ve hükümet sonradan istese de bu yasaları kaldıramayacaktır.³³

Spinoza böyle yararsız yasalar koymak yerine halkın kızgınlığını ve öfkelerini dizginlemek daha iyi olmaz mı diye sorar. Çünkü Spinoza'ya göre, bu tür yasalar sadece erdem ve gelenekleri seven insanlara zarar verecektir ve dürüst insanlara tahammül edemeyen bir devletin oluşumu söz konusu olacaktır.³⁴ Ona göre her şeyi yasayla düzenlemeye çalışan kusurları düzeltmekten çok onların çoğalmasına neden olacaktır.³⁵ Spinoza'ya göre insanların bir suç yüzünden değil de sadece özgür ruhlu oldukları için düşman ilan edilmeleri ve ölüme gönderilmelerinden daha kötü bir şey olamaz. Kendisinin dürüst olduğunu bilen kişi, suçlunun korktuğu gibi ölümden ya da bir cezadan korkmaz. İyi bir dava uğruna ölmenin ceza değil onur sayılacağını, özgürlük uğruna ölmenin şerefli bir ölüm olduğunu düşünür.³⁶ Bu nedenle devlette ikiyüzlülüğe değil, sadakate önem verilmelidir ve ifade özgürlüğü zorunlu olarak korunmalıdır.³⁷

Spinoza'ya göre ifade özgürlüğü sanat ve bilimlerin gelişmesi için de kaçınılmazdır.³⁸ Bunu sağlayacak olan ve insan doğasına en uygun rejim de demokrasidir. Çünkü demokrasilerde herkes ortak karara göre hareket etmek zorunda olsa da buna uygun düşünmek ya da yargıda bulunmak zorunda değildir.³⁹ İnsanlara ifade özgürlüğü ne denli az tanınırsa tabii halden o kadar uzaklaşılır ve yönetim de o denli baskıcı olur.⁴⁰

İnsanların özgürlüğü baskı altına alınır ve en yüksek gücün izni olmadan hareket edemez hale gelseler bile hiçbir zaman onun istediği gibi düşünmeyeceklerdir. Bunun sonucu insanların sürekli düşündüklerinden farklı konuşmalarına sebep olur. Spinoza'ya göre insanların farklı düşüncelere rağmen birbirleriyle uyum içinde yaşayacak şekilde yönetilmeleri gerekir.⁴¹ Spinoza bu çerçevede Amsterdam şehrini örnek olarak gösterir, bu şehirde her tür ulus ve dinden insan bir araya gelmiştir. Yurttaşların dini ve mezhebi

33 loc.cit.

34 Ibid., p.289

35 Ibid., p.287

36 Ibid., p.289

37 loc.cit

38 Ibid., p.288

39 Ibid., p.307

40 loc.cit.

41 loc.cit.

önemli sayılmaz, çünkü bunun yargıçlar önünde bir davanın kazanılmasında veya kaybedilmesinde hiçbir etkisi olmaz.⁴² Bir tarikatten nefret edilse dahi onun takipçileri kimseye zarar vermedikleri sürece kamusal otorite ve ilgililer tarafından korunurlar.⁴³

Spinoza düşünce özgürlüğü hakkındaki düşüncelerini şöyle özetler;

1. İnsanları düşündüklerini söyleme özgürlüğünden yoksun bırakmak imkansızdır.
2. Bu özgürlük egemen gücün hak ve otoritesine zarar vermeksizin herkese tanınabilir, yeter ki önceden varolmayan bir hakkı ortaya çıkaracak ya da varolan bir yasaya aykırı hareket edilecek şekilde davranmasın.
3. Herkes bu özgürlükten kamu barışına zarar vermeden yararlanabilir ve bundan kolayca önüne geçilemeyecek hiçbir sakınca doğmaz.
4. Her insan bu özgürlüğe, dine bağlılığı da tehlikeye atmadan sahip olabilir.
5. Spekülatif konulara ilişkin yasalar bütünüyle yararsızdırlar.
6. Özgürlüğün, kamu barışına, egemen gücün haklarına bir zarar vermeksizin tanınması bütün bunların korunması için gereklidir.⁴⁴

Spinoza'ya göre bireyin ifadesi örneğin bir yasanın kaldırılması gibi bir eylem içeriyorsa bunun için öncelikle yasal yolları tüketmelidir. Buna göre: "Örneğin, biri herhangi bir yasanın sağlıklı akla aykırı olduğunu gösterirken ve bu nedenle onun kaldırılması için konuşurken düşüncesini aynı zamanda en üstün gücün yargısına sunarsa (yasalar koymak ve kaldırmak yalnızca üstün gücün işidir) ve bu arada sözkonusu yasanın buyurduğu hiçbir şeye de aykırı davranmazsa, en iyi yurttaşlardan biri olarak, devletin övgüsünü hak etmiştir."⁴⁵

Spinoza hangi ifadelerin kışkırtıcı olduğuna örnek verecektir. Sözleşmeyi ortadan kaldıracak düşüncelerin tehlikeli olduğunu söyledikten sonra örnekleri sıralar. Üstün gücün kendi hakkına dayanmadığı, verilen sözlerin tutulmaması gerektiği, herkesin kendi yargısına göre yaşaması gerektiği gibi düşünceler antlaşmaya aykırı düşüncelerdir.⁴⁶ Böyle düşünen bir insan tehli-

42 Ibid., p.290

43 Ioc.cit.

44 Ibid., p.291

45 Ibid., p.286

46 Ibid., p.287

kelidir, inandıkları yüzünden değil bu düşüncenin içerdiği eylem nedeniyle, çünkü böyle düşündüğü anda üstün güce verdiği sözden dönmüş olur.⁴⁷ Spinoza'da böylelikle ifade özgürlüğünün sınırının ifadenin içerdiği eylemle belirlendiğini görüyoruz. Spinoza'nın ifade özgürlüğüne ilişkin kriterlerini, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHM) bazı kararları ışığında daha ayrıntılı olarak irdeleyeceğiz. Ancak AİHM kararlarına geçmeden önce Mill'in ifade özgürlüğü konusundaki görüşlerini ele alacağız.

John Stuart Mill:

Faydacı teoriye hem düşünsel hem de deneysel alanda çok büyük katkıda bulunan Mill 1806 yılında Londra'da dünyaya gelmiştir⁴⁸. Babası James Mill'in öngördüğü sıra dışı eğitim modeline göre çok küçük yaşta eğitime başlanan Mill'in başlıca hocaları Bentham ve Ricardo'dur.⁴⁹ 1873 yılında yayınlanan otobiyografisinde Mill aldığı eğitimi, okuduğu yazarları, kendisini etkileyen kitapları detaylı bir şekilde anlatmaktadır. Mill otobiyografisinin ilk sayfalarında ne zaman Yunanca öğrenmeye başladığını hatırlamadığını yazar.⁵⁰ Daha sonra kendisine Yunanca eğitimine 3 yaşında başladığı söylenmiştir. 8 yaşına geldiğinde Platon'un 6 diyalogunu ve tüm Herodotu okumuş olan düşünür, 14 yaşına kadar Latin ve Yunan klasiklerinin pek çoğunu incelemiştir. Mantık eğitimine 12 yaşında Hobbes'un *Computatio Sive Logica'sı* ile başlamıştır. 15 yaşında Bentham'ın *Treaty of Legislation*'unu okuyup sosyal reformcu olmaya karar veren Mill'in Spinoza okuduğuna ilişkin hiçbir bilgi yoktur.⁵¹

Bu olağanüstü eğitime daha fazla dayanamayacak hale gelip büyük bir ruhi buhran geçirdiği 1826 yılına dek Mill babasının ve Bentham'ın izinde yürüyen bir faydacıdır. Aslında Mill faydacılıktan hiç vazgeçmez. Romantik akımla ve başta Carlyle ve Coleridge'inkiler olmak üzere şiirle ilgilendiği bu

47 Cemal Bâli Akal, Spinoza'da Din-İnanç ve İfade Özgürlüğü Karşıtlıkları, Maltepe Üniversitesi Yayın no. 17, Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın No. 4, (2003): p.19

48 Mill'in yaşam öyküsü için John Stuart Mill, *Autobiographie*, Aubier, 1993

49 James Mill'e göre insan doğal bir objedir ve insan doğasının incelenmesi zooloji, botanik ya da fizikten pek de farklı değildir. Hepsinde sağlam ampirik temellere dayanmak gerekir. Buna göre akılcı insanlar tarafından akılcı olarak yetiştirilen bir insan insanlığın tüm mutsuzluğundan sorumlu olan cahillik ve zayıflıktan korunmuş olur. Isaiah Berlin, *Eloge de la Liberté*, Oxford University Press, 1969, p.221

50 Ibid. p.9

51 Ibid. p.73 Mill düşünsel yaşamında önemli rol oynayan eserleri buraya kadar ele aldığını belirtmektedir. Bu eserler arasında Spinoza'nınkiler yoktur.

bunalım döneminden sonra da faydacı teoriye katkılarını sürdürür. Mill'in başlıca eserleri Principles of Political Economy, Essays on Some Unsettled Questions in Political Economy, Autobiography, Representative Government, On liberty, Utilitarianism ve The Subjection of Women'dır.

Mill'in eserleri içerisinde en tanınmış olanı şüphesiz 1854 yılında yayınladığı On Liberty'dir.⁵² Eserde sıra dışı bir ilişki yaşadığı eşi Harriet Taylor'un da büyük katkısı olduğu ileri sürülmektedir.⁵³ Mill Giriş Bölümünde tarih boyunca özgürlük/otorite çekişmesinin özetini yaptığı eserinde toplumun birey üzerinde meşru olarak uygulayabileceği gücün doğasını ve sınırlarını belirlemeye çalışmaktadır.⁵⁴ Mill eserin ilk sayfalarında farklı düşünenleri çoğunluğun değer yargılarından korumanın önemini vurgular ve asıl sorunun bireyin bağımsızlığı ile toplumsal kontrol arasındaki denge olduğunu belirtir. Eserin düşünce ve tartışma özgürlüğü üzerine yazılmış 2. Bölümü bu özgürlüğün korunması ve sınırlandırılması hakkında önemli tespitler içermektedir. Mill "eğer bütün insanlık bir kişi dışında aynı şeyi düşünse bile o kişiyi susturamaz. O bir kişi de, elinde olanak bulunsaydı, tüm insanlığı susturamazdı" diyerek ifade özgürlüğü konusundaki temel düşüncesini açıklamaktadır.⁵⁵ Mill'e göre bir görüş sadece sahibini ilgilendiren kişisel bir şey değildir. Tüm insanlığı ilgilendirir. Bastırmaya çalıştığımız düşüncenin yanlış olduğundan emin olamayız, olsak bile bu düşüncüyü bastırmamız yine de yanlıştır.

Mill bir düşüncenin ifade edilmesinin neden engellenmemesi gerektiğini iki farklı olasılığı değerlendirerek ortaya koymaktadır.⁵⁶ Bunlardan ilki zorla yok etmeye çalışılan düşüncenin doğru olma olasılığıdır. Eğer düşünce doğ-

52 John Stuart Mill, On Liberty, Macmillan/Library of Liberal Arts, 1956. Eserin Türkçe çevirisi için Özgürlük Üstüne, Belge Yayınları, 1985

53 Mill'in, sadece On Liberty'de değil tüm eserlerinde katkısı olduğu ileri sürülen, Harriet Taylor ile ilişkisi oldukça ilginçtir. Tanıştıklarında Taylor evlidir, bununla birlikte aralarında ölünceye kadar sürecek büyük bir aşk doğar. Vakitlerinin çoğunu birlikte geçirdikleri halde Taylor kocasından boşanmaz ve Mill ile evlenmek için kocası ölene dek 20 sene bekler. Bunun nedeni olarak Mill'in bu ilişkiye faydacı teori açısından yaklaşmış olması gösterilir. Buna göre Mill ve Taylor ilişkilerini tüm ayrıntılarıyla değerlendirmişler ve daha fazla sayının en büyük mutluluğu için bu şekilde devam etmeye karar vermişler ve John Taylor'ı da bunun en iyi çözüm yolu olacağı konusunda ikna etmişlerdir. Böylece Mill bir kez daha faydacı teoriye bir denek olarak katkıda bulunmuştur. Elbette bu durum faydacılığın bir tür ahlaksızlık olarak gören çevreler tarafından her fırsatta kullanılmıştır.

54 On Liberty, p.3

55 Ibid., p.21

56 loc.cit.

ruysa insanlar yanlışlarını düzeltebilme fırsatından yoksun kalırlar. Düşünce yanlışsa yine çok büyük bir fırsatı kaçırmış olurlar: doğrunun, yanlışla karşılaşması sonucu, daha güçlü olarak ortaya çıkması. Bir düşüncenin doğru olamayacağını söyleyen kişi aynı zamanda da kendisinin yanılmaz olduğunu ileri sürmektedir. Bu ise Mill için kabul edilemez bir tavrıdır. Kimse- nin insanlığın bir düşüncüyü değerlendirmesini engelleme hakkı yoktur. Bu nedenle bir düşüncenin yasaklanması, yasaklayanın düşüncesinin mutlak doğru olduğunu ileri sürmesidir. Oysa ki dünya herkes için başka bir şey ifade eder. Kişi için belirleyici olan dünyanın ilişkide olduğu bölümüdür (partisi, kilisesi, sınıfı). Aynı nedenler bir kişiyi Londra'da Anglikan, Pekin'de Budist yapabilir.⁵⁷ Aynı konuda farklı çağlarda farklı şeyler düşünülmüştür. Bir dönem doğru olarak kabul edilen bir düşünce daha sonra saçma olarak değerlendirilmiştir. O zaman insan ne yapmalıdır? Her zaman yanılma tehlikesi olduğuna göre uygun göreceği şekilde hareket edemeyecek midir? Mill mutlak emin olma durumunun mümkün olmadığını altını çizmekle birlikte insanın kendi davranışını yönlendirmek için düşüncesinin doğru olduğunu varsaymak zorunda olduğunu belirtmektedir. Ancak bunu yaparken bir noktaya çok dikkat etmelidir. Karşı çıkılma imkanı olduğu halde hiç karşı çıkılmadığı için doğru olduğu kabul edilen düşünceyle, karşı çıkılmasına engel olmak için doğru kabul edilen düşünce arasında çok fark vardır.⁵⁸ Bu nedenle kişinin eyleminin dayanacağı düşüncüyü doğru olarak görmesini haklı kılacak asıl koşul başkalarının o düşünceye itiraz edebilme imkanının bulunmasıdır.⁵⁹ Düşüncelerden emin olabilmenin en iyi yolu sürekli farklı düşüncelere açık olmaktır. Akıllı kişi düşüncesini sürekli karşıt düşüncelerle karşılaştırır, onlara karşı savunur böylece düşüncesi daha sağlam temellere dayanır. Böylelikle düşüncesinin bunu yapmayanınkinden daha iyi olduğunu haklı olarak düşünebilir. Newton teorisine bile karşı çıkılmasaydı insanlık bugün bu teorinin doğruluğundan emin olamazdı.⁶⁰ Genelde bir fikrin saldırılardan korunmasının nedeni doğruluğu değil toplum için önemlidir. Bazı düşüncelerin toplumun refahı için çok gerekli olduğuna ve bu nedenle de bunları desteklemenin hükümetin görevi olduğuna inanılır. Bu tür düşüncelere sadece kötü kişilerin saldırabileceği düşünülür ve yasaklanmasında bir sakınca görülmez. Bu faydacı bir yaklaşımdır ve böylelikle bu şekilde düşünenler yanılmazlık savını kullanmak zorunda kalmazlar.⁶¹ Oysa Mill'e

57 Ibid., p.22

58 Ibid., p.24

59 John Bury, *Düşünce Özgürlüğünün Tarihi*, Erdini Basım ve Yayınevi, 1978, pp.223-224

60 On liberty, p.26

61 Ibid., p.27

göre bu da bir yanılmazlık savıdır. Bir fikrin yararlılığı da bir fikir meselesidir. Bir düşüncenin doğruluğu yararlılığının bir parçasıdır. Kendini emin hissetme yanılmazlık postülasıyla aynı şey değildir. Bir düşüncenin ahlaksız görüldüğü için yasaklanmasının daha da kötü olduğunu ve zaten tarihte en büyük yanlışların böyle konularda yapılmış olduğunu söyleyen yazar örnek olarak Socrates'ın mahkumiyetini gösterir.⁶² Socrates Tanrıları inkar etmek ve gençleri yoldan çıkarmak suçlarından mahkum olmuş fakat kendisinden sonra gelen bütün düşünürler tarafından en dürüst kişi olarak kabul edilmiştir. En adil, en iyi niyetli Marcus Aurelius bile Hıristiyanlığa karşı olmuştur çünkü geleneksel Tanrılara bağlılığın insanlığın iyiliği ve toplumu bir arada tutmak için gerekli olduğuna inanmıştır. Dinsel hoşgörüsüzlük yanlışları Hıristiyanlara tarihte yapılan eziyetleri, gerçeği engelleyemediklerini göstererek yararlı bulurlar. Oysa bastırılan başka düşünceler bunun yanlış olduğunu gösterir. Bu düşünceler bastırıldıkları için boğulmuşlar ve günümüze kadar gelememişlerdir ya da yeniden ortaya çıkmaları için yıllarca beklemek gerekmiştir. Reform da Luther'den önce en az 20 kez patlak vermiş fakat bastırılmıştır.

Mill eseri boyunca farklı düşüncelerin tartışılmasının önemini altını çizer. İyice tartışılmadan kabul edilen düşünceler dogma olurlar ve bu da şüphesiz hiç arzu edilmeyen bir durumdur. Mill'e göre önemli olan kişinin düşüncesini karşı düşüncelere karşı savunabilmesidir, yoksa düşüncelerinin tek başına doğru olması yeterli değildir. Cicero başarılı olmak için kendi düşüncelerinden çok karşıtlarınınkini incelemiştir.⁶³ Bir kişinin sadece kendi düşüncesini savunabilmesi yeterli değildir, aynı zamanda karşı düşüncelerin yanlış olduğunu gösterebilmelidir.

Mill ifade özgürlüğünün neden korunması gerektiğine ilişkin görüşlerini 2. bölümün sonunda 3 noktada özetlemektedir. 1. Yasaklanan düşünce doğru olabilir, 2. Yasaklanan düşünce yanlış olsa da içinde doğru bir parça taşıyabilir. Bir konu üzerindeki genel fikir çoğu kez gerçeğin tümünü içermez. Eksik kalan kısmı yasaklanan düşünce aracılığıyla bulabiliriz. 3. Karşı çıkılan düşünce tamamen doğru olsa dahi rasyonel temellerine ulaşılması ve bir önyargı olarak kalmaması için yanlış düşüncenin açıklanması gerekmektedir.⁶⁴

62 Ibid., p.29

63 Ibid., p.45

64 Ibid., p.64

Her ne kadar On Liberty'nin 2. bölümü özel olarak ifade özgürlüğüne ayrılmış olsa da bu özgürlüğünün sınırlarının kavranması açısından kitabın bir bütün olarak ele alınması gerekmektedir. 3. Bölüm refahın unsurlarından biri olarak bireycilik üzerine başlığını taşımaktadır. Mill bu bölümde şu soruya cevap aramaktadır: "İnsanları fikir edinmeleri için serbest bırakmak gerektiğini gördük. Aynı nedenleri kişilerin fikirleri doğrultusunda serbestçe hareket etmeleri için de kullanabilir miyiz?" Mill'e göre hiç kimse eylemlerin düşünceler kadar özgür olması gerektiğini ileri süremez. Düşünceler bile açıklandıkları şartlarda bir takım kötülöklere teşvik ediyorlarsa dokunulmazlıklarını kaybederler. Bu noktada Mill'in verdiği örnek açıklayıcıdır: Buğday satıcılarının fakirleri aç bıraktığına ilişkin görüşler basında yer alabilir fakat bir buğday satıcısının evinin önünde toplanmış öfkeli bir kalabalığa karşı söylenemez. Kişinin özgürlüğü bir başkasına zarar veremez. Fakat hareketleri kendisinden başka kimseyi ilgilendirmiyorsa o halde fikirleri doğrultusunda istediğini yapabilir. Mill eserinin Uygulamalar başlıklı son bölümünde daha da ileri gider. Başkalarına verilen veya verilmesi olası olan zararın varlığı dahi özgürlüğe müdahaleyi her zaman haklı kılmaz.⁶⁵ Pek çok olayda meşru bir amaç izleyen birey bazılarına acı verebilir veya kayıplara yol açabilir.

AIHM:

Günümüzde sadece iç hukuk düzenlerinde değil aynı zamanda ifade özgürlüğünü konu alan evrensel ya da bölgesel insan hakları belgelerinde de ifade özgürlüğü sınırlandırılabilir bir özgürlük olarak ele alınmaktadır.⁶⁶ Bu durumda ifade özgürlüğünün hangi hallerde ve ne şekilde sınırlandırılacağı sorusu önem kazanmaktadır.

İnsan hakları alanında ön plana çıkan bölgesel insan hakları sözleşmelerinden bir tanesi de AIHS'dir. Avrupa Konseyi bünyesinde 4.11.1950 tarihinde imzaya açılan ve 3.9.1953'de yürürlüğe giren bu sözleşme diğer tüm ikinci dünya savaşı sonrası insan hakları belgeleri gibi doğal hukuk kökenlidir. Sözleşme Başlangıç kısmında büyük ölçüde Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Bildirgesine yollama yapmaktadır. Bildirge ise Başlangıç bölü-

⁶⁵ Mill burada ifade özgürlüğünden değil genel olarak özgürlükten söz etmekte ve daha çok ticaret özgürlüğünü ele almaktadır. Bununla birlikte belirtilen düşünceler şüphesiz ifade özgürlüğü açısından da geçerlidir.

⁶⁶ Ör. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme m.19 ve 20, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi m.13

münde “insanlık ailesinin tüm üyelerinin doğuştan sahip olduğu onur”, “eşit ve devredilemeyen haklar” ve “insan onuru ve değeri” gibi formüllerle doğal hukuka bağlılığını dile getirmektedir. Bu noktada hemen Mill'in böyle bir Sözleşmenin varlığına karşı olacağını söylemek yanlış olmaz. Zira Bentham gibi Mill de zamanaşımına uğramayan doğal hak teorisine tamamen karşıdır.⁶⁷ Spinoza'da ifade özgürlüğü insan doğasına dayandırılrsa da bu “insan haysiyeti” ya da “insan onuru ve değeri” gibi aşkın bir değer olmayacaktır. İfade özgürlüğü insana içkin bir hakka *conatus*'a yani varolma direnci ya da varolma çabası diye tanımlayabileceğimiz bir öze dayanır. Bu nedenle Spinoza'yla sözleşmenin getirdiği hak modelinin dışında içkin bir hak modeli arayışının başladığını da söyleyebiliriz.⁶⁸

Sözleşmeye hakim olan doğal hak görüşü sözleşmede korunan haklara da yansımaktadır.

AİHM 10. maddesinde ifade özgürlüğünü korumaktadır. Sözleşmenin din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin 9. maddesi ve toplantı ve dernek özgürlüğüne ilişkin 11. maddesi de dolaylı olarak ifade özgürlüğü ile ilişkilidir. Bununla birlikte 10. madde ifade özgürlüğü konusunda *lex specialis* konumunda olduğundan bu çalışmada AİHM'nin sadece 10. maddeye ilişkin kararlarından çıkan genel ilkeler incelenecektir. 10. madde ilk fıkrasında ifade özgürlüğünü koruma altına almakta, 2. fıkrasında ise bu özgürlüğün hangi hallerde sınırlandırılabilirliğini belirtmektedir.⁶⁹ Sınırlama sebepleri, doğal olarak, özgür-

67 John Stuart Mill, L'utilitarisme Essai sur Bentham, Présentation, traduction et notes de Cathrine Audard, Quadrige PUF, 1998, p.18. Bentham'ın 1789 Fransız Devrimi ve Fransız Yurttaş ve İnsan Hakları Bildirgesi kapsamında doğal hak teorisini eleştirisi için Jeremy Bentham, Anarchical Fallacies, http://www.law.georgetown.edu/faculty/lpw/documents/Bentham_Anarchical_Fallacies.pdf

68 Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Cemal Bâli Akal, Varolma Direnci ve Özerklik, Dost kitabevi, 2004, pp.235-242

69 Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.

Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığı veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.

lüklerin etkin bir şekilde korunabilmesi için sınırlı sayıda sayılmıştır. Bununla birlikte uygulamada Mahkeme başkalarının şöhret ve haklarının korunmasına ilişkin sınırlama sebebi altında farklı kategoriler oluşturmuştur.

İfade özgürlüğünün korunması açısından 10. maddenin metni kadar, hatta belki de metinden de önemli olarak, Mahkemenin önüne gelen olaylarda bu maddeyi nasıl uyguladığı önem kazanmaktadır. Mahkemenin 10. maddeyle ilgili olarak verdiği kararlar incelendiğinde ifade özgürlüğünün korunmasıyla ilgili olarak bir takım genel ilkelere ulaşmak mümkün olmaktadır. Bu ilkelerin bir kısmı ifade özgürlüğünün önemine ilişkin iken büyük bir kısmı sınırlama sebeplerinin uygulanmasına yöneliktir. Bu ilkeleri belirleyip Spinoza ve Mill'in ifade özgürlüğüne ilişkin düşünceleri açısından değerlendireceğiz.

Önemli bir genel ilke ifade özgürlüğünün demokratik toplumdaki yerine ilişkindir. Mahkeme 7 Aralık 1976 tarihli ünlü Handyside kararındaki tespitini daha sonra 10. maddeyle ilgili kararlarında tekrar tekrar kullanmıştır. Mahkemeye göre “sahip olduğu denetleme yetkisi kendisini demokratik toplumu biçimlendiren ilkelere çok dikkat etmeye zorlamaktadır. İfade özgürlüğü böyle bir toplumun temellerinden birini, ilerlemesinin ve her bireyin gelişmesinin temel koşullarından birini oluşturur.” Mahkemeye göre bu tespit sadece kolayca kabul edilen ya da ilgisiz kalınan veya zararsız bulunan bilgi ve düşünceler için değil aynı zamanda devleti ya da toplumun herhangi bir kesimini sarsan, rencide eden, rahatsız eden görüşler için de geçerlidir.⁷⁰ Mahkeme bu ilke ile büyük ölçüde Mill'in görüşlerine yaklaşmaktadır. Herşeyden önce Mahkeme ifade özgürlüğünü sadece doğal bir hak olduğu için korumamakta fakat ifade özgürlüğüne bazı sonuçlar bağlamaktadır. Mahkeme ifade özgürlüğünü demokratik toplumun temelinde yerleştirirken Mill ile paralel bir söylem içerisinde. Çoğunluğun tiranisini demokrasi için en büyük tehlike olarak gören Mill'e paralel olarak Mahkeme demokratik toplumun vazgeçilmez unsurlarının çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik olduğunun altını çizmektedir.⁷¹ Dolayısıyla Mahkeme “hangi demokratik toplum” sorusuna verdiği cevapta Mill ile örtüşmektedir. Mahkemenin ifade özgürlüğünün kullanılmasına bağladığı sonuçta da Mill'in etkilerini görmek mümkündür. İfade özgürlüğünün kullanılması hem toplumun hem de bireyin gelişmesini ve ilerlemesini sağlar. Dolayısıyla bu özgürlüğün kullanılmasının

⁷⁰ Handyside v. UK, par.49. Bu karara ve çalışmada değinilen diğer kararlara <http://www.echr.coe.int/echr/> adresinden ulaşılabilir.

⁷¹ loc.cit.

dan doğacak bir fayda söz konusudur. Mill'e göre de insan gelişen bir varlıktır. İyi bir insan hayatı kişinin düşünme-muhakeme (deliberative) yeteneği de dahil olmak üzere yüksek yeteneklerini kullandığı bir hayattır.⁷²

Spinoza, Mill'in faydacı ifade özgürlüğü savunmasına benzer bir savunmayı yaklaşık iki yüzyıl önce yapmıştır.⁷³ Rosenthal, Spinoza'nın Mill'in faydacı barış savunuculuğunu öncelediğini ve Spinoza'nın hoşgörü için kullandığı argümanın son derece faydacı olduğunu söyler.⁷⁴ Mill "çoğunluğun tiranisine" karşı hassas olmadan ve liberalizmin demokrasiyle nasıl uyduğunu tespit etmeden önce Spinoza özgür bir devletin sıradan insan üzerine nasıl temelleneceğini düşünmüştür.⁷⁵ Spinoza da Mill gibi demokratik bir devlet idealini paylaşmaktadırlar.⁷⁶ En iyi hükümet Spinoza'ya göre insan yaşamını en ince ayrıntılarına kadar nüfuz etme çabasından imtina edecektir. Mill'de daha sonraları belirginleşecek bu düşüncenin Spinoza'da belirmediğini görüyoruz.⁷⁷ Spinoza, Mill'in de ifade ettiği gibi bireyin gelişimi açısından ifade özgürlüğünün önemini vurgular. İfade özgürlüğü Spinoza'ya göre sanat ve bilimin gelişimi açısından da büyük önem taşır. İnsanların özgürlüğü baskı altına alınırsa insanlar düşündüklerinden farklı konuşmaya başlayacaklardır. Bu da devlet içinde güvensizliğin doğmasına, dalkavukluğun ve sahtekarlığın artmasına neden olur.⁷⁸ Spinoza, çoğulculuğu ve hoşgörüyü, hem bireyin kendisini gerçekleştirmesi hem de toplumun barış içinde varolmaya devam etmesi için gerekli görür. Balibar'a göre Spinoza'da devletin bütün düşüncelerin absürd ve riskli olsalar dahi ifade edilmesini desteklemesi gerekir, çünkü bastırılmalarındaki sakınca daha büyüktür.⁷⁹ Bireylerin bir diğerleri gibi düşünmeye zorlandığında yaratıcı güçlerinin yıkıcı güce dönüşeceğini söyler.⁸⁰ Spinoza ifade özgürlüğünü temellendirirken nasıl insan doğasından hareket ediyorsa, demokrasiyi de insan doğasına en uygun rejim olduğu için tercih edecektir. Spinoza'da ifade özgürlüğünün gerçekleşmesi-

72 David O. Brink, Millian Principles, Freedom of Expression and Hate Speech, Legal Theory 7 (2001), p.125

73 Nadler, op.cit., p.285

74 Michaela, Rosenthal, Spinozas republican argument for toleration, The journal of Political Philosophy, Vol: 11, Nr. 3, 2003, p.332

75 Lewis S. Feuer, Spinoza and the Rise of Liberalism, Transaction Publishers, 1987, p.80

76 Frank Thilly, Spinoza's Doctrine of the freedom of Speech, Chronicum Spinozanum, Tomus Tertius, MCMXXIII, p.100

77 Feuer, op.cit., p.113

78 Teolojik-Politik İnceleme, p.288

79 Etienne Balibar, Spinoza et la politique, Puf, Paris, 1985, p.42

80 Ibid., p.39

lığını kazanması için kuvvet kullanımı çağrısı yaptığını gösterdiği görüşündedir.⁸⁵ Benzer tespitler Sürek no.1 kararında da yer almaktadır. Mahkeme bu kararda da kullanılan ifadeler üzerinde durmuştur.⁸⁶ Her iki kararda da tehlikenin açık ve yakın olması ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin haklılığı açısından bir kriter olarak değerlendirilmemiştir. Bu durum başta Malta Yargıç Bonello olmak üzere pek çok yargıç tarafından eleştirilmiştir.⁸⁷ Mahkemenin bu tavrının Mill'e göre çok daha sınırlayıcı olduğu açıktır. Mahkeme dördüncü incelemeyi yapmakla birlikte en önemli sonucu sarf edilen kelimelere bağlamış ve somut incelemenin gereklerini tam olarak yerine getirememiştir. Mill'in buğday satıcılarının fakirleri aç bıraktığına ilişkin görüşlerin basında yer alabilmesine rağmen bir buğday satıcısının evinin önünde toplanmış öfkeli bir kalabalığa karşı söylenemeyeceğine ilişkin görüş ifade özgürlüğüne yapılacak müdahalenin sadece açık ve yakın bir tehlikenin bulunması durumunda haklı olabileceğini göstermektedir.⁸⁸

Spinoza'da ifade özgürlüğünün sınırını, ifadenin içerdiği eylemin belirlediğini gördük. Buna karşılık eylem, nefret ve kin içermeyen, sözleşmeyi ortadan kaldırmayı hedeflemeyen ifadeler ortalığı karıştırmayacağı için ifade özgürlüğü kapsamında. Spinoza, yalnızca eylemlerin kovuşturulduğu ve sözlerin cezalandırılmadığı bir ortamda ayaklanmaların da hak görünümü altında yüceltilmeyeceği görüşündedir.⁸⁹ Pitts, Spinoza'nın gerçek eylem olan konuşmaları, gerçek ifade özgürlüğü olan konuşmalardan ayırmasının önem taşıdığı görüşündedir.⁹⁰ Madanes, Spinoza'nın, böylelikle ifadelerin ne zaman kamusal eylem ne zaman doğal düşüncenin ifadesi olduğuna ilişkin bir kriter koyduğunu söyler.⁹¹ Spinoza'nın burada neredeyse açık ve yakın teh-

⁸⁵ Sürek no.3, par.40

⁸⁶ Sürek no.1, par.62

⁸⁷ Opinion partiellement dissidente de M. Le Juge Bonello

⁸⁸ Bu konuda farklı bir görüş için Willmore Kendall, *The Open Society and Its Fallacies* p. 283 in *John Stuart Mill's Social and Political Thoughts .Critical Assessments*, Ed. .by G.W.Smith, Routledge, 1998. Yazar burada aslında açık ve tehlike kriterinin Mill'e atfedilmesini değil Mill'e atfedilen bu kriterin Amerikan yargı yerlerince kullanılma biçimini eleştirmektedir. Amerikan Mahkemeleri bu kriteri uzun süre komünist propagandayı yasaklamak için kullanmıştır. Yazarın da haklı olarak belirttiği gibi Mill'in böyle bir müdahaleyi savunması mümkün değildir.

⁸⁹ Teolojik-Politik İnceleme, p.46

⁹⁰ Edward I. Pitts, *Spinoza on Freedom of Expression*, *Journal of History of Ideas*, Vol. 47, No: 1, 1986, p.33

⁹¹ Leiser Madanes, *Wie man Dingen mit Worten Rückgängig macht. Spinozas Kriterium der Begrenzung der Ausdrucksfreiheit*, *Freiheit und Notwendigkeit*, Hrsg. Etienne Balibar, Helmut Seidel, Manfred Walther, Königshausen & Neumann, 1994, p.105

like ölçütüne benzer bir kriter getirdiği de söylenmektedir.⁹² Feuer ise Spinoza'nın Yargıç Holmes'un açık ve yakın tehlike kriteri gibi egemene müdahale hakkı veren herhangi bir kriter getirmediği görüşündedir.⁹³ Spinoza ifade özgürlüğünü sınırlıyor görünse de bunu, eylem içeren, sözleşmeyi ortadan kaldırmayı hedefleyen düşüncelerin yaptırma tabi olması için değil, ifade özgürlüğüne daha sağlam bir koruma getirmek için yapmaktadır. Bu nedenle Spinoza'nın müdahale hakkı veren bir kriter koymamış olması daha anlamlı görünmektedir. Bu çerçevede Spinoza'da da mutlak bir yasak söz konusu değildir çünkü ona göre zaten ifade özgürlüğüne ilişkin yasalar ve yasaklar son derece yararsızdırlar.

Mahkeme her ne kadar ifade özgürlüğü konusunda mutlak yasağa izin vermediğini her fırsatta dile getirirse de bu genel ilkenin de bir istisnası bulunmaktadır. Bu istisna ırkçı söylemler ile ilgilidir. ırkçı söylem yasağı Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrasında sınırlama sebepleri arasında açıkça sayılmamakla birlikte Mahkeme tarafından genellikle başkalarının şöhret ve haklarının korunması başlığı altında değerlendirilmektedir.

ırkçı söylemler düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda karşılaşılan en sorunlu kısımdır. Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile kişilerin ırk ayrımcılığından korunma hakları arasındaki dengeyi kurmak çoğu zaman çok zor olmaktadır. Bununla birlikte, en azından ırkçı söylemlerin bir bölümüyle ilgili olarak Strasburg organları tercihlerini tereddütsüz kişilerin ırk ayrımcılığından korunmaları lehine yapmaktadır.

ırkçı söylemler tanım itibarıyla belli bir ırka veya etnik kökene ait kişilerin bu sebeplerle aşağılanması, hakarete uğramasını ve toplumda bu kişilere karşı nefret duygularının uyandırılmasını içerir. Doğal olarak, herkesin ırk ayrımcılığından arınmış bir çevrede yaşama hakkı olmakla birlikte ırkçılığın giderek tırmandığı dünyada -özellikle Batı dünyasında- bunu gerçekleştirmek oldukça zor görünmektedir. Bu nedenle, başta Birleşmiş Milletler olmak üzere uluslararası kuruluşlar gerekli çalışmalarını yapmışlar ve ırk ayrımcılığını yasaklayan hukuki normları oluşturmuşlardır.⁹⁴ ırkçı söylemler

⁹² Ahmet Ulvi Türkbağ, 17. Yüzyıl Rasyonalizmi ve Bunun Devlet Teorisine Etkileri: Spinoza'nın Genel Felsefesi, Özgürlük, Ahlak ve Siyaset Kuramları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1997, p.144

⁹³ Feuer, op.cit., p.114

⁹⁴ Bu konuda önemli bir düzenleme 1969 tarihli Her Türlü ırk Ayrımcılığının Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 4. maddesinde yer almaktadır. Sözleşme ırk ayrımcılığı-

de kendi aralarında bazı farklılıklar göstermektedirler. İkinci Dünya Savaşından sonra Avrupa ülkelerinin hukuk sistemlerine yerleşen antisemitizmle mücadele amaçlı yasalar bu tür ırk ayrımcılığına karşı özel bir koruma sağlamakta ve düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünü ırkçı söylemler karşısında mutlak olarak sınırlamaktadır. Bu tavır Strasburg organları tarafından da benimsenmiştir.

İkinci Dünya savaşından sonra ortaya çıkan ve özellikle 80'li yıllarda güç kazanan iki akım, negasyonizm ve revizyonizm düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün sınırlanması açısından çeşitli sorunları da beraberlerinde getirmişlerdir. Bu iki akım arasında aslında gerçek bir farklılık bulunup bulunmadığı da pek açık değildir.

Revizyonizm her türlü ortodoks doktrinin tartışılmasıdır; günümüzde Naziler tarafından Yahudilere karşı gerçekleştirilen soykırımını inkar etmeye ya da basitleştirmeye yönelik olarak 2. Dünya Savaşı tarihini tartışma anlamına gelmektedir.⁹⁵

Negasyonizm ve revizyonizm akımı yandaşlarının düşünceleri genellikle üç grupta toplanabilir: Soykırımının mutlak olarak inkar edilmesi, soykırımında uygulandığı kabul edilen bazı metodların inkar edilmesi (özellikle gaz odaları) ve soykırımını kabul edip soykırımında ölenlerin sayısının resmi olarak benimsenen sayıdan daha az olduğunun ileri sürülmesi.

Negasyonizm ve revizyonizmi yasaklayan hükümler genel olarak 2. Dünya Savaşı sırasında işlenen insanlığa karşı suçların inkarını ve basitleştirilmesini yasaklanmaktadır. Örneğin 23 Mart 1995 tarihli Belçika Kanunu "Ceza Kanununun 444.maddesinde öngörülen şekilde, 2. Dünya Savaşı sırasında Alman nasyonal-sosyalist rejimi tarafından gerçekleştirilen soykırımını inkar eden, basitleştiren (minimise grossièrement), haklı göstermeyen çalışan ya da

nın yasaklanması kapsamında düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne önemli sınırlamalar getirmektedir. 4. madde hükmüne göre Sözleşmeciler Devletler ırk ayrımcılığına yönelik düşüncelerin yayılmasını önlemek amacıyla iç hukuklarında düzenlemeler yapmak ve ırkçı söylemleri yasaklamak zorundadırlar. Sözleşmenin, her Taraf Devletin hükümet politikasıyla ulusal ve yerel politikalarını gözden geçirmek ve nerede ırk ayrımcılığı yaratan ya da bunu sürdüren yasa ya da düzenlemeler varsa bunları değiştirmek, kaldırmak ve hükümsüz saymak üzere gecikmeksizin önlemler alma yükümlülüğü olduğunu belirten 2.fikrası bu görüşü doğrulamaktadır.

⁹⁵ G. Cohen-Jonathan, *Négationnisme et Droits de l'Homme*, Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme, 1997, s.571

onaylanan” kişilerin sekiz günden bir yıla kadar hapis ve 26 BF’dan 5 000 BF’ye kadar para cezasına çarptırılmasını öngörmektedir. Yine aynı akımlara yönelik olarak Fransız Basın Kanununa eklenen 24bis madde daha değişik bir ifade kullanmaktadır. Madde “8 Ağustos 1945 tarihli Londra Anlaşmasına ekli Uluslararası Askeri Mahkemenin 6. maddesinde tanımlanan ve söz konusu statünün 9. maddesi kapsamında suçlu ilan edilen bir örgütün üyeleri ya da Fransız veya uluslararası yargı yerlerince suçlu bulunan bir kişi tarafından işlenen insanlığa karşı suçların” inkar edilmesini yasaklamaktadır.

Mahkemenin revizyonist ve negasyonist başvurulara ilişkin tavrı son derece açıktır. Bu başvurular her durumda kabul edilemez bulunmaktadır.⁹⁶ Dolayısıyla Mahkeme sadece bu alana özgü olarak bir mutlak yasağı bizzat kendisi oluşturmaktadır. Özetle Mahkemeye göre ifade özgürlüğünün kullanılmasyla ilgili hiçbir mutlak yasak söz konusu olamaz, bu kuralın tek istisnası ise Yahudi soykırımının inkar edilmesidir. Mahkemeye göre bunun sebebi Yahudi soykırımının kanıtlanmış tarihsel bir olgu olmasıdır.⁹⁷ Bu noktada Mill’in teorisine geri döndüğümüzde ister istemez farklı bir sonuca ulaşırız. Mill’in tarihin yeniden farklı bir şekilde okunmasına ya da bazı tarihsel gerçeklerin tartışılmasına karşı çıkacağını düşünmek zordur.

Bununla birlikte Brink bu konuya farklı yaklaşmaktadır. Ona göre ilk başta yukarıdaki tespiti yapmak mümkünse de Mill’in ifade özgürlüğü konusundaki düşünceleri bundan daha karmaşıktır. Brink, Mill’in ifade özgürlüğünü düşünme-muhakeme yeteneğine yardımcı olması açısından koruduğunu hatırlatmakta ve şu soruyu sormaktadır: Irkçı söylem insanlığın gelişmesine herhangi bir katkıda bulunmadığına ve hatta insanlığı gerilere götürdüğüne göre o halde ifade özgürlüğüne sağlanan korumadan neden yararlanmalı?⁹⁸ Bununla birlikte Yahudi soykırımının inkarı Mill’in ilkelerine göre böyle değerlendirilmeyecektir. Tarihin farklı yorumları önemlidir. Ayrıca Brink’in gözden kaçırdığı nokta ırkçı söylemlerdeki yanlışların gerçeğin bir kez daha ve da güçlü biçimde ortaya çıkmasına hizmet edeceğidir.

Spinoza’ya göre sözleşmeyi ortadan kaldırmayı hedefleyen, eylem, intikam ve nefret içeren ifadelerin kışkırtıcı olduğunu söyledik. Ancak Spinoza bu tür

⁹⁶ Ör. Michael Kühnen, 12 Mayıs 1998, 12194/86; Pierre Marais, 24 Haziran 1996, 31159/96; Friedrich Rebhandl, 16 Ocak 1996, 24398/94; Herwig Nachtmann, 9 Eylül 1998,36773/97; E.F.A. Remer, 6 Eylül 1995, 25096/94

⁹⁷ Roger Garaudy c. France, 24 Haziran 2003, p.28

⁹⁸ Brink, op.cit. p.120

ifadeleri yasaklamayı düşündüğünden sıralamamaktadır. Sadece bunları diğer ifadelerden ayırmaktadır. Spinoza bazı ifadelerin kötü niyetli olabileceğini kabul etmektedir ve ifade özgürlüğünün beraberinde getirdiği zorlukları bilmektedir.⁹⁹ Ancak yine de ona göre her şeyi yasalarla belirlemek isteyenler olumsuzlukları önlemekten çok olumsuzluklara neden olacaklardır.¹⁰⁰ Çoğu zaman ortaya çıkabilecek zararı göze alarak, yasaklanması mümkün olmayan şeylere zorunlu olarak izin verilmelidir. Bu durum özellikle spekülasyon konularına ilişkin yasalar için geçerlidir.

Son olarak genel ahlakın korunmasına ilişkin genel ilkeye değinmek gerekir. Mahkeme konuyla ilgili olarak önüne gelen başvuruları incelerken ahlak kavramının Avrupa Konseyine üye ülkeler arasında genel geçer bir tanımının olmadığını, kavramın zamana ve yere göre farklılıklar gösterdiğini tekrarlamaktadır.¹⁰¹ Yerel makamlar kendi ülkelerindeki ahlak anlayışını değerlendirmek bakımından AİHM'nden daha iyi bir konumda bulunmaktadır. Ahlak kavramının aynı topluluğa üye ülkeler arasında hatta aynı ülkenin değişik bölgelerinde farklılıklar göstermesinin en önemli sonucu bu konuda Sözleşmeciler devletlere tanınan takdir yetkisinin daha geniş olmasıdır. Mahkemenin Handyside ve özellikle de Müller ve Otto-Preminger Institut kararlarında bu takdir yetkisini neredeyse sınırsız olarak değerlendirmesi doktrinde eleştirilere yol açmıştır.¹⁰² Müller kararında yargıç Spielmann'ın karşı oy yazısı büyük ölçüde Mill'in Sokrates örneğine yaklaşmaktadır. Spielmann Baudelaire'in 1857 yılında ünlü eseri *Les Fleurs du Mal* yüzünden kamu ahlakına saldırı suçundan mahkum olduğunu hatırlatmaktadır. Oysa Baudelaire günümüzde tüm zamanları en mükemmel şairlerinden biri olarak anılmaktadır. Zira şairin ölümünden yaklaşık 80 sene sonra Paris Yargıtayı itibarının iade edilmesine karar vermiştir. Bundan çıkarılacak sonuç ise, tamamen Mill'in düşüncesi paralelinde, genel ahlak sebebiyle ifade özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda çok hassas olmak gerektiğidir.

Spinoza'nın ifade özgürlüğüne ilişkin genel tutumunu göz önünde bulduğumuzda Spinoza'da genel ahlakın da bir sınırlama sebebi olmadığını söyleyebiliriz. Spinoza kendi dönemindeki deneyimden hareketle din ile ilgili yasaların çatışmaları ortadan kaldırmak yerine onları alevlen-

99 Teolojik-Politik İnceleme, p.287

100 Ibid, p.304

101 Handyside, par.48

102 Patrick Wachsmann, *La Religion Contre la Liberté d'Expression: sur un arrêt regrettable de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, RUDH, vol.6, no.12, 1994, pp.441-449

dirdiğini söylemektedir. Genel ahlak hem üzerinde çok tartışılan, hem de spekülâtif bir konu olduğundan bu konudaki yasalar da sadece anlaşmazlıkların artmasına neden olacaktır. Spinoza'nın, *Tractatus Theologico-Politicus*'ta Kutsal Yazıları eleştirmesi nedeniyle sıkça ahlaksızlıkla ve inançsızlıkla suçlandığı ve hatta bu eserin yasaklandığı düşünüldüğünde "ahlak" ve "genel ahlak" kavramlarının ne kadar göreceli olduğu tekrar hatırlanabilir.

SONUÇ

Spinoza ve Mill düşünce özgürlüğünün önemini ortaya koyan iki değerli düşündürdür. Scanlon'un da haklı olarak belirttiği gibi Millci ilke yeterli bir ifade özgürlüğü teorisi oluşturmamaktadır.¹⁰³ Aynı tespiti Spinoza için de yapmak yanlış olmaz. Spinoza'nın teorisiyle de ifade özgürlüğü açısından günümüzdeki tüm sorun ve sorulara bir cevap bulmamız elbette mümkün olmaktadır.

Her iki düşünürün de eserlerinde bir pozitif hukuk belgesi olan AİHS gibi ifade özgürlüğünün sınırlama sebepleri konusunda detaylı bir düzenleme aramak yerinde olmaz. Spinoza ve Mill bu özgürlüğün birey ve demokratik toplum için hayati önemini idrak etmişler ve mümkün olduğunca sınırlandırılmaması gerektiğini savunmuşlardır. Dikkati çeken bir nokta yakın zamana kadar Amerikan hukuk doktrininde Mill'in liberal teorisi uygulanarak Anayasanın ifade özgürlüğüne ilişkin 1. Ekinin etkin bir şekilde yorumlanabileceğine inanılmış olmasıdır. Günümüzde ise bunun yeterli olmadığı, yeni açılımların gerekli olduğu düşünülmekte ve bu noktada Spinoza'nın ismi ön plana çıkmaktadır.¹⁰⁴ Dolayısıyla ifade özgürlüğünün korunması bakımından AİHM'ne göre daha özgürlükçü olan Amerikan yargısı bile artık Mill'in ilkelerini yeterli bulmamaktadır. Oysa yukarıda da gördüğümüz gibi, AİHM pek çok açıdan Spinoza ve Mill'in gerisinde kalmaktadır. Sonuç olarak ifade özgürlüğü 17. Yüzyıl ve 19. Yüzyılda olduğu gibi 21. yüzyılda da çözümlenmemiş sorunlarıyla temel sorunsal kalmaya devam etmektedir.

¹⁰³ Thomas Scanlon, A theory of Freedom of Expression, *Philosophy and public Affairs*, Vol.1, no.2, (winter 1972), p.214

¹⁰⁴ Pitts, op.cit., p.21

İRTİKAP SUÇU

*Yrd. Doç. Dr. Vesile Sonay EVİK**

GİRİŞ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler*" başlıklı dördüncü kısmının birinci bölümünde; "*Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*" yer almaktadır. İnceleme konumuzunu teşkil eden suç, bu bölümün 250. maddesinde "*İrtikap*" başlığı altında düzenlenmektedir.

5237 sayılı TCK'nun 250. maddesindeki düzenleme, 765 sayılı TCK'daki düzenlemeyle önemli ölçüde paralellik göstermekle birlikte bazı farklı tanımlara yer vermiştir. Özellikle de eski düzenlemedeki "memuriyet görev veya sıfatının kötüye kullanılması" ibareleri yerine, icbar suretiyle irtikapta "görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması", ikna suretiyle irtikapta ise "görevin sağladığı güvenin kötüye kullanılması" ifadeleri getirilmiştir. Doktrinde kapsamı geniş ve içeriğinin tespiti zor olması nedeniyle eleştirilen eski ifadelerin yerine getirilen yeni düzenlemenin, yasaklanan fiilleri ifade etmek açısından daha belirgin, dolayısıyla da daha yerinde bir düzenleme olduğu belirtilmektedir¹.

Aşağıda irtikap suçunun tarihsel gelişimi, mukayeseli hukuktaki düzenlemeler, korunan hukuksal değer, benzer suçlardan farkı, fail, mağdur, eylem,

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Artuk Mehmet Emin- Gökçen Ahmet- Yenidünya A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Turhan, Ankara, 2006, 650; Donay Suheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta, İstanbul, 2007, 362.

hukuka aykırılık ve kusurluluk, suçun özel görünüş biçimleri, yaptırım ve usul hükümleri hakkında değerlendirmede bulunmak suretiyle açıklamalara yer verilmektedir.

I- TARİHSEL GELİŞİM

İrtikap suçu, Roma Hukukunda önceleri devlet idaresi aleyhine suçlar grubunda bağımsız bir suç olarak öngörülmemiştir. Memurun görevi sırasında menfaati elde etmesini aramadığı için mal aleyhine işlenen suçlar grubunda kabul edilmekteyken, MÖ. II. yüzyılda devlet idaresi aleyhine işlenen suçlar grubuna dahil edilerek bağımsız bir suç haline getirilmiştir².

Kilise Hukukunda ise memur ancak kiliseye mensup bir kişi olarak kabul edildiğinden, kilise mensubu kişinin görevi nedeniyle veya görevini kötüye kullanarak para vesair menfaat elde etmek amacıyla görevi nedeniyle nüfuzu altında bulunan kişilere karşı şiddet, hile veya diğer herhangi bir hukuka aykırı araçla işlenen fiiller, irtikap suçu olarak nitelendirilip, fail hem kilisedeki görevinden çıkarılmış, hem de afaroz edilmiştir. Ayrıca papalık makamından bir ihsan veya imtiyaz elde etmek için herhangi bir menfaati veya vaadi kabul eden ruhban ve laiklerle, bu suçları üç gün içinde ihbar etmeyenler afaroz edilmiştir³.

İslam hukukunda irtikap suçu rüşvet suçu kapsamında kabul edilmiştir. Dolayısıyla irtikap diğer adıyla rüşvet, kişilerin haklarını ihlal ettiği kabul edilerek tazir cezası ile cezalandırılmıştır⁴.

Osmanlı imparatorluğu döneminde ise 1840 tarihli Ceza Kanunnamesinde, 1851 tarihli Kanunu Cedidde, 1855 tarihli İrtikap Kanunnamesinde ve 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda irtikap suçu rüşvet suçu kapsamında kabul edilerek, bu suçun bir şekli olarak yaptırım altına alınmıştır.

Cumhuriyet döneminde ise 765 sayılı TCK.'nun ilk şeklinde icbar suretiyle irtikap 209. maddede, ikna ve hatadan yararlanmak suretiyle irtikap 210. maddede düzenlenmiştir. 1936 yılında yapılan değişiklikle "memuriyetine

² Gürelli Nevzat, İrtikap ve Rüşvet Cürümleri, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), 1954, 9-14; Artuk - Gökçen - Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, , 660-662.

³ Gürelli, İrtikap ve Rüşvet Cürümleri, 9-14; Artuk- Gökçen - Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 660-662.

⁴ Artuk- Gökçen - Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 663.

ait vazifeyi suiistimal suretiyle” ibaresi yerine “memuriyet sıfatının suiistimali suretiyle” şeklindeki ibare getirilmiştir. 1953 yılında ise yaptırım açısından değişiklik yoluna gidilmiştir. 1990 yılında yapılan son değişiklikle nihayetinde icbar, ikna ve hatadan yararlanmak suretiyle irtikap olmak üzere fiiller tek bir madde içerisinde düzenlenmiştir⁵.

5237 sayılı TCK'nun 250. maddesinde irtikap suçu, aynı şekilde icbar, ikna ve hatadan yararlanmak suretiyle üç biçimde işlenebilecek şekilde öngörülmüştür.

II- ÇEŞİTLİ ÜLKELERİN CEZA KANUNLARINDAKİ DÜZENLEMELER

1- İtalya

İtalyan Ceza Kanunu'nun 317. maddesinde irtikap suçu aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir⁶:

Kamu görevlisi veya kamu hizmetini yürütmekle görevli kişinin sıfatını veya yetkilerini kötüye kullanarak kendisine veya başkasına haksız olarak para veya diğer yarar vermeye veya vaatte bulunmaya zorlar veya ikna ederse dört yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

2- Federal Almanya

Alman Ceza Kanunu'nun 331. maddesinde irtikap suçu şu şekilde düzenlenmiştir⁷:

- (1) Kamu görevlisi veya bir kamu hizmetini yürütmekle görevli kişinin görev veya hizmetin icrası için kendisi veya başkası için bir yarar talep eder, buna ilişkin vaatte bulunulmasını sağlar veya görev veya hizmetin karşılığı olarak kabul ederse üç yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır.
- (2) Bir hakim veya savcı yaptığı veya gelecekte yapacağı adli bir işlemden dolayı kendisi veya başkası için bir yarar talep eder, buna ilişkin vaatte

⁵ Artuk- Gökçen - Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 665-666.

⁶ Codice Penale Commentato, Dolcini Emilio-Marinucci Giorgio, Ipsoa, Milano, 2006, 2189.

⁷ Vinciguerra Sergio, Il codice penale tedesco, Cedam, Padova, 2003, 401.

bulunulmasını sağlar veya adli işlemin karşılığı olarak kabul ederse beş yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır. Teşebbüs cezalandırılır.

- (3) Birinci fıkrada öngörülen hallerde fail kendisi tarafından talep edilmeden bir yararın vaatle bulunulmasını sağlar veya kabul eder ve yetkili makam yetkisi dahilinde önceden görevliyi kabul etmesi açısından yetkilendirir veya fail fiili yetkili makama hemen bildirir ve o da yararın kabul edilmesi konusunda yetkilendirirse cezalandırılmaz.

3- Hollanda

Hollanda Ceza Kanunu'nun 177 ve 177a maddelerinde rüşvet suçu düzenlenmiştir. Ancak bizdeki irtikap suçuna benzer bir suç tipine yer verilmemiştir⁸.

4- Fransa

Fransız Ceza Kanunu'nun 432-10. maddesi irtikap suçunu aşağıdaki şekilde düzenlemiştir⁹:

Kamu görevlisi veya kamu hizmetini yürütmekle görevlendirilmiş bir kişi tarafından vergi, resim, harç veya katkı adı altında ödenmesi gerekmeyeni veya ödenmesi gerekeni aştığını bildiği bir miktarın alınması, ödenmesinin istenmesi veya buyurulması beş yıl hapis cezası ve 75000 euro para cezası ile cezalandırılır.

Kanun veya yönetmelik hükümlerine aykırı olarak vergi, resim, harç veya katkıdan muafiyet veya bağışıklık konusunda anlaşan kişiler aynı ceza ile cezalandırılır.

Bu maddede öngörülen suçlara teşebbüs aynı ceza ile cezalandırılır.

⁸ Vinciguerra Sergio, Il codice penale olandese, Cedam, Padova, 2002, 217.

⁹ <http://legifrance.gouv.fr> Modifié par Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3 (V) JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002

5- İsviçre

İsviçre Ceza Kanunu'nun 312. ve 313. maddeleri irtikap suçuna benzer düzenlemeler içermektedir. Yetkinin kötüye kullanılması başlıklı 312. maddesi aşağıdaki şekildedir¹⁰:

Yetkili bir makamın üyeleri ve çalışanları kendilerine veya başkalarına haksız bir yararı sağlamak veya başkalarına zarar vermek amacıyla görevlerinden kaynaklanan yetkilerini kötüye kullanırlarsa beş yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılırlar.

İrtikap başlıklı 313. madde aşağıdaki şekildedir:¹¹

Yarar sağlamak amacıyla yasal tarifeye göre verilmemesi gereken veya verilmesi gerekeni aşan vergi, harç, ödenek tahsil eden görevli üç yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır.

6- İspanya

İspanya Ceza Kanunu, irtikap suçunu, rüşvet suçu kapsamında 419 vd. maddelerinde düzenlemiştir¹². 419. maddeye göre “yetkili makam veya kamu görevlisi kendisi veya başkaları yararına kendisi veya başkası aracılığıyla görevinin icrası sırasında suç oluşturan icrai veya ihmali hareketi yapmak için hediye ve sair menfaat ister veya kabul eder veya teklif veya vaadi kabul ederse hediye veya vaad sonucu işlenen suçun cezasından bağımsız olarak iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası, hediye üç katı para cezası ve yedi yıldan oniki yıla kadar kamu görevinden yasaklılık cezası ile cezalandırılır”.

Benzer şekilde 420. maddeye göre “yetkili makam veya kamu görevlisi kendisi veya başkaları yararına kendisi veya başkası aracılığıyla suç oluşturmaya görevine ilişkin haksız bir işlemi yapmak için hediye ister veya kabul eder veya vaad kabul eder ve haksız o işlemi yaparsa bir yıldan dört yıla kadar hapis ve altı yıldan dokuz yıla kadar kamu görevinden yasaklılık cezası ile cezalandırılır. Eğer haksız işlemi gerçekleştirememişse bir yıldan iki yıla

¹⁰ http://www.admin.ch/ch/i/rs/311_0/a312.html

¹¹ http://www.admin.ch/ch/i/rs/311_0/a313.html

¹² Vinciguerra Sergio, Il codice penale spagnolo, Cedam, Padova, 1997, 259-261.

kadar hapis ve üç yıldan altı yıla kadar kamu görevinden yasaklılık cezası ile cezalandırılır. Her iki halde de hediyein üç katına kadar para cezası ile de cezalandırılır. 421. madde de ise “istenen veya kabul edilen veya vaad edilen hediyein karşılığı yetkili makam veya kamu görevlisinin zaten görevi gereği yapması gereken ise hediyein iki katına kadar para cezası ve bir yıldan üç yıla kadar kamu görevinden yasaklılık cezası ile cezalandırılır.

İspanya Ceza Kanunu’nun 430. maddesinde ise kamu görevlisi veya yetkili makamın görevine ilişkin yetkilerini veya kişisel veya hiyerarşik ilişkilerini kötüye kullanarak, başka bir kamu görevlisine veya yetkili makama, doğrudan veya dolaylı olarak kendisi veya başkalarına ekonomik yarar sağlayabilecek bir karar alması için etki yapmak fiili altı yıldan bir yıla kadar hapis cezası ve yararın iki katına kadar para cezası ve üç yıldan altı yıla kadar kamu görevinden yasaklılık cezası ile cezalandırılır.

III- KORUNAN HUKUKSAL DEĞER

Doktrin ve içtihatlarla göre, irtikap suçunun düzenlenmesiyle korunmak istenen başlıca değerlerin kamu idaresinin prestiji, itibarı ve güvenilirliği ile kamu görevlilerinin dürüstlüğü, doğruluğu ve sadakati olduğu belirtilmektedir¹³. Gerçekten de kamu görevlisinin sıfatını veya yetkilerini kötüye kullanarak bir kimseyi haksız para veya diğer yarar vermeye zorlaması veya ikna etmesi kamu idaresinin saygınlığına, güvenilirliğine zarar verebileceği gibi, kamu görevlisinin dürüstlüğü ve sadakatini de ortadan kaldırır. Kamu idaresinin itibarı, saygınlığı, güvenilirliği ile kamu görevlisinin dürüstlüğü, doğruluğu ve sadakati korunması istenen başlıca değerler olmakla beraber, günümüzde bunların başka bir takım değerlerin korunması için yükümlülükler olarak kabul edilmesi gerektiği anlayışı yerleşmeye başlamıştır. De-

¹³ Antolisei Francesco, Manuale di diritto penale parte speciale, II, Giuffrè, Milano, 2003,315; Manzini Vincenzo, Trattato di diritto penale, V, Utet, Torino, 1987, 192, Infantini, L’abuso della qualita e delle funzioni di pubblico ufficiale in diritto penale, Milano, 1974, 15; Maggiore G., Diritto penale, II, Bologna, 1950, 146; Pagliaro Antonio, Principi di diritto penale parte speciale, I; Giuffrè, Milano, 2000, 105; Corte di Cassazione 5.2.1981, Astolfi, CED 150811, Rivista Penale 1982, 526; Cass. 15.12.1992, CED 1903281; Cass.10.9.1992, CED. 191904; Marini Giuliano- La Monica Mario- Mazza Leonardo, Commentario al codice penale, II, Utet, Torino, 2002, 1364; Dolcini Emilio- Marinucci Giorgio, Codice penale commentato ,I, Ipsoa, Milano, 2006, 2201; Amato, “Sulla distinzione tra concussione e corruzione”, Il Foro Penale, 1967, 452; Chiarotti, Concussione, Enciclopedia del diritto, VIII, 702; Erman Sahir-Özek Çetin, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Dünya, İstanbul, 1992, 66

mokratik bir düzende kamu idaresinin herkese eşit ve olması gereken şekilde işlem yapma (*regolare funzionamento*) yükümlülüğü söz konusudur. Bu bağlamda korunan hukuksal değerler, anayasal değerler bazında ele alındığında kamu idaresinin tarafsızlığı ve doğru şekilde işlemesi ilkeleri ön plana çıkmaktadır¹⁴.

Yalnızca devletin ve diğer kamu kurumlarının topluma karşı olan yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için kullanılması gereken kamu gücünün kamu görevlisinin özel menfaatini tatmin etme amacıyla kullanılması nedeniyle kamu idaresinin doğru şekilde işlemesi ilkesi ihlal edilmektedir. Aynı şekilde kamu görevlisinin kamusal yetkilerini veya sıfatını kötüye kullanarak kendilerine hizmet gördükleri kişiler arasında menfaat karşılığında ayırım yapması, kamu idaresinin tarafsızlığı ilkesini ihlal etmektedir¹⁵.

İrtikap suçu ile bir takım kamusal menfaatlerin ihlalden başka, bireysel bazı menfaatlerin de ihlal edilmesi söz konusudur. Örneğin kendisine veya başkasına yarar sağlaması veya buna ilişkin vaatte bulunması için bireyleri zorlayan veya ikna eden kamu görevlisi bireylerin karar verme özgürlüğünü, maddi veya manevi değerlerini ihlal etmektedir¹⁶. Görüldüğü üzere irtikap suçu ile birden fazla hukuksal değer korunmaktadır¹⁷. Ancak kanun koyucu tarafından kamu idaresine ait değerlerin bireysel menfaatlere kıyasla öncelikli kabul gördüğünü belirtmeliyiz. Pasif süje birey olarak kabul edilmediği için süjenin rızası ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır, sadece suçun niteliğini değiştirmektedir¹⁸.

¹⁴ Albamonte, “Il delitto di concussione e corruzione nella L. 26 aprile 1990”, Cassazione Penale, 1991, 899; Pagliaro, Principi di diritto penale parte speciale, 105; Fiandaca Giovanni-Musco Enzo, Diritto penale parte speciale, I, 205; Marini, “Concussione”, Enciclopedia Giuridica Treccani, VII, 1988, 3; Crespi Alberto-Stella Federico-Zuccala Giuseppe, Commentario breve al codice penale, Cedam, Padova, 2006, 983.

¹⁵ Pagliaro, Principi di diritto penale parte speciale, 105; Marini Giuliano- La Monica Mario – Mazza Leonardo, Commentario al codice penale, II, Utet, Torino, 2002, 1364.; Crespi-Stella-Zuccala Commentario breve al codice penale, 983.

¹⁶ Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 680; Meran, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Zimmet, Rüşvet, İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları , 165;

¹⁷ Antolisei, Manuale di diritto penale parte speciale, II, 315; Cass. 3.9.1992, Giurisprudenza Italiana, 1993, II, 505; Pagliaro, Principi di diritto penale parte speciale, 107.

¹⁸ Pagliaro, Principi di diritto penale parte speciale, 106-107; Antolisei, Manuale di diritto penale parte speciale, II, 315;

IV- BENZER SUÇLARDAN FARKI

1- Rüşvet

İrtikap suçu, en çok rüşvet suçu ile benzeşmektedir. Her iki suç tipinde de kamu görevlisi görevi sebebiyle haksız bir yarar sağlamaktadır. Bu suçlarla korunan hukuksal değerler, kamu idaresinin itibarı, tarafsızlığı, dolayısıyla kamu idaresinin doğru ya da olması gereken şekilde işlemesinin ve kamu görevlisinin dürüstlüğü, doğruluğu ve sadakatinin sağlanmasıdır. Bu yüzden de bazı ülkeler sadece rüşvet suçunu düzenlemekle yetinmişler, irtikap suçunu bağımsız bir suç tipi olarak öngörmeyerek, bu tip fiilleri rüşvet suçu kapsamında cezalandırmışlardır¹⁹.

Ancak iki suç arasında önemli farklar da bulunmaktadır: Rüşvette kamu görevlisi ile rüşvet veren kişi görevin gereklerine aykırı olarak bir işin yapılması veya yapılmaması için bir yararın sağlanması konusunda anlaşmışlar için her ikisi de fail olarak kabul edilmekte, dolayısıyla da rüşvet suçu çok failli bir suç olarak nitelendirilmektedir.

İrtikap suçunda ise haksız yarar sağlamaya zorlanan veya buna ikna edilen kişi, bunun karşılığında rüşvette olduğu gibi görevin gereklerine aykırı olarak bir işin yapılması veya yapılmamasını sağlama amacı ile hareket etmekte, sadece böyle bir ödeme yapmaya zorlandığı veya bunun gerekliliğine inandırıldığı için yarar sağlamaktadır. Bu nedenle de irtikap suçunda yalnızca icbar, ikna eden veya hatadan yararlanan kamu görevlisi fail olarak kabul edilerek cezalandırılmaktadır. Yararı sağlayan kişi, bunu iradesi dışında (icbar, ikna, hatadan yararlanmak suretiyle) yaptığından suçun mağduru olarak kabul edilmekte, dolayısıyla da irtikap suçu tek failli suç olarak nitelendirilmektedir²⁰.

Ayrıca irtikap suçunda ödemede bulunan kişinin rızası cebir veya hileyle elde edildiği için hukuken geçerli kabul edilmemektedir. Rüşvette ise bir anlaşmadan söz edebilmek için rızanın tamamen serbest irade ürünü olması gerekir²¹.

¹⁹ Ronco Mauro, "Sulla differenza tra concussione e corruzione note tra ius conditum e ius condendum", La Giustizia Penale, V, CIII, 1998, 609.

²⁰ Ronco, " Sulla differenza tra concussione e corruzione", 611 vd. ;Gürelli, İrtikap ve Rüşvet Cürümleri, 104; Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 657.

²¹ Erman-Özek, Kamu İdaresine Karşı Suçlar, 67; Crespi-Stella-Zuccala, Commentario breve al codice penale, 994-995.

Ancak rüşvet ile irtikap suçu arasında bunca farka rağmen uygulamada ayırt edilebilmeleri hiç de kolay değildir. Ferdin cezalandırılması veya cezalandırılmaması gibi farklı sonuçları olduğu için ayrılmaları gerek teori gerek pratik açıdan önemlidir.

Yargıtayımız bir kararında “tehdit edici ve icbarı oluşturan bir söz ve davranışı olmayan sanığın para isteğinin müşteki tarafından hemen kabul edilmiş olması nazara alındığında, karşılıklı rızaya dayanan bir anlaşmayı içeren bu eyleminin rüşvet alma niteliğinde bulunduğunu” belirtmiştir²².

Doktrinde ilk talebin kamu görevlisinden gelmesi halinde irtikap, iş sahibinden gelmesi halinde rüşvet suçunun bulunduğu ya da kamu görevlisinin menfaat karşılığında yaptığı işlemin haklılığı veya haksızlığına göre ayrımlar yapılmaktadır²³.

Ödemede bulunan kişi fail gibi hareket etmişse diğer bir deyişle yaptığı ödeme sonucunda yapılan işlemde bir yarar sağlama maksadıyla hareket etmişse ve iradesi ifsat edilmemişse (zorlanmadan veya hileye maruz kalmadan) rüşvet söz konusudur. Böyle değil de mağdur konumunda ise irtikap suçu söz konusudur²⁴.

Yargıtayımıza göre de irtikap kamu görevlisinin aktif, ferdin ise mağdur durumunda olup manevi cebrin etkisinde kalarak istenen yararın hukuka aykırı olduğunu bilmesine rağmen karşılaşılabileceği daha ağır zararların önüne geçmek için yararı kamu görevlisine vermekte veya vermeyi vaad etmek-

²² Y.5. C. D. E. 2001/3640 K. 2001/7608 T. 12.12.2001.

²³ Carrara irtikap suçu ile rüşvet suçunu ayırmanın zorluğu karşısında iki kriter ileri sürmektedir. Birinci kritere göre ilk hareketin kamu görevlisinden gelmesi halinde irtikap, fertten gelmesi halinde rüşvetin söz konusu olabileceğini belirtmektedir. İkinci kritere göre ise kamu görevlisi tarafından sağlanan yarar karşılığında yapılan işlemin haklılığı veya haksızlığına göre irtikap veya rüşvet suçu söz konusudur. İşlem haksız ise ferdin mağdur olmasından söz edilemeyeceğinden rüşvet suçu işlenmiştir. Böyle değil de, işlem haklı ise birey suçlanamayacağından irtikap suçu söz konusudur. Ancak Carrara, ferdin işlemin haklılığı konusunda bilinci olmayabileceğine işaret ederek daha çok birinci kriterin geçerli olabileceğini belirtmektedir. Carrara, Programma del corso di diritto criminale, parte speciale, V, Prato, 1890, 145, § 2567; Erem Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, III, Ankara, 1985, 359.

²⁴ Carrara, Programma del corso di diritto criminale, 157-158; İtalyan içtihadına göre de ferdin iradesi bağımsız ise rüşvet, kamu görevlisi tarafından ifsat edilmişse irtikap suçu söz konusudur. Mauro, “Sulla differenza tra concussione e corruzione”, 613.

tedir. Rüşvet suçu ise bir kamu görevlisinin görevlerinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlanmasıyla oluşacaktır. Ayrıca rüşvette her iki taraf da gayri meşru zemin içinde bulunmaları gerekmektedir. Taraflar arasında serbest irade ile yapılan anlaşmanın vuku bulunduğu anda rüşvet suçu gerçekleşmektedir²⁵.

2- Zimmet

İrtikap suçu zimmet suçu ile de benzeşmektedir. Zimmet, mağdurun usulüne uygun olarak ve ifsat edilmemiş irade ile zilyetliğini devrettiği şeyin kamu görevlisi tarafından kendisi veya başkası için mal edinmesidir. İrtikap ise kamu görevlisi tarafından mağdurun iradesi (iradesi icbar, ikna veya hatadan yararlanmak suretiyle) ifsat edilerek kendisine veya başkasına yarar sağlamasıdır²⁶. Eylemin irtikap suçunu mu yoksa zimmet suçunu mu oluşturduğu mağdurun özgür irade ile veya aldatılarak sakatlanmış irade ile malın zilyetliğini devretmiş olup olmadığına göre belirlenir²⁷.

3- Dolandırıcılık

Dolandırıcılık suçu, hileli davranışlarla bir kimsenin aldatılıp onun veya başkasının zararına olarak failin kendisine veya başkasına yarar sağlamasıdır. İkna suretiyle irtikap ise kamu görevlisinin hileli davranışlarla mağduru hataya sevk edip haksız yarar sağlamasıdır. İkna suretiyle işlenen irtikap suçu dolandırıcılık suçuna benzemektedir. Her iki suçun ortak özelliği, faille veya üçüncü kişiye haksız yarar sağlanması amacıyla mağdurun irade-

25 Y: 5CD. 22.12.2005, 17305-23175 bkz. Parlar Ali- Hatipoğlu Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 4.cilt, Seçkin, Ankara, 2008, 3568; Y. 5. C. D.. E. 2000/2259 K. 2000/3540 T. 21.6.2000'tarihli kararına göre "yaptıkları iş nedeniyle gayri meşru zeminde bulduklarını bilen ve sanıkların rüşvet istediğini anlayan bu itibarla ikna edilmelerinden bahsedilemeyecek olan müştekilerin bu öneriyi kabul ederek her hafta düzenli olarak otelde kalan kadınlardan toplanan belli miktardaki paraları ödedikleri, olay tarihinde de tuzak paralarıyla birlikte sanık Ernur'un yakalandığı, bu suretle karşılıklı rızaya dayanan anlaşmaları nazara alınarak eylemin TCK.nun 212/2.maddesine uygun nitelikli rüşvet almak suçunu oluşturduğu halde yazılı şekilde ikna suretiyle irtikap suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi" yasaya aykırıdır.

26 Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 656.

27 Meran Necati, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zimmet, Rüşvet, İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Seçkin, Ankara, 2008, 175.

sinin hileli hareketlerle etkilenmesidir²⁸. Dolayısıyla aralarındaki fark, irtikabın sadece kamu görevlisi tarafından görevinin sağladığı güvenin kötüye kullanılmasıyla işlenebilmesi nedeniyle ortaya çıkmaktadır²⁹. Fail hileyi gerçekleştirirken görevinin sağladığı güven duygusundan yararlanmış olmalıdır. Elde dilen yarar ile yapılan kamu görevi arasında sebep sonuç ilişkisi bulunmalıdır. Ancak memurun yarar sağlamada görevinin sağladığı güveni kötüye kullanıp kullanmadığının tespiti her zaman kolay olmayabilir. Ayrıca irtikap suçunda suçun oluşması açısından yararın sağlanması vaadinin yerine getirilmesi şart olmadığı halde, dolandırıcılıkta mağdurun malvarlığında azalma meydana gelmesi gerekmektedir³⁰.

4- Yağma

İcbar suretiyle irtikap suçu yağma suçuna benzemektedir. Her iki suçun ortak özelliği faile veya üçüncü kişiye haksız bir yarar sağlanması amacıyla mağdurun iradesinin zorlanmasıdır³¹. Aralarındaki fark, yağmada fail herhangi bir kişi olabilirken, özgü (mahsus) bir suç olan irtikapta fail ancak kamu görevlisi olabilir³². Yağmada fail menfaati kendi hareketiyle bizzat sağlarken, icbar suretiyle irtikapta mağdur bu menfaati ona temin veya vaad etmek zorunda olduğu düşüncesiyle hareket etmektedir³³. Ayrıca irtikap suçunun oluşması için yarar sağlama vaadinin yerine getirilmesi şart olmadığı halde yağma suçunun oluşması için mağdurun malvarlığında azalma gerekir. Bu nedenle her iki suçun tamamlanma zamanı farklıdır³⁴.

Bunun dışında kullanılan cebirin niteliği açısından da fark vardır. Yarar sağlamak için maddi cebir (şiddet) kullanılmışsa oluşan suçun her halde yağma suçu olduğu kabul edilmektedir. Manevi cebir (tehdit) şahsen veya malen büyük bir tehlikeye düşüreceği beyanı şeklindeyse yağma suçu, bu boyuta varmayan hallerde ise irtikap suçu söz konusu olabilmektedir.

28 Centel Nur- Zafer Hamide- Çakmut Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Beta, İstanbul, 2007, 440.

29 Artuk-Gökcen-Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 655-656; Önder, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 138.

30 Centel - Zafer- Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 440.

31 Centel - Zafer- Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 339.

32 Tezcan Durmuş-Erdem Mustafa Ruhan-Önok Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin, Ankara, 2007, 748 ; Artuk-Gökcen-Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 659.

33 Erman-Özek, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, 72.

34 Centel- Zafer-Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 339.

Nitekim madde gerekçesinde “icbarın yağma suçunun oluşmasına neden olan cebir veya tehdit boyutuna varmaması” gerektiği belirtilmektedir. Her ne kadar madde gerekçesinden yağma suçundaki boyuta ulaşmamakla beraber maddi cebir varlığı halinde irtikap suçunun oluşabileceği sonucu çıkmaktaysa da, bu şekildeki bir kabul, yağma suçu ile irtikap suçunu ayırt etmeyi imkansız hale getirebilecektir. Dolayısıyla madde gerekçesindeki ifadeyi sadece manevi cebir açısından kabul etmek gerekir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun bir kararında “irtikap suçunun yağma suçundan ayıran unsurlar failin sıfatı ve kullandığı icbarın maddi cebir ve tehdit aşamasına gelmemiş olmasıdır. Mağdurun iradesini zorlayan bir etki olan icbarın cebir, şiddet ve tehdide dönüşmesi halinde fiil, irtikap değil, yağma olduğu” belirtilmiştir³⁵. Maddi cebir söz konusu olduğunda fail, kamu görevlisi sıfatını taşısa dahi, diğer unsurların gerçekleşmesi koşuluyla yağma suçu oluşur³⁶.

Sonuç olarak kamu görevlisi tarafından maddi cebir kullanılması halinde yağma suçu, manevi cebir kullanılması durumunda ise irtikap suçu oluşmaktadır³⁷. İrtikapta fail kamu görevlisi olmak gerekirken, yağmada böyle bir şart yoktur³⁸.

5- Yetkili Olmadığı Bir İş İçin Yarar Sağlama

TCK’nun 255. maddesinde düzenlenen yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama suçu, kamu görevlisinin görevine girmeyen ve yetkili olmadığı bir işi yapabileceği veya yaptırabileceği kanaatini uyandırarak yarar sağlamasıdır. Bu suçu ikna suretiyle işlenen irtikap suçundan ayıran en önemli özellikler: failin hareketinin ikna boyutuna ulaşmamış olması ve kamu görevlisinin nüfuzunu kötüye kullanmak suretiyle işlenmiş olmasıdır³⁹.

³⁵ YCGK.17.4.1989,5-93/147, Savaş Vural- Mollamahmutoğlu Sadık, Türk Ceza Kanunu’nun Yorumu, cilt 2, Seçkin, Ankara, 1999, 285.

³⁶ Centel- Zafer-Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 339.

³⁷ Tezcan-Erdem-Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 748; Önder, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 138.

³⁸ Toroslu Nevzat, Ceza Özel Hukuku, Savaş, Ankara, 2007, 284.

³⁹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Özel Hükümler, 660.

6- Görevi Kötüye Kullanma

İrtikap suçu, kamu görevlisinin, idare ile ilişkisi olanlardan yarar sağlamak için meşru olmayan biçimde kendi konumundan yararlanmasıdır. Bu nedenle TCK'nun 257. maddesinde öngörülen görevi kötüye kullanma suçunun özel bir biçimi olarak kabul edilebilir⁴⁰. Nitekim Yargıtayımıza göre sanığın görevde yetki yada sıfatı kötüye kullanılarak 3.kişilerden çıkar sağladığının kanıtlanması halinde eylemin özel hüküm olan 765 sayılı TCK'nun 209. Maddesine (5237 sayılı TCK'nun 250. maddesi) girdiği düşünülmeden daha genel nitelikteki 765 sayılı TCK'nun 240. Madde ((5237 sayılı TCK'nun 257) ile yetinilmesi yasaya aykırıdır⁴¹.

Yine Yargıtayımıza göre 765 sayılı TCK'nun 212/1. maddesinde tanımlanan yapması gereken işi yapmak için rüşvet almak suçuna 5237 sayılı TCK'de yer verilmediği için eylemin irtikap suçunu oluşturmadığı takdirde (irtikabın ikna veya icbar unsurunun bulunmadığı hallerde), görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya başkasına çıkar sağlamasının 257/3. maddesinde yazılı görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur⁴².

V- Maddi Konu: Yarar

765 sayılı TCK'da "para verilmesi veya sair menfaatler" ibaresi kullanılmışken yeni düzenlemede "yarar" ifadesi tercih edilmiştir. Yapılan sadece bir ifade değişikliğidir. Esasen her iki düzenleme de aynı anlama gelmektedir.

⁴⁰ Toroslu, Ceza Özel Hukuku,, 284; Önder Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Filiz, İstanbul, 1994, 136.

⁴¹ Y. 4. C. D. E. 1996/1171 K. 1996/2744 T. 27.3.1996.

⁴² Y. 5. C. D. E. 2007/1334, K. 2007/1469, T. 22.2.2007; Y. 5. C. D. E. 2006/8814, K. 2006/7571, T.4.10.2006. Benzer bir kararda: "Ameliyatla tedavi için para istemekten ibaret eylemde irtikabın ikna veya icbar unsurunun bulunmadığı, Sanığın teklifi katılan tarafından kabul edilmediğinden eylemin 765 sayılı TCK nun 212/1,61.maddesine uyacağı, ancak 765 sayılı TCK nun 212. maddesinin bir ve ikinci fıkralarında basit ve nitelikli rüşvet alma suçları ayrı ayrı düzenlenip yaptırım altına alındığı halde, 5237 sayılı TCK nun rüşveti tanımlayan 252/3.maddesinde "rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır" denilerek sadece nitelikli rüşvete yer verildiği, kamu görevlisinin yapması gereken bir işi yapması yada yapmaması gereken işi yapmaması için yarar sağlamasının rüşvet suçu kapsamından çıkarıldığı" belirtilmektedir. Y. 5. C. D. E. 2005/18318, K. 2006/8649, T. 7.11.2006

Yarar, menfaat, çıkar, istifade, kar demektir. Bu nedenle, mali veya kişisel durumda herhangi bir iyileştirme sonucunu doğuran, her türlü menfaat bu kapsamda kabul edilebilir⁴³. Örneğin borç para verilmesi, malın bedelinde indirim yapılması, tamamen veya kısmen kirasız oturmak, ücretsiz sigorta yapılması, bir yakınına iş bulunması, terfi, ödül verilmesi gibi her türlü mali veya kişisel menfaatler yarar olarak kabul edilebilir. Bir görüşe göre eski düzenlemedeki para vesair menfaat sağlanması ibaresi yerine yarar sağlanması ibaresi tüm olasılıkları kapsadığı için daha yerindedir⁴⁴.

Doktrinde duygusal yararların bu kapsamda kabul edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Yarar kavramını geniş şekilde yorumlayan görüşe göre kişinin maddi, manevi her türlü ihtiyacına cevap veren şeyler, hoşuna giden, gururlandıran, övünmesine neden olan şeyler, hatta cinsel veya benzeri arzuların giderilmesi yarar terimine dahil kabul edilmelidir⁴⁵. Yarar kavramını ekonomik değeri olan şeylerle sınırlayan diğer bir görüşe göre sadece genelev kadınları ile olan cinsel ilişki yarar kavramına dahil kabul edilebilir⁴⁶. Yarar kavramını mali veya kişisel durumda ekonomik değeri olan iyileştirme olarak kabul eden katıldığımız diğer görüşe göre ise duygusal yararlar bu kapsamda kabul edilemez. Örneğin kamu görevlisinin bir kimseyi dostluğa zorlaması durumunda irtikap suçu söz konusu olamaz. Cinsel veya benzer arzuların giderilmesi de yarar kapsamında kabul edilemez⁴⁷.

43 Crespi-Stella-Zuccala, Commentario breve al codice penale, 991; Marini-La Monica-Mazza, Commentario al codice penale, 1382.; Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 680; Meran, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zimmet, Rüşvet, İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, 165.

44 Donay, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 363.

45 Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 680; Meran, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zimmet, Rüşvet, İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, 165; Antolisei, Manuale di diritto penale parte speciale, II, 320; Chiarotti, Concussione, 708; Pagliaro, Principi di diritto penale parte speciale, 136.

46 Manzini, Trattato di diritto penale, V, 201; Cassazione 8.6.1965, Tavella, La Giustizia Penale, 1965, II, 928.

47 Erman-Özek, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, 79; Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Seçkin, Ankara, 2007, 287; Crespi-Stella-Zuccala, Commentario breve al codice penale, 991; Marini-La Monica-Mazza, Commentario al codice penale, 1382; Cassazione 30.3.1988, 11.5.1993 tarihli kararlar için bkz Dolcini-Marinucci, Codice penale commentato, 2210.

VI- Fail ve Mağdur

İrtikap suçu ancak TCK'nun 6/1-c anlamında kamu görevlisi tarafından işlenebilen bir özgü (mahsus) suçtur. Kuruluşlarına ilişkin kanunda yalnızca “kurum mallarına karşı işledikleri suçlardan dolayı” memur sayılacakları belirtilenler irtikap suçunda sağlanan yarar ilgili kuruma ait olmayacağından, bu suçtan dolayı cezalandırılmaz⁴⁸. Failin suçu işlediği sırada kamu görevlisi olması gerekir. Sonradan bu sıfatın kaybedilmesi veya failin fiili görevi başında olmadığı sırada işlemesi suçun oluşmasına engel değildir.

Doktrinde bu suçun mağdurunun tüzel kişi olup olamayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre mağdur ancak gerçek kişi olabilir. Tüzel kişinin icbar veya ikna edilmesi veya hatasından yararlanılması söz konusu olamaz. Ayrıca kendisine icbar veya iknada bulunulan veya hatasından yararlanan kişi ile yarar sağlanan kişinin aynı olması gerekmemektedir. Örneğin oğluna karşı icbarda bulunarak babadan yarar sağlanması durumunda irtikap suçu oluşmaktadır⁴⁹. Katıldığımız diğer görüşe göre ise mağdurun tüzel kişi olması da mümkündür. Tüzel kişinin organlarını oluşturan kişilerin zorlanması, ikna edilmesi ya da hataya düşürülmesi mümkündür⁵⁰.

VII- Eylem

Kanunumuzda irtikap suçunun üç şekilde işlenebileceği düzenlenmiştir. Birinci şekli icbar suretiyle, ikinci şekli ikna suretiyle, üçüncü şekli ise hata-dan yararlanmak suretiyledir.

1- İcbar Suretiyle İşlenen İrtikap Suçu

a- Önşart

İcbar suretiyle irtikap suçunun oluşması için failin hareketini görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle işlemesi gerekmektedir. 765 sayılı TCK'da söz konusu önşart “memuriyet sıfatını veya görevini kötüye kullanmak suretiyle” şeklinde öngörülmüştü. Bundan kasıt, memurun subjekt-

⁴⁸ Tezcan-Erdem-Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 745.

⁴⁹ Tezcan-Erdem-Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 745.

⁵⁰ Toroslu, Ceza Özel Hukuku, 285; Erem Faruk- Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Özel hükümler, Savaş, Ankara, 1983, 164; Önder, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 139.

tif olarak sıfatını kötüye kullanılması diğer bir deyişle memurun görev alanına girmeyen bir husus hakkında bir kimseyi yarar teminine zorlaması veya inandırması ya da memurun objektif olarak kendi görev ve yetki alanına giren bir işlemi yaparken haksız yarar sağlamak maksadıyla bundan yararlanmasıdır. Bu suretle irtikap suçu için objektif nitelikte olan “görev”in⁵¹ veya sübjektif nitelikte olan sıfatın kötüye kullanılması gerekmektedir⁵².

Nüfuz kavramı, “kamu görevinin” ve kamu görevlisi “sıfatının” kötüye kullanılmasını içerdiği için⁵³, 5237 sayılı TCK’da yer verilen ibarenin de 765 sayılı TCK’da olduğu gibi aynı doğrultuda anlaşılması gerekmektedir. Görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılmasının bir şekli olarak, kamu görevlisinin objektif nitelikteki görevinden yararlanmak suretiyle, diğer bir deyişle kendi görev veya yetki alanına giren bir işi yaparken bu görevin kendisine sağladığı yetkiyi kötüye kullanarak haksız yarar elde etmesidir. Görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılmasının bir diğer şekli de kamu göreviyle ilgili olmasa bile, sübjektif nitelikteki sıfatın kötüye kullanılması suretiyle, diğer bir deyişle kamu görevlisi olma sıfatının kullanılarak görevine girmeyen fiillerin işlenmesidir⁵⁴.

Bir görüşe göre 765 sayılı TCK’nun 209. maddesindeki “memuriyet sıfatını veya görevini kötüye kullanmak suretiyle” ifadesi yerine “görevin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle” ifadesi daha doğrudur. Zira burada bir kamu görevinde bulunan kişi, bu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmaktadır⁵⁵.

Failin yapmak veya yapmamak tehdidinde bulunduğu görevin kanuna uygun veya aykırı olmasının bir önemi yoktur. Görevin sağladığı nüfuzun, etkinlik durumunun kötüye kullanılarak bir kimsenin belirli bir menfaat sağlamaya zorlanması halinde suç oluşmaktadır⁵⁶.

51 Görev sınırlarının aşılması, görevin yerine getirilmesinin geciktirilmesi, takdir yetkisinin kötüye kullanılması da görevin kötüye kullanılması şekilleridir.. Erman-Özek, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, 71.

52 Erman-Özek, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, 69-70.

53 Meran, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Zimmet, Rüşvet, İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, 168.

54 Tezcan-Erdem-Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 746; Pagliaro, Pirncipi di diritto penale parte speciale, 109-110.

55 Donay Suheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta, İstanbul, 2007, 362.

56 Erman-Özek, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, 71.

b-İcbar

İcbar bir kimsenin iradesini baskı altında tutmaya elverişli doğrudan doğruya veya dolaylı olarak her türlü zorlayıcı hareketlerin yapılmasıdır⁵⁷. Gerekçede belirtildiği üzere icbarın yağma suçunun unsurlarından olan cebir ve şiddet derecesine varmaması gerekir⁵⁸. İrtikap suçunda söz konusu olan cebir manevi nitelikte olmalıdır. Cebrin TCK'nun 108. maddesinde öngörülen biçimde veya yaralama niteliğinde gerçekleşmesi durumunda diğer şartları da varsa yağma suçu oluşur⁵⁹. Zorlamanın mutlak olması gerekmez. İstenen yarar temin veya vaad olunmadıkça bundan kurtulmanın imkansız olması şart değildir. Mağdurun daha büyük bir zarardan kurtulmak için kamu görevlisinin talebine rıza göstermiş olması yeterlidir⁶⁰.

Mağdurun sağladığı yararın hukuka aykırı olduğunu ya da en azından yararın elde ediliş biçiminin meşru olmadığını bilmesi; ancak baskıdan kurtulmak ve karşılaşılabileceği daha ağır zararları bertaraf etmek düşüncesiyle hareket etmiş olması gerekir⁶¹.

Ayrıca icbarın doğrudan doğruya mağdura yönelik bir işlem nedeniyle olması gerekmemektedir. Oğul hakkında icbar kullanmak suretiyle babadan yarar sağlanması veya bir şirketin vekiline karşı zor kullanılarak yarar sağlanması durumlarında da, suç gerçekleşir⁶².

İcbarın varlığı için fail tarafından yapılan hareketlerin hayatın günlük tecrübeleri, normal ölçütlere göre bir kimsede manevi baskı yaratmaya, onun kendisini zorlanmış veya tehdit edilmiş hissetmesine uygun ve elverişli olması gerekir. Ancak mağdurun kendisini gerçekten manevi baskı altında hissetmiş olması şart değildir⁶³. Bu nedenle failin zorlayıcı hareketlerine rağmen

57 Erman-Özek, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, 71; Crespi-Stella-Zuccala, Commentario breve al codice penale, 985.

58 Donay, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 363.

59 Meran, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zimmet, Rüşvet, İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, 167.

60 Erman-Özek, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, 72; Crespi-Stella-Zuccala, Commentario breve al codice penale, 985.

61 Tezcan-Erdem-Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 748; Marini-La Monica-Mazza, Commentario al codice penale, 1377.

62 Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Özel Hükümler, 673; Erman-Özek, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, 75.

63 Erman-Özek, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, 72-75; Crespi-Stella-Zuccala, Commentario breve al codice penale, 985; Marini-La Monica-Mazza, Commentario al codice penale, 1377.

mağdurun manevi baskı altında olmaması durumunda irtikap yerine görevi kötüye kullanma suçu olduğunu kabul eden Yargıtay'ın uygulaması yerinde değildir⁶⁴.

Yargıtayımıza göre “sanığın mağduru ödemeye zorlayıcı, iradesini baskı altında tutmaya elverişli söz ve harekette bulunduğu ileri sürülüp ispatlanamamış olması nedeniyle, mevcut ısrarlı isteğin icbar sayılmayacağına anlaşılması sonucunda, mağduru yasal olarak ödenmesi gerekmeyen bir paranın ödenmesi lüzumuna icbar ettiği veya taraflar arasında göreve dahil belirli bir işin yapılması veya yapılmaması hususunda yapılmış bir rüşvet anlaşmasının varlığına dair yeterli kanıt olmaması nedeniyle eylemin irtikap ve rüşvet alma suçu olarak değerlendirilmesinin olanaklı olmadığı, ancak sanığın görev gereklerine aykırı olarak çıkar sağlaması şeklinde oluşan eylemin genel memuriyet görevini kötüye kullanma suçunu teşkil eder”⁶⁵.

Yargıtayımız bir kararında “bir askeri birliğe satış yapan şikayetçinin, parasını almak için sayman müdürü olan sanığa başvurduğunda istihkak başına ... lira istemesi, verilmediğinde parasını iki gün sonra alacağını söylemesi ve şikayetçinin para vermeyi kabul etmeyince öğleden sonra gel demesi, şikayetçi ikinci gelişinde “gönlünden ne koparsa ver” diyen sanığa istediği parayı vermesi durumunda paranın hiç ödenmeyeceği veya uzun süre ödemenin geciktirilerek sürüncemede bırakılacağı veya haksız bir muameleye maruz kalacağı şeklinde belirli bir şiddete ulaşmış manevi cebrin etkisiyle ve hakkını elde etmek zorunluluğu karşısında haksız olarak istendiği bilinen paranın, sanığa verildiğinden söz edilemeyeceğini, icbarın, belirli bir boyuta ulaşmış muhatabı olan şikayetçiyi etkilemediğini. sanığın “gönlünden ne koparsa ver” demesi de, manevi cebrin belli bir şiddete ulaşmadığının göstergesi olduğunu, şikayetçi ne verirse ver denmesi üzerine kendiliğinden parayı verdiğini dolayısıyla sanığın eyleminin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğunu” kabul etmiştir⁶⁶.

64 Tezcan-Erdem-Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku; 748; Y5.CD. E. 2004/5756 K. 2005/22725 T. 8.12.2005

65 Y. 5. C. D. E. 2001/6879 K. 2001/7925 T. 28.12.2001.

66 Y. CGK E. 1989/5-265 K. 1989/335 T. 6.11.1989.. Söz konusu karara şu gerekçeyle katılmıyoruz: Sanığın her bir tahakkuk müzekkeresi için para istemesi, verilmediğinde istihkakını hemen alamayacağını söylemesi mağduru yeteri kadar baskı altında tutup etkileyebilecek nitelikte hareketlerdir.

Yargıtayımız bir başka kararında “sanığın, minübüsle yolcu taşımacılığı yapan müştekiyi çağırarak, emniyetin ihtiyaçları olduğunu belirtip para yardımını yapın diye söylediği müşteki, “belge olmadan arkadaşlar para vermez” deyince, sanığın bu defa oğluma sünnet düğünü yapacağım ona katkıda bulunun diye söylemesi üzerine müşteki ve arkadaşlarının biraraya gelerek görüştükleri ve para yardımında bulunmadıkları taktirde sanığın araçlarını rahat çalıştırmayacağını düşünerek aralarında topladıkları miktarı sanığa verdikleri, olayda sanığın icbar boyutuna varmayan müştekilerden para isteme ve alma şeklinde gerçekleşen eyleminin görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturduğunu” belirtmiştir⁶⁷.

Yargıtayımız bir kararında “sanığın, ameliyat ettiği hasta ve yakınlarından “bıçak parası” adı altında değişik miktarlarda para alarak haksız çıkar sağlama biçimindeki eyleminin irtikap suçunu oluşturabileceği” yönünde görüş bildirmiştir⁶⁸. Yine bir başka kararda “kadın doğum uzmanı olan sanığın yapması gereken ameliyatlara kendisine para verilmediği takdirde yapmayacağını söyleyip hasta yakınlarından çıkar sağlama eylemlerinin kanıtlanması durumunda irtikap suçunu oluşturabileceği belirtilmiştir”⁶⁹.

Bir başka kararda “ameliyatla tedavi için para istemekten ibaret eylemde irtikabın ikna veya icbar unsuru bulunmadığı, 5237 sayılı TCK nun rüşveti tanımlayan 252/3.maddesinde “rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır” denilerek sadece nitelikli rüşvette yer verildiği, kamu görevlisinin yapması gereken bir işi yapması yada yapmaması gereken işi yapmaması için yarar sağlamasının rüşvet şuçu kapsamından çıkarıldığı” açıklanmıştır⁷⁰.

Hakim somut olayda kamu görevlisi tarafından yapılan hareketlerin çoklukla vuku bulan olaylara, günlük hayat tecrübelerine göre mağduru manevi baskı altında tutmaya uygun ve elverişli olup olmadığını takdir edecektir⁷¹.

67 Y.5. C. D. E. 2004/5756 K. 2005/22725 T. 8.12.2005.

68 Y. 4. C. D. E. 2003/16783 K. 2005/8956 T. 13.7.2005

69 Y. 4. C. D. E. 2000/8318 K. 2000/8876 T. 13.12.2000.

70 Y. 5. C. D. E. 2005/18318 K. 2006/8649 T. 7.11.2006

71 Erman-Özek, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, 72-75; Crespi-Stella-Zuccala, Commentario breve al codice penale, 985.

Suçun oluşumu açısından mağdurun meşru veya gayrimeşru hareketlerinin önemi yoktur. Mağdur hukuka aykırı davranışlarda bulunmuş da olsa önemli olan, failin mağdurun iradesini baskı altında tutan hareketler sonucunda yarar sağlamış olmasıdır. Bu nedenle mağdurun gayrimeşru zemin içinde bulunması durumunda rüşvet suçunun oluştuğunu kabul eden Yargıtay uygulaması yerinde değildir⁷². Ancak Yargıtayımız bir kararında “cezaevi müdürü olan sanığın, hükümlüden cezaevi içerisinde bulundurulması ve kullanılması yasak olan cep telefonu ile ilgili olarak tutanak tanzimi ile yasal gereğini yapmamak karşılığında ...miktarda para talep ettiği, aksi takdirde infazını yakarım diye zorladığı, para bulması için odasından gece saat 24 sıralarında telefon açtığı, müşterinin söz konusu parayı sanığa vermek suretiyle cep telefonunu alarak cezaevi dışına çıkarttığı, müşteki ve tanıkların aşamada değişmeyen anlatımları ile sabit olmakla, sanığın eyleminin memuriyet sıfat ve görevini kötüye kullanmak suretiyle müştekiyi baskı altında tutarak kendisine para vermeye zorlamak suretiyle cebri irtikap suçunu oluşturduğunu” belirtmiştir⁷³.

2- İkna Suretiyle İrtikap Suçu

a- Önşart

İkna suretiyle irtikap suçunun oluşması için failin görevinin sağladığı güveni kötüye kullanması gerekmektedir. Kanun koyucunun icbar suretiyle irtikap suçunun önşartı olan “görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması” yerine ikna suretiyle irtikap suçu açısından “görevin sağladığı güveni kötüye kullanılması” şeklinde farklı bir önşarta yer vemiş olmasının nedenini anlayabilmek mümkün değildir. Bu şekilde kamu görevi veya kamu görevlisi sıfatı değil, kamu görevinin faile sağlamış olduğu ve yapılan işlemlerin yasal olduğu yönündeki güven kötüye kullanılmaktadır⁷⁴. Fail hileli davranışlarla yararın yasa ve görev gereği verilmesi gerektiğine bireyi inandırmaktadır⁷⁵.

⁷² Tezcan-Erdem-Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 749.

⁷³ Y.5. C. D. E. 2001/4586 K. 2002/1991 T. 28.3.2002.

⁷⁴ Meran, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zimmet, Rüşvet, İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, 170.

⁷⁵ Tezcan-Erdem-Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 750.

b- İkna

İkna kamu görevlisinin hileli davranışlarla mağduru aslında sağlaması gerekmeyen bir yararı sağlaması gerektiğine inandırmasıdır. Mağduru ikna etmeye yönelik hareketler çeşitli şekillerde olabilir. Sözle, yazıyla veya ikisinin birlikte kullanılmasıyla olabilir⁷⁶. Önemli olan failin hareketlerinin günlük hayat tecrübelerine göre mağdurun kendisine veya başkalarına haksız yarar sağlamaya veya vaatle bulunmaya ikna etmeye elverişli ve uygun olmasıdır. Mağdurun gerçekten kandırılmış olup olmaması önemli değildir. Hakim somut olayda çoklukla vuku bulan olaylara göre failin hareketlerinin ikna edici nitelikte olup olmadığını takdir eder⁷⁷.

İkna suretiyle irtikap suçu icrai davranışla gerçekleştirilebilir⁷⁸. TCK'nun 250. maddesinin gerekçesinde ise ikna suretiyle irtikap suçunun icrai veya ihmali davranışla işlenebileceği, hatadan yararlanmak suretiyle irtikapın, ikna suretiyle irtikap suçunun ihmali davranışla işlenmesi şekli olduğu belirtilmiştir.

Bir görüşe göre mağdur sağladığı yararın haksız olduğunu biliyorsa icbar suretiyle irtikap, bilmiyorsa ikna suretiyle irtikap suçu oluşmaktadır⁷⁹.

Katıldığımız diğer görüşe göre ise mağdurun kendisinden istenilen yararın haksız olduğunu bilip bilmemesi önemli değildir. İcbar suretiyle irtikap ile ikna suretiyle irtikap suçları arasındaki fark, mağdurun iradesine etki etmek için kullanılan araçtır. Fail mağduru kendi talebi doğrultusunda ha-

⁷⁶ Artuk, Gökçen-Yenidünya, Ceza Özel Hükümler, 677; Crespi-Stella-Zuccala, Commentario breve al codice penale, 987.

⁷⁷ Erman-Özek, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, 76-77; Crespi-Stella-Zuccala, Commentario breve al codice penale, 987.

⁷⁸ Artuk, Gökçen-Yenidünya, Ceza Özel Hükümler, 677.

⁷⁹ Tezcan-Erdem-Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 750. 765 sayılı TCK'nun yürürlükte olduğu dönemde Yargıtayımız bir kararında ikna suretiyle irtikap suçunda ferden ödediği paranın gayrimeşru olduğunu bilmediğini, bu hususta memur yalan beyanları ile kendisini ikna ettiğinde mağdurun rızası memur tarafından aldatılmak suretiyle elde edilmiş ve ödemenin gerektiği hususunda kandırıldığını, mağdur kendisinden istenenin haksız olduğunu biliyorsa ikna suretiyle irtikap suçundan bahsedilemeyeceğini, sanığın soyut yalan söylemekle yetindiği hallerde ikna suretiyle irtikap suçu unsurlarının oluşmadığını ve sanığın sıfatı, mağdurların durumu ve olayın niteliği itibarıyla eylemin TCK'nun 503. maddesi (dolandırıcılık) unsurlarını kapsamış olduğunu" belirtmiştir. Y. 5. C. D. E. 1977/3486 K. 1977/3781 T. 28.12.1977. Söz konusu karardaki görüşlere katılmıyoruz.

reket etmesini sağlamak amacıyla, bu şekilde hareket etmediği takdirde büyük bir zararla karşılaşacağını açık veya örtülü şekilde bildirmişse icbar suretiyle irtikap suçu oluşmaktadır. Buna karşılık fail mağdurun iradesini baskı altında tutan davranışlara değil de onu etkilemek için ikna edici hileli davranışlarda bulunmuşsa ikna suretiyle irtikap suçu oluşur⁸⁰.

Basit tavsiye ve telkinler ikna değildir. İknadan söz edebilmek için mağdurun iradesinin etki altına alınmış olması gerekir⁸¹.

3- Hatadan Yararlanma Suretiyle İrtikap Suçu

TCK'nun 250. maddesinin gerekçesinde "hatadan yararlanmak suretiyle irtikap, ikna suretiyle irtikap suçunun sadece bir işleniş şekli ibarettir. Maddenin üçüncü fıkrasına göre, bu durumda ikna suretiyle irtikap suçunun cezasında indirim yapılması gerekmektedir" denilerek hatadan yararlanmak suretiyle irtikap suçunun, ikna suretiyle irtikap suçunun bir türü olduğu kabul edilmiştir⁸². Var olan hatadan yararlanmanın, ikna kavramı içinde değerlendirilmesi yerinde olmamıştır. Eski düzenlemede olduğu gibi hatadan yararlanmak suretiyle irtikap ikna suretiyle irtikaptan bağımsız olarak kabul edilmek gerekirdi⁸³. Dolayısıyla bu suç açısından da önşart olarak failin kamu görevinin sağladığı güveni kötüye kullanması gerekmektedir. Bu konuda ikna suretiyle irtikap suçunun önşartı hakkında yapılan açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz.

Bu suç, kamu görevlisinin zorlayıcı veya ikna edici bir hareketi olmaksızın mağdurun kendiliğinden ona yarar sağlaması ve kamu görevlisinin de bu yararın sağlanmaması gerektiğini bilmesine rağmen bunu geri vermemesi halinde oluşmaktadır. Böylece fail görevi sebebiyle zilyedi bulunduğu yararını mal edinmektedir ki, normal olarak zimmet veya görevi kötüye kullanma olarak nitelendirilebilecek bir fiil kanun koyucu tarafından irtikap suçunun bir şekli olarak düzenlenmiştir. Nitekim İtalyan Ceza Kanunu, bu şekildeki irtikabı, zimmet suçunun bir şekli olarak öngörmüştür. Hatadan yararlanmak suretiyle irtikap için failin mağdurun hataya düşmesine hiçbir etkisi-

⁸⁰ Erman-Özek, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, 77-78.

⁸¹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Özel Hükümler, 677; Meran, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zimmet, Rüşvet, İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları 171.

⁸² Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Özel Hükümler, 678.

⁸³ Donay, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 363.

nin bulunmaması gerekir. Eğer fail mağduru hataya düşürmede etkili olmuşsa ikna suretiyle irtikap suçundan söz edilir⁸⁴. Bu suçun TCK'nun 160. maddesinde düzenlenen hata sonucu ele geçirilen eşya üzerinde malik gibi tasarrufta bulunma suçundan farkı failin kamu görevlisi olmasıdır⁸⁵.

VIII- Netice: Yararın Sağlanması veya Vaatte Bulunulması

İcbar veya ikna veya hatadan yararlanma suretiyle kamu görevlisine bir yarar sağlanmış veya vaatte bulunmuş olması gerekir. Faile sağlanan veya vaatte bulunulan yarar, onun tarafından daha önce yapılmış icbar, ikna veya hatadan yararlanma hareketleri sonucu değilse, yerine göre görevi kötüye kullanma suçu oluşabilir⁸⁶.

Yararın sağlanmasından anlaşılması gereken yararın faile veya başkasına bilfiil verilmesi, temin edilmesidir. Para veya malın verilmesi failin veya başkasının malvarlığına dahil olması, bunlar üzerinde tasarruf yetkisini ele geçirmiş olmalıdır. Mali veya kişisel durumda iyileştirme söz konusu ise bu iyileştirme bilfiil gerçekleşmelidir. Vaatte bulunulma ise yararın faile veya başkasına sağlanacağı konusunda taahhütte bulunulmasıdır. Vaatte bulunma suçun maddi unsurunun oluşumu açısından yeterlidir. Vaadin yerine getirilmiş olması diğer bir deyişle yararın sağlanmış olmasına gerek yoktur. Vaatte bulunma durumunda suç tamamlanır⁸⁷. Bu taahhüdün yazılı şekilde olması veya mağduru borç altına sokacak nitelikte olması gerekmez. Esasen mağdurun rızası bu durumda ifsad edilmiş bulunduğundan batıl veya feshi mümkün bir borç ilişkisi söz konusudur⁸⁸.

Katıldığımız bir görüşe göre madde metninde yer alan “bu yolda vaatte bulunulması” ifadesi yerine “buna yönelik vaatte bulunulması” ifadesi daha yerindedir⁸⁹.

⁸⁴ Erman-Özek, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, 78; Tezcan-Erdem-Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 751.

⁸⁵ Meran, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zimmet, Rüşvet, İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, 171.

⁸⁶ Tezcan-Erdem-Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 751.

⁸⁷ Tezcan-Erdem-Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku; 752; Donay, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 363; Crespi-Stella-Zuccala, Commentario breve al codice penale, 992.

⁸⁸ Erman-Özek, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, 81.

⁸⁹ Donay, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 363.

Yararın bizzat faile sağlanmış veya vaad edilmiş olması gerekmemektedir. Yararın üçüncü kişiye sağlanması veya vaad edilmesi halinde de bu suç oluşmaktadır⁹⁰.

Hatadan yararlanma suretiyle irtikapta zaten bir yararın vaad edilmesi de söz konusu olamayacağından TCK'nun 250/3'te ikinci fıkraya yapılan atıf, vaatte bulunma ibaresi yönünden geçersizdir. Nitekim 765 sayılı TCK'nun 209/3'te hatadan yararlanmak suretiyle irtikap suçu açısından sadece yararın sağlanması suç sayılmıştı⁹¹.

IX- Hukuka Aykırılık

Kanunumuzda bu suç açısından özel bir hukuka uygunluk sebebi öngörülmemiştir. Ancak “amirin emri” şeklindeki genel hukuka uygunluk sebebinin bu suç açısından gösterebilecekleri önemi incelemekte yarar vardır. Amirin emrinin bir hukuka uygunluk sebebi oluşturması için esasta meşru olması gerekmektedir. Bu nedenle amirin emrine uyarak irtikap suçunu işleyen kamu görevlisi hukuka uygunluk sebebinden yararlanamaz. Böyle bir emri veren amir, iştirak kurallarına göre azmettiren sıfatıyla sorumlu olacaktır.

Ayrıca sağlanan veya vaad olunan menfaatin hukuka uygun veya aykırı olmasının önemi yoktur. Fail bir borcunu ödemesi için mağdura baskı yapmış olsa dahi irtikap suçu oluşur. Bu nedenle sağlanan veya vaad edilen menfaatin hukuka aykırı olmaması bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmaz⁹².

X- Kusurluluk

İrtikap suçu kasten işlenebilir. Fail nüfuz veya güveni kötüye kullandığını, icbar veya iknaya elverişli hareketler yaptığını veya mağdurun hataya düştüğünü bilmeli ve bunun sonucunda mağdurun kendisine veya başkasına yarar sağlanmasını veya buna ilişkin bir vaadde bulunulmasını istemelidir. Suçun gerçekleşmesi için genel kast yeterli olup özel kastın varlığı aranmamaktadır⁹³.

⁹⁰ Tezcan-Erdem-Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 752.

⁹¹ Tezcan-Erdem-Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 752.

⁹² Erman-Özek, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, 83.

⁹³ Marini-La Monica-Mazza, Commentario al codice penale, 1393; Contento, La concussione, 1970, 163; Fiandaca Giovanni-Musco Enzo, Diritto penale parte speciale, I, Zanichelli, Bologna, 2001, 213; Pagliaro, Principi di diritto penale parte speciale, I, 136-137.

Bu suçun olası kastla işlenip işlenemeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre olası kastla da işlenebilir⁹⁴. Katıldığımız görüşe göre ise suçun yapısı gereği olası kastla işlenemez⁹⁵.

Failin nüfuz ve güvenini kötüye kullandığının farkında olmaması veya görevinin sınırlarını aşmadığını zannetmesi ya da yaptığı hareketlerin icbar veya ikna edici nitelikte olmadığını sanması halleri hukuksal hata niteliğinde olduğundan kusurluluğuna etki yapmaz⁹⁶.

Hatadan yararlanmak suretiyle işlenen irtikap açısından fail, mağdurun düştüğü hatayı bilmiyorsa kendisi de bu konuda hataya düşmüşse örneğin fazladan ödenen parayı saymadan almış veya bundan yararlanmak istemişse örneğin sonradan iade etmek üzere ayırmışsa kusurluluktan bahsedilemeyeceğinden suç da oluşmaz⁹⁷.

IX- Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1- Suçun Tamamlanması ve Teşebbüs

İrtikap suçu, menfaatin sağlanması veya vaad olunması ile tamamlanır. Dolayısıyla suçun tamamlanması için vaadin yerine getirilmesi şart değildir. Madde gerekçesine göre vaatte bulunma durumunda aslında suç henüz tamamlanmamıştır ancak izlenen suç politikası gereğince failin tamamlanmış suçun cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür⁹⁸. Hareketler neticeden ayrılabilirdi için yani icbarın veya iknanın yapılmasına rağmen menfaatin sağlanmaması veya vaad olunmaması halinde teşebbüs mümkündür. Hatadan yararlanmak suretiyle işlenen irtikap, neticesi harekete bitişik suç olduğu için teşebbüsün gerçekleşmesi ancak hareketin kısımlara bölünebildiği hallerde söz konusu olabilir. Örneğin mağdurun hataya düştüğünü anlayan failin hatasını anlamasını önleyici hareketleri yaparken hatanın başka bir

⁹⁴ Fiore S., "Concussione", a cura di C. Fiore, I delitti pubblici ufficiali contra la pubblica amministrazione, 2004, 137; Marini, Concussione, Enciclopedia Giuridica Treccani, VII, 1988, 12; Pagliaro, Principi di diritto penale parte speciale, I, -137.

⁹⁵ Contento, La concussione, 151; Fiandaca-Musco, Diritto penale parte speciale, I, 213.

⁹⁶ Erman-Özek, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, 83; Pagliaro, Principi di diritto penale parte speciale, I, 137; Contento, La concussione, 161.

⁹⁷ Erman-Özek, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, 83.

⁹⁸ Fiandaca-Musco, Diritto penale parte speciale, I, 213; Pagliaro, Principi di diritto penale parte speciale, I, 138

sebeple anlaşılması, söz gelimi o anda çıkagelen amirin müdahale etmesi sonucu failin yararı hakimiyet alanına sokamaması hallerinde teşebbüsün varlığı kabul edilebilir⁹⁹.

2- Suça İştirak

Suçta iştirak konusunda TCK'nun genel hükümleri uygulanır. TCK'nun 40/2 övgü suçlarda ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçun işlenmesine iştirak eden diğer kişiler azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulurlar. Buna göre kamu görevlisi olmayan kişiler irtikap suçundan dolayı azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olurlar. Kamu görevlisi olan kişiler fiili birlikte gerçekleştirmeleri durumunda müşterek fail olarak kabul edilirler.

3- Suçların İctimai

İrtikap suçu görevi kötüye kullanma suçunun özel bir şekli olduğu için özel norm -genel norm ilişkisi söz konusudur. Dolayısıyla irtikap suçunun olduğu hallerde ayrıca görevi kötüye kullanma suçundan dolayı sorumluluk olmaz.

Fail kamu görevlisi olsa da bir başkasının veya onun yakınının hayatına veya vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden veya malvarlığı itibariyle büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılarırsa buradaki zorlamanın yağma suçunun oluşmasına neden olan cebir veya tehdit boyutuna varması nedeniyle yağma suçu söz konusu olur. Aynı şekilde kamu görevlisi kasten yaralama suçu veya kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemişse TCK'nun 42. maddesi gereği bileşik suç kuralları uygulanmaz, bu suçların cezası da ayrıca verilir¹⁰⁰.

İrtikap suçunu işlemek için başka bir suçun işlenmesi halinde bu başka suç, irtikapın unsur veya ağırlatıcı sebebi olmadığı takdirde gerçek içtima kuralları uygulanarak her iki suçtan dolayı ceza verilmelidir. Bu nedenle ikna suretiyle irtikap suçunun evrakta sahtecilik yapılması suretiyle işlenmesi halinde evrakta sahtecilik suçu, ikna suretiyle irtikap suçunun TCK'nun 42.

⁹⁹ Erman-Özek, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, 82; Marini-La Monica-Mazza, Commentario al codice penale, 1394; Crespi-Stella-Zuccala, Commentario breve al codice penale, 992.

¹⁰⁰ Erman-Özek, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, 85.

maddesinin öngördüğü biçimde unsuru veya ağırlatıcı sebebi olmadığı için gerçek içtima kuralları uygulanarak her iki suçun cezası birleştirilmelidir. TCK'nun 212. maddesine göre de sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı ceza verileceği öngörülmüştür¹⁰¹.

TCK'nun 43. maddesine göre failin bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda bir kişiye karşı birden fazla irtikap suçunu işlenmesi halinde zincirleme suç kuralları uygulanmalıdır. Zincirleme olarak işlenen suçlardan birinin icbar, diğerinin ikna, bir başkasının hatadan yaralanmak suretiyle işlenen irtikap olması zincirleme suç kurallarının uygulanmasına engel teşkil etmez. Ancak bu durumda yapılacak artırıma esas alınacak ceza, yaptırımı ağır olan irtikap türünün cezasıdır¹⁰². İrtikap suçunun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi mümkün olmadığından failin farklı kişilere karşı birden fazla irtikap suçunu işlediğinde zincirleme suç kuralları uygulanamaz; mağdur sayısınca suçun varlığı kabul edilmek gerekir¹⁰³. Yargıtayımız 765 sayılı TCK'nun yürürlükte olduğu dönemde verdiği kararlarda da "başka başka kişilere karşı işlenen irtikap suçunda kasıt birliğinden söz edilemeyeceğini; suçtan zarar görenlerin sayısınca ayrı ayrı irtikap suçu oluşacağını" belirtmekteydi¹⁰⁴.

X. Yaptırım ve Usul

İcbar suretiyle işlenen irtikap suçunun cezası TCK'nun 250/1 gereği beş yıldan on yıla kadar hapistir. İkna suretiyle irtikap suçunun cezası ise üç yıldan beş yıla kadar hapistir. Hatadan yararlanmak suretiyle işlenen irtikap suçunun cezası ise bir yıldan üç yıla kadar hapistir. Kanunumuzda zimmet veya rüşvet suçları açısından öngörülen etkin pişmanlık hallerine irtikap suçları açısından yer verilmemiştir. Bu şekildeki bir tercihin ikna edici bir sebebi bulunmamaktadır¹⁰⁵.

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 2. maddesine göre suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen

¹⁰¹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 683.

¹⁰² Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 684.

¹⁰³ Tezcan-Erdem-Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 753.

¹⁰⁴ Y. 5. C. D. E. 1977/3486 K. 1977/3781 T. 28.12.1977; Y. 5. C. D. E. 1981/1056 K. 1981/1438 T. 13.5.1981.

¹⁰⁵ Tezcan-Erdem-Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 754.

soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır. Dolayısıyla irtikap suçu açısından 3638 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu hükümleri geçerlidir. Bu kanunun 17/1 maddesine göre 3628 sayılı kanunda yazılı suçlarla, irtikap, rüşvet, zimmet görev sırasında veya görevinden dolayıişleyenler hakkında 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulanmaz, kovuşturma 3628 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılır. Buna göre savcılık suç haberini aldığı anda doğrudan soruşturmaya başlamakla birlikte durumu memurun mensup olduğu daireye de haber verir. Savcılık yaptığı soruşturma sonucunda yeterli delili elde etmesi halinde dava açar¹⁰⁶.

Sonuç

Eski düzenlemedeki "memuriyet görev veya sıfatının kötüye kullanılması" ibareleri kapsamı geniş ve içeriğinin tespiti zor olması nedeniyle doktrinde eleştirilmekteyse de, yıllardır yerleşmiş içtihatlar ve doktrin sayesinde artık belirgin hale gelmişti. Kanımca değiştirilerek bunların yerine icbar suretiyle irtikapta "görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması", ikna suretiyle irtikapta ise "görevin sağladığı güvenin kötüye kullanılması" şeklinde yeni ifadelere yer verilmesi yerinde olmamıştır. Doktrinde her ne kadar yeni hüküm yasaklanan fiilleri ifade etmek açısından daha belirgin dolayısıyla da daha yerinde bir düzenleme olduğu belirtilmekteyse de şimdi de getirilen yeni tanımların içeriğinin tespiti sorunu ile karşı karşıyayız.

Hatadan yaralanmak suretiyle irtikapın bağımsız şekilde değil de, ikna suretiyle irtikapın bir işleniş şekli olarak ele alınması da isabetli olmamıştır. Zira var olan hatadan yararlanma, ikna kavramı içinde değerlendirilemez. Hatadan yararlanmak suretiyle irtikap, ikna suretiyle irtikapın bir şekli olarak kabul edilip de cezası daha hafif olarak düzenlenmesi nedeniyle doktrinde hafifletici sebep olarak kabule neden olmuştur. Nasıl ki icbar suretiyle irtikap ile ikna suretiyle irtikap birbirinden farklı işleniş şekilleri, hatadan yararlanmak suretiyle irtikap da bağımsız olarak ele alınması gereken, (irtikapın) bir işleniş şeklidir.

Ayrıca Kanunumuzda zimmet veya rüşvet suçları açısından etkin pişmanlık hükümlerine yer verirken, bunlara benzer olan irtikap suçu açısından etkin pişmanlık hükümlerine yer vermemesinin ikna edici bir sebebi bulunmamaktadır.

¹⁰⁶ Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 685-686.

KLASİK DÖNEMİ BAĞLAMINDA OSMANLI DEVLETİ'NİN ÖRFİ HUKUKUNA İLİŞKİN GENEL BİR DEĞERLENDİRME

*Yrd. Doç. Dr. Cihan OSMANAĞAOĞLU**

1- Giriş

Osmanlı hukukuna ilişkin hemen hemen her incelemede açılmak zorunda olan en önemli başlıklardan biri, Osmanlı hukukunun şer'i ve örfi karakteri üzerine olmaktadır. Çünkü Osmanlı Devleti'nin hukuk kurum ve kural-ları incelenirken, öncelikle İslâm hukukunun konuya ilişkin kabulleri ve devletin –o konuda eğer varsa- örfi hukuk uygulamalarının tespit gereklili-ği kendisini göstermektedir. Bu itibarla üzerinde halen tartışılan, tarihçi-ler, ilahiyatçılar ve hukukçular tarafından farklı görüşler bildirilen Osman-lı örfi hukuku, genel hatlarıyla çalışma konusu olarak belirlenmiştir. Os-manlı örfi hukukundan bahsedildiğinde genel esaslarıyla açıklanması gere-ken hukuk sistemi ise İslâm hukukudur. Bu itibarla çalışmanın planında mevcut olacak “kavram” kısmında öncelikle ifade edilmesi gereken kavram-lar ortaya çıkmıştır. İslâm hukuku ve örfi hukuk. İslâm hukukundan bah-sedildiğinde ise *fıkıh* ve *Şeriat* kavramlarının da ortaya konulması zorunlu-luğu doğmaktadır. Ayrıca örfi hukuk da kendi içinde *kanun*, *kanunname* gi-bi kavramlara açılmaktadır. Kavram sorunsalı sadece, kavramların tarifine hasredilmeyerek, içerik ve tarihi gelişim süreçleri de bu kapsamda ince-lenmiştir.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türk Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. (Bir sınav sırasında merakla sorduğum, tek bir soru üzerine -bu çalışmada “İslâm'da Hu-kuk ve Ahlak,” isimli makalesinden yararlandığım- Fazlur Rahman'ın dilimize çevrilmiş tüm eserlerini hediye eden, araştırma görevlisi arkadaşım Abdullah İslamoğlu'na teşekkür ederim.)

Osmanlı Devleti'nin klasik dönemine ilişkin olan, bu itibarla belirli bir dönem ve devletle sınırlanan çalışmada İslâm hukukundan bahsedilirken, söz konusu hukuk sistemine ilişkin güncel tartışmalara girilmeksizin, Osmanlı klasik döneminde geçerli olan geleneksel Hanefi mezhebinin kabullerinden yararlanılmış, olabildiğince bu sınır aşılammaya çalışılmıştır. İslâm hukuku nedir sorusunun karşılığı (bu çalışmada) geleneksel Hanefi fikhî alimlerinin, dolayısı ile Osmanlı ulemasının bu konudaki görüşleridir; geleneksel görüşlerden farklı ya da benzer olsun güncel İslâm hukukçularının İslâm hukukuna ilişkin tespitleri değildir. Ayrıca, İslâm hukuku temel karakteri ile örfî hukuku çerçeveleme bağlamında ifade edilmeye çalışılmıştır.

Kavram sorunsalı bu şekilde ortaya konulduktan sonra, İslâm hukuku ile örfî hukuk bağlantısının, dolayısı ile İslâm hukukunun, örfî hukuk kurallarının varlığına imkan verip vermediğinin de değerlendirmesinin yapılması gerekliliği doğmaktadır ki şer'î hukuk ve örfî hukuk ilişkisi bağlamında, tarihi kökenlerini de dikkate alarak, dikkatten kaçması mümkün olmayacak şekilde emek sarf etmiş olan Köprülü ve İnalçık'ın konu üzerindeki fikirlerinden, bağlantı noktaları atlanmamaya çalışılarak, olabildiğince yararlanılmaya gayret edilmiştir. Amaç daha evvel söylenmemiş olanı söylemek ya da söylenmiş görmezden gelerek yeni bir keşfe çıkmak iddiası değil, Türk hukuk tarihi çalışmalarının en önemli ve tartışmalı konularından biri hakkında, Osmanlı Devleti'nin klasik döneminin kurumlarını ve uygulamalarını da dikkate alarak, objektif değerlendirmede bulunmaktadır. Zira konu Osmanlı Devleti'nin modern devletin habercisi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği, teokratik bir devlet olup olmadığı sorularına da cevap verebilecek araştırmaların da temelidir. Konuya İslâm hukuku ile başlanmasının nedeni de bu bağlantıdan kaynaklanmaktadır. Zira (doğal olarak) ulema da dahil olmak üzere Osmanlı Devlet adamları, Osmanlı Devleti'nin bir İslâm devleti olduğu iddiasındadırlar. Bu iddia, toplumsal ve siyasi piramidin en üstündeki Osmanlı padişahının, kendi atadığı Osmanlı şeyhülislamından fetva alma uygulamasını da ortaya çıkarır ki bu tespitler, Osmanlı Devleti'nin hukuk sisteminin Şeriat'ın belirlediği hukuk sistemi olup olmadığına ilişkin tartışmaların da temel noktasını oluşturmaktadır.

Öyleyse Osmanlı Devleti, klasik döneminde, egemenliği altındaki coğrafi bölgede, sadece İslâm hukukunu mu uygulamaktaydı? Ya da söz konusu hukuk alanının yanında, diğer Türk- İslâm devletlerinde de varlığından bahsedilen başka bir hukuk alanı daha mı varlığını sürdürmekteydi ki örfî hu-

kuk olarak ifade edilmektedir. Şer'i hukuk kurallarının yanında, örfi hukuk kurallarının varlığı Osmanlı Devleti'nde tarihi bir olgu olarak kabul edildiğinde ise soru şu şekle dönüşmektedir: Örfi hukuk meşruiyetini şer'i hukuktan mı almaktadır; yani Osmanlı padişahına örfi hukuk alanında yasama yetkisini bizzat Şeriat mı vermektedir? Bu sorunun yanıtı “evet” olduğunda, hukuk tarihi bağlamında, Osmanlı hukuk uygulamalarına gidilmesi gereklidir. Zira örfi hukuk kuralları varlıklarını şer'i hukukta bulmakta iseler, örfi hukuk kuralları, İslam hukuk teorisine uygun olmak zorundadır; çünkü İslâm hukukuna göre devlet başkanının (Osmanlı padişahının) yasama yetkisi kabul edildiğinde, padişah bu yetkisini naslara uygun kullanmak mecburiyetindedir. Peki tarihi olgu bu şekilde midir? Osmanlı padişahlarının, örfi hukuk alanında kullandıkları yasama yetkisiyle koydukları hükümler, İslâm hukuk teorisine uygun mudur? Sorunun cevabının verilebilmesi için, Osmanlı Devleti'nin tartışmalı bazı konularına değinilmesi gerekir: Şehzade katli, devşirme uygulaması, siyaseten katle ilişkin uygulamalar ve Osmanlı kanunnamelerinde İslâm ceza hukukuna uygun görülmeyen bir takım hükümler, tımar sistemindeki diğer bir takım unsurların yanında bilhassa veraset sistemi, örfi vergiler gibi hususlar, liste uzatılabilir. Konunun uzmanları, listedeki uygulamalara ilişkin, vaktiyle Osmanlı Devleti'nin ulemasının önde gelenleri tarafından, para vakıflarının Şeriat'a aykırı olup olmadığı konusunda yapılan tartışmada olduğu gibi, farklı sonuçlara ulaşabilirler. Ancak Osmanlı Devleti'nin sözü edilen bu kurumlarının her birinin tüm ayrıntılarıyla incelenmesi bu çalışmanın kapsamını fazlasıyla aşar niteliktedir; bu nedenle konuya ilişkin en belirgin örnek olduğu düşünülen ve Fatih Kanunnamesi'nde de norm şeklinde ifade edilmiş olan “kardeş katli” örneğinin üzerinde durulması yeterli görülmüştür. Ayrıca, örfi hukuk alanında kabul edilebilecek bazı düzenlemelerin, İslâm hukukunun hangi ilkesine dayandırılarak meşrulaştırıldığıнын örneği olarak, Osmanlı toplumundaki para vakfı uygulamalarıyla ilgili görüş farklılıklarının verilmesinin ilginç olacağı düşünülmüş, böylece Osmanlı örfi hukuku alanında değerlendirilebilecek bazı kuralların, İslâm hukukunun istihsan prensibi bağlamında tartışılmasına ilişkin olarak, Para vakıfları örneğinden yararlanılmıştır.

Şer'i hukuk ve İslâm hukuku terimlerinin aynı anlamı belirtir şekilde çalışmada yan yana kullanıldıkları da burada ifade edilmelidir. Bu iki terimle farklılık gözetilmeden kullanılmış olan bir diğer sözcük de fıkhıtır.

2- Kavram Sorunsalı ve Tespit Edilen Kavramların Hukuk Tarihi Bakımından Gelişim Süreçleri

a) Şeriat ve Fıkıh (İslâm Hukuku-Şer'i Hukuk-) Kavramları, Nitelik ve Gelişimleri

Bir zamanlar *hukuk devleti* isteyen Osmanlılar'ın "Şeriat isteriz" dediklerini ifade eden Hatemi, bu kişilerin Şeriat'tan kasıtlarının, kavramın Casiye suresinin on sekizinci ayetindeki¹ anlamı olduğunu söylemektedir² ki bu bağlamda Şeriat "nas ile ve özellikle Kur'an-ı Kerim'le belirlenmiş temel ilkeler bütünüdür"³.

Kavrama ilişkin verilen bazı tanımlar da şu şekildedir: "Tarih boyunca gelmiş geçmiş ümmetlerin uydukları dinî esaslara Şeriat denir. Her ümmetin bir Şeriatı vardır. Bizim Şeriatımız İslâm Şeriatı'dır"⁴. "Allah tarafından peygamber vasıtasıyla vaz ' ve tebliğ olunan hükümleri havi İlâhî kanun yerinde kullanılır bir tâbirdir"⁵.

Birbirine benzer ya da faklıklar içeren tanımları sıralayarak, kavramsal ayrıntıya girmeksizin, söz konusu kavramın en genel ifadesiyle "İslâm dininin içerdiği, ilke ve kuralların bütünü"⁶ şeklinde tanımlanabileceği ifade edilmelidir. Zira İslâm dini tüm ilke ve kuralları ile bir bütün oluşturur ki ilke ve kurallar sadece inanç ve ibadete yönelik değildir⁷.

Şeriat, sadece iman –itikat– ve ibadete ilişkin hususları düzenlemekle kalmamış, diğer konuların yanında, bazı hukuki kaideleri de kapsamına almıştır. Şeriat'ın temel kaynağı olan Kuran'ı Kerim (Kitap), tek başına bir kanun

1 "Daha sonra seni iş ve yönetimde bir **şerfat**/bir yol ve yöntem üzerine koyduk. Artık ona uy. Bilmeyenlerin keyifleri ardınca gitme." Yaşar Nuri Öztürk, **Kur'an-ı Kerim ve Türkçe Meali**, İstanbul, Yeni Boyut, 1997, s.501. (Vurgu bana ait.)

2 Hüseyin Hatemi, **Kadının Çıkış Yolu İlâhî Hikmet'de Kadın**, 5.bs., İstanbul, Birleşik Yayıncılık, 2000, s.185.

3 Hüseyin Hatemi, **İslâm Hukuku Dersleri**, 3.bs., İstanbul, Birleşik Yayıncılık,1999, s. 39.

4 Fikri Yavuz, **(Açıklamalı-Muamelatlı) İslâm İlmihali İslâm Fıkıhı ve Hukuku**, İstanbul, Çile Yayınevi, 2002, s.32.

5 Mehmet Zeki Pakalın, **Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü**, C.III, İstanbul, Millî Eğitim Bakanlığı Yayınları, 1993, s.341.

6 Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu, Gülnihal Bozkurt, **Türk Hukuk Tarihi**, 8.bs., Ankara, Sa-vaş Yayınevi, 1996, s.48.

7 Halil Cin, Gül Akyılmaz, **Türk Hukuk Tarihi**, Konya, Sayram Yayınları, 2003, s. 57.

(hukuk) kitabı değildir; içeriğinde itikada, ibadetlere, diğer ümmetler hakkındaki anlatımlarla beraber, çeşitli surelerinde (bölümlerinde) hukuk kurallarına da yer vermiştir. Evlenme, boşanma, miras ilişkilerini düzenleyen hükümler ve günümüzde ceza hukuku alanında değerlendirilebilecek kaideler gibi⁸.

Kelime anlamı ile “bir şeyi bilmek, tam ve iyi anlamak, derinlemesine kavramak” manasına gelen fıkıh terimi ise önceleri “Kuran ve hadisleri bilmek” anlamına gelirken, zamanla “Şeriat’ın biliminin yapılması” manasına gelir olmuştur⁹.

Peygamber ve sahabe döneminden itibaren “vahiy” ile “anlamak” birbirinden farklı görülmüş, fıkıh “anlama”yı, “anlama yolu ile sahip olunan din bilgisi”ni ifade etmiş, fakat zamanla bu anlamı daralmış, fıkıh “İslamî kaynaklardan (el-edilletü’ş-şer’iyye) içtihad ve tahrîc yoluyla elde edilen *hukuk bilgisi* ve mevzuatı”¹⁰ şeklinde de tarif edilmiştir. Fıkıh kavramına ilişkin bu tanım, söz konusu kavramın, günümüz laik hukuk anlamında, sadece dünyevi ilişkileri düzenler nitelikte olduğunu akla getirmemelidir. Çünkü “fıkıh” kavramı günümüzde *İslâm hukuku* anlamında ifade edilse de, Allah ile insan arasındaki ilişkiye ait olan ibadetler kısmını da içermektedir ki bu anlamda fıkıh, “laik hukuk” olarak ifade edilebilecek modern hukuktan daha geniş kapsamda

⁸ Ömer Lûtfi Barkan, **XV ve XVI ıncı Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Ziraf Ekonominin Hukukî ve Malî Esasları Kanunlar**, (Tıpkı Basım), yay. haz. Hüseyin Özdeğer, C.I, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayını, 2001, s. X-XI.

⁹ Cin, Akyılmaz, **a.g.e.**, s. 57; Üçok, Mumcu, Bozkurt **Türk Hukuk Tarihi**, s.48. Hatemi’nin ifade ettiği üzere, “hukuk” kavramını bir ölçüde ifade edebilecek olan “fıkıh” terimi, Kuran’da isim şeklinde geçmez; ama fiil olarak “anlamak, kavramak, sezmek, feraset” manalarını gösterir. Tevbe Suresi’nin 122. ayetindeki “tafakkuh (dinde ilim sahibi olmak)” muhtemelen fıkıh kelimesinin temelidir. Şafii fıkıhı, Hanefi fıkıhı gibi ifadeler, belirli mezheplerin, (ibadetler yanında) hukuki yorum ve görüşlerini de anlatan ifadelerdir. (Hatemi, **İslâm Hukuku Dersleri**, s. 39.)Yazarın ifadesinde geçen Tevbe Suresi’nin 122. ayeti şu şekildedir: “İnananların hepsinin birden savaşa çıkmaları doğru değildir. Onların her kesiminden bir grubun, **dinde derin bilgiler edinmek** ve sefere çıkan topluluk geri döndüğünde korunmaları ümidiyle onları uyarmak için arkada kalmaları gerekmez mi?” (Yaşar Nuri Öztürk, **Kur’an-ı Kerim ve Türkçe Meali**, İstanbul, Yeni Boyut, 1997, s.207. -Vurgu bana ait-).

¹⁰ Hayreddin Karaman, “Fıkıhta Gelenek ve Yenileşme,” **İslâm Gelenek ve Yenileşme**, İstanbul, İSAM Yayınları, 1996, s.29. (Vurgu bana ait.) Tanımda geçen içtihad kavramı, “delili okuyarak, anlayarak, yorumlayarak, kapsamını belirleyerek ve kıyas ederek fıkıh üretmek” anlamına gelirken, tahrîc terimi ise “aynı işlemi müçtehidler tarafından üretilmiş bulunan fıkıh...üzerinde yaparak fıkıhın boşluklarını doldurmak” manasındadır. (**A.y.**)

dır ve günümüz anlamında hukuk, fikhın geniş bir bölümünü oluşturur. Modernleşme hareketinin önemli bir bölümünü oluşturan hukuk alanındaki modernleşme kapsamında “İslâm hukuku” terimi ortaya çıkmış ve “fıkıh” kavramının yanında “İslâm hukuku” terimi de kullanılır olmuştur. Konuya ilişkin olarak Hatemi, on dokuzuncu yüz yıla kadar İslâm hukuku terimine rastlanmadığını, bu yüz yılda İstanbul ve Mısır kültür çevrelerinde Batılılaşmanın hukuk alanında da kendisini göstermesiyle, Roma hukuku geleneğine dayanan “Ius-Droit-Recht” terimini karşılayacak bir terim aranırken, öncelikle hukuk bilgisi (bilimi) *ilm-i hukuk* ifadesi ile karşılandığını, yirminci yüz yılda da *İslâm hukuku* teriminin ortaya çıktığını söylemektedir. Yazar, Bilmen’in *Hukuk-i İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu* isimli eserinde iki terime birden rastlandığına da dikkat çekmektedir¹¹.

İslâm Medeniyeti Tarihi isimli eserde, büyük alim¹² olarak zikredilen, İ. Goldziher’in, İslâm hukuku hakkında kaleme almış olduğu ve İslâm Ansiklopedisi’nde yayınlanmış olan makalesine de yer verilmiştir ki Goldziher, söz konusu makalesinde *fikhın* “İslâm hukuku ilminin adı” olduğunu belirttiikten sonra, fikhî Romalılar’ın *jurisprudencia’sı* gibi, ilahi ve beşeri işlerin ilmi olarak ifade etmiştir. Goldziher’in değerlendirmesiyle, fıkıh, dini, siyasi, medeni hayatın tüm alanlarını en geniş ölçüde kapsadığı gibi, ibadetler, aile, miras, enval ve akitler (ukud) gibi sosyal hayat ilişkilerinin gereği olan tüm muamelelerde (muamelatta), yapılacak ve sakınılacak cihetlerle ilgili hükümleri, ceza hükümlerini ve yargılama usullerini, devlet yönetimi ve teşkilatıyla, savaş hukukunu ilgilendiren hükümleri de içerir¹³. Goldziher’e göre, kamu ve fert hayatının ve ticaret ilişkilerinin her yönünün, dinin onayladığı hükümlere göre düzenlenmesi gerekiyordu ki bu hükümleri konu alan il-

¹¹ Hatemi, **İslâm Hukuku Dersleri**, s.39-40.

¹² Seçkin Türk tarihçisi Fuat Köprülü’nün (1890-1966) de katkıda bulunduğu İslâm Ansiklopedisi’nin (*Encyclopaedia of Islam*) 20. yüz yıl oryantalizm tarihinin en önemli belgesi olduğunu söyleyen Irwin, *Oryantalistler ve Düşmanları* isimli eserinde “Ortadoğu ve İslam araştırmaları üstüne olup da Goldziher’in bu alandaki çalışmalarına yer vermeyen bir kitap harcanan kâğıda değmez” demektedir. İlk çalışmalarının Talmud üzerine olduğunu söylediği İgnaz Goldziher’i, “en büyük oryantalist” başlığında inceleyen yazar, 1873-74 yıllarında Ortadoğu’yu dolaşıp, Kahire el-Ezher’deki Müslüman bilginlerle birlikte çalışan Goldziher’in, Şam’da bulunduğu sırada İslâm’ın, Yahudilik ve Hıristiyanlık’tan daha iyi olduğuna karar verdiğini, Cemaleddin Afgani ile de dostluk kurduğunu söylemektedir. (Robert Irwin, **Oryantalistler ve Düşmanları**, çev. Bahar Tırnakçı, 1.bs., İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2008, s.191-198.)

¹³ İ. Goldziher, “İslâm Hukuku,” s.277, (W. Barthold, Fuad Köprülü, **İslâm Medeniyeti Tarihi** 4.bs., Ankara, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1977.)

me fıkıh denilmiştir; bu kullanım fıkıh kavramının sonraki kullanımınıdır, daha önceki kullanımda ise kelimenin anlamı, bu kadar geniş değildir; *ilim* ve *fıkıh* kavramları farklı kullanılır, ilim kavramı, Kuran ve tefsirden başka, Peygamber ve sahabelerden naklen gelen şer'i hükümleri sahih olarak bilmek anlamına gelirken, fıkıh kavramı, içtihat yolu ile sonuca varma manasını verir, *rey*¹⁴ kavramı da bazen fıkıh kavramının eşanlamlısı (mürâdifi) olarak kullanılırdı. Bu anlamda ilim ve fıkıh, Şeriat aliminin birbirinden farklı iki sıfatı sayılır, alim fakihten ayrı tutulur, bu iki sıfatın aynı şahısta birleşmesi de söz konusu olabilirdi¹⁵.

Tüm bu tespitlerine ek olarak Goldziher, ilmin yetmediği yerde içtihadı girdiğini de ifade etmektedir¹⁶. Şer'i hükümlerin anlaşılabilmesi için –fıkıh metodunun prensiplerini oluşturan- dört “asıl” vardır ki kazaî hükümlerin Şeriat'a göre geçerli olabilmeleri için bunlara dayanmaları gerekir¹⁷. Zira Hanefi mezhebi uyarınca İslâm hukukunun dört temel kaynağı mevcuttur (edille-i erbaa –dört delil-): Kuran-ı Kerim, Sünnet, İcma ve Kıyas¹⁸. Söz konusu dört asıl delilin yanı sıra ve bu delillere aykırı olmaksızın, İslâm uleması bir takım ikinci derece (feri, tâli) deliller de kabul etmiştir: İstihsan, istislah (mesâlih-i mürsele), örf ve adet, istishab, sahabe sözü gibi¹⁹. Söz konusu ikinci derece deliller, bağımsız birer kaynak olmayıp, dört temel kaynaktan birine bağlıdırlar²⁰ ve naslara da aykırı olamazlar. Sava Paşa, dört ana kaynaktan on altı tane ikinci derece delilin çıktığını ifade etmektedir²¹ ki bu ikinci derece delillerden hepsi tüm İslâm fakihleri tarafından kabul edilmemektedir. Bazı fakihler, bu kaynaklardan bazılarını delil niteliğinde kabul ederken, diğer bazı fakihler de değişik nitelikteki ikinci derece delillerin varlığını kabul ederler. Kısaca belirtmek gerekir ki tüm İslâm uleması ikinci derece kaynaklar üzerinde mutabık değildir. Ancak Hanefi mezhebi fakihleri tarafından “istihsan”ın ikinci derece delil olarak kullanıldığı ifade

14 Rey kavramı için bkz: İ. Goldziher, “İslâm Hukuku,” s.278-279, 283-284. (Hicaz ekolü ve Irak ekolünün reye ilişkin yaklaşımları için bkz: **A.e.**, s.285-286.)

15 İ. Goldziher, “İslâm Hukuku,” s.277-278.

16 İ. Goldziher, “İslâm Hukuku,” s.282.

17 İ. Goldziher, “İslâm Hukuku,” s.281.

18 İbrahim Kâfi Dönmez, “Fıkıh (Deliller),” **İlmihal İman ve İbadetler**, C.I, Ankara, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2004, s.144.

19 Dönmez, “Fıkıh (Deliller),” s.144-154.

20 Ali Himmet Berki, **Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku I**, Ankara, Diyanet İşleri Reisliği Yayınları, 1955, s.15.

21 Sava Paşa, **İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd**, çev. Baha Arıkan, C.II, Ankara, Diyanet İşleri Reisliği Yayınları, 1956, s.50, 54-70.

edilmelidir. Örfi hukuk bağlamında da bilhassa “istihsan” kavramının üzerinde durulması gerekir. Zira söz konusu kaynağın kabulü, örfi hukuk uygulamalarının İslâm hukuku bağlamında meşruiyetini de sağlamıştır.

Bu itibarla istihsana geçmeden evvel, İslâm hukukunun temel kaynaklarından kısaca bahsetmek gerekirse, öncelikle Kuran-ı Kerim’in (Kitap) İslâm hukukunun birinci ve temel kaynağı olduğu ifade edilmelidir; çünkü İslâm hukuku, İslâm dinine dayanan hukuk sistemidir, temel ilkeleri ve kuralları, ilahi vahyin eseri olan Kuran-ı Kerim tarafından ortaya koyulmuştur²². Ancak Kuran-ı Kerim bir “kanun kitabı” değildir²³; İslâm dininin tüm esaslarını içerirken, İslâm hukukuna ait hükümleri de kapsamaktadır²⁴. İkinci sıradaki temel kaynak “peygamberin sözleri, davranışları, başkalarının söz ve davranışlarını onaylaması”ndan meydana gelmiş olan sünnettir. Üçüncü temel kaynak olarak ifade edilen *icma* ise “İslâm hukukçularının herhangi bir dönemde hukukî bir mesele üzerinde görüş birliğine varmalarıdır”²⁵. Dördüncü kaynak olan *kıyas* “hakkında kitap, Sünnet ve icmâda hüküm bulunmayan bir meseleyi aralarındaki ortak illetten (gerekçeden) dolayı hakkında hüküm bulunan bir meseleye benzetmek ve asla ait hükmü bu yeni meseleye taşımak” anlamına gelmektedir²⁶. Kitap ve sünnette ortaya çıkan ve çıkacak olan her konuya ilişkin hüküm bulunmadığından İslâm hukukunun ortaya çıkan yeni problemlere uygulanması bağlamında kıyas önemli işleve sahiptir. Bir anlamda kıyas, kitap sünnet ve icmanın tatbikat alanını da genişletmiş olmaktadır; bu durumdan yola çıkan bazı hukukçular kıyasın bağımsız bir kaynak değil, kitap,

22 M.Âkif Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, 6.bs., İstanbul, Hars Yayıncılık, 2007, s. 34. Kuran-ı Kerim’in yazılması ve toplanmasına ilişkin tarihi gelişim süreci için bkz: M.M. el-Azami, **Vahyedilişinden Derlenişine Kur’an Tarihi Eski ve Yeni Ahit İle Karşılaştırmalı Bir Araştırma**, çev: Ömer Türker, Fatih Serenli, İstanbul, İz Yayıncılık, 2006.

23 Ziya Umur, **Türk Hukuk Tarihi Dersleri**, C.I, 1.bs., İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.,1987, s.151.

24 Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s.34.

25 Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s.39. Burada Goldziher’in icmaya ilişkin tarifini vermek de yararlı olacaktır; söz konusu yazara göre: “İlk devirde bile cereyan etmiş olduğu delil ile sâbit bulunan bir nevi halk re’yi unsuru ile hüküm çıkarma tarzı da vardır ki, buna icma’ denir, icma’, mektup, menkûl, veya kıyâsa dayanan hükümlerden müstakil olarak, cemâatin, mü’minlerin büyük bir ekseriyetinin müşterek rizâları ile, teessüs etmiş olan müşterek örflerinden çıkarılan hükümlere delâlet eder...bu prensip İslâm hukukunda, ‘örf ile sâbit olan nass ile sâbit gibidir’ ve ‘âdet muhakkemdir’ düsturları ile ifade olunmuştur”. (İ. Goldziher, “İslâm Hukuku,” s.279-280.) Yazarmın ifadesi dikkate alınırken, icmada aranan görüş birliğinin, fakihlerin (hukukçuların) görüş birliği olduğu esası da gözden kaçırılmamalıdır.

26 Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s.40.

sünnet ve icmada zaten var olan bir hükmü ortaya çıkaran metot olduğu kanısındadırlar. Ancak İslâm hukukçularının büyük çoğunluğu kıyası kaynak olarak kabul ederler²⁷. Kıyasta bulunan müçtehit hukukçu, bu faaliyeti ile, içtihatı varmaktadır. Bu bağlamda içtihat kavramının kıyas kavramından daha geniş olduğu, her kıyasın içtihat olmasına rağmen, her içtihadın kıyas anlamına gelmediği de belirtilmelidir. Zira İslâm hukuku bağlamında *ıçtihat*, dar ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayrılır. Dar anlamıyla içtihattan kasıt, kıyastır. Geniş anlamıyla içtihat ise, “hukuki bir konuda İslâm hukukunun (ikinci derece kaynakları da dahil olmak üzere) tüm delillerini dikkate alarak hükme varmak” anlamındadır²⁸. Böylece, içtihatla bulunma yeteneğine sahip İslâm hukukçusu, önüne gelen bir meselede tali delillere de dayanarak hüküm çıkartabilmekte, böylece içtihatla bulunmuş olmaktadır. Bu bağlamda, özellikle İslâm tarihi ve coğrafyasında örfi hukukun yerinin anlaşılabilmesi için özellikle *istihsan*, *istislah* ve *örf ve adet* gibi tâli delillerin de kısaca üzerinde durulmasında yarar vardır. Zira Osmanlı hukukçularının vaktiyle üzerinde en çok tartıştıkları konulardan biri olan para vakıfları, istihsan delili ile açıklanmıştır. Söz konusu kavramın verilen tanımlarından biri şu şekildedir: “İslâm hukukunun tâli kaynaklarından olan ve özellikle Hanefiler, dolayısıyla Osmanlılar tarafından kullanılan bir hukuk terimi olan istihsan, açık kıyasla sabit olan bir hükmün yerine gizli kıyasa başvurup yeni bir neticeye varma ya da özel bir meselede genel kuraldan ayrılp farklı kuralı benimseme ameliesidir. Bu tarife göre istihsanın iki türü vardır. İlkinde müçtehit açık kıyasla bir neticeye varmakta ancak ulaştığı netice zaruret ya da muteber bir örf ve adet kuralı sebebiyle uygulanabilir nitelikte olmamakta veyahut kamu yararına uygun düşmemektedir. İkinci bir kıyas işlemine giren müçtehit bu defa daha uygulanabilir bir sonuca ulaşmaktadır...istihsanın ikinci türü mevcut bir kurala rağmen zaruret, maslahat, örf ve adet kaidesi ya da benzeri gerekçelerle tamamen farklı ve istisnai özel bir hükmün benimsenmesidir”²⁹.

27 Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s.40. Konuya ilişkin olarak Hatemi, kıyası yöntem saymanın, bu yöntemi kullanan aklın izlediği akıl yürütmeyi ve vardığı sonucu delil olarak nitelemenin daha doğru olacağı kanısındadır. (Hatemi, **İslâm Hukuku Dersleri**, s.79.) İslâm hukukunun kaynakları için ayrıca bkz: Berki, **Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku I**, s.7-15; Sava Paşa, **a.g.e.**, s. 71-222; Dönmez, “Fıkıh (Deliller),” s.143-154; Abdülkerim Zeydan, **Fıkıh Usûlü**, çev: Ruhi Özcan, 2.bs., İstanbul, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 1993, s.139-254; Ekrem Buğra Ekinci, **İslâm Hukuku -Umumî Esaslar-**, 1.bs., İstanbul, Arı Sanat Yayınları, 2006, s. 67-152; Umur, **a.g.e.**, s.149-165; Cin, Akyılmaz, **a.g.e.**, s. 58-68; Üçok, Mumcu, Bozkurt, **a.g.e.**, s.50-57.

28 Ekinci, **a.g.e.**, s. 170. (İçtihat ehliyeti ve müçtehitlerin dereceleri için bkz: **A.e.**, s.171-175.)

29 Mehmet Akman, **Osmanlı Devletinde Kardeş Katli**, 1.bs., İstanbul, Eren Yayıncılık, 1997, s.154.

Bir diğer ikinci derece delil olan *kamu yararının* (mesâlih-i mürsele –istislah-) açıklaması için şu cümlelerden yararlanılabilir: “Kısaca maslahat da denilen bu hukuk kaynağı, İslâm ve özellikle Osmanlı hukukunda geniş bir uygulama alanı bulmuş, hakkında asıl kaynaklarda şer’i bir hüküm bulunmayan konularda müçtehitler yaşadıkları zamanın ve buldukları coğrafyanın şartlarına uygun olarak kamu yararına göre hüküm tesis etmişlerdir. Mesalih-i mürselenin geçerli bir hukuk kaynağı olabilmesi için maslahatın gerçek ve genel olması ve asıl kaynaklardaki bir şer’i hükme aykırı bulunmaması gereklidir”³⁰. Bu bağlamda Akman, Osmanlı Devleti’ndeki “kardeş katli” uygulamasını değerlendirmiş, Osmanlı hukukçularının kardeş katli uygulamalarını *nizam-ı alem* ilkesiyle açıkladıklarının bilindiğini ifade ederek, *nizam-ı alem* kavramının kullanımının maslahata atıf olduğunu belirtmiştir. Ancak kesin bir nas karşısında ona aykırı olan maslahatın uygulanamayacağından hareketle Akman, haksız yere adam öldürme yasağının, gerek Kuran-ı Kerim’de gerekse hadislerde yer aldığını söyleyerek, suç işlemediği halde, hayatta kalması durumunda toplumun onun hayatta kalması sebebiyle zarar göreceği farz edilen bir hanedan üyesinin öldürülerek, kamu düzeninin sağlanması gibi mevhum³¹ bir maslahatın, söz konusu kesin bir nas karşısında geçerli kabul edilemeyeceğini söylemiştir³².

*Örf ve adet*in İslâm hukuku bağlamında kaynak olarak kabul edilip edilmediği hususunda ise, klasik dönem İslâm hukuk metodolojisinde (fıkıh usulüne dair yazılmış eserlerde) özellikle örf ve adete yer verilmediğinin belirtildiği görülmektedir. İslâm hukukunun doğrudan kaynakları arasında sayılmayan örf ve adetten, istihsan ve istislah gibi metotlar aracılığıyla yararlanılmıştır³³. Konuya ilişkin olarak Aydın, Hanefi mezhebi hukukçularının, maslahatta olduğu gibi, örfe dayandıkları yerlerde, hükmün kaynağının örf olduğunu açıkça belirtmeyerek, “örf sebebiyle istihsan” dediklerini, ifade etmektedir³⁴. İçeriği aynı olmamakla beraber örfi hukuka adını veren *örf* kavramı, İslâm hukukunun ikinci derece kaynaklarından biri olarak, Zeydan tarafından şu şekilde açıklanmaktadır: “Örf cemiyetin [alıştığı], itiyad haline

³⁰ A.e., s.155-156.

³¹ Mevhum: “Vehim olunmuş, aslı esas yokken zihinde kurulmuş olan, kuruntuya dayanan.” (Ferit Devellioglu, **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat**, yay. haz: Aydın Sami Güneşçâl, 14.bs., Ankara, Aydın Kitabevi Yayınları, 1997, s.635.)

³² Mehmet Akman, **Osmanlı Devletinde Kardeş Katli**, s.155-156.

³³ Dönmez, “Fıkıh (Deliller),” s.152.

³⁴ Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 44-45. Cin ve Akyılmaz da Hanefi hukukçuların örf ve adet kurallarını istihsan içinde değerlendirdiklerini belirtmektedirler. (Cin, Akyılmaz, **a.g.e.**, s.68.)

getirdiği söz yahut fiil olarak üzerinde yürüdüğü bir durumdur. Fakihlerce örf ve âdet ...aynı manadadır. Fakihlerin 'bu örf ve âdet ile sabittir' ifadeleri, âdetin fakihlerce örften ayrı bir şey olduğu manasına değildir. Adet örf-tür. Böyle ikisi bir arada zikredilirse, biri diğerini te'kîd için zikrolunurlar; farklı bir ifade anlatmak için kullanılmazlar"³⁵.

İslâm hukukunun kodifikasyonu bakımından ise, *ibadat*, *muamelat* ve *ukubat* kısımlarını kapsayan Sünni, Harici, Şii fıkıh doktrinlerinde özel hukuk ve kamu hukuku ayrımları mevcut olmadığı gibi genel nitelikte kodifikasyonlara da gidilmemiştir; Köprülü'ye göre, icma ve kıyas zaman, mekan ve şahsiyetlere göre devamlı değişeceğinden, sabit olarak sadece Kitap ve sünnet geriye kalmaktadır; bunların da geniş İslâm dünyasının tüm ihtiyaçlarını yüz yıllarca yeknesak bir şekilde karşılayamayacağı muhakkaktır. Yazar, İslâm dünyasında değişik mezheplerin ortaya çıkmasının gerekçesi olarak bu durumu dile getirmektedir³⁶. Neticede aynı mezhebe mensup alimler arasında dahi bazı durumlarda görüş farklılığı bulunduğuna göre, genel kodifikasyonların oluşturulmasının zorluğu da ortaya çıkmaktadır³⁷. Bu bağlamda Osmanlı hukukçularının da Hanefi mezhebinin içtihatlarını tatbik ettikleri ifade edilmelidir: "Hanefî mezhebi Osmanlı devleti aksamından olan bütün memleketlerde, resmî hayatta ve şer'î mahkemelerde mer'î biricik düstür olmuştur"³⁸. Ebu Hanife tarafından kurulan Hanefi mezhebi, Ebu Hanife'nin iki öğrencisinden biri olup, fıkıhın devlet yönetimine ait önemli konularına dair yazdığı kitapları ile kendisini gösteren Ebu Yusuf (ölm: 182/795) ve diğer öğrencisi Muhammed b. el- Hasan el- Şeybanî (ölm: 189/804) tarafından kuvvetlendirilmiştir.

İslâm hukuk sisteminin oluşumunda önemli bir nokta da, ilk fıkıh kitaplarının, devletin yasama organının kanun koyma faaliyeti sonucunda hazırlanmış olmayıp, müçtehit imamlar tarafından hazırlanmış ilmî eser niteliğini taşımalarıdır. Bu fıkıh alimlerinin, Şeriat'a ilişkin yetkinlikleri, liyakatleri, -zaman içerisinde- kabul gördükten sonra, İslâm hukukunun çeşitli bölüm-

³⁵ Zeydan, **a.g.e.**, s.237. Sahih örf ve fasit örf için bkz: **A.e.**, s. 238; Dönmez, "Fıkıh (Deliller)," s.152.

İslâm hukuku bağlamında örf kavramına ilişkin yapılan tanımlardan biri de şu şekildedir: "Örf bütün bir cemiyet azasının, ahvali muayyenede bir tarz üzerine hareket etmeleridir. Şu şartla ki bu tarz hareket hiç olmazsa üç nesil boyunca mer'î bulunsun." (Sava Paşa, **a.g.e.**, s.57.)

³⁶ M. Fuad Köprülü "İslâm Hukuku," s. 291.

³⁷ M. Fuad Köprülü "İslâm Hukuku," s. 291-292.

³⁸ İ. Goldziher, "İslâm Hukuku," s.280.

lerine ilişkin içtihatları da siyasi iktidarlar tarafından, hukuk normları şeklinde uygulanır olmuştur³⁹. En belirgin örnek, Hanefi ekolünün müçtehitlerinin içtihatlarının, (bu mezhebi, resmî mezhep olarak kabul eden) Osmanlı Devleti'nin hukuk alimleri tarafından uygulamaya geçirilmiş olmasıdır.

İslâm hukuku bağlamında en çok tartışılan konulardan biri, İslâm hukukunda *ıctihat kapısının* kapanmış olup olmadığıdır ki bu konu, Türk Hukuk Tarihi bağlamında, Osmanlı hukukçusunun kendisini hangi statüde gördüğünün ve hukuki meselelere yönelik karar verirken, görüş bildirirken hangi metotlardan yararlandığının, diğer bir yönden de örfî hukuk uygulamalarına neden gerek görüldüğünün cevabını verebilecek önemdedir.

Genel kabule göre, büyük İslâm uleması dokuzuncu yüz yıl sonlarına doğru, içtihat kapısının kapanmış olduğunu ilan etmiştir⁴⁰. Konuya ilişkin olarak Aydın da, hicri dördüncü yüz yılın ortalarından başlayıp, Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin (1868-1876) hazırlanmasına kadar geçen dönemlerin (İslâm hukuk tarihi açısından) taklit dönemi olarak isimlendirilebileceğini ifade etmektedir. Çünkü bu dönem hukukçularının amacı, meydana gelen hukuki problemler için yeni içtihatlarla çözüm üretmek değil, önceki dönemde oluşmuş hukuk mezheplerinin yorumlarını genişletmek ve daha anlaşılır hale getirmektir. Zira bu dönemde Sünni hukukçular arasında içtihat kapısının kapandığı, yani "ıctihat faaliyetinin artık mümkün ve caiz olmadığı" kanaati önemli ölçüde taraftar bulmuştur⁴¹. Konuya ilişkin güncel tartışmalar bu çalışmanın konusu aşmaktadır; burada belirlenmesi gereken Osmanlı hukukçusunun, Aydın'ın ifade ettiği genel kanaata sahip olup olmadığına ilişkin geleneksel kabulü ve kendilerini müçtehit (bilhassa mutlak müçtehit) sıfatında görüp görmedikleri hususu, Osmanlı hukukçuların yazdıkları eserler ve hazırladıkları fetvalar dikkate alınarak cevaplandırılabilir. Konuya ilişkin örnek olarak Ebu Said El-Hâdimî'nin⁴² fikirlerinden yararlanı-

³⁹ Barkan, **XV ve XVI ıncı Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Ziraf Ekonominin Hukukî ve Malf Esasları Kanunlar**, s. XI.

⁴⁰ Halil İnalçık, "Türk-İslâm Devletlerinde Devlet Kanunu Geleneği," **Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adalet**, İstanbul, Eren Yayıncılık, 2000, s.27.

⁴¹ Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s.61.

⁴² Ebu Said El-Hâdimî, İslâm hukuk metodolojisine ilişkin *Mecâmi'ül-Hakâ'ik* isimli eserin sahibidir ki söz konusu eser, 19. yüz yıl ve 20. yüz yılın ilk yarısında yaşayan ulema tarafından beğenilerek, adeta üzerine yazıldığı konuda bir el kitabı haline gelmiştir. Kitap bir çok kez istinsah edilmiş, yorumlanmış, basılmıştır. (Yaşar Sarıkaya, **Merkez ile Tağra Arasında Bir Osmanlı Âlimi Ebu Said El-Hâdimî**, Kitap Yayınevi, 1.bs., İstanbul, 2008, s.149.)

labilir. Zira söz konusu kişi, 18. yüz yılın önde gelen Osmanlı fakih ve müftülerindendir. Mutlak içtihadın⁴³ ancak mutlak müçtehide ait bir yetki olduğu fikrini taşıyan Hâdımî, “İçtihadın çok önce kesildiğini ve dolayısıyla bizim zamanımızda mümkün olmadığını biliyorum”⁴⁴ demektedir. Ancak içtihat ehliyetinin şartlarından bahsetmiştir ki bu bağlamda, Hâdımî'nin kasettiği, *müçtehid fil-mezheb*, yani mezhep içinde müçtehitliktir. Yaşadığı dönemde mutlak müçtehit bulunmadığı için ameli ve şer'i konularda taklidin zorunlu olduğu görüşünü taşıyan Hâdımî, mukallidin görüş bildirirken nasıl davranması gerektiğini de şu şekilde ifade etmektedir (ki mukallit Osmanlı hukukçusundan da beklenen bu şekilde davranmasıdır; zira Hâdımî kendisini de Hanefi mezhebine bağlı bir mukallit olarak görmektedir): “Mukallidin dayanağı müçtehidin görüşlerinden başkası değildir. Fukahâ görüşleri ile Kur'ân ve hadis arasında bir çelişkinin ve tezatın söz konusu olması durumunda, fukahâ görüşü tercih edilmelidir. Zira Kur'ân ve hadis hakkında araştırmaya dayalı bilgi edinme yalnızca müçtehid için mümkündür”⁴⁵. Neticede klasik dönem sonlarının Osmanlı hukukçusu Hadımî, mezhepte müçtehide kısmi bir içtihat yetkisi tanısa da görüşleri gelenekseldir; yani İçtihat kapısının kapandığına ilişkin fikri taşımaktadır ve Sünni mezhep imamlarının görüşlerinin mutlak geçerli olduğu fikrindedir; bu itibarla şer'i hüküm çıkartmak için doğrudan doğruya Kuran-ı Kerim ve hadise başvuramamış, Hanefi mezhep imamlarının görüşlerini taklit etmiştir⁴⁶.

Geleneksel Osmanlı hukukçusunun yaklaşımı bağlamında Ebussuud efendinin fetvaları da yol gösterici niteliktedir. Bir kısım fetvasında sorulara “olur” “olmaz” “yoktur” “sahihtir” “eyüdü”⁴⁷ gibi tek kelimelik yanıtlar da veren Ebussuud efendi, bazı fetvalarında da Ebu Hanife gibi Hanefi mezhep müçtehitlerinin fikirlerine atıf yapmıştır. Söz konusu fetva örneklerinden biri şu şekildedir: “Mes'ele: Zeyd yabanda bulduğu nesneyi sâhibine îsâl

43 Mutlak içtihatla bulunma yeteneğine sahip müçtehitler, başka bir müçtehidin fikrine bağlı olmaksızın ilahi hükümleri, delillerden istidlal yolu ile çıkartmaya muktedir olan müçtehitlerdir. Genel kabule göre, İslâm'ın ilk dönemlerindeki müçtehitler ve ikinci, üçüncü yüz yılda yaşayan fakihler (müçtehitler) -yani ashab ve mezhep imamları- mutlak içtihatla bulunmuşlardır. Büyük mezhep imamlarının talebeleri (örneğin, İmam Muhammed ve Ebu Yusuf) derece bakımından mezhep kurucu imamlardan aşağıda, fakat sonraki dönem fukahasından üstündürler. (Sarıkaya, **a.g.e.**, s.153-154.)

44 **A.e.**, s.154.

45 **A.e.**, s.154-155.

46 **A.e.**, s. 155.

47 Mehmet Ertuğrul Düzdağ, **Şeyhülislâm Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı**, 2.bs. İstanbul, Enderun Kitabevi, s. 174, 181, 182, 184, 185,192,199.

için almak mı efdaldır, almamak mı? Elcevap: Âmmе-i ulema' katlarında almak efdaldır. Bu Sürette: Zeyd bulduğu nesneyi sâhibine îsâl için aldığına şahidler tutmayacak, zikr olunan nesneyi gasb etmiş olur mu? Elcevap: İmam-ı A'zam katında olur"⁴⁸. Ebussuud efendinin Ebu Hanife'ye atıf yaptığı bir çok fetvası mevcuttur⁴⁹. Öyleyse Osmanlı klasik döneminin en ünlü hukukçusu olarak ifade edilebilecek Ebussuud efendi de kendisini (mutlak) müçtehit olarak görmemekte, görüşlerinin geçerliliğini ispat bağlamında Hanefi mezhebinin kurucusuna atıf yapma gerekliliğini duymaktadır.

Aydın, İctihat kapısının kapalı olduğuna dair Sünni hukukçular arasındaki yaygın görüşün, ortaya çıkan yeni problemlere hukukçuların, orijinal içtihatlarla çözüm bulmakta çekimser davranmalarına sebep olduğunu, bu nedenle zaman zaman İslâm hukukunun metodolojik esaslarını zorlayan ve onun dışına çıkan çözümlere gidildiğini belirtmektedir ki yazarın bu konuda verdiği örneklerden biri de Osmanlı örfi hukukudur⁵⁰.

Son olarak bu başlıkta, İslâm hukuk kurallarının arasında, günümüz kamu hukuku alanında değerlendirilebilecek devlet yönetim ve teşkilatının temellerine ilişkin hükümlerin de var olduğu, ancak bu nitelikteki hükümlerin, günümüz özel hukuku kapsamına dahil olabilecek nitelikteki İslâm hukukunun hükümlerine oranla daha az oranda⁵¹ bulunduğu belirtilmelidir ki bu durum, İslâm devleti olduğu ve egemenliği altındaki coğrafyada İslâm hukukunun geçerli olduğu iddiasında olan İslâm devletlerinde, örfi hukuka ilişkin uygulamaların da ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Zira İslâm hukukunun en önemli özelliklerinden biri -dört halife dönemi istisna olmakla beraber- müçtehit hukukçuların bireysel içtihatlarıyla gelişmiş olmasıdır. Söz konusu hukuk sistemindeki bu özellik, beraberinde olumlu sonuçların yanında, olumsuz sonuçlar da getirmiştir. Örneğin, bazı hukukçular teorik problemlerle gereğinden fazla ilgilenirken, uygulamada ortaya çıkan sorunlar, İslâm hukukunun normal gelişim çizgisinin dışındaki bazı çözümlere sebep olmuştur⁵².

48 A.e., s.178-179.

49 A.e., s.172,173, 186,189,194,195,195.

50 Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s.63.

51 Barkan, **XV ve XVI ıncı Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Ziraf Ekonominin Hukukî ve Malî Esasları Kanunlar**, s. XI.

52 Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s.63.

b) Örfi Hukuk Kavramı, Ortaya Çıkışı ve Gelişimi

Tursun Bey, Şeriat yanında örfün gerekliliğini ispat etmeye çalışırken, tarifini de vermiş ve şöyle demiştir: “(Siyaset) mücerred tavr-i ‘akl üzere nizam-i alem zahiriçün, mesela tavr-i Cengiz Han gibi olursa, sebebine izafet ederler, siyaset-i sultani ve yasag-i padişahi derler ki, ‘örfümüzce...ana ‘örf derler’ ”⁵³.

Tursun Bey’e göre, İslâm toplumu da dahil olmak üzere her toplum, varlığını sürdürebilmek için *sivil bir otoriteyi* kabul etmelidir; siyaset hikmete dayanıyorsa, insanı *iki cihanda* da mutluluğa götürecektir olan, *ilahi siyaset* yani *Şeriat* söz konusudur ve bunun kurucusu peygamberdir. Ancak otorite (siyasi iktidar) bu düzeye varamamışsa, (Cengiz Han’ın yaptığı gibi, *sadece bu dünyada* düzeni kurma amacındaysa) yalnızca akla dayanırsa, buna *sultani siyaset* (siyaset-i sultani= yasağ-i padişahi –padişah yasağı-) yani *örf* denir⁵⁴. Peygambere (Şeriat’ı söyleyene) her çağda gerek yoktur; çünkü *ilahi hukuk* (İslâm hukuku) kıyamete kadar dünyevi ve uhrevi uyum için yeterlidir; ancak gündelik işlerin (Dünya işlerinin) yürütülmesi için her çağda mutlak yetki sahibi –padişah- (*vilâye*) bulunmalıdır. Onun otoritesi (siyasi iktidarı) zaafa düştüğünde toplum en iyi koşullarda hayatını devam ettiremez⁵⁵. Böylece Tursun Bey İslâm dünyasında, Osmanlı Devleti’nden çok önce kabul edilmiş fikri tekrarlamaktadır⁵⁶.

Tursun Bey’in ifadesindeki “örf” kavramının, Şeriat (İslâm hukuku) yanında, toplum düzenini korumak amacıyla, devlet başkanının (ulûl-emr) koyduğu -akla dayanan- kanun olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla, 16. yüz yıla ait kanunlarda, örf⁵⁷, İslâm hukuku haricinde, hükümdarın iradesinden

53 Robert Anhegger, Halil İnalçık, **Kanunname-i Sultani Ber Muceb-i ‘Örf-i ‘Osmani**, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınlarından, 1956, s.IX. (Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu tarafından yayınlanan söz konusu kitabın ikinci baskısı, 2000 senesine aittir.) (Yazarların, Arapça asıllı kelimelerde, kendisinden önceki harfin harekesini uzun sesle okutan *med* harfleri [elif - _ - / â, vav - _ - / û, ye - _ - / î] için kullanmış oldukları işaretler, doğrudan alıntıda gösterilmemiştir.)

54 Halil İnalçık, “Şerî’at ve Kanun, Din ve Devlet,” **Osmanlı’da Devlet, Hukuk, Adalet**, İstanbul, Eren Yayıncılık, 2000, s.43. İnalçık’ın Tursun Bey’in konuya ilişkin fikirlerini anlatırken kullandığı *sivil otorite* terimi, din dışı otoriteyi temsil ediyor olsa gerek; zira padişah için de *sivil otorite* ifadesini kullanmıştır. (A.y.)

55 Halil İnalçık, “Şerî’at ve Kanun, Din ve Devlet,” s.43.

56 A.y.

57 Günümüz anlamında -örf ve adet kullanımıyla- *örf*, Osmanlı Devleti’nde, genelde *örf-i maruf* veya sadece *adet* kavramlarıyla ifade edilmiştir. Fakat birçok İslâm yazarı da –bir ön-

kaynaklanan kanunları ifade etmektedir. Zira İslâm literatüründe, örfün (‘urf), başlangıçtan itibaren, Şeriat haricinde, hükümetlerin çıkarttıkları emirler manasında kullanıldığı da belirtilmiştir⁵⁸.

İnalçık, Pir Mehmet’in (raiyyenin babasının kaçtığı toprağa geri getirilip getirilemeyeceği hakkında verdiği) fetvasından yola çıkarak, *örfün unsurlarını* şu şekilde tespit etmektedir:

- Şeriat dışı bir durumun-meselenin- varlığı (şer’i maslahat olmaması),
- söz konusu mesele hakkında, yaygın bir adetin veya kıyasa engel olacak genel bir anlayışın varlığı (koyun kimin ise kuzu dahi onundur derler),
- hükümdarın iradesinin varlığı –emr-i âli- (bu makulede ulûl-emre müracaat olunur, nice memur ise olur)
- genel düzenin örf ilkesinin uygulanmasını gerektirmesi (nizam-ı memleket için olan emr-i âliye itaat vaciptir)⁵⁹.

Bu bağlamda, Osmanlı Devleti’nin hukuk sisteminin Şeriat’ı aştığı fikrinde olan İnalçık’a göre *örf*, “Şeriat’ın kapsamına girmeyen alanlarda, devlet başkanının -hükümdarın- kendi akıl ve iradesine dayanarak, devlet kanunu koyma yetkisi”dir⁶⁰. Bu ilkenin kabulü, hükümdarın yönetimdeki mutlak iktidarının, devlet çıkarlarının ve bürokrasinin üstünlüğünün sonucudur⁶¹.

ceki başlıkta belirtildiği üzere- adet anlamında örf kelimesini de kullanmışlardır ki örf ve adet ile örf-i sultanî arasında yakın ilişki vardır. Hükümdar, kendi iradesine dayanarak doğrudan doğruya örfi kanunlar koyabildiği gibi, örf ve adeti de kanun haline getirebilmekteydi. Bu bağlamda İnalçık, örfi kanunların çoğunun kaynağının örf ve adet olduğunu belirtmektedir; ancak örf ve adeti, örfi kanun haline getiren, hükümdarın iradesi, yasama fonksiyonudur. (Halil İnalçık, “Türk-İslâm Devletlerinde Devlet Kanunu Geleneği,” s.27.) Konuya ilişkin olarak Mumcu da “örf kelimesi adet (gelenek) değil, ‘hükümdarın kendi yetkisine başvurularak çıkartılan kanun’ anlamına gelmiştir” demektedir. (Ahmet Mumcu, **Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından, 1963, s.30.) İslâm hukuku bağlamında, örf, adet, teamül kavramları için ayrıca bkz: Ali Himmet Berki, **İslâm Şeriatinde Kaza (Hüküm ve Hâkimlik) Tarihi ve İfta Müessesesi**, Ankara, Yargıçoğlu Matbaası, 1962, s. 42-47.

58 Anhegger, İnalçık, **a.g.e.**, s.IX ve dn: 4. *Ehl-i örf* ise, devletin otoritesini ve icra kuvvetini temsil edenlerdir; kadının (yargıcın) kararlarını, icra edenler de ehl-i örfdür. (**A.y.** ; İnalçık, “Türk-İslâm Devletlerinde Devlet Kanunu Geleneği,” s.27.)

59 İnalçık, “Türk-İslâm Devletlerinde Devlet Kanunu Geleneği,” s.28.

60 İnalçık, “Türk-İslâm Devletlerinde Devlet Kanunu Geleneği,” s.27.

61 **A.y.**

Örfi hukukun ortaya çıkma gerekçesi ise en genel ifadesi ile, Şeriat'ın kamu hukuku alanında temel prensipler koymamasına bağlanmaktadır; bu itibarla ilk halifeler döneminden itibaren İslâm devleti fethettiği yerlerin yönetim sistemlerini benimsemiş, bu şekilde kabul edilen pratik esaslar önce dine mal edilmiş, daha sonra hukuk uleması da içinde buldukları (etkisi altında kaldıkları) bölgenin şartlarına göre farklı içtihatlarla bulunarak İslâmi yönetim kaidelerinin çeşitlenmesine neden olmuşlardır⁶². Böylece devlet başkanları, *kamu zarureti* ve *iyi geleneklere uymak* iddiasıyla, Şeriat'ın açıkça karşı çıkmadığı konularda, herhangi bir kural ile bağlı kalmadan kanun çıkarma (kural koyma) yetkisine sahip olmuşlardır. “Bu şekilde yorumlanabilir, kodifiye edilebilir, fakat asla değiştirilemez olan, şeriatın yanında bizzat onun açık bıraktığı kapıların arkasında, ayrı bir örfi hukuk teşekkül etmiştir”⁶³.

Örfi hukukun ortaya çıkma gerekçesi, aynı zamanda Örfi hukukun doğuş sürecini aydınlatmaktadır ki unsurları bu şekilde tespit edilen örfün Osmanlı Devleti uygulamasında nasıl hukuk kaynağı haline geldiğinin tespiti için, öncelikle İslâm hukuk tarihinde örfün önem kazandığı dönemin dikkate alınması gerekir. Zira İnalçık, Müslüman-Türk devletlerinin kuruluşu ile örfün hukuk kaynağı olarak önem kazanmasının aynı döneme rastladığını ve söz konusu devletlerin kurulmasıyla, İslâm devlet anlayışı ve kamu hukuku⁶⁴ alanında, temel değişikliklerin meydana geldiğini ifade etmektedir⁶⁵. Bu bakış açısı uyarınca, sadece devletin yarar ve gereksinimlerini göz önünde tutan örfi hukuk (İslâm hukukuna) üstün gelmiştir. Şöyle ki İslâm alemine egemen olan Türkler, Orta Asya'dan, kendilerine ait devlet anlayışı ve yönetim geleneklerini de beraberlerinde taşımışlardır. Bu gelenekler, Türkmen- Oğuz gruplarının bağlı kaldıkları kökleşmiş inançlar ve adetler niteliğindedir⁶⁶. İnalçık konuya ilişkin olarak, Kuzey Hindistan'da, Kuzey Karadeniz'de, Yakın Doğu'da birbirlerinden yüz yıllarca ara ile kurulmuş Türk devletlerinde, aynı tarzdaki devlet teşkilat esaslarının, hakimiyet-egemenlik- kavramı ve ona ait pratiklerin görüldüğünü ifade etmektedir. Yazara göre Türk hükümdarı, “kendi iktidarına ortak ve onun üstünde bir otorite tanımayan mutlak karakterini daima sak-

62 Mumcu, **Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl**, s.29-30.

63 **A.e.** , s.30.

64 Yazarın kullandığı tabir “devlet hukuku” dur. (İnalçık, “Türk-İslâm Devletlerinde Devlet Kanunu Geleneği,” s.28)

65 **A.y.**

66 İnalçık, “Türk-İslâm Devletlerinde Devlet Kanunu Geleneği,” s.29.

lamıştır”⁶⁷. Bu bağlamda Türk Devlet anlayışının kökenine giden İnalçık,

67 **A.y.** (Türkler’in İslâm dinini kabul etmelerinden önce kendilerine has hukuki kurumlara sahip olup olmadıkları sorusuna ilişkin Köprülü’nün yanıtı şu şekildedir: “En basit bir sosyoloji bilgisiyle mücehhez olan bir kafa bile, iptidai cemiyetlerin dahi kendi bünyeleriyle mütenasip hukukî müesseselere malik olduğunu bilir. Türkler gibi eski zamanlardan beri büyük siyasi heyetler kurmuş bir milletin ise, yalnız hususî hukuk değil; bilhassa amme hukuku bakımından da kendine has müesseseler vücuda getirmiş olması gayet tabiidir”. Yine yazara göre, devlet kurmak kamu kurumları oluşturmak anlamına geldiğine göre, büyük Türk imparatorluklarının, kuvvetli bir teşkilat, yani sağlam hukuki kurumlar oluşturmuş olması doğaldır. Neticede Türkler, İslâm dinine girdiklerinde, eski ve kuvvetli bir hukuki kültüre (anlayışa) sahiptiler. Bu itibarla, Köprülü konuya bir soru ile devam eder: “Türkler’in İslâm dinini kabul ettikten sonra kurdukları devletlerin kamu hukuku kurumları, münhasıran İslâm kamu hukuku kurumlarına mı dayanmaktadır” yani Türk devletleri kendilerinden evvelki ya da çağdaşları olan İslâm devletlerinin benzer kurumlarını sadece taklitle mi yetinmişlerdir? Sorunun cevabı ise İslâm hukuk kurumlarının ve özellikle İslâm kamu hukukunun içerik ve gelişiminin bilinmesiyle verilebilir diyerek konuya ilişkin açıklamalarda da bulunmuştur. Açıklamalarına fıkıhın niteliği ile başlayan Köprülü, fıkıh denilen İslâm hukuk sisteminin, kaynağını dinden almakla beraber, İslâm dininin yayıldığı ve yerleştiği yeni alanlardaki yerel hukuk ananelerinin de etkisi altında, söz konusu yerlerin sosyal ve ekonomik dahilinde meydana geldiğini ifade etmektedir; zira yazar sıklıkla, İslâm devletleri olarak anılan devletlerdeki, İslâm hukuk nazariyesi (teorisi) yanında, onun ideal düzenlemelerinden farklı hukuki uygulamadan bahsetmektedir ki Köprülü, bu görüşünü şu cümleleri ile de ifade etmektedir: “Tarihi realiteyi gösteren tarihi kaynaklara değil; sadece ideal konstrüksiyonlar ifade eden hukukî metinlere dayanan bazı müellifler, İslâm hukukunun Atlas kıyılarından Çin hudutlarına kadar bütün Müslüman memleketlerinde hâkim ve değişmez bir sistem olduğunu iddia etmektedirler. Bu dar telâkkiye göre muhtelif İslâm devletlerinin amme müesseseleri, aynı esaslar üzerine kurulmuş olmak icap eder...tarihî zihniyetin asla kabul edemeyeceği bu formalist telâkki İslâm hukukunun tarihi teşekkülü hakkında... elde edilmiş neticelerle de hiçbir surette telif edilemez...menşe’ini *Kitap ve Sünnetten* almakla beraber bu hukuk, muhtelif yabancı hukuk sistemlerinden müteessir olmuş ve bilhassa *Jurisprudence*’ın yaratıcı faaliyeti –İslâm hukukundaki tabiriyle içtihat- sayesinde, o devrin iktisadî ve içtimai zaruretlerini karşılayan geniş bir sistem hâlini almıştır. Bu sistemi vücuda getiren unsurlar içinde *Kitap ve Sünnetin* hissesi...ancak yüzde birdir. Buna rağmen nazarî sistem olarak Fıkıh, dinî mahiyetini asla kaybetmemiştir. Tatbikata gelince...İslâmın ilk patriyarkal devri istisna edilecek olursa, bu nazarî ve ideal sistem hiçbir zaman tam olarak tatbik edilememiş, Emevî ve Abbâsî hükümdarları birçok defalar devletçe görülen zaruret karşısında peygamberin vaz’ettiği ahkâma mugayir hükümler ısdarına mecbur kalmışlardır”. M. Fuad Köprülü, “Ortazaman Türk Hukukî Müesseseleri İslâm Amme Hukukundan Ayrı Bir Türk Amme Hukuku Yok Mudur?” **İslâm ve Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları ve Vakıf Müessesesi**, ed. Orhan F. Köprülü, 2.bs., Ankara, AkçağYayınları, 2005, s. 14-15,18, 20-22.)

Bu bağlamda Cumhuriyet öncesi, Osmanlı Devleti’ndeki fıkıh tedrisatına değinen Köprülü, söz konusu tedrisatın tamamen dogmatik ve teolojik şekilde yapıldığını, İslâm hukukunun tarihi bir oluşum olduğunun düşünülmediğini, Saw[v]a Paşa’nın *Etude sur la Theorie*

Orhun kitabelerinden yola çıkmaktadır. Söz konusu kitabelerin ortaya koyduğu üzere, egemenliğini (hakimiyetini) Tanrı'dan alan Hakan (Türk hükümdarı), egemenlik ve bağımsızlığını *töre* (*yasa*, *kanun*) koymak şeklinde anlar. Töreyle koyabiliyorsa, siyasi iktidara da sahiptir. Efsanelerle çevrilmiş Oğuz (Mete) ve Bumin gibi Türk hükümdarlarının yanında, Moğol hükümdarı Cengiz de yarasını ilan etmiş ve torunlarına "cihan hakimiyetini" kaybetmek istemiyorlarsa, yasaya uymaktan vazgeçmemelerini vasiyet etmiştir. Yasanın kökeni, Türk, Moğol kavimlerinin yüzlerce yıllık gelenekleri ve eski devlet prensibi olmakla beraber, -daha evvel de belirtildiği üzere- gelenekleri ve devlet prensiplerini yasalaştıran, hükümdarın iradesidir⁶⁸. Yine İnalçık'ın ifade ettiği üzere, Togan'a göre, "Orta Asya'da Türk ve Moğol kavimleri arasında, Mete'den Timur'a kadar binlerce yıl, esas hatlarıyla aynı kalmış bir Töre mevcut olmuştur. Bu Töre veya Yasa, devlet teşkilâtının ve hanlık hakimiyetinin temelini teşkil etmiş, onun yanında bağımlı kavimlerin gündelik işlerini idare eden yerel kanûnlara, hanlık hukuku ile çatışmadığı ölçüde, izin verilmiştir"⁶⁹. Müslüman olan Cengiz Han oğulları da devlet yönetiminde yasaya sadık kalmışlardır. Bu dönemde Yakın Doğu'da *yasa* ve *Şeriat* arasındaki rekabet, İslâm hukukunun (Şeriat'ın) temsilcisi olan ulema ile icra gücünü (siyasi hakimiyeti) temsil eden beyler arasındaki rekabete de zemin hazırlamıştır. Hatta yasaya bağlı Timur oğlu Uluğ Bey'in öldürülmesinde, bazı İslâm ulemasının rolünden de bahsedilmiştir⁷⁰.

Anadolu'da uç Türkmen devletlerinde, Osmanlı Devleti de dahil olmak üzere, hukuk ve yönetim alanında, İlhanlı Devleti örneği etkili olmuş, hükümdarın kendi iradesi ile koyduğu *kanunlar* (İlhanlı Devleti'nden sonra kurulmuş olan gerek Osmanlı Devleti'nde, gerekse Akkoyunlu Devleti de dahil olmak üzere, Doğu Anadolu ve Irak'ta kurulan Türkmen devletlerinde) *yasa* ve

du Droit Musulmans (II vol., Paris 1891-98) isimli eserinin de bu dogmatik zihniyetin ürünü olduğunu, daha sonraki hukukçuların da eserlerinde İslâm hukukuna dair ara sıra verdikleri bilgilerde ve ileri sürülen fikirlerde, eski teolojik medrese anlayışlarından dışarı çıkamadıklarını, bu durumun anlaşılabilir bir garibe olduğunu, muahhar (sonraki) Osmanlı hukukçuluğunun iflasına bundan açık örnek bulunamayacağını, ülkemizde bir "milli hukuk mesleği" oluşamamasının başlıca nedenlerinden birinin de bu olduğunu ileri sürmektedir. (Köprülü, "Ortazaman Türk Hukuki Müesseseleri İslâm Amme Hukukundan Ayrı Bir Türk Amme Hukuku Yok Mudur?" s.21, dn: 31.)

68 İnalçık, "Türk-İslâm Devletlerinde Devlet Kanunu Geleneği," s.29.

69 A.y. (İnalçık da atıf yaptığı Zeki Velidi Togan'ın bu varsayımında, büyük bir gerçek payı olduğu fikrindedir. A.y.)

70 İnalçık, "Türk-İslâm Devletlerinde Devlet Kanunu Geleneği," s.29-30.

yasakname adı altında toplanmıştır⁷¹. İnalçık bu nokta da Timur'a atfedilen *Tüzükat*'da yasa ruhunun egemen olduğunu söylemektedir⁷².

Anhegger ve İnalçık'ın (konuya yaklaşımını haklı bularak) atıf yaptıkları Zeki Velidi Togan da, Orta Doğu'ya "müşrik" Moğolların gelmesinin akabinde, Türk/Moğol hukukunun etkisinin, *örf* ve *Şeriat* arasındaki ayrılığın, bu coğrafyada arttığını, Orhan Gazi zamanında Osmanlı Devleti'nin esasının Şeriat'a değil, *yasak* hukukuna dayandığını söylemiştir⁷³. *Yasak* zamanla örf, yani "sultanın kendi otoritesine dayanarak memleket nizamı için koyduğu kanunlar" manasını almıştır⁷⁴. İslam hukuk tarihi bağlamında, Muaviye tarafından hilafetin saltanata çevrilmesi neticesinde, törenin (örfün), İslâmî temel ilkeleri sağlayamayacak olan devletteki hakim çıkar gruplarının iradesini ifade ettiğini söyleyen Hatemi de "Cengiz Yasası" olgusundan sonra, Şeriat ve töre ikiliğinin iyice belirginleştiğini söylemektedir⁷⁵. Yazara göre, Moğol istilasından sonraki yüz yıllarda temel İslâm ilkelerine aykırı töreler (örfler) daha baskın bir şekilde görülmüştür⁷⁶.

Heyd'in (bilhassa ceza hukuku bağlamında) örfi hukukun doğup gelişimine ilişkin değerlendirmesine göre de, İslâm dininin yayılmaya başladığı ilk dönemlerden itibaren ceza hukuku, büyük ölçüde kadıların kaza yetkisinin dışında kalmıştır. Büyük küçük suçların çoğu, *sahibu's-şurta*, *veliyü'l cerâ'im* diye adlandırılan kişilerce incelenmiş ve cezalandırılmıştır. Muhtesipler de ticaret anlaşmazlıkları ve İslâm ahlakına aykırı suçlarla ilgilenmişlerdir⁷⁷. Kadıların (yargıçların) engel olamadıkları resmî görevlilerin zulmünü engelleyebilmek, adaletin yerine gelmesine ve haksızlıklara mani olabilmek için halifeler, şikayet mahkemeleri kurmuşlardır. İbn-i Haldun, bu nitelikteki *mezalim mahkemesi*yle "hükümdarın otorite gücüyle, kadıların yargılama -kaza-⁷⁸ yetkilerinin birleştirildiğini" belirtmektedir.

71 İnalçık, "Türk-İslâm Devletlerinde Devlet Kanunu Geleneği," s.30.

72 **A.y.**

73 Anhegger, İnalçık, **a.g.e.** , s.IX ve dn: 27; İnalçık, "Türk-İslâm Devletlerinde Devlet Kanunu Geleneği," s.30.

74 Anhegger, İnalçık, **a.g.e.** , s.IX ve dn: 27.

75 Hatemi, **İslâm Hukuku Dersleri**, s.79.

76 Hatemi, **İslâm Hukuku Dersleri**, s.51.

77 Uriel Heyd, "Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat," **Türk Hukuk ve Kültür Tarihi Üzerine -Makaleler-**, çev. ve der. Ferhat Koca, Ankara, Ankara Okulu Yayınları, 2002, s.45.

78 İslâm hukuku bağlamında "kaza" için bkz: Berki, **İslâm Şeriatinde Kaza (Hüküm ve Hâkimlik) Tarihi ve İfta Müessesesi**.

Heyd'in ifadesiyle, *mezalim mahkemeleri*, hükümdar, vezir, vali, ve saray erkanından bir kimsenin başkanlığında yargılama yapan "laik" kurumlardı. Çoğu kez bu tür mahkemelerde kadılar da bulunurdu; fakat bu mahkemeler, kadıların "dini hukuk"a göre yargılama yaptıkları normal hukuk mahkemelerinden farklıydı⁷⁹. Tüm bu olağanüstü yargı organları, genelde örfi hukuk, kamu yararı (maslahatü'l-âmmе), ve bilhassa idari ve siyasi maslahatın gereğine göre yürütülüyordu⁸⁰. Heyd, Osmanlı Devleti'nin bu tür adalet organlarını, kadıların yargılama yaptıkları şer'i mahkemelerin yanında koruduklarını ifade etmektedir. Bu fikrinin dayanağını, 16. yüz yılın birinci yarısında Mısır'da David Ben Zimrâ isimli bir Yahudi hahamın verdiği cevapta da bulmaktadır. Söz konusu haham, Heyd'in bildirdiğine göre, "onların (Osmanlılar) biri şer'i, diğeri örfi olmak üzere iki çeşit hukuk sistemi vardır. Şer'i hukuk dinî hukuka göre karar veren baş kadı'ya tevdi edilmiştir ve vali onun kararlarını infaz ile yükümlüdür. Öte yandan bir çeşit muvakkat kanunnâmelere dayanan örfi hukuk, o bölge valisinin sorumluluğundadır"⁸¹ demektedir.

Yine Goldziher de İslâm dininin en eski dönemlerinden itibaren, uygulamanın çoğu defa Şeriat'ın taleplerinden farklı şekiller aldığını, bir çok İslâm ülkesinde ise, kökleri İslâmiyet'in kabulünden önceki dönemlere giden örf ve adetlerin yürürlükte kaldığını söylemektedir. Örneğin, Moğol egemenliğindeki Irak'ta şer'i yargı mercii (*kazâyâ şar'îya*) yanında *kazâyâ yarguciya* bulunmaktaydı⁸².

Konuya ilişkin olarak Aydın da İnalçık'a atıfla, Sasaniler'de her ayın ilk haftasında kişilerin, hükümdarın huzuruna çıkarak şikayet bildirme imkanından bahsetmektedir. Yine yazar İnalçık'a atfen, Büyük Selçuklu Devleti'nde de hükümdarın haftada iki gün şikayet dinlediğini, Anadolu Selçuklu Devleti'nde ise hükümdarın senede bir defa mahkemeye giderek, yargıç huzurunda, kendisinden şikayetçi olanlar var ise, bu kişilerin şikayet ve davalarına muhatap olduğunu, Osmanlı Devleti'nin kuruluş döneminde de "hükümdarın" (bey) yönettiği topluluğun şikayetlerini dinleyerek adaleti tesis etme geleneği ile karşılaştıldığını⁸³, *Telhîsu'l-Beyân*'da Yavuz Sultan Selim'in halkın şikayetini dinlemesinden bahsedildiğini belirtmektedir⁸⁴.

79 Heyd, "Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat," s.45-46.

80 Heyd, "Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat," s. 46.

81 **A.y.**

82 İ. Goldziher, "İslâm Hukuku," s.289-290.

83 M. Âkif Aydın, "Kanunnâmeler ve Osmanlı Hukuku'nun İşleyişindeki Yeri," **Osmanlı Araştırmaları**, XXIV (2004), s. 37-38.

84 Aydın, "Kanunnâmeler ve Osmanlı Hukuku'nun İşleyişindeki Yeri," s. 38.

İslâm hukukunda Sasani etkisinden bahseden bir diğer yazar da Köprülü'dür; İnalçık, gibi İslâm hukukunun diğer hukuk sistemleriyle etkileşimde bulunduğu fikrinde olan Köprülü, (geniş anlamı ile) İslâm hukukunun, Bizans hukukunun, Bizans kamu kurumlarının büyük ölçüde etkisi altında kaldığını belirttikten sonra; bu etkinin Emeviler döneminden başlayarak, Abbasiler döneminde daha da kuvvetlendiğini söylemektedir⁸⁵. Köprülü, fikhın teorik bir sistem olarak oluşumunda değilse de İslâm hukukunda ve özellikle kamu kurumlarının ortaya çıkması ve gelişiminde Sasani hukukunun (egemenlik ve yönetim kavramları, egemenlik sembolleri, saray teşkilatı ve teşrifatı, divanlar, para sistemi, toprak ve vergi sistemi, resmi posta, casusluk, yol güvenliği, gümrük konuları, ordu teşkilatı, şehir ve köylerdeki kamu hizmetleri bakımından⁸⁶) etkisini vurgulamakta, Abbasi Devleti'nin Sasani ananelerini iktibas ve taklitle, saray ve idare teşkilatlarını oluşturduğunu belirtmektedir⁸⁷. Bu itibarla aynı etki, Abbasi Devleti'nden ayrılarak, bağımsızlıklarını kazanmış Türk-İslâm devletleri bağlamında da dile getirilebilir⁸⁸. Devamla Köprülü, fikhın, İslâm toplumu içinde ne dereceye kadar pozitif hukuk (müspet hukuk) niteliği aldığını da sorgulamaktadır. Köprülü, yerin ve zamanın gereklerine cevap verebilmek için rey ve kıyasa (istidlâle) giderek istihsan ve istislah prensipleriyle ve içtihat yoluyla hayatın dinamizmine uyulmaya çalışılmakla beraber, ilahi kaynak ve dini niteliği itibarıyla nasa bağlı kalmak zorunda olan hukuk sisteminin tüm hukuki ilişkileri düzenlemeye yetmemesinin doğal olduğu kanısındadır⁸⁹. Dini hukuk hükümlerinin ilk dört halife döneminde dahi tamamıyla tatbik edildiğinin iddia edilemeyeceğini (Halife Ömer döneminden ve daha sonraki dönem-

85 Köprülü, "İslâm Hukuku," s. 298-299. Köprülü, Osmanlı Devleti kurumlarının, Bizans'ın kurumlarının taklidi olmayıp, kendi geleneği içinde geliştiğine dair görüşünü dile getirdiği eserinde, "Bizans devlet müesseselerinin Osmanlı devlet müesseseleri üzerinde hiçbir bariz tesir icra etmemiş olması, Osmanlılar'dan evvelki devirlerde de böyle bir tesirin bulunmadığına asla bir delil teşkil edemez. Türk ve İslamlar üzerinde Bizans medeniyetinin diğer bir takım tesirleri de, en ziyade, Osmanlılar'dan evvelki devirlerde gerçekleşmiştir... Bizantistler, İslam tarihinde Bizans tesirini, en ziyade, Emevî devriyle Abbâsiler'in ilk asırlarında aramalıdır" demektir. (Fuat Köprülü, **Bizans Müesseselerinin Osmanlı Müesseselerine Tesiri**, 3.bs., İstanbul, Kaynak Yayınları, 2002, s.170-171.) Köprülü'nün hukuk tarihçiliği hakkındaki bir inceleme için bkz: Mehmet Akman, "Fuad Köprülü'nün Hukuk Tarihçiliği," **Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları**, sayı 4, (2007-Güz), s. 7-14.

86 Köprülü, ceza hukuku, ticaret hukuku, sulama işlerinin düzenlenmesi, ziraat hukukunda da bu etkinin aranmasının yerinde olduğu fikrindedir. (Köprülü, "İslâm Hukuku," s. 303.)

87 Köprülü, "İslâm Hukuku," s. 300-301.

88 Köprülü, "İslâm Hukuku," s. 303.

89 Köprülü, "İslâm Hukuku," s. 303-304.

lerden örnekler vererek) söyleyen yazar, davranışlarında dini kurallara uy-
mak gereği duymayan Emeviler döneminde teolojik ve teorik düzeyde kalan
fikhın, ancak Abbasiler döneminde resmen “hukuki hayat kaidesi” niteliğini
aldığını, ne var ki bu dönemde de fıkıh hükümlerinin tamamıyla uygulan-
madığını, şer’i hukukun yanında *yerel adetlere dayanan örfi hukukun* daha
önemli bir yer aldığını, böylece hukuki hayatın tamamlandığını, *şer’i kaza*
yanında *örfi kazanın* da bulunduğunu, devlet tarafından atanan kadıların
şer’i kaza alanlarının, örfi kazaya göre çok sınırlı olduğunu, *şurta*⁹⁰, *hisbe*⁹¹,
*ma[e]zalim*⁹² gibi isimler altında değişik İslâm devletlerinde var olan yargı-

90 Şurta (zabıta): Şurta görevi, kaza (yargılama) ile ilgilidir. Zira şurta (zabıta) yargılama fa-
aliyetine hizmet eden görevdi. Suçun ve suçlunun tespitinde yargıca (kadıya) yardım etti-
ği gibi, yargıcın hükmünün de tatbikini sağlamaktaydı. Şurta reis ya da müdürü, zina ya-
panlarla, alkollü içki kullananlar (ki söz konusu suçlar, İslâm hukuk nazariyesinde had
grubu suçlara girmektedir) hakkında Şeriatça verilmesi gereken cezaları uyguladığı gibi,
şer’i işlerden olup kadınlara verilmeyen diğer bir çok konu da şurta (zabıta) kapsamına gi-
ren görevlere dahil edilmişti. Bağdat’taki Abbasi Devleti, Endülüs’teki Emevi Devleti, Mı-
sır Fatimileri dönemlerinde, şer’i cezalar verme görevi kadınlardan alınarak zabıta reisleri-
ne verilmişti. Endülüs’te zabıta reisliği makamı, vezirliğe ya da hükümdarın hacibliğine
(mabeyinciliğine) geçiş makamı sayılır; şurta reisine *sâhibül medîne* (şehir emini, beledi-
ye başkanı ya da valisi), veya *sahibül leyl* (gece muhafızı) denilirdi. Anlaşıldığı üzere zabı-
ta görevi, kaza (yargılama görevi) ile başlamış, ancak ondan ayrı bağımsız bir görev niteli-
ğine, Emeviler devrinde ulaşmıştır. (Corci Zeydân, **İslâm Uygarlıkları Tarihi**, C.I, çev.
Nejdet Gök, 1.bs., İstanbul, İletişim Yayınları, 2004, s.315.)

91 Hisbe: “İslâm hukukunda devlet muhasebesi, muhasebe dairesi.” (Devellioğlu, **a.g.e.**,
s.373.) İslâm medeniyeti bağlamında hisbe teşkilatına bakıldığında, kaza gibi, dini bir gö-
rev olduğu görülür. Hisbe memuru (muhtesib), Şeriat’a aykırı eylemleri araştırarak, söz ko-
nusu eylem faillerini cezalandırıp, düzeni sağlayacağı gibi, yollardan gelip geçene sıkıntı
verecek şeyleri ortadan kaldırmakta, hamallar ve gemileri fazla yük almaktan men etmek-
te, yıkılmak üzere olan binaların sahiplerini uyarmakta, insanlara zarar verme ihtimali
bulunan tehlikeyi ortadan kaldırmakta, eğitim yerlerinde denetim yaparak, öğrencilere da-
yak atan öğretmenleri cezalandırmaktaydı. Ayrıca, halkın genel yararı ile de ilgilenerek, yi-
yecek ve içeceklerle hile karışmasını, eksik ölçüm aletleri kullanılmasını da engellemeye ça-
lışırlardı ki aslında söz konusu durumlar kadının görev alanına girmektedir; ancak kadı-
lık makamını bu işlerle meşgul etmemek için hisbe teşkilatı kurulmuştur. Fatimiler ve En-
dülüs Emevileri, söz konusu işleri kadının görev alanı dahilinde bırakmışlardır; daha son-
ra saltanat makamı, halifelikten ayrılınca, hisbe, valilerin görev alanına girmiştir. Ayrıca
ihtisab görevlilerine ait bazı kanun ve nizamlar bulunmaktaydı ki hukuk hükümleri nasıl
öğretilep uygulanıyorsa, ihtisab hükümleri de ders olarak okutulur ve uygulaması yapıldı.
(Zeydân, **İslâm Uygarlıkları Tarihi**, s.313-314.)

92 Divanü'l-mezâlim (-zulümden- şikayet divanları): Bu kurumun amacı, kadılar ve diğer dev-
let görevlileri hakkında halkın şikayetlerinin dinlenerek çözüme kavuşturulmasıydı. Dört
Halife döneminde, Hz. Ali hariç diğer halifeler mezalim meclisleri kurmamışlardır; ancak
halifelik Hz. Ali’ye geçtiği kargaşa döneminde, halkın şikayetlerinin dinlenilerek çözüme

sal faaliyetlerin, kamu düzenini sağlamak ve korumak bakımından oynadıkları roller ve ceza mahiyetleri bağlamında şer'i kazanınkinden çok daha fazla faaliyet ve nüfuz alanına sahip olduklarını ifade etmektedir⁹³. Devlet başkanının (hükümdarın) kanun koyma (yasama) yetkisinden kaynaklanan ve geniş ölçüde yerli örflerden yararlanan söz konusu kaza organları, Köprülü'ye göre hiçbir zaman fikhın dini hükümleri ile ilgili olmadıkları halde, özellikle hisbeye ilişkin yazılan bazı eserlerde bu tür yargı organına dini bir renk verilmeye çalışılmıştır ki bu durum teolojik zihniyetin görünümünden başka bir şey değildir⁹⁴. Köprülü'nün yorumu ile, siyasi hukuk ve idari hukuk gibi, ticaret hukukunda ve ceza hukukunda da fikhın rolü çok az olmuş, vergilendirme konusunda da şer'i tekalif yanında, örfi tekalif (örfi vergilendirme) de söz konusu olmuştur. Örneğin Mısır ve Suriye'deki İslâm Devleti fetihlerinden sonra, bu yörelerdeki Bizans dönemi vergileri geçerliliklerini

kavuşturulması gerekliliğinin önem kazanması üzerine, Hz. Ali yanına gelen şikayetçi dinleyerek, şikayeti araştırıp sorunu çözmüş ya da çözdürmüştü, ancak halkın şikayetini dinlemek için özel bir gün belirlememişti. Daha sonra gelen bazı Emevi ve Abbasi halifeleri ise halkın şikayetini dinlemek için özel bir gün tayin ettiler. Söz konusu şikayet divanlarında halk, vali ve mutasarrıflardan, vergi memurlarından, devlet dairelerindeki katiplerden, halifelerin çocuklarından ve kadılarından şikayetçi olabilirdi. Mısır'da, Miladi 870 yılında bağımsızlığını ilan etmiş Ahmet b. Tolun, bu yörede halkın şikayetlerine bakan ilk kişiydi. Mısır'ı ele geçiren Fatımiler de mezalim divanlarına gereken önemi göstermişlerdir. Fatımiler'in egemenliği eski gücünü yitirip, devlet işleri vezirlerin eline geçince, mezalim işine bakmak da vezirlerin görevi haline gelmiştir. Mısır'ın yönetimi Eyyubiler'e geçtiğinde de mezalim davaları için özel bir konak inşa edilmiş, ve buna *Dârü'l-adi* denilmiştir. Eyyubi sultanı mezalime baktığında saltanat tahtı üzerinde değil, tahtın yanında ayakları yere değecek şekilde bir kürsü üzerine oturur, sultanın sağ tarafında dört Sünni mezhebin baş kadıları, önünde hazine vekili, diğer memurlarıyla muhafızlar, özel hizmetliler yer alır, şikayetleri sultana okuyacak kişi de hazır bulunurdu; şikayetler okundukça sultan, kadılara ya da komutanlara ilgili konuları sorduktan sonra, uygun gördüğü hükmü verirdi. (Zeydân, **İslâm Uygarlıkları Tarihi**, s.309-312.)

93 Köprülü, "İslâm Hukuku," s. 304; Köprülü, "Ortazaman Türk Hukukî Müesseseleri İslâm Amme Hukukundan Ayrı Bir Türk Amme Hukuku Yok Mudur?" s. 23. Şer'i kazayı (yargılamayı) İslâm hukukunu uygulamakla yükümlü devlet tarafından atanan kadılar yerine getirirken, yine devletçe atanan yetkili memurlar da örfi yargılama faaliyetini yerine getirmekteydiler ki Köprülü, bu iki çeşit *jurisdiction*'ın ortaya çıkmasına sosyal ve ekonomik zaruretlerin sebep olduğunu ifade etmektedir. İslâm devletlerindeki söz konusu iki tür yargılama faaliyetinin birini *cismani* diğerini ise *ruhani* olarak niteleyen Köprülü, on dokuzuncu yüzyılda Avrupa hukukunun etkisi başlayıncaya kadar, İslâm devletlerinde bu iki cins yargılama faaliyetinin de varlıklarını koruduklarını belirtmektedir. (Köprülü, "Ortazaman Türk Hukukî Müesseseleri İslâm Amme Hukukundan Ayrı Bir Türk Amme Hukuku Yok Mudur?" s.23.)

94 Köprülü, "İslâm Hukuku," s. 304.

sürdürmüşlerdir⁹⁵; Abbasi dönemi ve daha sonra değişik vilayetlere ait vergi mevzuatına, *kanun* adı verilmesi de Köprülü'ye göre, bu vergilerin şer'i değil örfi niteliğini göstermektedir⁹⁶. Yazar, bu açıklamaların, İslâm devletlerinde çok eskiden beri fikhin dışında, fıkıhla bağlantısı olmayan, geniş bir yasama faaliyetinin, özellikle kamu hukuku alanında var olduğunu göstermeye yeteceği fikrindedir. Yazar devamla, Halife adına yargılama faaliyetini yerine getiren kadıların, *kazı al-kuzat* veya *akza al-kuzat* unvanına sahip devletin merkezinde bulunan en üst adalet memurunun kontrolü altında bulduklarını, onun yetkisi dışında kalan örfi kaza kurumlarının ise Şeriat'a değil, doğrudan doğruya devlet otoritesine dayandıklarını söylemektedir ki bu bağlamda Köprülü, hükümdarların bazı zamanlarda şer'i yargıya da müdahale ettiklerini dile getirmektedir. Konuya ilişkin verdiği örnek ise, Mısır'da Tolunlu hanedanını kuran Ahmet'in (dokuzuncu yüz yıl sonlarında) kadı ile aralarında çıkan bir anlaşmazlıktan dolayı, yedi yıl kadılık görevini *nazir al-mezalim* unvanını taşıyan ve hiçbir şer'i sıfatı olmayan kişiye (memura) gördürmüş olmasıdır⁹⁷. Takip ettikleri dini siyasete rağmen büyük Selçuklu hükümdarları döneminde de örfi yargılama organlarının tüm önemlerini koruduğu, özellikle Türk kabileleri arasında, eski kabile hukukunun devam etmesi nedeniyle, merkezi idare teşkilatındaki *dâd-beylerin* örfi yargılamalara nezaret ettikleri belirtildiği gibi, örfi yargılamaya ilişkin örneklerden biri de Harezmsahlardan döneminden verilmiştir; söz konusu dönemde, daha önceki İslâm devletlerindeki mezalim divanına (*Divan al-mazalim*) benzetilen, ordu içinde faaliyette bulunduğu söylenen yüksek mahkeme de örfi yargılama kurumlarından biri, siyasi ve idari bakımdan diğer örfi yargı organlarının en yükseğiydi⁹⁸.

Konu bağlamında, Moğollar'ın İslâm devletlerini ele geçirmeleri sonrasında da bahseden Köprülü, sayıca çok olmayan Moğol fatihlerinin İslâm kültür çevrelerinde, hızla Türkleşip, İslâmlaşmalarına rağmen, *yasa* denilen Moğol kanununun⁹⁹ ve Moğol idari ve mali ananelerinin, İran, Irak, Doğu

95 Köprülü, "Ortazaman Türk Hukukî Müesseseleri İslâm Amme Hukukundan Ayrı Bir Türk Amme Hukuku Yok Mudur?" s.23-24.

96 Köprülü "İslâm Hukuku," s. 304-305.

97 Köprülü "İslâm Hukuku," s. 305; Köprülü, "Ortazaman Türk Hukukî Müesseseleri İslâm Amme Hukukundan Ayrı Bir Türk Amme Hukuku Yok Mudur?" s. 25.

98 Köprülü "İslâm Hukuku," s. 306-307.

99 Konu bağlamında "Cengiz Yasası"ndan bahsetmek gerekirse Arsal, Kutadgu Bilig'deki ilkelere "devlet silahla kurulur fakat kalem ve kanunla idare edilir" ilkesinin farkında olan ve Kerayit ve Neyman Türkleri'ni de siyasi iktidarına tâbi kıldıktan sonra sadece Moğollar'ın değil bir kısım Türk toplumlarının da hükümdarı bulunan Cengiz'in, Neyman Hanı'nın dam-

Anadolu, Altın-Ordu bölgelerinde etki yaptığını, *Yargu* adlı Moğol mahkemeleri ve *yargucu* denilen hakimlerin yasa hükümlerine göre, idari ve siyasi yargılama görevi gördüklerini belirtmektedir¹⁰⁰. Yine yönetim teşkilatında ve vergilerde de Uzak Doğu'dan gelen bazı yeni anlayışların göze çarptığını, Moğol istilasına uğramamış olan Memluk Devleti'nde de, çeşitli nedenlerle yerleşmiş Müslüman Moğollar veya Moğol bölgelerden gelmiş Türkler'in, (sınırlı şer'i konular dışındaki) anlaşmazlıklarını *yasa* hükümlerine göre çözmek için *hacip* unvanını taşıyan yargıca başvurduklarını ifade eden yazar, bu olgulardan hareketle, Moğol egemenliğiyle geçen dönemin, Şeriat hükümlerine göre, örfi hükümleri kuvvetlendirip, uygulama alanını genişlettiği sonucuna varmakta¹⁰¹, devamla, on dördüncü yüz yıl başlarında Delhi Türk-Halaç hükümdarlarından ad Ala-ad-din'in din ve devlet işlerini birbirinden tamamen ayırarak şer'i hükümlere ve Şeriat kurumlarına hiç değer vermemesini ise bu kişinin şahsi eğilimi olarak değerlendirmektedir; çünkü ne daha evvelki ne de daha sonraki yüz yıllarda, Müslüman hükümdarlar, egemenlikleri altındaki halkın dini inançlarından kaynaklanan hislerini incitmek amacıyla Şeriat alimleri ile gereksiz yere açık mücadeleye girmekten daima çekinmişlerdir¹⁰². Zira Timur bir taraftan yasa hükümlerini uygularken, diğer yandan ulemayı gözetmekten de geri durmuyordu¹⁰³. Ancak

gacısına (Tata Tonga) aynı göreve devam ederek, oğullarına Uygur dilini, yazısını, yasanı öğretmesini emrettiğini ifade etmektedir. Bu anlayışa sahip hükümdarın, Moğol ve Türkler'in devlet yönetimine ait hukuki esaslarını toplattırarak, "yasa" ismi ile bilinen yazılı bir kanun derlemesini meydana getirterek, tunç levhalara kazıtığı belirtilmektedir ki söz konusu yasa hükümlerinin çoğu, Türk toplumlarının geleneksel hukuk anlayışını yansıtmakla beraber, bu hükümlere Moğol telakkilerinin de etkisi olmuştur. El-Makrizî, Berezin ve Temkowski'nin yasanın bazı kaynaklardaki maddelerini topladıklarını ifade eden Arsal, bazı yazarların ise söz konusu yasanın, hiçbir zaman yazılı bir hukuk derlemesi haline gelmediği, ağızdan ağıza intikal eden sözlü ananevi kanunlardan ibaret bulunduğu kanaatini taşıdıklarını söylemekte, ancak bu fikre katılmadığını da eklemektedir. (Sadri Maksudi Arsal, **Türk Tarihi ve Hukuk**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından, 1947, s. 167-169,175.) (Cengiz Yasası'nın hükümleri için bkz: **A.e.**, s.169-174.)

¹⁰⁰ Köprülü, "İslâm Hukuku," s. 307.

¹⁰¹ **A.y.**

¹⁰² Köprülü, "İslâm Hukuku," s. 308. Köprülü, Çerkes Memlukları'ndan olup, Mısır Memlukları'nın askeri ileri gelenlerinden 804'te ölen Emir Laçin'in, vakıfları kaldırmasını, Şeriat kitaplarını yakmasını, din alimlerini takibata uğratmasını, *kazı al-kuzatlık* görevini fıkıhla ilgisi olmayan bir Türk'e vermesini, bu kişinin şahsi eğilimi olarak ifade etmektedir. (**A.y.**)

¹⁰³ Köprülü, "İslâm Hukuku," s. 308. Benzer bir tutum Cengiz Yasası hükümleri arasında da görülmektedir; söz konusu hüküm şu şekildedir: "Çengiz Han Ali bini Ebütalib ahfadına herhangi bir şekilde vergi veya rüsum mükellefiyeti yükletilmesini menetmiştir. Keza fıkardan Kur'anı hıfzetmiş olanlardan, fakihlerden, tabiblerden, ülemeden, hayatlarını ibade-

söz konusu hükümdarlar, Emeviler döneminden beri süregelen bir ananeyi takip ederek, mali konularda, örneğin örfi vergiler konulmasında ulema ile istişareye dahi gerek görmüyorlardı¹⁰⁴. Ancak Müslüman toplum üzerinde kötü etki bırakabilecek konularda ulemanın onayını almak da hükümdarların sık sık takip ettikleri yollardandı; Köprülü bu duruma örnek olarak da Mısır Memluk hükümdarı Kansu'nun mali zorunluluklar karşısında, bir takım vakıf gelirlerini devlet hazinesine almak istediğinde, Hanbeli kadısı istisna olmak üzere, diğer Sünni üç mezhep kadısının onayını almasını vermektedir¹⁰⁵.

Emeviler döneminde başlayıp on beşinci yüz yıla kadar tüm İslâm devletlerinde teorik olarak Şeriat hükümleri geçerliymiş gibi görünmesine rağmen, gerçekte örfi yargılama kurumlarının, şer'i yargılama kurumlarından daha geniş alanda işlev gördüklerinin muhakkak olduğunu ileri süren Köprülü, bu olgunun daha sonraki yüz yıllarda da devam ettiğini örneklerle kanıtlamaya çalışmıştır; yazarın bu fikrine delil olarak verdiği örneklerden biri, İran'a ait bir çok seyahatname ve tarih kaynaklarda aktarıldığı üzere, Safaviler dönemi İranı'nda Şii fikhını uygulayan şer'i mahkemelerin dışında, örfi hükümlere göre hareket eden başka yargı kurumlarının bulunmasıdır¹⁰⁶.

Görüldüğü üzere, İslâm devletlerinin hukuk sistemlerinde varlık bulan “örfi hukuk” alanı, sadece Osmanlı Devleti'ne özgü değildir; Türk-İslâm devletleri kurulmadan önceki ve sonraki diğer İslâm devletlerinde de örfi hukuk uygulamaları mevcuttur. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere, İnalçık, örfi hukukun tarihi gelişimini değerlendirirken, Türk-İslâm devletlerinin kurulmasıyla beraber örfün hukuk kaynağı olarak önem kazandığını, İslâm devlet anlayışında, kamu hukukunda temel değişikliklerin oluştuğunu söylemektedir¹⁰⁷. Konuyu tarihi bağlamında inceleyen Köprülü de ilk İslâm devletlerinin (Emevi ve Abbasi devletlerinin) uygulamalarını da dikkate alarak, bu devletlerin Bizans ve Sasani devleti gibi Müslüman olmayan devletlerin

te hasretmiş zahitlerden, müezzinlerden, ölüleri yıkayanlardan da vergi veya rüsum alınmasını menetmiştir.” Aynı yasanın bir diğer hükmü ise “ Çengiz Han hiç birini diğerine tercih etmeksizin bütün dinlere hürmet edilmesini emretmiştir. Böyle hareket etmeyi Allah nezdinde makbul hareket telâkki etmiştir” ifadesini taşımaktadır. (Arsal, **a.g.e.**, s.170-171.)

¹⁰⁴ Köprülü, “İslâm Hukuku,” s. 308. Ancak Köprülü, bazı hükümdarların kişisel eğilimlerine uyarak ya da bazı siyasi ve idari gereklilikleri dikkate alarak, bir takım örfi vergileri kaldırdıklarını da ifade etmektedir. (Köprülü, “İslâm Hukuku,” s. 308-309.)

¹⁰⁵ Köprülü, “İslâm Hukuku,” s. 309.

¹⁰⁶ **A.y.**

¹⁰⁷ İnalçık, “Türk-İslâm Devletlerinde Devlet Kanunu Geleneği,” s.28.

kamu kurumlarından etkilenmeleri üzerinde durmuştur ki aynı etki Abbasi Devleti vasıtasıyla, Abbasi Devleti'nden ayrılarak bağımsızlığını kazanmış Türk devletleri için de söz konusu olmuştur¹⁰⁸.

Örfi hukukun gelişim sürecinde , Osmanlı Devleti'ne gelindiğinde, örneğin Şii İran'da görülen değişik yargılama kurumlarının, şer'i mahkemelerde Hanefi fikhını esas alan Osmanlı Devleti'nde de daima var olduğu belirtilmelidir¹⁰⁹.

Osmanlı Devleti kurulduğu yüz yıldan başlayarak -örfi hukuk kaidelerini içeren- özel kanunnamelerle hukuki hayatı düzenlemiş, yargı kurumlarının görev ve yetkilerini ayırmış idari ve adli kurumlarını tesis etmiştir; diğer İslâm devletlerinde şer'i kazanın başlıca organı olan kadılar¹¹⁰ şer'i hukukun temsilcisi olmalarının yanında, idari mekanizma içinde de yer alarak bu alanda da çeşitli görev ve yetki sahibi olmuşlardır¹¹¹. Bu noktada Köprülü, birbirlerinden değişik din, mezhep, ırk, örf ve adete sahip insanların yaşadığı geniş bir coğrafyada hüküm süren Osmanlı Devleti'nin karışık bir adli cihaza sahip olduğu, dolayısı ile, hukuki hayatın sadece Hanefi fikhı ile düzenlenmesinin beklenemeyeceği fikrindedir; zira Osmanlı Devleti uygulamasında, tımar sahibi sipahilerin, subaşlarının, sancak beyi, beylerbeyi ve vezirlerin, yani değişik derecelerdeki yöneticilerin yargısal yetkileri bulunduğu gibi, askeri ocakların üyelerine, esnaf loncalarına bir çeşit yargı fonksiyonu tanınmıştır¹¹².

108 Köprülü, "İslâm Hukuku," s. 303.

109 Köprülü, "İslâm Hukuku," s. 309.

110 İslâmiyet'in ilk döneminde kadıların görevi, kişiler arasındaki davaların yargılmasını yapıp, söz konusu davaları çözüme kavuşturmaktan ibaretti. Sonraları halifelerin (ki kural olarak yargılama işi, halifenin görevleri arasındadır) diğer işlerle uğraşmalarının neticesinde, duruma göre başka bir takım işler de kadıların görev alanına girmeye başladı. Zamanla Müslümanlar'ın genel hukukuyla ilgili tüm işleri, görüp gözetmek de kadıların görev alanlarına dahil olurken, yollar ve binaları kontrol gibi günümüzün belediye işleri de kadıların havale edildi. Bazı halifeler kadıların görev sahalarını daha da genişletmişler, hatta savaşa giden askerlerin komutanlığına da kadılardan atananlar olmuştur. Yine kadılık memuriyeti ile vezirlik memuriyetini üzerlerinde birleştiren kişiler de İslam siyasi tarihinde bulunmaktadır. (Zeydân, **İslâm Uygarlıkları Tarihi**, s.306-307.) Osmanlı Devleti bağlamında kadı için, yargılama faaliyetini yürüten yargıç olarak ve yönetim mekanizmasındaki yeri, görev ve yetkileri bakımından bkz: İlber Ortaylı, **Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devletinde Kadı**, Ankara, Turhan Kitabevi, 1994.

111 Köprülü, "İslâm Hukuku," s. 309-310.

112 Köprülü, "İslâm Hukuku," s. 310.

Vergi ve toprak konularında, eski adet ve ananelere uyararak her eyalete özgü kanunlar oluşturmak, daha önceki dönemlerden gelmiş kuralları korumak ya da küçük değişikliklerle uygulamak şeklinde, sözü edilen konularda “kanunların yerelliği” prensibine bağlı kalan Osmanlı Devleti, özel hukuk ve özellikle aile hukuku konularında her dini cemaatin örfi ve dini ananelerini kabul ederek, adeta bir çeşit kanunların şahsiliği ilkesini de kabul etmiştir. Öyleyse Köprülü'ye göre Osmanlı Devleti'nde¹¹³ hukuk düzeni sadece Şeriat (ve fıkıh) esaslarına göre düzenlenmemiştir¹¹⁴. Köprülü'nün bu kanaatinin yanında, İnalçık'ta “Osmanlı Devleti'nin ilk hükümdarları, hukuk kurallarını tespit ederken, önemli politik kararlar alırken fakihlere danışmışlar, aynı amaç için de şeyhülislamlık makamını oluşturmuşlardır. Fatih Sultan Mehmet'ten sonra ise yönetim alanı ve 'kanun' yapma faaliyeti, hükümdarın siyasi iktidarıyla özdeşleştirilmiştir”¹¹⁵ şeklinde ifadesini bulan olgu da dikkatten kaçırılmamalıdır. Yine İnalçık konuya ilişkin “bir İslâm devleti olarak Osmanlı devleti esas itibarıyla Şerî'atın üstünlüğü ilkesini izlemiştir. Meselâ bir Hıristiyan devlete kapitülasyon verilirken veya bir madde değiştirilirken mutlaka şeyhülislâmın fetvası alınırdı”¹¹⁶ demektedir.

**c) Şer'i hukuk (İslâm hukuku) ve Örfi hukuk bağlantısı:
İslâm Hukuku, Örfi Hukuk Kuralları Şeklinde Tabir
Edilebilecek Hükümlerin Varlığına Cevaz Vermekte midir?**

Osmanlı hukukunun karakteri bağlamında üzerinde durulması gereken en önemli hususlardan biri şer'i hukuk (İslâm hukuku) ile örfi hukukun bağlantısının değerlendirilmesi ve böyle bir bağlantıdan söz edilip edilemeyeceğinin ortaya konulmasıdır.

Yalnızca Osmanlı Devleti bakımından değil, birbirinden çok farklı hukuki ananelere sahip oldukları halde Müslüman olan ve İslâm hukuku bağlamında incelenmeleri gereken diğer bir çok toplumu da dikkate alan Köprülü'ye göre, Örfi hukuk olarak adlandırılabilir (gerçek ve) tarihi kavram (olgu) ile fıkıh şeklinde ifade edilen, Şeriat ilmi şeklinde tanımlanabilecek şer'i hukuk, yani teorik ve ideal kavram birbirine karıştırılmamalıdır; fakat bu tespit, söz konusu iki kavramın (şer'i hukuk ve örfi hukukun) birbiri ile tama-

¹¹³ Yazar, Osmanlı Devleti ifadesini değil “Türkiye’de henüz Garp hukuku tesiri başlamadan çok önce” ifadesini kullanmıştır. (Köprülü, “İslâm Hukuku,” s. 311.)

¹¹⁴ Köprülü, “İslâm Hukuku,” s. 311.

¹¹⁵ İnalçık, “Şerî'at ve Kanun, Din ve Devlet,” s.39.

¹¹⁶ **A.y.**

men zıt ya da ilgisiz olduğu manasına gelmez; bilakis iki hukuk alanı arasında daima sıkı ilişkiler ve hulûl ve nüfuzlar olmuş, hatta fıkıhın ana prensipleri fiilen uygulanmasa da teorik olarak daima hakim kalmıştır¹¹⁷. Köprülü, bu nedenle hukuki gerçekliğe (şeniyete) değer vermeyen hukuk teorisyenleri ve fıkıh alimlerinin, İslâm hukukunun değişmezliği sonucuna vardıkları, kendi mantıkları uyarınca hiç de haksız olmadıkları, değerlendirilmesinde bulunmaktadır¹¹⁸.

İbn-i Haldun da dahil olmak üzere, bir kısım İslâm alimi, Şeriat'tan ayrı bir örfî hukuk alanının varlığını meşru saymazlar. Dört Sünnî mezhep, Şeriat'a kesin şeklini vermiştir ve hukuki problemler de dahil olmak üzere, tüm sorunlar bu kapsamda çözülebilir. Diğer bir kısım İslâm alimine göre ise, *örf prensibi*, Şeriat'ın dışında kalan sorunlarda ve yine Şeriat'ın (devlet başkanı) verdiği yetki çerçevesinde uygulanabilir. Şeriat'ın dört kökü (kaynağı) Kuran-ı Kerim, sünnet, icma-i ümmet, kıyasın yanında beşinci bir kaynak olarak örfü kabul eden İslâm alimleri olduğu gibi, bazıları da kıyas yolu ile koyulan kanunlara nazaran örfün tercih edilebileceğini beyan etmişlerdir. Bu bakış açısıyla örfî bir hüküm, kıyas yolu ile koyulan bir hükmü geride bırakabilmektedir. Fakat örfî hüküm, nası (Kuran –Kitap-, sünnet ve icmayı) aşamaz yani nasa aykırı olamaz. Ancak bazı fakihler, daha da ileri giderek, örfü, icmanın kapsamına alırlar. Zira örf, Kuran ve sünnete aykırı olmamak üzere, İslâm cemaatinin izlediği ve İslâm ulemasının da onayladığı bir kural olduğunda, icma halini alabilir. Yine bu bağlamda bazı alimler, Şeriat'a aykırı olmayan her adeti kabule eğilim gösterirken, diğer bazıları ise ancak mutlak zaruretin varlığı halinde, söz konusu yaklaşımı caiz görürler¹¹⁹.

Genelde, İslâm ulemasının, örf prensibini kabul etmesinin altında yatan sebepler, *İslâm cemaatinin (toplumunun) hayrı, selameti ve adalet ilkesidir*. Tursun Bey de, Şeriat'ın yanında örfün gerekliliğini ispat etmeye çalışırken, bu kabulden yola çıkmıştır. Moğol (Cengiz) yasaının İslâm toplumu üzerinde uygulanmasını meşru gösteren ilke adalettir ki söz konusu ilke, zayıfın kuvvetliye karşı korunmasını (nizam-ı alemi) sağlayacaktır¹²⁰.

Şeriat bağlamında örfü değerlendiren yazarlardan biri de Hatemi'dir. Yazar, *istihsamın* örfe kapı açan kavram olduğunu söylemekte, kelime anlamı *hüsn-*

117 Köprülü, "İslâm Hukuku," s. 298.

118 A.y.

119 İnalçık, "Türk-İslâm Devletlerinde Devlet Kanunu Geleneği," s.28.

120 A.y.

den gelen istihsan kavramının, bir şeyi beğenmek, iyi bilmek, güzel görmek anlamına geldiğini belirtmektedir ve neyin güzel neyin çirkin olduğuna ise Şâri karar verecektir. Öyleyse değer felsefesi ve değer yargıları alanında hüküm Allah'ındır. "Şu halde maslahat ve istihsanı bağımsız ve başlıbaşına birer 'delil' saymak; 'contra legem' örflerin, İslâm hukuku alanını tufeyli bitkiler¹²¹ gibi kaplamasına yol açar, açmıştır da"¹²². Hatemi'ye göre, nasın çirkin gördüğü bir durum, istihsan yolu ile meşrulaştırılmaz, bu itibarla istihsan bir hukuk kaynağı yani "delil" değil, ancak açık bir nas olmayan durumlarda "akli delil"¹²³ için bir *mülâhazadır*¹²⁴. Şu halde örf –hukuk töreleri– Şeriat karşısında, tamamlayıcı kaynak, irade beyanlarının değerlendirilmesinde yorumlayıcı kural olmalıydı; çünkü *örf* "Kur'an-ı Kerim'in emir ve yasağına aykırı düşmeyen emirlerdir"¹²⁵.

Hatemi, örfün ancak tamamlayıcı ve yorumlayıcı kural koyabileceğinin, nasa aykırı hükümlerin uygulanamayacağını kesin bir şekilde belirtmemesinin gerekçesini de şu şekilde ifade etmektedir: "Çünkü bunu söylemek; esasen gücünü Şeriat'tan değil 'örfden alan Sultana karşı çıkmak demek olabilir... 'örf'; Hukuk alanında tamamlayıcı kaynak olduğu noktası meskût geçilerek, uygulamada Kitab ve Sünnet'e eşdeğer, hatta 'zevahir'in ardındaki gerçeklikte Kitab ve Sünnet'e üstün bir kaynak konumundadır. Bunun için de önce 'maslahat' 'istihsan' gibi mülâhazaların bağımsız bir kaynak gibi görülmesi...olgusu yerleşmiştir"¹²⁶. Öyleyse, meşruiyetini Şeriat'tan aldığı iddiasında olan bir siyasi iktidar, *nizam-ı alem için*, Şeriat'ın (İslâm hukukunun) kabul ettiği temel ilkeleri değiştiremez¹²⁷.

Örf prensibini İslâm hukuku bağlamında meşrulaştıran istihsan kavramına şüphe ile yaklaşan çağdaş İslâm bilginlerinden biri de Fazlur Rahman'dır. Yazarın söz konusu kavrama şüphe ile yaklaşmasına sebep olan fikir silsilesi şu şekilde takip edilebilir: *İslam'da Hukuk ve Ahlak* isimli makalesinde, "İslam hukuku Allah'ın kelimelerinden çıkarılmıştır –kaynaklanmıştır– (istihraç edilmiştir); bundan dolayı aynı ve tek idari yaptırıma sahiptir" diyen ya-

¹²¹ Kendi başlarına beslenemeyip, başkalarının kökleriyle ya da kanlarıyla beslenen (*asalak-parazit*) bitkiler. (Devellioğlu, **a.g.e.**, s.1112)

¹²² Hatemi, **İslâm Hukuku Dersleri**, s.76-77.

¹²³ Yazarın akli delilden kastının içtihat olduğuna ilişkin olarak bkz: Hatemi, **İslâm Hukuku Dersleri**, s. 82.

¹²⁴ **A.e.** , s.78.

¹²⁵ **A.y.**

¹²⁶ **A.e.** , s.79-80.

¹²⁷ **A.e.** , s.83.

zar, hüküm vericinin (Şâri), peygamber değil, Allah olduğunu, Allah'ın yaptığı şey emretmek iken, insanın yapması gerekenin ise kabul edip, o hükme uymak olduğunu ifade etmiştir¹²⁸. Bu nedenle *hukuki kurallar* ile *ideal hukuk* arasında bir ayrım vardır; *Allah'ın emri (iradesi) ideal hukuktur*. Kuran ve daha sonraki gelenek tarafından desteklenen, hukuki kurallar ve ideal hukuk arasındaki ayrıma rağmen, fıkıh da Şeriat da belirli kurallarla eş tutulmuş, Allah'ın iradesinin –emrinin– yerine getirilmesi, bu kurallara uymak şeklinde anlaşılmıştır. Halbuki insan davranışının nihai değerlendirilmesi hukuki değil, ahlakidir. Hakimlerin mahkeme kararları, müftülerin fetvaları, *ilahi iradenin birincil dışa vurumu değildirler*. Bu bağlamda Fazlur Rahman problemi bir soruyla ortaya koyuyor: İlahi hukuka (Allah'ın iradesine) ne oldu? Onun yeri neresidir ve fıkıh –hukuk– ile nasıl bir fiili ilişkiye –eğer varsa– sahiptir? Bu noktada yazar, İslâm hukukunun gelişimi bakımından fakihlerin yaklaşımını şu şekilde değerlendiriyor: Hukukçular, ne zaman Kuran'ın parça parça emir ve yasaklarıyla karşılaşsalar onları dikkate almışlar, fakat ne zaman Kuran'ın ahlaki bir içerik ve vurguya sahip genel talepleriyle karşılaşsalar onları nasıl ele alacaklarını bilememişler, hatta çoğu durumda buna gayret de göstermemişlerdir. Örneğin Kuran 4/3'te, yetim kızların malları hususunda hakkaniyetli davranamayacaklarsa, vasilerin bu yetimlerden dörde kadar evlenebileceklerini, fakat onlar arasında adaletli davranmaları gerektiğini emreder. Eğer her birine hakkaniyetle davranamayacaklarsa, yalnızca birisiyle evlenmelidirler. 4/129'da da Kuran (eş olarak alınan) kadınlar arasında adaletin kesinlikle mümkün olmadığını belirtir. Burada hukukçular 4/3'ü dört kadına kadar evlenmeye açık hukuki izin olarak anlamışlardır; *adalet şartını* ise açık bir hüküm değil de genel bir adaletle davranma kuralı, kocanın vicdanına yönelik bir tavsiye, şeklinde görmüşlerdir. Bu davranışa ilişkin bir çok örnek veren Fazlur Rahman, Kuran'daki bir takım genel prensip ifadelerinin yanında, Kuran'ın tüm özel direktiflerinin de genel prensipler içerdiğini söylemiş, eğer değerler ve prensipler bir bütün olarak Kuran'dan çıkarılabilirse, gerçek manada Kurani olan bir ahlak sistemi inşa etmenin mümkün olacağını ifade etmiş, şayet bu yapılabilsen hukukçuların, *istihsan* ve *maslahat-ı mürsele* gibi kurallara başvurmak zorunda kalmayacaklarını belirtmiştir. Yazara göre *bu kuralların barındırdığı sıkıntı*, onları iyi şekilde uygulama ve keyfilikten kaçınmanın zorluğudur; uygulandıkları halleriyle bu kurallar, İslâm hukukunu sekülerleştirmiştir denilebilir¹²⁹. “Deniliyor ki *maslahatı mürselenin işlevi*,

128 Fazlur Rahman, “İslâm'da Hukuk ve Ahlâk,” **İslâmî Yenilenme, Makaleler I**, der ve çev. Adil Çiftçi, Ankara, Ankara Okulu Yayınları, 2004,s.123.

129 F. Rahman, “İslâm'da Hukuk ve Ahlâk,” s.125-130.

kendisinde toplumun meşru bir menfaati olan, ama şeri bir delille doğrudan bağlantısı olmayan, bir değer...tesbit etmek ve onu ifadeye kavuşturmadır. Diğer bir deyişle o, İslâm hukukunun temel nitelikleri açısından –bir anlamda- tamamıyla sekülerdir. İstihsanın durumu da pek iç açıcı değildir. O bazen *kıyastan sapma* olarak tasvir edilir. Bu tasvir oldukça geçerli gözükmektedir. Çünkü *istihsan* üzerine katı kıyasın dayandırıldığı düşünülen bir prensip ya da değerden daha yüksek bir prensip ya da değere müracaat ih-sas eder...yasamanın bu iki temeli öylesine keyfi görünüyordu ki sonunda Şafî 'her kim *istihsana* başvurursa yeni bir şeriat ortaya koyma iddiasında bulunmuş olur' demek zorunda kalmıştır"¹³⁰. Bu görüş açısı ile Fazlur Rahman, *başı boş üç kaide* olarak değerlendirdiği maslahat, istihsan ve zaruret-in, Orta Çağ'da idarecilere Şeriat'ı uygulamada büyük bir esneklik göster-me imkanı verdiğini, özellikle Osmanlı Devleti başta olmak üzere daha son-raki yöneticilere de Şeriat tarafından onandığı iddia edilen bir takım *yeni devlet yapısı kanunlar* koyma ve tatbik fırsatı tanıdığını, Osmanlı Devle-ti'nin bu bağlamdaki deneyiminin ise Türkiye'ye laik (seküler) hukukun gi-rişine hazırlık sağladığını belirtmiştir¹³¹.

Fazlur Rahman'daki hukuki kurallar ile ideal hukuk ikilemi, benzeri bir iki-lem de *Ortaçağ İslam Dünyasında Siyasi Düşünce* isimli eserin "Hükümet ve Toplum" bölümü içinde, "insan aklı ile ilahi aklın karşılaştırması" başlığında, şer'i ve örfi hukuk ilişkisi bakımından verilen bir tarihi örnekle aktarılmaya çalışılmaktadır. Söz konusu tarihi örnek (kendisi bir Mutezile olan ve aklın ahlaki rehberlik yapabileceğine kesin gözüyle bakan) El-Cahiz'den (ölm: 255/869) alınmıştır ve Emevi halifesinin bir Türk kağanıyla rastlaşmasıyla bu iki liderin yasalarını karşılaştırması öyküsüne dayanmaktadır ki halife burada Türk kağanına "siz şeriatını aklın izin verdiği şeylere ve size iyi görü-nen düşüncelere dayandıran bir toplumsunuz. Ancak biz, Allah'ın kullarını

¹³⁰ F. Rahman, "İslâm'da Hukuk ve Ahlâk," s.130-131.

¹³¹ F.Rahman, "İslâm'da Hukuk ve Ahlâk," s.131. (Anlaşıldığı üzere Fazlur Rahman'ın eleştiri-si, İslâm hukukçularının (bilginlerinin) Kuran'ın temel prensiplerini ortaya çıkararak, sistemleştirememeleri, ayrıntılarla uğraşmalarıdır. Konuya bu şekilde yaklaşmadığından, İslâm hukukunun gelişim sürecinde maslahat, zaruret, istihsan gibi başka kavramlar ortaya çıkarılmıştır. Söz konusu ilkelerin (kavramların) kabulü, uygulamada keyfiliğe yol açabilmiştir. O halde Fazlur Rahman'a göre olması gereken, Kuran'ın genel bildirimlerini ortaya çıkararak, ahlak sistemini oluşturmaktır ki bu yaklaşım, Kuran'ın aradığı fert ve toplumun nasıl olması gerektiğini gösterecektir. *Hukuk ise bu ahlak sisteminin üzerine oturmalıdır*. Bu ahlak sisteminden kaynaklandığında hukuk alanındaki dağınıklık da ortadan kalkabilecektir ve yazara göre bu yaklaşım tarzı, fikir değişikliklerinin olmaması ge-rektiği anlamına da gelmez.)

idare etmeye uygun olduğumuzu düşünmüyoruz. İnsanlara kapalı olan şeylerin mahiyetini ancak Allah bilir”¹³² demektir. Eserin yazarı verdiği örneklerle El-Cahiz’in düşünce tarzını değerlendirirken, El-Cahiz’in vahiy Şeriatı’nın daha iyi olduğunu düşünmesinin gerekçesinin, vahiy Şeriatı’nın ilahi akla dayanıyor olmasından kaynaklandığını, ilahi aklın kurumlarının esas itibarıyla daha iyi olduğu görüşünde olduğunu, ancak vahyin tek seçenek olmadığını, insanların sağ duyularıyla kendi yasalarını ve kurallarını koyabileceklerini de kabul ettiğini ifade etmektedir¹³³. Crone’un yorumuyla, İbn-i Haldun’a göre de çoğu toplumlar, bu toplumları oluşturan insanlara peygamber gelmeden devletlerini kurmuşlardı; bu durum bencil eğilimleri bastıran kanunların akılla geliştirilebileceği ve güç kullanılarak tatbik edilebileceği –akli bir siyaset- manasını taşıyordu; ancak Allah, ilahi Şeriat sayesinde, Müslümanlar için insan yapımı yasalara ihtiyaç bırakmamıştı ve ilahi Şeriat tercih edilmeliydi, zira bu hem dünyaya hem ahirete hizmet etmekteydi; uygulanmakta olan Şeriat ise bozulmuş bir Şeriatı. Neticede İbn-i Haldun da El-Cahiz’le aynı fikri taşımakta, vahiy şeriatının vazgeçilmez olmadığını ancak kesinlikle daha iyi olduğunu düşünmekteydi¹³⁴.

Konuya ilişkin olarak Hatemi de “ ‘Şeriat’ adı altında, insan haklarının güvencesi olan temel İlâhî- Fıtrî (Tabii) Hukuk Devleti ilkesini belirtiliyordu. Yönetim; keyfi ve ‘maslahat’ adı altında makyavelist bir polis Devleti olmalı idi”¹³⁵ demektir.

Yalnızca fıkıh kitaplarından yola çıkılarak, İslâm dünyasının on dört yüz yıllık hukuki hayatını, vakıalara uygun şekilde öğrenmeye imkan olmadığını belirten Köprülü, bu kitapları, “tamamen teorik nitelikte ideal hukuk kitapları” olarak ifade etmektedir¹³⁶ ki yazarın bu kanaati, ideal hukukla, pozitif hukuk kuralları arasındaki farka değinen Fazlur Rahman’ın görüşünü hatırlatmaktadır. Yine Köprülü’ye göre kamu hukukuna, devlet teşkilatına, vergilere ve benzeri konulara ait, Ebu Yusuf ve Maverdî gibi İslâm alimleri

¹³² Patricia Crone, **Ortaçağ İslam Dünyasında Siyasi Düşünce**, çev. Hakan Köni, 1.bs., İstanbul, Kapı Yayınları, 2007, s.397.

¹³³ **A.e.** , s.397-398.

¹³⁴ **A.e.** , s.399.

¹³⁵ Hüseyin Hatemi, **İnsanlık ve Sevgi Dini İslâm**, 4.bs., İstanbul, Birleşik Yayıncılık, 1998, 64.

¹³⁶ Köprülü, “İslâm Hukuku,” s.292. Köprülü, tamamen teorik nitelikteki ideal hukuk (fıkıh) kitaplarındaki kuralların, uygulamaya geçirildiği yanlıgsına düşen (hayaline kapılan) bir tarihçinin, özellikle kurumlar tarihi bakımından tamamıyla yanlış fikirler edineceğini söylemektedir. (**A.y.**)

tarafından yazılmış ve İslâm dünyasında yüz yıllardır klasik temel kaynak niteliğine ulaşmış eserler dahi tarihi gerçeklikle uyuşmayan hükümleri içermektedirler; öyleyse bu nitelikteki eserler, tarihi bir kaynak olarak kullanılırken, söz konusu fıkıh kitaplarının “nazarî ve ideal birer inşâ mahsûlü oldukları”¹³⁷ gözden kaçırılmamalı, asıl tarihi belgelerin ışığı altında fıkıh kitaplarının içerdikleri hükümlerin gerçeğe uygunluk derecesi, hukuk tarihçisi tarafından tespit edilmelidir¹³⁸. Zira İslâm hukukunun gelişiminin tespiti, yalnızca bu konudaki hukuki kaynakların incelenmesi ile mümkün olmaz; (ve bu olgu İslâm hukukunun ilahi niteliği ve değişmezliği akidesine sapan kalanlar haricinde kabul edilmiştir).

İslâm dininin süratli ve geniş coğrafi yayılımı neticesinde, değişik din ve kültüre sahip toplulukların, İslâm dinini kabul ettiklerinde, sahip oldukları İslâmiyet öncesi hukuk düzenleri, örf ve adetleri birdenbire ortadan kalkmamış, bunların bir kısmı, kendiliğinden İslâm örfüne girmiş, bir kısmı da iktibas ve taklit yolları ile İslâm hukuk kuralları arasına dahil olmuştur¹³⁹.

Görüldüğü üzere Köprülü, teorik ve ideal bir inşadan ibaret olan ve dini niteliğini her zaman koruyan fıkıhın, değişik mezheplere göre farklılıklar göstermekle beraber, hiçbir zaman değişik İslâm toplumlarının hukuki hayatlarını tüm kapsamı ile düzenleyen “pozitif bir hukuk” niteliğini almadığı fikrindedir¹⁴⁰. Köprülü'nün bu fikrini değerlendiren Mumcu ise, konuya ilişkin doğru ifadenin şu şekilde olması gerektiğini ifade etmektedir: “Kur'anın esasları hiçbir yerde değişmez. Fakat bu da bize İslâm hukukunun gelişimi bakımından bir anlam belirtmemektedir. Gerçi bu hukuk, kaynağını kitap ve sünnetten almakla beraber, ileride pek çok hukuk sistemlerinden müessir olmuş, içtihadın bu sistemlerin kurallarını alması ile kitabın çizdiği çerçevenin çok dışına çıkmıştır. Bu yeni çerçeveyi vücuda getiren unsurlar içinde kitap ve sünnetin payı...ancak yüzde birdir”¹⁴¹. Görüldüğü üzere Mumcu, İslâm hukukunun temel kaynağı olan Kitap'ın temel ilkelerinin değişmezliği prensibine rağmen, Kitap ve sünnetten kaynaklanan İslâm hukukunun, gelişim süreci içinde Kitap'ın çizdiği çerçevenin dışına çıktığı kamsındadır

¹³⁷ Köprülü, “İslâm Hukuku,” s.293.

¹³⁸ Köprülü, “İslâm Hukuku,” s.293.

¹³⁹ **A.y.** Bu bağlamda Köprülü, İslâm hukukunun, Roma-Bizans, Hıristiyan Kilise, Talmud, Sasani hukuk sistemleri ile etkileşimi bakımından, genel bir değerlendirmede bulunmuştur. (Köprülü, “İslâm Hukuku,” s.294-303.)

¹⁴⁰ Köprülü, “İslâm Hukuku,” s.297-298.

¹⁴¹ Mumcu, **Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl**, s.28-29.

ve burada Goldziher tarafından da fikrine atıf yapılan Kremer'e atfen, İslâm hukukunun bu çerçevesini oluşturan unsurlar içinde kitap ve sünnetin payının ancak yüzde bir olduğunu kabul etmiştir.

Hanefi mezhebindeki istihsan prensibine ilişkin olarak Köprülü, devletin yasama faaliyetine teorik olarak bir serbesti sağlayacağını belirtmektedir; fakat yazara göre, bu şekilde kabul edilen yasama faaliyeti, sınırlı bir alanda işlev sahibi olabilir¹⁴².

Osmanlı Devleti'nde İslâm hukukunun yanında, örfî hukuk alanının da mevcut bulunması neticesinde, araştırmacılar, genelde örfî hukukun meşruiyetini Şeriat'ta (İslâm hukukunda) aramışlardır. Zira Osmanlı Devleti bir İslâm devleti olduğu iddiasındadır. Bu bağlamda Osmanlı örfî hukukuna ilişkin olarak, istihsan hususuna deyinen yazarlardan biri de İncalcık'tır. İncalcık'ın ifade ettiği üzere, İslâm hukuku bağlamında, icma, istihsan, istislah prensiplerini savunan ulema, Osmanlı Devleti'nin resmi mezhebi olan Hanefi mezhebine mensuptular ve Osmanlı hukukçuları da Hanefi ulemasının bu kabullerini temel almışlardır. Örneğin Osmanlı Devleti'nin ünlü şeyhülislamı Ebussuud Efendi, istihsan prensibine dayanarak, Osmanlı Devleti'nde yaygın bir şekilde var olan *para vakıflarının* İslâm hukukuna uygunluğunu onaylamıştır. Ebussuud Efendi'nin para vakıflarını onaylarken ileri sürdüğü gerekçe, fakirlerin, ulemanın, öğrencilerin ve imaretlerin para vakıflarından yarar sağladığı, para vakıflarının kaldırılması halinde Müslüman toplumun bundan zarar göreceğiydi. Böylece "toplumun faydası" ilkesi para vakıflarının İslâm hukukuna uygun olduğunun kabulünü sağlamış oluyordu. Oysa Mehmet Birgivi, para vakıflarının ribaya bulaştığı ve İslâm hukukuna (Şeriat'a) aykırı olduğu fikrindeydi.

Osmanlı hukukunda *vakf-ı nukûd* ya da *evkâf-ı nukûd* şeklinde geçen para vakıflarının işleyişi şu şekildeydi: Belli miktarda nakit parayı vakfeden hayırseverin vakfın başına getirdiği müteveli, vakfedilen nakit parayı -diğer işletme tarzlarına ek olarak- vakıfnamede belirtilen oranı aşmamak koşulu ile istirbâh¹⁴³ eder ve gelirini de vakıfnamede belirtilen şekilde harcardı¹⁴⁴.

¹⁴² Köprülü, "Ortazaman Türk Hukukî Müesseseleri İslâm Amme Hukukundan Ayrı Bir Türk Amme Hukuku Yok Mudur?" s. 22.

¹⁴³ İstirbâh: "Fâize yatırma, fazla fâizle para verme, verilme." Devellioğlu, **a.g.e.**, s.462.

¹⁴⁴ İzzet Akyol, "Osmanlı'yı Anlamak: 'Para Vakfı' Örneği Işığında, Bir Anlama Denemesi," **Tarih ve Toplum**, (Çevrimiçi) <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/37/772/9837.pdf>, 08 Mayıs 2009.

Para vakıflarının İslâm hukukuna aykırı olmadığı görüşünde olanların dayandıkları ilkeler, teamül ve istihsandır. Akyol, Halveti şeyhi Bâlî babanın konuyla ilgili dönemin padişahı Kanuni Sultan Süleyman'a yazdığı mektubunda icma-i ümmetten de bahsettiğini belirtmektedir¹⁴⁵. Şeyhülislamlık-tan tenzilen Rumeli Kazaskeri yapılan Çivi-zade Muhyiddin Efendi'nin (ölm: 954/1547) para vakıflarını yasaklamaları için, bu tür vakıfların gayr-i meşru olduğunu gösteren fetvasını idari ve dini sorumlulara göndermesi üzerine, Bâlî babanın padişaha hitaben yazdığı ve "ulemanın, sulehanın, fukaranın, sahib-i hayratın" halinin belirsiz ve perişan olduğunu ifade ettiği mektubunda "Hâşâ eyle ola, Rumeli feth olalı amel olunur. Ulemâ ittifâkı ve pâdişahlar emriyle üç yüz yıla kârib târih bulundu amel olagelmiş, bazı kûzâtın berâtında yazılmış...Hâşâ ki ümmet-i Muhammed'in dünyâsına ve âhiretine zararlı emir (iş) üç gün karar eylemez...biz vakf-ı derâhimi hak biliriz...bunu men' eylemeyi günâh-ı kebâirden biliriz...Pâdişâhım, bunu men' eylemekte ikiden birinin hatâsı mukarrer olur. Ya ibtidâ-yı tarihten bu zamana gelince cümle ulemânın hatâsı lâzım gelir. Amma men' olunmayub hâlinde koyuncak hiç kimseye hatâ lâzım gelmez"¹⁴⁶ dediği görülmektedir. Neticede Bâlî baba, ümmetin 300 yıldır uygulamakta olduğu bir kurumun Şerriata aykırı olmasının mümkün olmadığını; çünkü ümmetin bir yanlış üzerinde 300 yıl değil üç gün bile ittifak edemeyeceğini, öyleyse ya 300 yıldır bu kuruma cevaz veren ulemanın hatalı ya da şimdi bu kurumu yasaklamaya kalkanların hatalı olduğunu ifade etmektedir¹⁴⁷. Bâlî babanın para vakıflarının gayri meşru olduğu iddiasında olan Çivi-zade'ye¹⁴⁸ ve (İstanbul'da oturan ve padişaha yakın olduğu düşünülen) Mevlana Şah Çelebi'ye de aynı içeriği taşıyan mektuplar yazdığı anlaşılmaktadır¹⁴⁹. Her üç mektubunda da Bâlî baba, para vakıflarının büyük bir halk hizmeti ifa ettiğini, bu vakıfların yasaklanmasıyla da halkın zarar göreceğini ifade etmiştir¹⁵⁰. Zira söz konusu vakıflar, Osmanlı Devleti'nde yaygındır; bu bağlamdaki örneklerden

¹⁴⁵ Akyol, "Osmanlı'yı Anlamak: 'Para Vakfı' Örneği Işığında, Bir Anlama Denemesi."

¹⁴⁶ Mehmet Şimşek, "Osmanlı Cemiyetinde Para Vakıfları," s.207-220. (Çevrimiçi) <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/37/772/9837.pdf>, 08 Mayıs 2009.

¹⁴⁷ Akyol, "Osmanlı'yı Anlamak: 'Para Vakfı' Örneği Işığında, Bir Anlama Denemesi."

¹⁴⁸ Para vakfının kaldırılmasına şer'an delil bulmak için emek harcamamasını, bulamayacağı- nı, Çivi-zade'ye yazdığı mektupta dile getiren Bâlî babanın, söz konusu mektupta kullandığı bazı ifadeler dikkat çekicidir: "Üç yüz yıla karib amel olagelmiştir", "istidâre-i zamana tâbi olmak lazımdır" "bu meseleyi hâline ko...nice geldi ise öyle gitsin", "aziz ve kuvvetli meseledir. Ümmet-i Muhammed'in dünyasının ve ahiretinin ma'mur olmasına sebebedir". (Şimşek, "Osmanlı Cemiyetinde Para Vakıfları.")

¹⁴⁹ Şimşek, "Osmanlı Cemiyetinde Para Vakıfları."

¹⁵⁰ Şimşek, "Osmanlı Cemiyetinde Para Vakıfları."

birini Akyol, Manastır bölgesindeki 176 köyden 90'ının para vakıflarına müştereken borçlu olduğunu belirterek, 1641 Manastır kadı sicillerinden vermektedir¹⁵¹.

Osmanlı Devleti'nin en ünlü şeyhülislamlarından İbn-i Kemal ve Ebussuud efendiler ise söz konusu para vakfının Şeriat'a uygun olduğu görüşündedirler. Konuya ilişkin bir de risale (*Risâle fi vakfi'n-nukûd ve cevâzihi*) yazan zamanın şeyhülislamı Ebussuud efendi (ölm: 982/1574), asırlardır halkın faydasını beraberinde getirmiş, bu faydalı kurumun, devamı gerekliliğini İslâm hukuku bağlamında bildirirken, Kemal Paşa-zade, (ölm: 1534), para vakıflarına ilişkin olarak "bu hîle Allah'ı aldatmak için icâd edilmiş bir muâmeledir" diyenlerin "tazir edilmeleri ve imanlarını yenilemeleri" gerektiği hakkında fetva vermiş, bir de risale yazmıştır. Söz konusu risalede Fahrudin Kadıhan'ın, İmam Züfer'den naklen paranın vakfedilmesinin caiz olduğunu bildirdiğini, kendisinin de İmam Züfer'in görüşünü kabul ettiğini, çünkü bu görüşün kabulüne insanların ihtiyacı olduğunu, ihtiyaç karşısında ise kıyasın terk edilebileceğini, paranın vakfedilmesinin caiz olduğunu, İmam Züfer'in görüşünün istihsan prensibine dayandığını, ilk Hanefi imamlarının bu zamanda yaşamış olsalardı, insanların teamülünü dikkate alarak, İmam Züfer¹⁵² gibi para vakıflarına onay vereceklerini söylemiştir¹⁵³.

Osmanlı Devleti uygulaması da bu yönde olmuş, para vakıfları varlıklarını sürdürmeye devam etmişlerdir. Bu bağlamda değerlendirme yapan Şimşek, Osmanlı Devleti şeyhülislamlarının, zamanın şartları ve toplumun ihtiyaçlarına göre teorideki yasakları uygun şekilde tefsir etmeye çalıştıklarını, Arap-

151 Akyol, "Osmanlı'yı Anlamak: 'Para Vakfı' Örneği Işığında, Bir Anlama Denemesi." Para vakıflarının diğer vakıflara oranı için bkz: Şimşek, "Osmanlı Cemiyetinde Para Vakıfları"; Tahsin Özcan, "Osmanlı Toplumuna Özgü Bir Finansman Modeli: Para Vakıfları," s. 125-126.

152 Hanefi mezhebinin kurucu imamlarındandır. (Tahsin Özcan, "Osmanlı Toplumuna Özgü Bir Finansman Modeli: Para Vakıfları," (Dosya: İslam Ülkeleri Arasında Ekonomik İşbirliği), **MÜSİAD**, (Ekim 2008), s.125.) İmber, para vakfının İslâm hukukuna aykırı olmadığı görüşünde olan Osmanlı ulemasının, Ebu Hanife, Ebu Yusuf ya da Şeybani'ye değil de imam Züfer'e rivayet isnat etmelerini yorumlayarak, para vakıflarını onaylayan ulemanın da rahat olmadığını söylemektedir. (Colin İmber, **Şeriattan Kanuna Ebussuud ve Osmanlı'da İslami Hukuk**, çev. Murteza Bedir, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 2004, s.154.)

153 Şimşek, "Osmanlı Cemiyetinde Para Vakıfları." Para vakıflarına ilişkin olarak yaşanan tartışmada, fikirlerini dile getiren, Çivi-zade, Birgivi, İbn-i Kemal, Ebussuud, Fenârîzâde Muhyiddin (Mehmet Fenârî) efendilerin görüşleri için bkz: Tahsin Özcan, **Osmanlı Para Vakıfları Kanûnî Dönemi Üsküdar Örneği**, Ankara, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2003, s.32-45.

ça'da bu metoda hile denildiğini, Osmanlı Devleti'nin resmi mezhebi durumundaki Hanefi mezhebinin ise bilhassa toplumun menfaati (mesalih-i mürsele) söz konusu olduğunda serbestlik alanı tanıdığını, vakıf paraların işletilmesini hoş gören alimlerin bunu şer'i muamele olarak kabul ettiklerini, devletin de desteklediğini ifade etmektedir¹⁵⁴. Konu bağlamında Özcan da Çivi-zade ve Birgivi tarafından faize açılan kapı olarak eleştirilen para vakıflarıyla, bir kaç alt işleme başvuru olarak, yasaklanmış bulunan ribânın sonucuna, dolaylı şekilde ulaşıldığını, böylece bir yandan borçlanma ihtiyacı karşılanırken, diğer yandan da esas amacı verdiği ödünç yolu ile gelir elde etmek olan kişinin, ribâ yasası sebebiyle ulaşamadığı neticeye dolaylı yoldan ulaştığını belirtmektedir¹⁵⁵.

Para vakıflarına karşı olan ulemadan Birgivi Mehmet Efendi ise, Ebussuud efendinin fetvasına bir reddiye (*es-seyfu's-sârim li ibtâli vakfi'n-nukûd*) yazdığı gibi, kadı Bilal-zade'nin kendisini iki yüzlü olmakla itham etmesi¹⁵⁶ üzerine de bir risale daha kaleme almış, fakat bununla da yetinmeyerek, para vakıflarına karşı çıkışının sebeplerini sıraladığı bir başka risale daha yazmıştır. Bu risalede Birgivi'nin para vakıfları için İmam Züfer'e atfedilen görüşün zayıf olduğunu, borç verilen paraya karşı fazla para almanın (parayı işletmenin) haram olduğunu söylediği ve faizin (ribânın) üzerinde ısrarla durduğu belirtilmektedir¹⁵⁷. Konuya ilişkin olarak para vakıfları bağlamında Osmanlı ulemasının bu tartışmalarını değerlendiren İmber, hukuki bağlamda Çivi-zade ve Birgivi'nin temel Hanefi geleneği bakımından açıkça haklı olduklarını, ancak Ebussuud efendinin nihai ilgisinin, hukuki metinlerden ziyade, pratik ve kamu yararı olduğunu, para vakıflarının yasaklanmasının da o dönem Osmanlı toplumunda kamu yararına olmadığını, zira para vakıflarının dini kurumları, fakirleri destekledikleri gibi, mevcut bir kredi kaynağı durumunda bulduklarını, öyleyse bu tür vakıfları kaldırmanın hem dini hem de iktisadi hayata zarar verebilecek önemde olduğunu belirtmektedir¹⁵⁸. Yazar'ın ifadesine göre, Ebussuud efendi, faiz ödenmesi sorununu da çözmek mecburiyetindeydi; para vakıfları gelirlerini faizli ödünçlerden karşılıyorlardı ve hiçbir Hanefi otoritesi de faize onay vermemekteydi; bu aşamada İmber, Ebussuud efendinin "hile-i şer'iyye"ye başvurduğunu, para vakfının geçerliliğini onaylayan bir hüccet modeli geliştirdiğini, burada faiz ödenmesine atıfta bulunmak yerine hukuki işlem (muamele-i şer'iyye)

154 Şimşek, "Osmanlı Cemiyetinde Para Vakıfları."

155 Özcan, "Osmanlı Toplumuna Özgü Bir Finansman Modeli: Para Vakıfları," s.126.

156 Şimşek, "Osmanlı Cemiyetinde Para Vakıfları."

157 Şimşek, "Osmanlı Cemiyetinde Para Vakıfları."

158 İmber, **a.g.e.**, s.155.

tabirini kullandığını söylemektedir¹⁵⁹. Yine yazar, Ebussuud efendinin bu davranışını, Osmanlı örfünü, ana hukuki geleneğe (geleneksel Hanefi fikhına) karşı başarılı bir savunma olarak yorumlamaktadır¹⁶⁰.

Para vakıfları örneği ile birlikte, İnalçık'ın da çoğu Osmanlı hukukçusu ve bürokratinin, devlet ve toplumun ihtiyaçları için her zaman istihsan (Müslüman toplumunun genel menfaati) prensibine başvurduklarını belirttiği ve söz konusu ilkeyi, "İslâm hukukunun gelişmeci ilkesi" olarak değerlendirdiği ifade edilmelidir¹⁶¹. Bu noktada yazar, İslâm hukuk tarihinde, yalnız hükümdarın mutlak yetkisiyle yürürlüğe koyulan ve uygulanan kanunların da bulunduğu, olgusunu tespit etmekte ve zamanla Şeriat'ın kural koymadığı sorunların ortaya çıktığını, fetva kurumunun özellikle kamu işlerinde (kamu hukuku alanında) yeterli olmadığını söylemektedir; bu itibarla hükümdar tarafından verilen hükümler (koyulan kurallar) tamamıyla bağımsız bir hukuki alan oluşturmuş ve Şeriat'la yan yana bulunan, devlet hukuku manasına gelen "kanun" ya da "zevabit" terimleriyle karşılaşmıştır¹⁶².

Şekli olarak yasalar, hükümdarın emirleri şeklinde çıkartılmakla beraber, genel kurallar "kanun" olarak yorumlandı ve Şeriat'ın ruhuna aykırı olmadıkları iddiası da bir kenara bırakılmadı. Ancak bazı zamanlarda bu tarz kanun koyma davranışı, muhafazakar ulemanın tepkisini de çekmiştir. İslâm hukuk tarihi bağlamında, örfi hukuk alanındaki gelişimi bu şekilde yorumlayan yazar, İslâm dünyasında, temel kuralları formüle eden *sultani emirlerin*, Şeriat ile yan yana bir *sivil hukuk alanı* oluşturduğu fikrine ulaşmaktadır. Bu yaklaşımın ünlü fakihlerden El-Mâverdi'nin (ölm: 1058) eserlerine de yansıdığını, El-Mâverdi'nin, Müslüman toplumun iyiliği ve devamının sağlanması için, Şeriat'ın uygulanmasını güvence altına alacak bir araç olarak, gerekliliği dinden kaynaklanmayan bir *güçten*[siyasi iktidardan] (kuvvetu's-saltana veya emâra) bahsettiğini belirten İnalçık, bu yaklaşımın, "İslâm'ın ve halkın hayrı prensibinin (İslâmî terminoloji ile *istislahın*)" siyasi otoritenin kural koyma iktidarını geçerli kılan ilke olarak kabul edilmesini sağladığı neticesine varmaktadır¹⁶³. Aynı yaklaşım Osmanlı Devleti'nde de geçerli olmuş, Osmanlı padişahının da "kanun yapma" yetkisinin kabulü ile "şer' ve kanun" "din ü(ve) devlet" ifadeleri kullanılmıştır¹⁶⁴.

159 A.e., s.155-156.

160 A.e., s.156.

161 İnalçık, "Şeriat ve Kanun, Din ve Devlet," s.40.

162 İnalçık, "Şeriat ve Kanun, Din ve Devlet," s.41.

163 İnalçık, "Şeriat ve Kanun, Din ve Devlet," s.42.

164 A.y.

Anhegger ve İnalçık'ın ifade ettiği üzere, Şer'i ve Örfi hukuk alanları arasındaki ilişkiler, Osmanlı Devleti'nin kuruluşundan çok önce bir sistem haline gelmiştir¹⁶⁵. Söz konusu durum, Osmanlı Devleti'nden önce kurulmuş Müslüman Türk devletlerinde de kendisini göstermektedir. Örneğin, Hindistan'daki Türk Delhi sultanları (1206-1412), Şeriat'ın yanında, *zavâbit* denilen *devlet kanunları* çıkarmışlardır¹⁶⁶.

Osmanlı Devleti'nde de hükümdar (Osmanlı padişahı), “örf alanında olduğu gibi, Müslüman cemaatinin dini reisi olarak, şer'i alanda da son söze sahiptir ki bu durumu İbn-i Kemal'in bir fetvası da şu şekilde göstermektedir: “Şer'an caiz değildir, ve hem men' olunmuştur sultandan canib-i sultandan”¹⁶⁷.

3- Osmanlı Örfi Hukukunun Yazılı Derlemeleri: Osmanlı Kanunnameleri

Adaletin yerine getirilmesi faaliyeti yürütülürken, uygulanacak hukuk kurallarının önceden açık –belirgin– ve biliniyor olmasının her zaman önemli bir yeri olmuş, kuralların belirgin olması, keyfiliği ortadan kaldırarak, hukuk düzenine güven duyulmasını sağlarken, biliniyor olması da söz konusu hukuk kurallarına uyulmasını kolaylaştıracak bir unsur olarak ortaya çıkmıştır¹⁶⁸. Modern ceza hukukunun en önemli ilkelerinden biri olan “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi, bu anlamda keyfiliği önlemeye yöneliktir¹⁶⁹.

Osmanlı Devleti'ndeki örfi hukuk uygulamalarının kökenine (Türkler'deki İslamiyet öncesinin devlet ve idari teşkilata ilişkin anlayışlara) gidildiğinde, bu durum, *genelde Türkler'de özeldir ise Osmanlı Devleti'nde yasaya verilen önemi* de ortaya koymaktadır. Zira iktidardaki Türk hükümdarı, siyasi iktidara gerçekten sahip olduğunu ve yönetimi altındaki devletin “bağımsız” olduğunu yasa koyabilme iktidarında (töreyi söyleyebilme gücünde) bulmaktadır. Aynı olguyu Kutadgu Bilig'teki¹⁷⁰ adalet çemberi de göstermektedir.

¹⁶⁵ Anhegger, İnalçık, **a.g.e.**, s.X. (Yazarların cümlede kullandıkları ifade “bir hal şekline bağlanmıştı” şeklindedir.)

¹⁶⁶ İnalçık, “Türk-İslâm Devletlerinde Devlet Kanunu Geleneği,” s.27.

¹⁶⁷ Anhegger, İnalçık, **a.g.e.**, s.X.

¹⁶⁸ Aydın, “Kanunnâmeler ve Osmanlı Hukuku'nun İşleyişindeki Yeri,” s. 38.

¹⁶⁹ **A.y.**

¹⁷⁰ Kutadgu Bilig için bkz: Halil İnalçık, “Kutadgu Bilig'de Türk ve İran Siyaset Nazariye ve Gelenekleri,” **Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adalet**, İstanbul, Eren Yayıncılık, 2000, s. 9-23.

Hükümdar, siyasi iktidarın da sahibi olmayı arzuluyorsa, halkını adil bir şekilde yönetecektir. Bunu da adil kanunlar koyarak yapacaktır¹⁷¹.

İnalcık'ın *Kabusname* ve *Kutadgu Bilig*'e ilişkin göndermeleri dikkate alındığında, Hicri 1082'de yayınlanmış olan *Kabusname*'de hükümdarın askerle güç bulduğu, asker için altına ihtiyaç olduğu, altının bayındırlıkla elde edilebildiği, bayındırlığın ise adalet ve insafla yayıldığı belirtilmektedir ki aynı kabulde *Kutadgu Bilig*'de de karşılaşılmaktadır¹⁷²: “Memleket tutmak için çok ordu ve asker lâzımdır, askerini beslemek için de çok mal ve servete ihtiyâç vardır, bu malı elde etmek için halkın zengin olması gerektir. *Halkın zengin olması için de doğru kanunlar konulmalıdır*”¹⁷³. Aydın'ın da İnalcık'a atıfla ifade ettiği üzere, *Kutadgu Bilig*'de kanunun önemini vurgulayan bir çok beyit de bulunmaktadır: “Beylik kanun ile ayakta durur”, “bir memleketin bağı ve kilidi iki şeyden ibarettir: Biri ihtiyatlılık biri kanun”, “hangi bey memlekette âdil kanun koydu ise o, memleketini tanzim etmiş ve gününü aydınlatmıştır” “bey mülkünü ve halkını kanun yolu ile nizam altında bulundurur”¹⁷⁴. Neticede, adil kanunlar koymak ve onları tarafsızlıkla uygulamak yoluyla bir hükümdar, uzun süre egemenliğini koruyabilir¹⁷⁵.

Böylece *örf* kavramının, dolayısı ile örfi hukukun gelişiminin yanında tanımlanması gereken bir terim daha ortaya çıkmaktadır: *Kanun*. Günümüz kullanım anlamından farklı olarak kanun, “örfün hukuk kaynağı olarak kabulü-

On birinci yüz yılda yazılmış bulunan *Divânü-Lügati't-Türk* ve *Kutadgu Bilig* hakkında Köprülü'nün değerlendirmesi şu şekildedir: “Her ikisinde de kuvvetli İslâm tesiri göze çarpar. Sadece bir malzeme kitabı olan birinci eser için bu bir kusur teşkil etmez; ancak sırf ideolojik bir eser olan *Kutadgu Bilig*'i o devrin...hukukî telâkkilerini gösteren bir kaynak gibi mütalâa edenler tamamıyla yanıltılmaktadırlar...bu eserde Türkler[e] has hukukî ve ahlakî telâkkiler çok azdır...bu ideolojik edebî eserden o devir Türklerine has hukukî telâkkiler çıkarmaya çalışmak, eserin hakiki mahiyetini anlamamak demektir ve tarihî zihniyete tamamıyla mugayirdir.” (Köprülü, “Orta zaman Türk Hukukî Müesseseleri İslâm Amme Hukukundan Ayrı Bir Türk Amme Hukuku Yok Mudur?” s.26, dn: 47. *Divânü Lügati't-Türk*'ün baskılarından biri için bkz: Kâşgarlı Mahmûd, **Divânü Lügati't-Türk**, 1.bs., İstanbul, Kocabalı Yayınevi, 2005.) Görüldüğü üzere bu noktada Köprülü ve İnalcık'ın fikirleri farklılaşmaktadır.

¹⁷¹ İnalcık, “*Kutadgu Bilig*'de Türk ve İran Siyaset Nazariye ve Gelenekleri,” s.15.

¹⁷² **A.y.**

¹⁷³ **A.y.** İnalcık'ın gönderme yaptığı ifadelerle, İnalcık vasıtasıyla, örfi hukuk bağlamında Aydın da atıf yapmaktadır. Bkz: Aydın, “Kanunnâmeler ve Osmanlı Hukuku'nun İşleyişindeki Yeri,” s. 37.

¹⁷⁴ İnalcık, “*Kutadgu Bilig*'de Türk ve İran Siyaset Nazariye ve Gelenekleri,” s.20; Aydın, “Kanunnâmeler ve Osmanlı Hukuku'nun İşleyişindeki Yeri,” s. 37.

¹⁷⁵ İnalcık, “*Kutadgu Bilig*'de Türk ve İran Siyaset Nazariye ve Gelenekleri,” s.20.

nün neticesinde, çıkarılan emirlere verilen genel isim” şeklinde tanımlanmaktadır¹⁷⁶. Orijini bakımından Yunanca bir kelime olan kanun sözcüğü, İslâm devletinin Mısır ve Suriye’de Bizans yönetimine varis olduğu dönemde, önceki yönetimden kalmış vergiler için kullanılırken, daha sonra ulûl-emrin, kendi otoritesine dayanarak çıkardığı her türlü emir için kullanılır olmuş, Osmanlı Devleti’nde *örfi kavânîn* ifadesine de genellikle *şer’i ahkam* tabiri yanında, ayrı bir kavram olarak rastlanmıştır (ahkam-i şer’iyye ve kavânîn-i örfiyye)¹⁷⁷.

Kanun kelimesi Osmanlı hukuku bakımından bir başka tabiri daha beraberinde getirir: *Kanunname*. Kanunname kavramının şu şekilde tanımlandığı belirtilmelidir: “Sultanların emir ve fermanlarıyla vazedilmiş olan kanun ve talimatları bir araya toplamış kanun dergileri (külliyyatı)”¹⁷⁸. Söz konusu Osmanlı kanunnamelerinin çalışma konusu bakımından önemi, Osmanlı örfi hukuk kurallarını göstermesi bakımından ortaya çıkmaktadır.

Bu bağlamda Anhegger ve İnalçık’ın yayınladıkları Osmanlı kanunnamesi misal olarak verilirse, bu derlemenin, Divan-i Hümayun’da mali konularda, örnek ve kaynak görevi görmek üzere hazırlanmış bir kanunname niteliğinde bulunduğu, bu nedenle mecmuayı derleyenin esas amacının, maliyeye ait değişik kanun maddelerini içeren her türlü belgeyi toplamak olduğu, anlaşılır. Bu tarz genel derlemelere kanunname denildiği gibi “bir talep üzerine bir işe ait kanun ve nizamları bildirmek ve bunların uygulamasını sağlamak için verilen belgelere” de kanunname denilmekteydi. Bu tür kanunnamelerde kanun ve nizamların uygulanması için genelde, sancak beyi, subaşı ve kadının yardımı emredilmekteydi; *hüküm-kanunname* şeklinde ifade edilen söz konusu kanunnamelerin örnekleri resmi defterlerde de bulunduğu gibi, bazı hükümler de önceden çıkarılmış kanunların gerekli bölümlerini açıklamak ve teyit etmek üzere verilmiştir. Hüküm-kanunnameler, sultanî kanunnamelerin başlıca kaynağı olmuştur¹⁷⁹.

Kanunnamelerin düzenlenmesinde güdülen amaç, bir yandan “olup-gelmüş kanun”u tanıtarak, kanun yapıcılara örnekler vermek, diğer yandan da

¹⁷⁶ Anhegger, İnalçık, **a.g.e.**, s. X.

¹⁷⁷ **A.y.**

¹⁷⁸ Barkan, **XV ve XVI ıncı Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Ziraf Ekonominin Hukukî ve Malî Esasları Kanunlar**, s. IX.

¹⁷⁹ Anhegger, İnalçık, **a.g.e.**, s. XIV- XVIII. (Yasaknameler, Beratlar, Tevkiler için bkz: **A.e.**, s. XIV, XV, XVII.)

kanun uygulayıcılarına hükme varırken kullanmaları ve örneklere ulaşmaları için kolaylık sağlamaktı¹⁸⁰. Bu noktada Osmanlı kanunnamelerinin resmi mi yoksa gayri resmi mi olduğu sorusu devreye girmektedir ki Anhegger ve İnalçık'ın, Osmanlı kanunnamelerinin çoğunlukla gayri resmi derlemeler olmakla beraber, başvurulacak kaynak (mercî) niteliğine de sahip buldukları fikrinde oldukları belirtilmelidir¹⁸¹. Fikirlerinin dayanağı ise, Osmanlı Devleti kadılarının (yargıçlarının) durumudur. Yazarlara göre Osmanlı kadısı, İslâm hukuku alanında fıkıh kitaplarını ve resmi olmayan fetva mecmualarını kullandığı gibi, örfî (sultanî) hukuk alanında da resmi olmayan (özel) kanun derlemelerini kullanabilirdi. Öyleyse, modern *code*'lar tarzında tasdik edilmiş (onaylanmış) tüm kanunları içeren resmi kanunnameler aranmalıdır; çoğu kez kadılara gönderilen emirlerle "olup-gelmiş kanuna" göre hareket etmeleri istenmiştir. Zira, bizzat örf (örf-i maruf), devlet tarafından hukuk kaynağı olarak kabul ve tasdik edilmiştir. Böyle bir hukuk sisteminde modern anlamda "hükümlerine harfi harfine riâyet mecburi olan" resmi kanun kitapları yerine özel kanun derlemeleri de hukuki bir işleve sahiptir. Ancak kadıların verecekleri hükümler, geçerliliği resmi yazı ile bildirilmiş (tasdik edilmiş) hakanî defterlerdeki kanunnamelere ve padişah emirlerine de aykırı olamaz¹⁸². Anhegger ve İnalçık, "gayri resmi" kanun dergilerinin de bu amaca hizmet etdiklerini, değişik kanunnamelerin giriş kısımlarında da bu amacın açıkça belirtildiğini söylemektedirler¹⁸³. Kanun derlemeleri ve sicil kayıtları arasında bir çelişki ortaya çıktığında ise, ilgili kişinin davasını, "Padişah kapısı"na götürmesine bir engel yoktur ki bu durum yürürlükteki kanunların uygulanmasının da garantisini sağlar¹⁸⁴.

Padişah emirleriyle derlenen aynı tip kanunnameler de (ne kadar yetersiz görünürlerse görünsünler) yalnızca padişah ve yönetim kademesindekilere "imparatorluk teşkilatı hakkında genel bir fikir vermek için" düzenlenmemişlerdir. Aynı zamanda pratik bir amaca da hizmet ederler; şöyle ki gerek kadı mahkemelerinde, gerekse Divan-i Hümayun'da gerekli hükümlerin derhal araştırılıp bulunması güçlüğü, çoğu halde hükme esas olabilecek nitelikteki kanunların, bir defter şeklinde ve bir arada bulundurulmasıyla aşılıp çalışılmıştır. Yine kadıların, çoğu zaman görev yerlerinde kısa süreli olarak buldukları, bu itibarla da görev yerlerinin hukuki özelliklerine bu kısa zaman

180 A.e. , s.XI.

181 A.y.

182 A.y.

183 A.e. , s. XI-XII.

184 A.e. , s. XII.

zarfında, ancak bir dereceye kadar nüfuz edebilecekleri dikkate alınır, bu şekilde derlenen Osmanlı kanunnamelerinin, devletin hukuki düzeni ve adalet mekanizması bakımından önemi daha iyi kavranabilir¹⁸⁵.

Divan-i Hümayun'da "makbul ve muteber" bir kanunnamenin varlığını gösteren delillerden bahsedilmektedir ki Anhegger ve İnalcık'ın bildirdiği üzere, Barkan'ın söz ettiği "reisülküttap'ın kisesindeki kanunname" bu nitelikte olmalıdır. Zira Osmanlı devlet yetkilileri yeni bir düzen koyarken, "kanun-i kadim"i takibe de önem vermektedirler¹⁸⁶.

Kanunnamelerin geçerli olduğu coğrafi ve zümrevî alana değinmek gerekirse, Barkan'ın tüm imparatorluğu kapsamına alan tek bir kanunnamenin imkansızlığından bahsettiği belirtilmelidir. Çünkü Osmanlı Devleti'nde kanunlar, zümrelere ve bölgelere göre değişir¹⁸⁷. Barkan, "Kanunlar, C.I" olarak ifade ettiği eserinde yayınladığı, Suriye, Mısır, Adalar, Macaristan ve Azerbaycan dahil, tüm Osmanlı İmparatorluğu'nun değişik yörelerine ait kanun metinlerinin, ziraî örf ve adetleri gösterdikleri gibi, fetihten önceki Türk-İslâm devletlerindeki ve hatta bazı Hıristiyan ülkelerindeki ziraî düzen ve vergileri de yansıttıklarını belirtmektedir¹⁸⁸.

Osmanlı Devleti'nin bilinen ilk genel kanunnamesi "Fatih Kanunnamesi" şeklinde ifade edilen kanunname'dir. Bunu takip eden örneklerden bazıları, II. Beyazıt (saltanatı: 1481-1512) Kanunnamesi, Yavuz Sultan Selim (saltanatı: 1512-1520) Kanunnamesi ve Kanuni Sultan Süleyman (saltanatı: 1520-1566) Kanunnamesi'dir. Bu kanunnameler genel nitelikli olmaları itibarıyla, imparatorluğun yalnız belli yörelerinde değil tümünde geçerlidirler. Padişahın yasama yetkisinin sonucudurlar ve imparatorluğun egemenliği altındaki tüm mahkemeler tarafından uygulanmak zorundaydılar. Bu kanunnamelerin yanında, imparatorluğun¹⁸⁹ farklı yöreleri için geçerli olan kanunnameler de mevcuttur. Bunlara örnek olarak Barkan tarafından yayınlanmış olan Bozok Kanunnamesi verilebilir¹⁹⁰.

¹⁸⁵ **A.y.** (Kanunnamelerin derlenmesi faaliyeti ile *nişancı*, yani örfi kanunları bildirme yükümlülüğünde olan kişi meşgul olmuştur. –**A.y.**–)

¹⁸⁶ **A.e.** , s. XIII.

¹⁸⁷ **A.e.** , s. XIII, dn: 21.

¹⁸⁸ Barkan, **XV ve XVI ıncı Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Ziraî Ekonominin Hukukî ve Malî Esasları Kanunlar**, s. VI, LIV.

¹⁸⁹ Anhegger, İnalcık, **a.g.e.**, s.X.

¹⁹⁰ Barkan, **XV ve XVI ıncı Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Ziraî Ekonominin Hukukî ve Malî Esasları Kanunlar**, s. 124-129. Anhegger ve İnalcık, tüm imparatorluk

Osmanlı Devleti'ndeki örfi hukuk kuralları bağlamında en ilgi çekici hüküm, genel nitelikli kanunnamelerden olan Fatih Kanunnamesi'ndeki "kardeş katli" ne ilişkin hükümdür. İslâm dininin kabulünden evvelki Türk egemenlik anlayışının sonucu olan, Tanrı tarafından egemenliğin verildiği düşünülen ailenin tahtta söz sahibi olan erkek üyelerinden her birinin –bazen– hükümdar olmak için, aralarında verdikleri mücadelenin (taht kavgalarının) neticesinde birbirlerini öldürmeleri olgusu, günümüze ulaşmış olan ve Fatih Kanunnamesi adıyla bilinen kanunnamenin içeriğine şu şekilde yansımıştır: "Ve her kimesneye evlâdımdan saltanat müyesser ola karındaşların nızamı âlem için katletmek münasibdir ekseri ulema dahi tecviz etmiştir. Anınla âmil olalar"¹⁹¹. Bu hükmün değerlendirmesi bir sonraki başlığa bırakılarak, Fatih Sultan Mehmet hakkındaki eserinde Afyoncu'nun, Fatih Sultan Mehmet'in kanunnameleri ve hukuka verdiği önemle, Osmanlı Devleti'ni bir "hukuk devleti" haline getirdiği konusundaki ifadesinin¹⁹² üzerinde durulmalıdır. Söz konusu dönem ve Osmanlı Devleti'nin klasik dönemi bakımından konuya yaklaşıldığında, "hukuk devleti"nden bahsetmenin mümkün olamayacağı belirtilmelidir. Zira Osmanlı Devleti kanunnameleri dikkate alındığında, belki "kanun devleti" kavramı bağlamında bir tartışma yapılabilir ki Osmanlı şeriye mahkemelerinde bilhassa aile hukuku ve özel hukukun diğer alanlarında ifade edilebilecek uyumsuzluklarda uygulanan İslâm hukuku dikkate alındığında "kanun devleti"nden bahsetmenin de zor olduğu ortaya çıkar; bu itibarla Osmanlı Devleti hukuk sistemi için bir takım teknik hukuki terimler kullanılırken, dikkatli olma zorunluluğu söz konusudur.

Osmanlı kanunnameleri hakkındaki genel bir değerlendirme için Barkan'ın şu cümleleri verilebilir:

için geçerli olan genel kanunnameye *Sultan Süleyman Kanunnamesi* adıyla tanınmış kanunnameyi örnek vermekteler. Bir çok nüshası bulunan fakat henüz tasdikli bir nüshası ele geçmemiş olan bu kanunnameye ilişkin, (Hicri: 1005 tarihli) bir adaletnamede de şu ifadeler mevcuttur: "Ecdad-i 'izamımdan Sultan Süleyman Han...zaman-i iktidarlarında *kanunname yazılı* beher şehirde olan *kadılar mahkemesinde kanunname-i hümayun vaz 'olunmağla*". Söz konusu ifade, Kanuni Sultan Süleyman döneminde genel nitelikli bir kanunnamenin vazedildiği ve "meri ve muteber olan" bu ve diğer kanunnamelerin, yalnız Divan-i Hümayun'da değil, şeriye mahkemeleri de dahil olmak üzere, tüm imparatorluk dahilindeki uygulamada önem arz ettiklerini gösterir. (Anhegger, İnalçık, **a.g.e.**, s. XIV -vurgu bana ait).

¹⁹¹ Ali Himmet Berki, **Büyük Türk Hükümdarı İstanbul Fatih Sultan Mehmed Han ve Adâlet Hayatı**, İstanbul, Kutulmuş Basımevi, 1953, s.137.

¹⁹² Erhan Afyoncu, **Fatih Sultan Mehmed ve İstanbul'un Fethi'nin Bilinmeyen Yönleri Truva'nın İntikamı**, 1.bs, İstanbul, Yeditepe Yayınevi, 2009, s.149.

“Umumiyetle bilindiği üzere, Osmanlı İmparatorluğu’nda ona hususî şekil ve çatısını veren esas teşkilât ve idare kanunları, Şerî’at kaidelerinden istidlâl veya istihraç yolile ve derhal sistemli ve her sahaya ait şümullü mufassal kanunlar çıkarmak suretile vaz’edilmiş değildir. Bu hususlara ait mevzuat ve ahkâm, an’ane ve tecrübeden alınan ilhamlara göre, idarî tedbirler ve emirler halinde verilmiş fermanlar vasıtasile, yavaş yavaş ve parça parça ilân edilmiştir...Bu suretle her yeni vaziyet karşısında her hangi bir meseleye bir hal şekli bulmuş olmak için verilen *her emir, ferman tarzında münferit bir kanun* mahiyetini arzemiştir. Bundan sonra, aynı sahaya ait olup muhtelif tarihlerde verilmiş olan emir ve fermanların yavaş yavaş bir araya getirilmesi suretile muayyen bazı sahaların *hususî* kanunların veyahut kanunnâmelerinin teşkil edildiği tahmin edilebilir. Daha sonra, bu kanunların da bir araya toplanması suretile *umumî bir kanunnâmenin* veyahut muayyen bir devirde Osmanlı İmparatorluğunda tatbik edilen belli başlı kanunların bir kolleksiyonun (Külliyatının) meydana çıktığı görülmektedir. Bu suretle meydana getirilen ilk askerî ve siyasî kanun dergisinin birinci Murad devrinde ve onun emrile Beylerbeyi Timurtaş Paşa tarafından meydana getirildiği zannedilmektedir. Her ne kadar ilk devirlere ait olup umumiyetle dirliklerin ahvâline, malî meselelere ve teşrifâta... hulâsa, umumi Devlet idaresinin her kısmına ait emirleri ihtiva eden bu çeşit dergilerden hiçbirinin metni bugün bizim elimizde yoksa da amelî ve idarî zaruretlerle muhtelif kanunları bir arada ve yazılı bir şekilde toplamak ihtiyacının her devirde duyulmuş ve bu maksatla bir çok kanun mecmualarının meydana getirilmiş olacağı muhakkaktır. Nitekim, en eski tarihli kanunnâme metni olarak elimizde bulunan ve bilhassa bazı teşrifât ve ceza meseleleriyle bir kısım sivil kanunları ihtiva eden Fatih Kanunnamelerinin de bazı parçalarının daha eski tarihli kanun dergilerinden devşirilmiş olduğu tahmin edilebilir. Daha sonra gerek hususî teşebbüslerle ve gerek resmî emirlerle daha bir çok kanun dergileri meydana getirilmiştir. Bunlar arasında Kanunî Süleyman, İkinci Selim, birinci Ahmet ve dördüncü Murat devirlerinde toplanmış oldukları tespit edilebilen bir takım kanun mecmuaları bugün bizim elimizde mevcuttur”¹⁹³.

¹⁹³ Barkan, **XV ve XVI ıncı Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Ziraf Ekonominin Hukukî ve Malî Esasları Kanunlar**, s. XX-XXI.

4- Osmanlı Devleti Örfi Hukuk Uygulaması Örneklerinden Biri: “Kardeş - Şehzade - Katli”

Osmanlı Örfi hukuku alanında tartışılması gereken konular kapsamında, kardeş katli, devşirme sistemi, siyaseten katl, tımar sistemi, örfi vergiler gibi Osmanlı Devleti'nin daha çok kamu hukukunun içeriğinde değerlendirilebilecek kurum ve kuralları, dile getirilebilir¹⁹⁴.

Söz konusu Osmanlı örfi hukukuna ilişkin bu tarz uygulamalardan “kardeş katli” örnek olarak seçildiğinde, bu uygulamanın hukuki niteliği, özellikle İslâm hukuku bakımından değerlendirilmelidir.

Kosova savaş meydanında, vezirlerin de onayı ile bir iç savaşa engel olmak için I. Beyazıt'ın, babası I. Murat'ın savaş meydanında öldürülmesini müteakip, kardeşi şehzade Yakup'u öldürttüğü, daha sonra onun oğulları arasında çıkan taht kavgasının da I. Beyazıt'ın bu hareketini haklı gösterdiği ki Çelebi Mehmet'in (I.) de büyük oğlu Murat'ı vâliht olarak belirlediğinde iki

¹⁹⁴ Bu bağlamda Osmanlı kanunnamelerindeki, İslâm ceza hukukuna aykırılığı ifade edilebilecek, örfi cezalandırmaya ilişkin hükümlerden de bahsedilebilir. (Konuya ilişkin olarak bkz: Coşkun Üçok, “Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler,” **AÜHFD**, C.III, (1946), s. 125-146; Coşkun Üçok, “Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler III,” **AÜHFD**, C. IV (1947), s. 48-74. Ayrıca, devşirme sistemi ve siyaseten katl için bkz: Mumcu, **Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl**.)

Tımar (dirlik) sistemi konusunda, Üçok, Mumcu, Bozkurt, söz konusu kurumu, örfi hukukla şer'i hukukun iç içe geçtiği bir Osmanlı Devleti kurumu olarak ifade etmektedirler: Örneğin, Sipahi ile köylü arasındaki kira sözleşmesi, İslâm hukukunun “ıcar” konusundaki hükümlerine uymadığı için “fasit” sayılmış, ancak Osmanlı hukuku bakımından geçerliliğini korumuştur. (Üçok, Mumcu, Bozkurt, **a.g.e.**, s.218, dn:67, 219.)

Tekâlif-i örfiyye (örfi vergiler) ile ilgili olarak da şu hususlar belirtilebilir: Bu vergilerin bir bölümü tüm ülkede geçerli iken, bazıları sadece belirli yerlerde toplanırdı; söz konusu vergilerin adları, nitelikleri, ve miktarları her vilayete ait vergi kanunnamelerinde gösterilirdi. Tekâlif-i örfiyyenin bir kısmı, Osmanlı Devleti'nin fethettiği yerlerdeki önceden uygulanan vergilerin bir bölümünü (bazı düzeltmelerle) yürürlükte bırakmasından kaynaklanmıştır. Tekâlif-i örfiyyenin çok ve çeşitli olması nedeniyle, tam bir listesini vermek mümkün gözükmemektedir; fakat örnek vermek gerekirse şu vergilerin tekâlif-i örfiyyeden oldukları söylenebilir: Agnam resmi, ağıl ve kışlak resmi, otlak resmi, otluk resmi, kovan resmi, bennak resmi, mücerred resmi, gerdek resmi, cürüm ve cinayet resmi, köle ve cariyeye müjdeleri gibi; ayrıca gelenek-görenek vergilerinden bir kısmının yılda ne kadar tutacağı bilinmediği için bu tür vergilere “badihava” denilmekteydi. (Üçok, Mumcu, Bozkurt, **a.g.e.**, s.221. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz: Ziya Kazıcı, **Osmanlılarda Vergi Sistemi**, İstanbul, Şamil Yayınevi, 1977.)

küçük oğlunu ölümden kurtarmak için önlem aldığı, II. Murat'ın ise kendisine karşı isyan eden kardeşi Mustafa'yı öldürttüğü, Fatih'in de küçük kardeşi Ahmet'i ortadan kaldırttığı ve bu eski teamülü kanunnamesinde yasa maddesi olarak öngördüğü İnalçık tarafından belirtilmiştir¹⁹⁵. Yazar söz konusu kanunname maddesini tekrar ettikten sonra, *ulemanın kardeş katlini*¹⁹⁶ *caiz görmesinin nedeni olarak da İslâm toplumunu anarşiden kurtarma kaygısını* dile getirmektedir. Ayrıca İnalçık, Fatih Sultan Mehmet Kanunnamesi'ndeki, kardeş katline ilişkin hükmü, II. Mehmet'in mutlak bir kural olarak koymadığını da söylemektedir¹⁹⁷.

Konuyu genel olarak İslâm dini, özelde İslâm hukuku bağlamında inceleyen bazı yazarların, söz konusu uygulamanın İslâm dininin öngördüğü kurallar bağlamında meşrulaştırılamayacağını ifade ettikleri belirtilmelidir. Zira konuya ilişkin olarak Aydın, ayrıntılı bir incelemede bulunmakta, Selçuklular'da ve Osmanlı Devleti'nde kardeş katline ilişkin uygulamanın Fatih Sultan Mehmet'in teşkilat kanunnamesindeki kardeş katline ilişkin hükümlerle, hukuki bir zemine kavuştuğunu, ancak söz konusu hükmün, "hakim hukuk sistemi olan İslâm hukuku" ile tam bir uyum gösterdiğinin ileri sürülemeyeceğini, "ekser ulema tecviz etmiştir" denilmesine rağmen, bazı zamanlarda şeyhülislamların bu uygulamaya açıkça karşı çıkarak fetva vermek istemediklerini, bu durumun da kardeş katli uygulamasının, İslâm hukukuna uygunluğunu tartışmalı kıldığını söylemektedir¹⁹⁸.

Osmanlı Devleti'deki "kardeş katli" örfi uygulamasının, siyasi şartlarına değinen Aydın, kardeş katlinin, Türk siyasi geleneğinden (egemenlik anlayışından) kaynaklandığını belirtmektedir; İslâmiyet'ten önceki Türk egemenlik anlayışı uyarınca, devlet –siyasi iktidar– hükümdar ailesine (Tanrı tarafından seçilmiş aileye) aittir ve hükümdarın tüm erkek çocukları, tahta geçmede aynı hakka sahiptir¹⁹⁹. Bu anlayış İslâmiyet sonrası Türk devletlerin-

¹⁹⁵ İnalçık, "Türk Devletlerinde Devlet Kanunu Geleneği," s.35.

¹⁹⁶ İslâm hukuku bağlamında ne derece kabul edilebilir olduğu inceleme konusu yapılan durum, tahta geçmiş bulunan Osmanlı padişahına *isyan eden* şehzadelerin katledilmesi değil, böyle bir suç –teşebbüs derecesinde de olsa- işlememiş bulunan şehzadelerin öldürülmesidir ki bunlardan bir kısmı da yaşları itibarıyla isyan suçunu işlemeye müsait değildir. (Tahttaki Osmanlı padişahına fiilen isyan etmiş ve onu tahttan indirerek yerine geçmek isteyen şehzadelerin durumu ise, İslâm ceza hukukunun içinde suç teşkil eden bir eylem olarak kabul edilen, isyan suçu bağlamında değerlendirilebilir.) Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s.137.

¹⁹⁷ İnalçık, "Türk Devletlerinde Devlet Kanunu Geleneği," s.35.

¹⁹⁸ Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 138.

¹⁹⁹ **A.e.** , s. 139.

de olduğu gibi, Osmanlı Devleti'nde de *tahta geçme usulünün* belirlenmesine engel olmuştur²⁰⁰. Fatih Sultan Mehmet'in kanunnamesinde öngördüğü üzere, Osmanlı hanedanının hangi erkek üyesine tahta geçmek kısmet ol-duysa, bir başka ifade ile Tanrı tarafından, taht kime kısmet edildiyse, o, tahta geçecektir. Bu kuramsal egemenlik anlayışının uygulamadaki yansı-masına da atıf yapan Aydın, Fatih Sultan Mehmet ile kardeş katlinin kanun-name hükmü haline getirilmesine kadar, Osmanlı Devleti'nde sağ bırakılan şehzadelerden önemli bir kısmının, tahttaki hükümdara isyan ederek Os-manlı Devleti'ne problem çıkarttığını belirtmektedir. Fetret devrinin karga-şasından da bahsetmektedir²⁰¹. Ancak isyan eden şehzadelerin İslâm huku-ku bağlamında, İsyân suçunu işledilerse, eylemleri bastırılırken (eylem bas-tırıldıktan sonra haklarında ölüm cezası verilip verilmeyeceğine ilişkin tar-tışmalar bir kenara bırakılırsa) öldürülebileceklerine ilişkin İslâm ceza hu-kuku bağlamında sorun olmadığı da ifade edilmelidir. Burada, isyan çıkart-ma (suç işleme) endişesi ile kişilerin söz konusu suçu işlemeden ortadan kal-dırılmaları söz konusudur. İslâm hukuku bakımından Aydın'ın da tartıştığı, suç işlemeyen şehzadelerin nizam-ı alem için katledilmesi olgusunun İslâm hukukuna uygun olup olmadığıdır ki yazar bu uygulamanın İslâm hukuku-na uygun olduğunu iddia edenlerin, Osmanlı padişahları kardeşlerini katlet-mediklerinde, meydana gelen taht kavgalarının daha çok kanın dökülmesi-ne yol açtığını ve Hıristiyan dünyası karşısında, Osmanlı Devleti'ni zayıflat-tığını, dolayısıyla *genel bir zarar* (zarar-ı âm) oluştuğunu, halbuki bir veya birkaç kişiyi öldürmenin, genel zarara göre sınırlı ve küçük bir zarar (zarar-ı hâs) olduğunu “zarar-ı âmmı def için zarar-ı hâs ihtiyar olunur” (Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye, md: 87) ilkesi ve benzer içerikli ilkeler gereği, kardeş kat-li uygulamasının caiz olduğunu (İslâm hukukuna uygun olduğunu) ileri sür-düklerini, ifade etmektedir. Oysa büyük ve genel bir zarar karşısında, küçük ve özel bir zararın tercih edilebileceği ilkesi, mala yönelik zararlar için ge-çerlidir. Söz konusu ilke, bir şahsın hayatına karşılık, diğer bir şahsın haya-tının feda edilmesinin hukuki zeminini oluşturmaz. Ayrıca genel bir zararın meydana gelmesi, yani hayatta kalan şehzadenin ileride isyan suçunu işle-mesi de sadece bir ihtimaldir. İhtimalî bir zarar uğruna, muhakkak bir za-rarın (isyan etmemiş şehzadenin öldürülmesinin) göze alınması –İslâm hu-

200 A.y.

201 A.e. , s. 139-140. Konuya ilişkin olarak Akman, Hoca Sadeddin Efendi'nin (Tâcû't Tevârîh isimli eserinin birinci cildindeki) şu cümlelerini aktarmaktadır: “Def-i zarar-ı 'âm için za-rar-ı hâssı iltizam idüp ferman-ı sultani birle ol şehzade-i nevcıvamı zekemani ile neşmîni zindegâniden devr ve menzil-i sürûrunu kevr itdiler.” (Akman, **Osmanlı Devletinde Kardeş Katli**, s.152.)

kuku bakımından– mümkün değildir. Zira suçun oluşabilmesi için maddi unsurun da gerçekleşmesi gereklidir²⁰².

Bu bağlamda, konunun İslâm hukukuyla temellendirilmesinin isabetli olmayacağını belirten Akman da öldürülen Osmanlı hanedanı üyelerinin, cezalandırılmalarını gerektiren bir eylemde de bulunmadıklarını, yani suçun maddi unsurunun oluşmadığını, bu kişilerin belli bir kanı taşımaktan başka bir suçlarının olmadığını belirtmektedir²⁰³. Neticede her iki yazar da isyan etmemiş olan Osmanlı hanedanı üyelerinin öldürülmesini, Osmanlı Devleti'nin örfi hukuk uygulaması bağlamında değerlendirmişlerdir²⁰⁴. Ayrıca Aydın, kardeş katlinin uygulandığı dönemde de ulema tarafından açık destek almadığını belirtmekte, konuya ilişkin olarak, II. Osman'ın kardeşini öldürtürken şeyhülislam Esat efendiden fetva alamayarak, şeyhülislamlık makamına gelmek isteyen Rumeli kazaskerinden fetva almasını, örnek olarak göstermektedir²⁰⁵.

Neticede Osmanlı Devleti'nde tahta geçen hanedan üyesi, kendi siyasi iktidarı için varlıklarını tehlikeli gördüğü hanedanın diğer erkek üyelerini örfi hukuktan kaynaklanan yetkisi ile “nizam-ı alem”²⁰⁶ için öldürtmekteydi. Sorun bu duruma İslâm hukukunun müsaade edip etmediği noktasında düğümlen-

²⁰² Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 140-141. Aydın Osmanlı hanedanı içindeki kardeş katli uygulamasını, zaruret ilkesi bakımından da değerlendirmekte, bir cana kastın hiçbir zaruret tarafından meşru kılınmayacağını ifade etmektedir. (A.e., s. 141.) Akman, Fatih Sultan Mehmet'in son sadrazamı olan Karamanî Mehmet Paşa'nın, Yakup beyin öldürülmesine hukuki gerekçe olarak, İslâm hukukunun genel ilkesi olan “zaruret hali”ni gösterdiğini belirtmektedir. Ebussuud efendinin öğrencilerinden, şeyhülislamlık makamında da bulunmuş Hoca Saadeddin efendi ise Yıldırım Beyazıt'ın kardeşi Yakup'u öldürtmesini “fitne adam öldürmekten daha kötüdür” ayetine dayandırmıştır. Zira Akman'ın ifade ettiği üzere, Osmanlı ulemasının çoğu, şehzadeleri müstakbel fitne (anarşi) kaynağı olarak görmüşlerdir. (Akman, **Osmanlı Devletinde Kardeş Katli**, s. 150-151, 153, dn: 1.) Kardeş katlinin, İslâm hukukunun istihsan ve kamu yararı ilkeleri bağlamında, değerlendirilmesi için bkz: A.e., s.154-156.

²⁰³ A.e., s.158.

²⁰⁴ Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 141; Akman, **Osmanlı Devletinde Kardeş Katli**, s.158.

²⁰⁵ Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 141. Aydın, kardeş katlinin İslâm hukuku bağlamında savunulmasının mümkün olmamakla beraber, Osmanlı Devleti'ndeki bu uygulamaya, kökleri İslamiyet'in kabulü öncesindeki ilk Türk devletlerine kadar götürülebilecek siyasi zaruretlerin sebep olduğunu söylemektedir. (A.e., s. 143.)

²⁰⁶ *Nizam-ı alem*, devletin ve toplumun, güven, sükun ve düzen içinde bulunması anlamında, güncel olarak “kamu düzeni” terimi ile karşılanabilir; kardeş katli bağlamında nizam-ı alemden bahseden Akman, söz konusu kavramın kullanımının (İslâm hukukunun tali kaynaklarından olan) “maslahat”a atıf olduğunu ifade etmektedir. (Akman, **Osmanlı Devletinde Kardeş Katli**, s. 151, 156.)

mektedir, zira Osmanlı Devleti yöneticileri devleti İslâm dinine uygun yönettikleri iddiasındaydılar. Ancak örfî hukuktan kaynaklanan kardeş katli şeklinde adlandırılan uygulamanın İslâm hukukuna uygun olmadığı da Aydın'ın konuya ilişkin ayrıntılı açıklamaları ile anlaşılmaktadır. Bu değerlendirme, örfî hukukun meşruiyetini, şer'î hukuktan alıp almadığına ilişkin sorulara da cevap verme imkanını beraberinde getirmektedir. Nazariye ve tatbikatın uygun olabilmesi için örfî hukuk alanındaki Osmanlı Devleti uygulamalarının da İslâm hukukuna uygun olması gerekir ki bu konudaki en bariz aykırılık kardeş katli meselesinde kendisini göstermektedir. Öyleyse Osmanlı örfî hukukunun nazari olarak varlığını İslâm hukukundan aldığı kabul edilse dahi, Osmanlı Devleti'nin bazı örfî hukuk kurallarının İslâm Şeriatı'na uygun olmadığı gibi bir durum ortaya çıkmaktadır. Ancak bu durum Osmanlı örfî hukukunun, şer'î hukuktan tamamen bağımsız olduğu yargısına varmamızı da beraberinde getirmemektedir. Zira örfî hukuk alanındaki uygulamaların bir kısmında, Osmanlı padişahlarının –zahiri de olsa– şeyhülislamdan fetva alma gerekliliğini hissetmeleri, uygulamalarına hiç olmazsa teorik olarak İslâm hukukundan icazet alma ihtiyacında olduklarını göstermektedir.

Osmanlı Devleti hukuk sisteminde, özel hukuk alanında İslâm hukuku hakimken, kamu hukuku alanında örfî hükümlerin etkisinin büyük olduğu belirtilmelidir; ancak söz konusu iki hukuk alanına ilişkin hükümlerin kesin çizgilerle birbirlerinden ayrılmadıkları da ifade edilmelidir. Bu tespit, şer'î ve örfî hukukun uyum içinde olduğu, örfî hukuk kurallarının şer'î hukuka uygun bulunduğu manasına gelmemektedir. Bilakis örfî hukuk kuralları, şer'î hukuka aykırılık da göstermektedir. Bir önceki paragrafta da ifade edildiği gibi örfî yasalar kabul edilirken bazen fetva alınarak, söz konusu hükümler, İslâm hukukuna “şeklen” uygun hale getirilmiştir. Ancak şekli uygunluğun içerik bağlamında da söz konusu olduğunu söylemek zordur. Örneğin Osmanlı ceza hukuku alanında, bazı suç ve cezaların, İslâm hukukundaki devlet başkanının taziren cezalandırma yetkisinden kaynaklandığı ileri sürülse de suç ceza dengesini gözetmeyen ağır cezaların varlığı da dikkat çekmektedir²⁰⁷. Osmanlı hukukunda örfî cezalar, şer'î cezalara göre daha ağır olmuş, ispat şartları bakımından da daha az titiz davranılmıştır²⁰⁸. Osmanlı ceza hukukunun bir parçası olan “siyaseten katl” cezasının da İslâm hukukuna uygunluğu tartışmalıdır.

Yine devşirme sistemini uygulayan Osmanlı Devleti, kendi tebaası olan zimnilerin çocuklarını, ailelerinin iradelerini dikkate almaksızın, Müslüman-

²⁰⁷ Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 80-82.

²⁰⁸ **A.e.**, s. 221.

laştırmak, *kul statüsüne* dahil etmekteydi; oysa İslâm devleti ile gayrimüslim tebaası arasında olduğu farz edilen zimmet akdi, gayrimüslim tebaanın dinlerinin kendi rızaları hilafına değiştirilmesine imkan vermez; zimmilerin can, mal, dinleri egemenliğine tâbi oldukları İslâm Devleti'nin güvencesi altındadır²⁰⁹.

Erken dönem Osmanlı hukukunun örfi ve şer'i karakteri üzerinde fikir beyan eden yazarlardan biri, Osmanlı hukuku üzerine yapılan incelemeleri üç grupta toplamıştır:

- 1- Osmanlı hukukunun örfi hukuk ekseninde, İslâm hukukundan bağımsız, hatta İslâm hukukuna alternatif karakterde olduğu görüşünü içeren çalışmalar.
- 2- Osmanlı hukukunun bütünüyle şer'i hukuk (İslâm hukuku) içinde değerlendirilmesi gerektiği fikrini taşıyan çalışmalar. Bu grupta görüş bildirenler, Osmanlı hukukunun İslâm hukukunun siyasi iktidara bıraktığı alanlarda geliştiği, Osmanlı kanunlarının İslâm hukukunun teferruatı olduğu görüşünü taşırlar.
- 3- Osmanlı hukukunun hem örfi hem de şer'i karaktere sahip olduğu ve bu iki karakterin yan yana yürürlükte olduğu fikrini içeren çalışmalar²¹⁰.

Yazar, birinci gruba Barkan, Üçok, Köprülü ve Kafesoğlu'nun, ikinci gruba Akgündüz ve Karaman'ın, üçüncü gruba ise İnalçık ve Mumcu'nun girdiğini ifade etmekte²¹¹, devamla söz konusu gruplara giren çalışmaların değerlendirmesini yaparken birinci ve ikinci gruplara girenlerin, Osmanlı Devleti'ne kadar İslam dünyâsında oluşmuş teorik ve pratik hukuki tecrübenin Osmanlı hukuku üzerindeki etkisini önemsemedikleri iddiasını ileri sürmektedir ki bu eleştiri, örfi hukukun gelişimini, bilhassa Osmanlı Devleti öncesini de dikkate alarak inceleyen Barkan ve Köprülü için yerinde değildir.

Söz konusu iki gruba ilişkin yazarın, bir diğer eleştirisi de Osmanlı hukukundaki kronolojik değişimlerin dikkate alınmamasıdır. Yazara göre, 16. yüz yılın ikinci yarısından itibaren, kanunname metinleri ve şeriye sicillerinin formüle edilmesinde ve söz konusu hukuki belgelerin içeriklerinde, erken dönem Os-

²⁰⁹ Üçok, Mumcu, Bozkurt, **a.g.e.**, s.175-176.

²¹⁰ Yunus Koç, "Erken Dönem Osmanlı Hukuku: Yaklaşımlar, Temel Sorunlar," **Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi**, (Özel Sayı, 1999) s.115.

²¹¹ Koç, "Erken Dönem Osmanlı Hukuku: Yaklaşımlar, Temel Sorunlar," s.117-118.

manlı hukukuna göre farklılıklar mevcuttur²¹². Oysa bu iki gruba giren kişilerin yaklaşımı, “sadece *kendi siyasal ve başka gerekçelerine istinaden* savunulmak istenen görüşe uygun argümanı tarihin belirli bir döneminden seçerek, bunu bütün dönemlere teşmil etmek ve buradan genel sonuçlar çıkartmak şeklindedir. Bu ise *son derece eksik ve bilimsel olmaktan uzak bir yaklaşımdır*”²¹³.

Yazarın Osmanlı hukuku üzerine iki farklı değerlendirmeyi sentezleme çabası, Osmanlı hukukunun şer’i ve örfi karakterine ilişkin görüşleri, üç gruba ayırmasına neden olmuştur. Muhtemelen kendisini de “sentezci” üçüncü grupta görmektedir. Bu tespite sebep olan Koç’un makalesine başlarken kullandığı ifadeler, şu şekildedir: “Osmanlı hukukunu kabaca, tamamen örfi ya da tamamen şer’î olarak nitelendirmek yerine, konuyla ilgili belgeleri karşılaştırmalı yöntemle inceleyerek problemleri dönemlerin siyasî, sosyal, kültürel ve ekonomik şartları dahilinde ele almak gerekir. Sadece böyle bir yöntem ve *objektif bir yaklaşımla* daha güvenilir sonuçlara ulaşmak mümkündür”²¹⁴. Yazarın ifadesi “Osmanlı hukukunu, tamamen örfi ya da tamamen şer’î olarak nitelendirmeden önce” şeklinde değiştirilirse, tespitinin hukuk tarihi çalışmalarını bakımından tatbik edilmesi gereken doğru bir yaklaşım olduğu belirtilebilir; ancak Barkan, Köprülü, Üçok gibi Türk hukuk tarihinin en önemli araştırmacılarını, araştırma yaptıkları bu konu üzerinde, objektif yaklaşımdan uzak bulması, doğru bir değerlendirme olmaktan uzaktır.

²¹² Koç, “Erken Dönem Osmanlı Hukuku: Yaklaşımlar, Temel Sorunlar,” s.125. Yazarın Osmanlı hukukuna ilişkin kronolojik değerlendirmesine (tıpa tıp aynı olmamakla beraber) benzer bir yaklaşım Schacht’da da görülmektedir. Schacht’a göre, başlangıçta Osmanlı Türkleri arasında mistik ve birbirine zıt eğilimler olması sebebiyle, örfi ve idari hukuk hüküm sürmekteydi; Şeriat’la bağdaşmayan kurumlar kabul edilmişti (devşirme uygulamasını örnek göstermektedir); on altıncı yüz yılın başlarından itibaren ise ulemanın temsil ettiği Sünni İslâm muzaffer olmuştu. Yazar, bu dönemden itibaren dindar hükümdar olma arzusunundaki Osmanlı padişahlarının, adalet dağıtımını Şeriat’a dayanarak yaptıklarını, söz konusu Osmanlı padişahlarının kanun ve kanunnameleri ortaya koyarken, kutsal hukuku ihlal etmediklerine, kutsal hukuku dini bakımdan hiçbir farkı olmayan yasalarda tamamladıklarına inandıklarını ifade etmekte, neticede on altıncı yüz yıl Osmanlı hukuk sisteminin sadece birlik arz etme bakımından olsa dahi, çağdaşı olan (Batı) Avrupa’daki hukuk sisteminden çok üstün olduğunu söylemektedir. (Joseph Schacht, **İslâm Hukukuna Giriş**, çev: Mehmet Dağ, Abdulkadir Şener, Ankara, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1977, s.97-100.)

²¹³ Koç, “Erken Dönem Osmanlı Hukuku: Yaklaşımlar, Temel Sorunlar,” s. 125. (Vurgular bana ait.) (Konuya ilişkin en çok emek sarf eden kişilerin başında gelen Barkan ve Köprülü’nün yazarın menfi eleştirisine muhatap olan birinci gruba dahil edilip, daha sonra da *bilimsellikten uzak* olduklarının iddia edilmesi, ilginç bir yaklaşım olarak ortaya çıkmakta, söz konusu kişilerin tüm emekleri bir cümlede “mahkum” edilmektedir.)

²¹⁴ Koç, “Erken Dönem Osmanlı Hukuku: Yaklaşımlar, Temel Sorunlar,” s.115.

SONUÇ

Çalışmanın içeriğinde görüldüğü üzere, Osmanlı Devleti ve kronolojik olarak Osmanlı Devleti öncesi Türk-İslâm devletleri kurulmadan evvel, Arap-İslâm devletleri döneminde bilhassa (günümüzün ifadesiyle) kamu hukuku bağlamında, İslâm devleti, fethettiği yerlerin kamu kurumlarına (devlet yönetimine) ilişkin kurallarını uygulamaya devam etmiştir. Bu konuda en basit örnek olarak Sasani Devleti'nden gelen *divan sistemi* verilebilir. Bu itibarla Türk-İslâm devletlerinden evvel İslâm dininin egemen olduğu coğrafyada örfi hukuk uygulamalarının söz konusu olduğu yinelenmelidir ki İslâm müçtehitleri, örfi hukuka ilişkin bu uygulamaların, istihsan, maslahat, örf ve adet gibi, yan delillerle fıkha (Şeriat'a) uygun olduğunu ileri sürmüşlerdir. İslâm coğrafyasında Türk devletleri kurulmaya başladığında, bu gelenek, siyasi iktidara sahip Türkler'in, kendilerinden evvel kurulmuş olan İslâm devletinin kamu kurumlarını sahiplenmelerinin yanında, İslâm dinini kabulden evvelki kendi kamu kurumlarını, devlet anlayışlarını, siyasi iktidarın meşruiyetine ilişkin kabullerini ve günümüzde kamu hukuku alanında değerlendirebileceğimiz başkaca "töreleri"ni yürürlükte bırakmalarına imkan vermiştir. Böylece Türk- İslâm devletlerinde oluşan örfi hukukun varlığının İslâm hukuku bakımından meşru (geçerli) görülmesine dair kanı Osmanlı Devleti'nde de devam etmiştir.

Örfi hukuka ilişkin önemli çıkarımlarda bulunan ve emek sarf eden Köprülü'nün, İslam teorisi ve İslâm hukuk tarihi bakımından, İslam ülkelerinde İslam hukukunun nasıl uygulandığı noktalarının üzerinde durduğu, teoriyi (nazariyeyi) ve uygulamayı beraber dikkate alarak, şer'i hukuk, örfi hukuk ikilemi konusunda görüşlerini ifade ettiği anlaşılmaktadır. Zira Türk hukuk tarihi çalışmalarında bulunan yazar, tarihi olguları da gözden uzak tutmamış, sadece teoriyi (olması gerekeni) söyleyip konuyu eksik bırakmamış, uygulama ile (görüşüne kanıt olarak ileri sürdüğü, tarihi örneklerle de) tamamlamaya gayret etmiştir. Bu itibarla teorik olarak yararlandığı örneklerden biri Maverdî'nin *El-Ahkâmi's-Sultaniyye* adlı çalışmasıdır ki bu çalışmadan söz edip bir kenara çekilmemiş, Maverdî'nin eserini yazdığı dönemin özelliklerini de dile getirmiştir. Şöyle ki, Maverdî, Miladi 1058'de İslâm ümmetini siyasi bakımdan bir bütün (vahdet) olarak nitelendirip, ideal devletin özelliklerini ortaya koymaya çalışmıştır. Oysa, o dönemde İslâm alemi değişik devletlere ayrılmış, siyasi bir bütün (-birlik- vahdet) olmaktan çıkmıştır. Öyleyse, on birinci yüz yılda fiilen uygulanmakta olan İslâm kamu hukukunu, Maverdî'nin ifade ettiği teorik ve ideal sistemle anlamaya ve anlatmaya çalışmak, tarihi bakış açısıyla söz konusu olmaz. Köprülü'nün örnek olarak verdiği bu

dönemdeki İslâm devletlerinin, diğer İslâm devletleri ve egemenlikleri altındaki insan unsuru ile ilişkilerini düzenleyen pozitif hukuk kurallarını tarihi belgelerden çıkartmak gerekir. Maverdî'nin (Şeriat'tan kaynaklandığı) iddiasındaki teorik ve ideal sistemi, kendi dönemi ve daha sonraki dönem kanun koyucuları (legislateur) için ancak manevi bir nüfuza sahiptir²¹⁵.

Osmanlı Devleti'nin örfî uygulamalarına ilişkin değerlendirme yapılırken, öncelikle Osmanlı Devleti'nin kurucu ve devlet adamlarının söz konusu devleti bir İslâm devleti olarak gördükleri ve devletin hukuki metinlerindeki bu iddia göz ardı edilmemelidir. Zira –o dönem için sembolik bir anlam taşıyıp taşımadığı tartışmasına girmeksizin– İslâm dininin esaslarına atfın, on dokuzuncu yüz yıl Osmanlı Türk modernleşmesinin temel belgelerinden olan Tanzimat Fermanı'nda dahi kendisini gösterdiği belirtilmelidir.

İslâm devleti olma iddiası Osmanlı Devleti'nin örfî hukuk alanını oluşturmaya engel olmamıştır. Devletin merkez bürokrasisinin uyumlu halde çalışmasını sağlayan padişah divanında (Divan-ı Hümayun), ehl-i şer' İslâm hukuku bağlamında yargı yetkisini temsil ederken, ehl-i örf, örfî hukuk bakımından yargılama yapardı. Örfî hukuku koyan padişahın bu alanda yargılama yetkisi sınırsızdı. Peki Osmanlı padişahı, şeriye yargı (kadı) yerine geçip şer'i bir konuda hüküm verebilir miydi? Hayır. Ancak kadının yargılama yetkisini padişah'tan aldığı da unutulmamalıdır.

Sorun Osmanlı Devleti'nde şer'i hukuk ve örfî hukukun varlığı değildir. Osmanlı Devleti hukuk sisteminde, şer'i hukuk da örfî hukuk da varlığını sürdürmüştür. Asıl cevaplandırılması gereken husus, örfî hukukun meşruiyetini şer'i hukuktan alıp almadığı hususudur. Örfî hukuka yaşama şansı tanıyan şer'i hukuk mudur? Bu sorunun cevabının evet olabilmesi için Osmanlı hukuk uygulamalarının şer'i hukuka aykırı olmaması gerekir. Ancak çalışmanın içeriğinde de görüldüğü üzere, Osmanlı Devleti'nin bu alandaki çoğu uygulamasının şer'i hukuk bağlamında değerlendirilmesi kolay olmaktadır. Osmanlı uleması ya da günümüzün bazı hukukçuları söz konusu örfî hukuk uygulamalarının meşruiyetini İslâm hukukunun bazı ilkelerinde bulsalar dahi, isyan etmemiş şehzadelerin öldürülmesinin İslâm hukuku bağlamında kabul edilebilir olması mümkün görülmemektedir.

²¹⁵ Köprülü, "Ortazaman Türk Hukukî Müesseseleri İslâm Amme Hukukundan Ayrı Bir Türk Amme Hukuku Yok Mudur?" s. 14-15.

CUMHURBAŞKANININ HALK TARAFINDAN SEÇİLMESİNİN TÜRKİYE'NİN HÜKÜMET SİSTEMİNE OLASI ETKİLERİ

*Yrd. Doç. Dr. Şule ÖZSOY**

GİRİŞ

Türkiye'de Cumhurbaşkanı'nın konumu ve seçimi usulü bazen hükümet sistemi arayışlarının bir parçası olarak¹, bazen de seçimlere ilişkin Anayasal hükümlerin işletilmesindeki güçlükler sebebiyle² uzunca bir süreden beri tartışma konusu olmaktadır. Son olarak 2007 senesinde 11. Cumhurbaşkanı'nın seçiminin yapılması sırasında yaşanan tartışmalar, Anayasa Mahkemesi'nin uzlaşmayı esas alan, toplantı yeter sayısına ilişkin "367 kararı"³ ve bu kararın takip eden hukuki-siyasi gelişmeler, cumhurbaşkanlığı seçimi meselesini tekrar Türkiye'nin gündemine taşımıştır. Ancak bu son gelişmeler, diğer seçim tartışmalarından farklı olarak, cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesine olanak sağlayan ciddi bir Anayasa değişikliği ile sonlanmıştı. Halk oyuna sunulan Anayasa değişikliği, 20 Ekim 2007 tarihinde kullanılan oyların % 68.95'inin desteğini alarak kabul edilmiştir. Böylece 1924, 1961 ve 1982 Anayasaları yapılırken de önerilen ancak Anayasa Koyucu tarafından benim-

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1 Ş. Özsoy, "1980 Askeri Müdahalesi Öncesi Anayasa Tartışmaları", Cumhuriyetin 75. yılı Armağanı, İ.Ü yay, İstanbul, 1999, sy.565-588; B.E.Oder, "Türkiye'de Başkanlık ve Yarı Başkanlık Rejimi Tartışmaları: 1991-2005 Yılları Arasında Basına Yansıyan Öneri ve Tepkilerden Kesitler", T. Ergül (ed.), Başkanlık Sistemi, TBB Yayınları, Ankara, 2005, sy. 31-71; L. Göneng, "Türkiye'de Hükümet Sistemi Değişikliği Tartışmaları: Olanaklar ve Olasılıklar Üzerine Bir Çalışma Notu", T. Ergül (ed.), Başkanlık Sistemi, TBB Yayınları, Ankara, 2005, sy.1-13.

2 B. Tanör, "Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)", Der Yay, İstanbul, 1995, sy.342.

3 AYN, E.2007/45, K.2007/54, KT.1.5.2007.

senmeyen⁴, Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesi usulü, Cumhuriyetin ilanından bu yana tüm anayasalarımızda tercih edilen Cumhurbaşkanı'nın TBMM tarafından seçilmesi usulünün yerini almıştır.

2007 tarihli anayasa değişikliği yapılırken, Türk seçmenine parlamenter hükümet sistemini değiştirmek isteyip istemedikleri ya da cumhurbaşkanının yetkilerinde artırma ya da azaltmaya gitmek isteyip istemedikleri sorulmamıştır. Anayasa'nın Cumhurbaşkanı'nın yetkilerine ilişkin hükümlerine dokunulmamış, seçim usulü dışında hükümet sistemine ilişkin diğer normlar olduğu gibi bırakılmıştır.

Öte yandan, bu değişiklikle hükümet sistemi içinde iki ayrı demokratik meşruiyet kaynağı yaratılmış, parlamenter sistemin temel özelliklerinden birinde değişikliğe gidilmiştir. Hükümet sisteminin dayandığı temel demokratik meşruiyet kaynaklarındaki değişme, cumhurbaşkanının seçilme yönteminin değiştirilmesinin çok ötesinde sonuçlar doğurabilecek güçtedir. Nitekim bu olasılığı tespit eden Lijphart, sembolik yetkilerden biraz fazlasına sahip cumhurbaşkanlarının halk tarafından seçilmeleri halinde aktif siyasi aktörler haline gelmek isteyebileceklerini, bu durumun da parlamenter sistemi yarı-başkanlığa dönüştürebileceği uyarısını yapmaktadır⁵.

2007 Anayasa değişikliği ile birlikte, gelecek cumhurbaşkanları⁶, anayasa ile kendilerine verilmiş düzeltici rol (tarafsız hakem rolü) ve bu role paralel olarak kullandıkları yetkilerinin yanı sıra bir de demokratik meşruiyete sahip kılınmıştır⁷. Bundan sonra, sembolik olanın üzerinde anayasal yetkilerin demokratik meşruiyetle birleştirilmesinin hükümet sistemine olası etkilerinin de sorgulanması bir zorunluluk olmaktadır.

⁴ B. Tanör ve N. Yüzbaşıoğlu, "1982 Anayasası'na göre Türk Anayasa Hukuku", 7. bası, Beta Yay, İstanbul, 2005, sy. 298.

⁵ A. Lijphart, "Constitutional Design for Divided Societies", Journal of Democracy, C.15, S.2, 2004, sy. 104.

⁶ İlk cumhurbaşkanlığı seçimi 11. cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ün görev süresini 2014 yılında tamamlaması ile yapılacaktır. Cumhurbaşkanı Gül'ün seçildiği sırada cumhurbaşkanlarının görev süresi 7 yıl olduğu, yapılan değişiklikte de mevcut Cumhurbaşkanı'nın görev süresini düzenleyen geçici bir madde bulunmadığı için yeni görev süresi olan 5 yıl, halk tarafından seçilen cumhurbaşkanları için geçerli olacaktır.

⁷ A. Siaroff, "Comparative Presidencies: The Inadequacy of the Presidential, Semi-presidential and Parliamentary Distinction", European Journal of Political Research, C. 42, 2003, sy. 308; Tanör-Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına göre..., sy. 309; B. Çağlar, Anayasa Bilimi, BFS Yay, İstanbul, 1989, sy.94; H. Yavuz, "Türkiye'de Siyasal Sistem Arayışı ve Yürütmenin Güçlendirilmesi", Seçkin yay, Ankara, 2000, sy. 462.

Bahsedilen zorunlu sorgulama işinin bir gereği olarak, bu makalede birbiri ile bağlantılı iki sorunun yanıtı aranacaktır. (1) **Parlamentar sistem seçilmiş cumhurbaşkanı ile birlikte değişmeden işlemeye devam edebilir mi?** (2) **Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesinin Türkiye'de parlamentar sistemin terk edilip, yarı-başkanlık sisteminin benimsenmesi anlamına gelebilir mi?**

Bu iki soru aslında aynı hususu değişik bakış açılarıyla sorgulamaktadır ve yanıtın doğru şekilde verilebilmesi, yarı başkanlık sistemlerinin tanımlanmasını ve parlamentar sistemlerden farklılaştıkları noktaların belirlenmesini gerektirmektedir. Yapacağımız tanımlarda anayasal kuralların analizini esas alan kurumsal yaklaşım benimsenmiştir, ancak hükümet sisteminin işleyişinin değerlendirilmesinde davranışsal yaklaşımlarda kullanılacaktır.

Makalenin asli amacı yarı-başkanlık sisteminin en doğru tanımını yapmak ya da hükümet sistemlerinin ne şekilde tasnif edilmesi gerektiğini tespit etmek olmadığından, bu yöndeki tartışmalar da sorumuzun yanıtına katkı yaptıkları ölçüde değerlendirmeye alınacaktır.

Yarı başkanlık sistemine verilen tanımların önemli bir kısmı seçilmiş cumhurbaşkanlarının anayasal yetkilerinin derecesini, parlamentar sistemden farklılaştıkları nokta olarak ele aldıklarından, cumhurbaşkanlarının yetkilerinin ölçümü ve derecelendirilmesi üzerinde durulduktan sonra, Türkiye'de Cumhurbaşkanı'nın anayasal yetkileri ölçülecek ve konumu değerlendirilecektir.

Ardından doğrudan demokratik meşruiyetin bu yetkilere yapabileceği olası etkiler üzerinde durulacaktır. Bu değerlendirmelerimizde zaman zaman karşılaştırmalı hukuktan da yararlanılacaktır.

I. PARLAMENTER SİSTEMLER, YARI BAŞKANLIK SİSTEMLERİ VE SEÇİLMİŞ CUMHURBAŞKANLARI

Parlamentar sistemler, monarşilerin sınırlı anayasal rejimlere dönüşümü aşamasında, diğer bir değişle meşruti monarşilere dönüşerek demokratikleşmesi sürecinde ortaya çıkmıştır. Temel kurum ve kuralları da zaman içinde gelişmiştir. İlk örneğini Britanya'da gördüğümüz, mutlak monarşilerin sınırlı monarşilere dönüşmesi ile büyük ölçüde bugünkü halini alan bu rejimde, devlet başkanı sorumsuz ve yetkisizdir. Diğer bir değişle sorumsuz konu-

munun bir gereği olarak anayasal ve siyasal olarak hükümetin arka planında ve büyük ölçüde sembolik konumdadır⁸.

Bununla birlikte özellikle parlamenter sistemlerin tarihsel gelişim süreci içerisinde devlet başkanının ön planda bulunduğu devreler olmuştur. Geçiş dönemi olarak değerlendirilen bu devrelerde, devlet başkanı rejimin temel unsurlarından biridir ve kabine yalnızca parlamentoya karşı değil aynı zamanda devlet başkanına karşı da sorumlu olup, cumhurbaşkanının meclisi fesih yetkisi bulunmaktadır.

Devlet başkanının üstünlüğüne dayanan parlamenter hükümet modeli, Fransa'da 1830 tarihinde Orleans Hanedanı'ndan Louis Philippe'in tahta geçmesiyle kurulan rejime atfen (**Orleancı**) parlamenter rejim⁹ ya da **İkinci (düalist) parlamenter** rejim¹⁰ olarak isimlendirilmektedir.

Orleancı (dualist) parlamenter sistemler tarihte kalmış değildir. 1919 Weimar Anayasası ile Almanya'da kurulan cumhuriyet, halk tarafından seçilmiş cumhurbaşkanlarının siyasal iktidar kullanabildikleri bu modeli tekrar hayata geçirmiştir. Weimar sonrası Avrupa'da başka örneklerde görülmüştür. 1958 tarihli Fransız V. Cumhuriyet anayasasında 1962 tarihinde yapılan değişikliklerle ortaya çıkan rejim ve benzerleri de kimi yazarlarca düalist parlamenter modelin modern örneği olarak algılanmaktadır¹¹.

Söz konusu değerlendirmelerin ortak noktası, cumhurbaşkanının halk tarafından seçildiği ve önemli yetkilere sahip olduğu rejimleri, parlamentarizmden ayrı bir model olarak (yarı-başkanlık) kabul etmemeleridir. Bu fikri müdafaa eden yazarlara göre, parlamenter rejimin genel geçer tanımları ve ölçütleri dikkate alındığında, cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmiş olması ve yetkilerinin derecesi, rejimin tanımını değiştirmez. Yarı başkanlık olarak isimlendirilen sistemler, parlamenter sistemin kabul edilmiş ölçütlerine uydularından, son tahlilde parlamenterdir¹².

⁸ D. Watts, *British Government and Politics: A Comparative Guide*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2006, sy. 114-115.

⁹ H.N. Kubalı, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Siyasi Rejimler*, İstanbul, Esra Matbaacılık, 1964, sy. 658.

¹⁰ E. Teziç, *Anayasa Hukuku*, 9. bası, Beta Yay., İstanbul, 2004, sy. 405-406; Kubalı, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları...*, sy. 422.

¹¹ *Ibid*, sy. 658-659.

¹² Bu yazarlar, parlamenter sistemleri hükümetin yasamaya karşı siyasal sorumluluğu bulunması ile tanımlarlar. Bkz. Siaroff, "Varieties of Parliamentarism in the Advanced Indist-

Fransa özelinde bu görüşü ifade eden kimi yazarların, genel oyla seçilmiş önemli yetkilere sahip cumhurbaşkanının, yasama organına karşı siyasi sorumluluğu bulunan kabine ile birlikte var olduğu Fransız beşinci cumhuriyetini sınıflandırırken yarı-başkanlık tanımlaması yapmaktan kaçındıkları, Fransız sistemini parlamenter sistemin bir türü olarak algıladıkları göze çarpar¹³. Söz konusu görüşler, cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesinin ya da yetkilerinin derecesinin, sistemi parlamenter olmaktan çıkarmayacağını savunurlar. Bu bakımdan yetkileri çok ya da az bir cumhurbaşkanı, parlamentoya karşı siyasi sorumluluğu olan kabine ile birlikte yer alıyorsa sistem parlamenterdir.

Söz konusu yaklaşımı benimsemiş yazarlardan biri olan Siaroff'a göre, halk tarafından seçilmiş cumhurbaşkanının "önemli yetkilere sahip olması" hükümet sistemini tanımlayan ya da ayıran bir mesele değildir. Cumhurbaşkanı'nın anayasal ve siyasal yetkilerinin düzeyi temel bir unsur olarak değil, parlamenter sistemin kendi içindeki sınıflandırmasında ayrıca görevi görebilir¹⁴. Parlamenter sistemler alt gruplara ayrılabilir ama yasamaya karşı sorumlu bir kabinenin varlığı sebebiyle özünde parlamenter olarak kalmaya devam ederler¹⁵.

Cumhurbaşkanı halk tarafından seçilmiş olmasına rağmen, parlamenter sistemin devam edebileceğini kabul eden ancak sistemin başka bir modele dönüşebileceğini de öngören değerlendirmeler de mevcuttur. Bu görüşü benimsemiş yazarlar içinde en çok etki yaratan Mathew Shugart olmuştur. Yazar, devlet başkanının halk tarafından seçildiği önemli anayasal ve siyasal iktidara sahip olduğu sistemleri yarı başkanlık olarak isimlendirir ve hükümetin yasama yanında cumhurbaşkanına da sorumlu olup olmamasına göre bu sistemleri de kendi içinde başkancı parlamenter (president parliamentary) ve başbakan başkanlık (premier presidential) olarak alt gruplara ayırır¹⁶. Parlamenter sistemleri ise devlet başkanının seçimle gelmediği **saf parlamenter** sistemler ve halk tarafından seçildiği **başkanlı parlamenter**

rial Democracies", International Political Science Review, C. 24, S.4, 2003, sy. 447; K. Strom, "Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies", European Journal of Political Research, C. 37, 2000, sy. 266.

13 J. Colliard, Les Régimes Parlementaires Contemporains, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, Paris, 1978, sy. 280; J. Quermanne, Le gouvernement de la France sous la Ve République, Paris, 1980, sy. 52-54.

14 Siaroff, Comparative Presidencies..., sy. 287-312.

15 Ibid, sy. 312

16 Shugart, "Semi-Presidential Systems: Dual Executive and Mixed Authority Patterns", French Politics, C. 3, 2005, sy. 333.

sistemler olarak iki ana grupta değerlendirir¹⁷. Her iki gruptaki parlamenter sistemlerin de işleyişleri aynıdır. Seçim yöntemi farklı olsa da, başkanlı parlamenter sistemler de saf parlamenter sistemler de cumhurbaşkanının sembolik konumda olduğu, siyasal güç merkezi olmadığı sistemlerdir. Devlet başkanı ister monark olsun, ister halk tarafından ya da yasama organı tarafından seçilmiş olsun, kabinenin oluşumu üzerinde hiçbir bağımsız yetkisi yoktur, bağımsız bir fesih yetkisi bulunmamaktadır. Ayrıca yasaların yapımı ve icrasında da hiçbir yetkiye sahip değildir¹⁸.

Benzer şekilde Sartori de, cumhurbaşkanının sadece halk tarafından seçilmiş olmasının, sistemi parlamenter olmaktan çıkarmayacağını savunur¹⁹. Ancak önemli olan yürütme için de gerçek bir iki başlılık, iki ayrı iktidar alanı bulunmamasıdır.

Yarı başkanlık sistemlerine gelince, bu modelin ne olduğu, nasıl tanımlanacağı hatta böyle bir sistemin gerçekten var olup olmadığı konuları siyaset bilimcileri ve anayasa hukukçularını meşgul ede dursun, bu terim giderek yaygınlaşmış ve kabul görmüştür. Dahası yarı başkanlık olarak nitelenen hükümet sistemleri sayısal olarak Avrupa’da üstünlüğü ele geçirmiş bulunmaktadır. Bunca tercih edilen ve bir o kadar da tartışılan bu model neyi ifade etmektedir?

Bu soruya cevap arayışları, kavramı ilk defa²⁰ akademik olarak geliştiren ve kullanan Maurice Duverger ile başlamalıdır²¹. Duverger’in tanımı, ufak ek-

17 M. Shugart, “Of Presidents and Parliaments”, *East European Constitutional Review*, C. 2, 1993, sy. 31.

18 Ibid, sy.31.

19 G. Sartori, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği: Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine bir İnceleme*, çev. Ergun Özbudun, Yetkin Yay., Ankara,1997, sy. 114.

20 Robert Elgie Jean-François Bayart tarafından yazılan, ‘L’Union nationale camerounaise’, isimli makalede (*Revue française de science politique*, 1970, vol. 20, no. 4, sy. 681-718) yarı başkanlık sisteminden bahsedilmekte olduğunu ve bu makalenin çıktığı yıl Duverger’in de ilk kez yarı başkanlık sistemlerinden bahsetmeye başladığını, kendi internet sitesinde naklediyor. Elgie’nin bu keşfi, bu terimin hangi yazar tarafından ilk defa geliştirildiğini muallakta bıraksa da, eserlere bakarak ilk tanımlamanın Duverger tarafından yapıldığını kabul etmemiz gerekiyor. Bkz.http://www.semipresidentialism.com/The_Semi-Presidential_One/Blog/Entries/2008/10/28_Is_this_the_first_non-Duverger_reference_to_semi-presidentialism.html (en son 19 Mart 2009’da görüldü).

21 Kavramın gelişim süreci için bkz R. Elgie, “The Politics of Semi-Presidentialism”, R. Elgie(ed.), *Semi-Presidentialism in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 1999, sy. 1-22; H. Bahro, B.H. Bayerlein, Ernst Vesper, “Duverger’s Concept: Semi-Presidential Government Revisited”, *European Journal of Political Research*, C. 34, 1998, sy.201-224.

leme ve düzeltmelerle de olsa, yaygın şekilde kabul görmüş, reddedenlerce de tartışılmıştır.

Duverge'nin yarı başkanlık tanımına göre yarı başkanlık sistemlerini belirleyen üç anayasal unsur bulunmaktadır:

“(1) cumhurbaşkanı genel oyla seçilmektedir, (2) oldukça önemli yetkilere sahiptir, (3) buna karşılık yürütme ve hükümet etme yetkilerine sahip olan ve göreve gelmelerine parlamento karşı çıkmadığı sürece görevde kalan bir başbakan ve bakanlar kurulu bulunur²²”.

Duverge'nin bu tanımına göre, yarı başkanlık sistemlerini parlamenter sistemlerden ayıran husus halk tarafından seçilen ve önemli anayasal yetkilere sahip bir cumhurbaşkanının varlığıdır. Ancak Duverge bize bu önemli yetkilerin neler olduğunu tüketici bir şekilde sayarak vermez. Sadece makalenin yazıldığı tarihte var olduğunu düşündüğü altı yarı başkanlık sistemi ve bu ülkelerdeki kimi önemli gördüğü anayasal yetkilerden bahseder. Avusturya, Fransa, İrlanda, İzlanda, Finlandiya ve Portekiz Anayasalarına gönderme yapılarak bahsedilen önemli anayasal yetkilerin bazıları şunlardır: anayasa mahkemesine kanunlar aleyhine başvurma yetkisi, başbakanın seçimlerin yenilenmesi talebini reddetme, tüm hükümet kararlamelerini imzalama, kararlameleri imzalamaktan kaçınabilme hakkı, idari inceleme başlatabilme yetkileri²³.

Duverge'nin yarı başkanlık olarak isimlendirdiği bu altı ülkede cumhurbaşkanlarının anayasal olarak ve uygulamada sahip oldukları yetkilerin derecesi kendi aralarında belirgin farklılıklar göstermektedir. Bu farklılıklar içinde bir sistemi yarı başkanlık yapmaya yetecek en az düzeydeki yetkiyi görmek için İrlanda Anayasasına bakmamız gerekir. Duverge, İrlanda'yı yarı başkanlık sistemi olarak sınıflandırmasına gerekçe olarak iki önemli anayasal yetkiden bahseder: başbakan tarafından önerilen parlamentonun feshi talebini cumhurbaşkanı reddedebilir ve anayasaya uygunluk denetimi için Yüksek Mahkemeye başvurabilir²⁴.

22 M. Duverge, “A New Political System Model: Semi-Presidential Government”, *European Journal of Political Research*, C. 8, 1980, sy. 166.

23 *Ibid.*, sy. 177-78.

24 *Ibid.*, sy. 166.

Bununla beraber, Duverger, Avusturya, İrlanda ve İzlanda'nın anayasaları yarı başkanlık olmasına rağmen uygulaması parlamenter ülkeler olduğunu belirtir²⁵. Bu uygulamanın ortaya çıkmasında etkili olan kimi faktörler vardır. Anayasal kurallara bakarak sistemleri isimlendirmek gerektiğini savunan Duverger, sistemlerin işleyişini değerlendirirken ise üç faktörün daha dikkate alınması gerektiğini savunur. Bunlar parlamentodaki siyasi çoğunlukların niteliği, cumhurbaşkanının bu çoğunlukla ilişkisi ve rejimin kuruluşunu çevreleyen gelenekler, siyasal deneyimler ve olaylardır²⁶. Duverger'nin bu etmenlerine başka yazarlarca, siyasi parti sistemleri, seçim sistemleri, cumhurbaşkanı ve parlamenter adayların seçim yöntemi²⁷ de eklenmektedir.

Tüm bu etmenlerin birbirleriyle etkileşimi cumhurbaşkanlarının gerçekte sahip oldukları gücü belirlerken, etmenlerin zamana göre farklılaşabilmesi cumhurbaşkanının gücünün de zamana göre farklılaşabileceğine işaret eder ve bir rejimin davranışsal yönünü açıklamak için kullanılır. Söz konusu etmenlerin farklı kompozisyonlarda bir araya gelmeleri, hükümet sisteminin anayasanın lafzından farklı bir yönde işlemesine neden olabilir.

Duverger, gönderme yaptığı üç etmenin, cumhurbaşkanının anayasal konumuna etkisini farklı ihtimallere göre açıklar. Buna göre; bir ülke parlamentosunda tek başına hükümet kuracak net çoğunluklar yoksa cumhurbaşkanının gücü büyük ölçüde anayasada yazılı olan konumunda bulunur. Öte yandan seçimler tek başına hükümet kuracak çoğunluklar çıkarıyorsa cumhurbaşkanı ya anayasada yazılandan zayıf ya da güçlü konumdadır. Eğer cumhurbaşkanı parlamentodaki çoğunluğun siyasi lideri konumunda ise anayasal yetkilerinin ötesinde güce sahip olurken, lider konumundaki kişi başbakan ise cumhurbaşkanı anayasal düzeyin da altında pasif bir konuma gerileyebilir. Öte yandan cumhurbaşkanı eğer muhalefetin lideri konumunda bulunuyorsa, cumhurbaşkanı anayasal yetkilerini kullanabilirse de anayasanın üzerinde bir güce sahip olamaz²⁸.

Yarı başkanlık sistemleri bahsedilen davranışsal etmenlere göre farklı işlemler sergilese de, bu davranışsal etmenlere harekete geçme gücü veren hu-

25 Ibid, sy. 176.

26 Ibid., sy. 177.

27 Bu görüşlerin bir özeti için Bkz. R. Elgie, *The Politics of Semi-Presidentialism*, sy. 15; J. Linz, "Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?", J. Linz, A. Valenzuela (ed.), *The Failure of Presidential Democracy: Comparative Perspectives*, C.1, the John Hopkins University Press, Baltimore, 1994, sy. 49-51.

28 Duverger, age, sy. 182-184.

sus tümün de aynıdır: yürütme içinde iki ayrı demokratik meşruiyet kaynağından gelen iki ayrı gücün varlığı²⁹. Diğer bir deyişle; yarı başkanlık sistemleri farklı güç dengelerine sahne olabilirse de, iki başlı yürütmenin her iki kanadının da kendine ait bir iktidar alanı mevcuttur ve bu iktidar alanı yaşayan maddi anayasanın hükümleriyle belirlenir³⁰.

Tanımlarını Duverger'den yola çıkarak, parlamenter bir kabinenin karşısında seçilmiş cumhurbaşkanının önemli yetkilere sahip olmasına dayandıran tüm yaklaşımlar, halk tarafından seçilmiş cumhurbaşkanlarının yetkisinin derecesine göre sistemin parlamenter ya da yarı başkanlık olabileceği fikrini benimsemektedirler. Bu son olasılığın yani "önemli yetkilere sahip halk tarafından seçilmiş bir devlet başkanının varlığının" parlamenter yapıyı değiştirip başka bir hükümet sistemi yarattığını kabul etmemiz halinde, bu tür bir rejimi, parlamenter sistemden ayırabilmek için bahsedilen önemli yetkilerin neler olduğunu da belirlememiz ve hatta ölçebilmemiz gerekir. İnceleme kurumsal ve anayasal yapı üzerinden yapılabileceği gibi, siyasal partiler ve liderlik dinamikleri gibi anayasa dışı davranışsal faktörler dahil edilerek de yapılabilir³¹.

Tüm bu değerlendirmeler bir hayli subjektif olmaktadır. Farklı yazarlar kendi ölçümlerini geliştirerek, aynı ülkeleri değişik gruplara sokabilmektedirler. Bu değişkenlik, yarı başkanlık sisteminin tanımlanması, tarif edilmesi ve incelenmesini de bir hayli subjektif hale getirmektedir. Elgie, bu soruna kendine göre bir çözüm bularak, yarı başkanlık sistemlerinin tanımından cumhurbaşkanlarının önemli yetkilere sahip olması şartını çıkartmıştır. Yazara göre; yetkilerin ölçümünü esas alan yaklaşımlar kaçınılmaz olarak yetkilerin listelenmesi ve derecelendirilmesini gerektirir. Bu da kişilerin algısına göre değişik listeler anlamına gelmektedir. Ne olduğu tanımlayan kişiye göre değişebilen bir ölçüt yerine, hükümet sisteminin tanımının herkes tarafından aynı şekilde tespit edilebilecek anayasal unsurlara göre yapılması tercih edilmelidir. Yarı başkanlık tanımını bu değişken ölçütten arındırdığımızda geriye iki unsur kalmaktadır: (1) halk tarafından seçilmiş cumhurbaşkanı, (2) parlamentoya karşı siyasi sorumluluğu bulunan bir başbakan ve kabinesinin varlığı³².

29 Sartori, *age*, sy. 177.

30 *Ibid.*, p. 174.

31 Shugart, *Semi-Presidential Systems...*, sy. 327.

32 R. Elgie, 'Semi-Presidentialism: Concepts, Consequences and Contesting Explanations', *Political Studies Review*, C. 2, 2004, sy 317.

Gerçekten de Elgie'nin eleştirilerinde bir haklılık payı olduğu açıktır. Bununla birlikte cumhurbaşkanlarının anayasal yetkilerinin incelenmesinden kaçınmak da mümkün değildir. Nitekim Elgie'de, cumhurbaşkanlarının gücüne göre yarı başkanlık sistemlerini kendi içinde alt türlere ayırıp isimlendirmektedir³³.

Son kertede hükümet sistemine verdiğimiz isim ne olursa olsun halk tarafından seçilmiş bir Cumhurbaşkanı'nın gücü ve konumu hükümet sisteminin işleyişini etkileyen ve başkanlaştıran bir etken olarak dikkate alınmak zorundadır. Elgie gibi, parlamenter sistemleri yarı başkanlık sistemlerinden ayıran unsur olarak yalnızca cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmiş olmasını dikkate alsak bile, bu unsurun parlamenter sistemi başkalaştırmasının sebebi de yine uzun vadede iktidar ilişkilerine ve hükümetin işleyişine yapabileceği etkidir³⁴.

Öte yandan, Elgie'nin yaklaşımının tam tersi bir yaklaşımla, sadece cumhurbaşkanlarının yetkilerine bakarak rejimin farklılaşıp farklılaşmadığını anlamaya çalışmak da mümkündür. O'Neil, cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesinin tek başına parlamenter sistemin işleyişini değiştirerek, başka bir hükümet sistemi ortaya çıkaracağı fikrine karşıdır ve cumhurbaşkanının yetkilerine odaklanması gerektiği fikrini savunmaktadır. Bu görüşe göre, iki başlı yürütme yapısında cumhurbaşkanlarının esaslı yetkilere sahip ise, halk tarafından seçilse de seçilmesede sistem artık parlamenter değildir³⁵.

O'Neil'in yaklaşımı, doğrudan demokratik meşruiyetin yaratması muhtemel etkileri dikkate almamaktadır. Demokratik sistemlerde siyasal gücü halkın gözünde kabul edilebilir kılan en önemli etken seçimlerdir. Bu nedenle doğrudan halk tarafından seçilmiş bir cumhurbaşkanı, aynı anayasal yetkileri, doğrudan seçilmemiş bir devlet başkanından farklı yorumlayabilir, daha fazla siyasal güç kullanabilir. Aksi bir yaklaşım, siyasal gerçeği görmezden gelmek olacağından, O'Neil'in fikri hükümet sistemini açıklamada yetersiz kalmaktadır.

³³ R. Elgie, "A Fresh Look at Semi-Presidentialism: Variations on a Theme", *Journal of Democracy*, C. 16, S.3, 2005, sy. 102-109.

³⁴ Halk tarafından seçilmiş cumhurbaşkanlarının parlamenter sistemin işleyişine olan etkileri için Bkz. O. A. Neto and K. Strom 'Breaking the Parliamentary Chain of Delegation: Presidents and Non-partisan Cabinet Members in European Democracies', *British Journal of Political Science*, C.36, 2006, sy. 619-643.

³⁵ P. O'Neil, "Presidential Power in Post-Communist Europe: The Hungarian Case in Comparative Perspective", *Journal of Communist Studies*, C. 9, S. 3, 1993, sy. 197.

Hükümet sistemlerini sınıflandırarak tanımlama da üç temel özellik dikkate alınmalıdır: siyasi liderlerin seçim usulü, görevden alınma usulü, siyasal ve anayasal yetkileri³⁶. Her ne kadar bu ölçütlerin çeşitli yazarlarca söz konusu sorunu değerlendirmek için yapılan uygulamaları hem tanımlarında ve sınıflandırmalarında hem de bu tanımlara uyan ülke sistemlerinin belirtilmesinde önemli ölçüde farklı sonuçlar vermişse de³⁷, tüm bu unsurların birlikte değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Diğer bir deyişle, yarı başkanlık sistemine vereceğimiz tanım, bu sistemin işleyişini açıklamada bize yol gösterebilmelidir. Bu sebeple de subjektif sonuçlar yaratma eğilimine rağmen Duvergeryan yaklaşım benimsenmelidir.

II. BAŞKANLI PARLAMENTER SİSTEMLERİ, YARI BAŞKANLIK SİSTEMLERİNDEN AYIRAN BİR UNSUR OLARAK CUMHURBAŞKANLARININ YETKİLERİNİN ÖLÇÜMÜ

Halk tarafından seçilmiş cumhurbaşkanının tek başına parlamenter sistemi değiştirip yarı başkanlık sistemine dönüştürmediğini kabul ettiğimiz takdirde, cumhurbaşkanının önemli yetkilere sahip olup olmadığına bakarak, sistemi, yarı başkanlık ya da başkanlı parlamenter olarak sınıflayabileceğimizi belirttik. Bu çıkarımdan hareket ederek hangi anayasal yetkilerin, sistemi parlamenter olmaktan çıkaracak düzeyde cumhurbaşkanına bağımsız bir iktidar alanı yarattığını sormamız gerekir.

Pasquino'ya göre; bu yetkiler, başbakanı atama ve sınırlandırılmış olsa da parlamentoyu fesih-seçimleri yenileme yetkileridir³⁸. Gerçekten başbakanı belirleme yetkisi, özellikle parlamento'da tek başına hükümet çıkaracak bir çoğunluk bulunmadığı durumlarda cumhurbaşkanını güçlendirecek bir yetkidir. Buna bir de hükümetin göreve başlarken güvenoyu almasının gerekmediği, sadece güvensizlik oyuyla düşürülebildiği anayasal formüller eklenirse, tek başına hükümet kuracak çoğunluklar olmadığı cumhurbaşkanları kendi istekleri doğrultusunda azınlık hükümetleri oluşturabilecektir³⁹.

³⁶ T.A. Baylis, "Presidents versus Prime Ministers: Shaping Executive Authority in Eastern Europe", *World Politics* C.48, 1996, sy. 300.

³⁷ R. Elgie "The Classification of Democratic Regime Types, Conceptual Ambiguity Contestable Assumptions", *European Journal of Political Research*, C. 33, 1998, sy.221-24.

³⁸ G. Pasquino, "Semi Presidentialism: A Political Model at Work", *European Journal of Political Research*, C. 31, 1997, sy. 130.

³⁹ Shugart, *Semi-Presidential Systems.*, sy 338.

Parlamentoyu feshetme yetkisine gelince, bu yetki parlamentonun çoğunluğuna karşı cumhurbaşkanının kontrol ve denge işlevi görmesini sağlayacak⁴⁰ ve eğer seçimler yeni bir çoğunluk oluşturursa hükümetin de değişmesini sağlayabilecek bir yetkidir. Bununla birlikte parlamenter sistemlerde de seçimlerin yenilenmesi-fesih mekanizması bulunur. Hatta bu unsur, yasama çoğunluğunun hükümeti düşürebilme gücüne karşı denge oluşturarak, görevde kalma bakımından karşılıklı bağımlılık oluşturmak suretiyle parlamenter sistemin işleyişindeki temel mekanizmalardan birini oluşturur⁴¹. Genellikle parlamenter sistemlerde bu yetki başbakanının isteği üzerine devlet başkanı tarafından kullanılır; ancak yetkinin anayasal bazı şartlar ve sınırlar dahilinde tek başına devlet başkanınca kullanıldığı pek çok hal de mevcuttur⁴².

O halde; seçimlerin yenilenmesi-fesih, parlamenter sistemle yarı başkanlığı ayıran tek temel yetki olamaz. Bu yetki, seçilmiş cumhurbaşkanını aynı siyasi görüşü paylaşmadığı parlamento çoğunluğu karşısında güçlendiren ve dolayısıyla yarı başkanlıkla bağdaşan bir yetki olmasına rağmen, iki sistem arasındaki ayrımı sağlayacak düzeyde temel bir yetki de değildir. Böyle bir yetkinin bulunmadığı ya da sınırlandırılmış olarak bulunduğu yarı başkanlık sistemleri olabildiği gibi⁴³, bu türden yetkilerin cumhurbaşkanlarına verildiği parlamenter sistemler vardır.

Ayrıca fesih yetkisinin kullanıldığı her durumdan, Cumhurbaşkanı güçlenerek çıkmayabilirler. Seçim sonuçlarının cumhurbaşkanını yenilgiye uğrattığı, parlamento çoğunluğunu güçlendirerek tam tersi bir sonuç yaratması da mümkündür: sosyalist Cumhurbaşkanı Mitterrand 1986 ve 1993'de Fransa'da benzer bir durumla karşı karşıya kalarak, sırasıyla sağcı Chirac ve Balladur'u Başbakan olarak atamak zorunda kalmıştır. Nitekim, Shugart'da yarı başkanlığın tanımının, cumhurbaşkanının seçimleri yenileyebilmesi yetkisinin varlığını ya da yokluğunu gerekli kılmadığını ifade etmektedir⁴⁴.

Cumhurbaşkanlarına her sistemde farklı yetkiler verilebileceği gibi aynı yetkiler farklı şartlara bağlı olarak da verilebilir. Sabit bir ya da iki yetkinin

40 Ibid, sy. 334.

41 K. Strom, M. Swindle, "Strategic Parliamentary Dissolution", *American Political Science Review*, C. 96, S.3, 2002, sy. 575-76.

42 Çeşitli ülke anayasalarından örnekler için bkz, Ibid, sy. 576.

43 R. Martinez, "Semi-Presidentialism: A Comparative Study", *ECPR Joint Sessions, Workshop sayı.13, Manheim 26-31 March 1999*, sy. 35-36

44 Shugart, *Semi-Presidential Systems.*, sy 334.

aynı şekilde bulunup bulunmadığına dayalı olarak bir sistem tanımı yapmak, ülkelerin tamamının aynı anayasaya sahip olamayacağı gerçeği karşısında oldukça dar bir bakış açısı sağlayacaktır. Onun yerine, cumhurbaşkanlarına güç verdiği uygulamada tespit edilen yetkilerin, farklı şartlar altında ne şekilde çalışabileceğini dikkate alan ölçümler geliştirmek daha faydalı ve gerçekçi olacaktır.

Bu konuda iki temel yaklaşım tespit edilebilir. Birincisi; cumhurbaşkanlarının yetkilerini listeleterek, var olan her yetki için bir puan vermek⁴⁵; diğeri ise iktidar alanı yarattığı tespit edilen kimi yetkileri ayırıp, her birini farklı etmen ve şartları dikkate alarak puanlamak yöntemidir⁴⁶.

Birinci yöntem, yetkilerin farklı şartlara bağlı olarak kullanılabilmesi gerçeğini yadsımakta, fazlasıyla basitleştirilmiş bir ölçüm yapmaktadır. Bu bakımdan ikinci yöntemin ölçümleri, cumhurbaşkanlarının gerçek gücünü göstermekte daha başarılı olduğunu kabul etmek gerekir.

Cumhurbaşkanlarının gücünü ölçme konusunda bir çok yazarı etkileyen bir testi Shugart ve Carey geliştirmişlerdir⁴⁷. Shugart, 2005 yılında yayınladığı makalesinde⁴⁸, bu değerlendirmeleri biraz daha geliştirmiştir. Yazarlar, halk tarafından seçilen başkanların yetkilerini iki temel gruba ayırarak değerlendirirler: yasama yetkileri ve yasama dışı yetkiler⁴⁹. İlk grupta yer alan altı anayasal yetki, üzerlerindeki kayıtlamalara vs bakılarak başkana/cumhurbaşkanına verdikleri güç doğrultusunda kendi içinde sıfırdan dörde kadar puanlandırılır⁵⁰. Bu yetkiler: paket veto, kısmi veto, yasa gücünde kararname çıkarma yetkisi, bütçe yetkileri, tek başına yasa önerisinde bulunma yetkisi ve referandum gitme yetkisidir. Yasama dışı yetkiler ise; kabinenin oluşturulmasına ilişkin yetkiler, gensoru (esasen başkana/cumhurbaşkanına ait olmayan ancak

45 J. McGregor, 'The presidency in East Central Europe', RFE/RL Research Report, C.3, S. 2, 1994, sy. 23-31; Siaroff, Comparative Presidencies..., sy 287-312.

46 T. Frye, 'A politics of institutional choice: Post-communist presidencies', Comparative Political Studies, C.30, 1997, sy. 548; J. Hellman, 'Constitutions and Economic Reform in the Postcommunist Transitions', East European Constitutional Review, C. 5, 1996, sy. 52-53.

47 M.S. Shugart, J.M. Carey, "Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics", USA, Cambridge University Press, 1992, sy. 150

48 Shugart, Semi-Presidential Systems..., sy.336-337

49 Shugart, Carey, Presidents and Assemblies..., sy.150.

50 Bu kitaptaki yasama dışı yetkilerin puanlamalarının bir kısmını Shugart, 1996 yılında yayınladığı makalesinde düzeltmiştir. Bkz: M.S. Shugart, "Executive-Legislative Relations in Post Communist Europe", Transition, C.2, 1996.

onun konumunu etkileyen bir anayasal faktör olarak dikkate alınmıyor), kabinenin düşürülmesi, yasamanın feshi-seçimlerinin yenilenmesi olarak sıralanır ve aynı şekilde verdikleri güce göre farklı olasılıklara bakılarak ölçülür⁵¹.

Söz konusu ölçümün sonuçlarına göre; yarı başkanlık sistemlerinde cumhurbaşkanlarının yasama yetkileri 4'ü aşmamakla beraber (başkanlık sistemlerinde bu 12'ye kadar çıkıyor), yasama dışı yetkileri 2 ila 8 arasında (başkanlık sistemlerinde en fazla 16 puana ulaşıyor) değişiyor⁵².

Bu tabloda cumhurbaşkanının yasama ve yasama dışı yetkileri sıfır olarak tespit edildiğinde, ortaya seçilmiş cumhurbaşkanına sahip parlamenter sistemler (başkanlı parlamenter sistem) çıkar. Parlamenter sistemlerde cumhurbaşkanının kabine üzerindeki gücü sıfır olarak ölçülür. Shugart ve Carey, o tarihte bu modele uyan üç parlamenter ülke tespit etmiştir: Bulgaristan, Haiti ve İrlanda.

Shugart, 2005 yılında yayımladığı makalesinde ise, temel amacı yarı başkanlık sistemini alt türleri arasındaki ana farklılıkları açıklamak olan başka bir ölçümü ortaya atar. Ancak sorular aynı zamanda yarı başkanlık sistemlerinde cumhurbaşkanlarının sahip oldukları yetkileri de ayrıştırdığından, söz konusu yetkiler, parlamenter sistemlerde halk tarafından seçilmiş cumhurbaşkanının sahip olmaması gereken (en azından belli bir yoğunlukta) yetkileri göstererek, söz konusu sistemi teşhis etmede de kullanılabilir.

Bu ölçümde, cumhurbaşkanının yasamaya ve yürütme içinde hükümete karşı yetkilerini derecelendiren sorular sorulur ve verilen her evet cevabı, cumhurbaşkanını güçlendiren bir unsur olarak dikkate alınır. Sorular şu yetkilerin varlığını arar; cumhurbaşkanının başbakanı atama, başbakanı görevden alma, hükümetin göreve başlamadan evvel güvenoyu alma zorunluluğunun olmaması, güvensizlik oyuna getirilen sınırlamalar, cumhurbaşkanının kendi inisiyatifi ile seçimleri yenileme-fesih yetkisi, cumhurbaşkanının güvensizlik oyu üzerine fesih yetkisi ve veto yetkisi⁵³.

Cumhurbaşkanının halk tarafından seçildiği bir sistemin kesin olarak parlamenter kalabilmesini sağlamanın bir yolu, anayasal olarak bu soruların tamamının yanıtının hayır olmasının sağlanmasıdır. Bu olmadığı takdirde

⁵¹ Tablo için bkz. Shugart, Carey, Presidents and Assemblies..., sy. 150.

⁵² Ibid, sy. 156.

⁵³ Shugart, Semi-Presidential Systems..., sy. 336.

sistemden sapmalar meydana gelebilir. Örneğin; daha evvel aynı yazar tarafından parlamenter olarak isimlendirilen Bulgaristan⁵⁴, bu sınıflandırmada, cumhurbaşkanı, söz konusu yetkilerden sadece salt çoğunlukla aşılabilen bir vetoya sahip olduğu için yarı başkanlık olarak yeniden sınıflandırılmıştır⁵⁵.

Başkanlık yetkilerinin ölçümüne yönelik ölçüt oluşturacak yetkilerin listesini veren sadece Shugart ve Carey değildir. Bu iki yazardan bağımsız olmakla beraber Metcalf da ölçüm tablosuna önemli katkılar sağlamıştır. Metcalf, ölçümün, yasama ve cumhurbaşkanı dışındaki aktörleri dikkate alarak yapılmasını savunur ve Shugart-Carey listesini ve puanlandırmasını gözden geçirerek yeniler⁵⁶. Metcalf, değerlendirmelerinde cumhurbaşkanlarının kabine ile birlikte yetki kullandığı hallerin de bir güç olarak hesaba katılması gerektiğini, kabinenin cumhurbaşkanından farklı bir siyasi görüşün çoğunluğuna dayandığı hallerde bu tür yetkilerin kabine üzerinde nüfuz sağlayıcı olduğunu tespit eder. Ayrıca önleyici (a priori) denetim biçiminde anayasa yargısına başvurma yetkisinin, veto gibi yasanın yayımını durdurabilen bir yetki olarak dikkate alınması gerektiğini belirtir⁵⁷.

Metcalf, cumhurbaşkanlarının, basit çoğunlukla aşılabilen ve bu sebeple ancak bazı hallerde yasama çoğunluğunu durdurucu etki yaratabilecek olan geri gönderme ve ortak imza ile kullanılan referanduma sunma yetkilerinin de (bu, söz konusu yetkiye hiç sahip olamamakla bir tutulamayacağından) hesaba katılmasından yanadır⁵⁸.

Metcalfın ölçümünde cumhurbaşkanının kabine üzerindeki yetkileri de gözden geçirilerek, başkanlık ve yarı başkanlık türleri arasındaki farkları yansıtacak şekilde değiştirilmiştir. Başkanın bakanları meclisin kabulü dahilinde ataması hali (Amerika Birleşik Devletleri) ile güvenoyuna tabi olarak ataması arasında puanlama bakımından ayırım yapılmıştır⁵⁹.

Bizim bakımımızdan önemli değişikliklerden biri ise; bakanların görevden alınmasında, başbakanın talebi üzerine cumhurbaşkanının bir bakanı görevden alması hallerinin de güç kazandıran bir durum olarak puanlamaya

54 Shugart ve Carey, *Presidents and Assemblies...*, sy. 160

55 Shugart, *Semi-Presidential Systems...*, sy. 339.

56 L.K. Metcalf, "Measuring Presidential Power", *Comparative Political Studies* C. 33, S. 5, 2000, sy. 664-67.

57 *Ibid*, sy. 668.

58 *Ibid*, sy. 670-71.

59 *Ibid*, sy. 673.

dahil edilmesidir⁶⁰. Bunun gibi anayasada tanımlanan kimi durumlarda fesih-seçimleri yenileme yetkisinin zorunlu veya takdire bağlı olarak cumhurbaşkanınca kullanılmasının, yasama organını belli şekilde davranmaya teşvik ederek, cumhurbaşkanlarını güçlendirebileceği tespit edilmiştir⁶¹.

Bu ölçüm tablosunda Metcalf, son derece ilginç bir ayrıntıyı da yakalamış gözükmektedir. Yasama yetkileri aslında cumhurbaşkanına parlamento çoğunluğu karşısında bağımsız bir otorite alanı açan yetkililerdir. Bu bakımdan sistemin parlamenter olup olmadığı, bu gruptaki yetkilerin yokluğuyla daha çok bağlantılıdır. Bu gruptaki yetkiler sifra yaklaştıkça, sistemin yarı başkanlık özelliği de tartışmalı hale gelmektedir⁶². Metcalf, Avusturya ve Slovenya Cumhurbaşkanı'nın yasama yetkilerini sıfır olarak ölçer⁶³. Her iki ülkenin de, anayasaya göre yapılan sınıflandırmaları farklılaşmakla beraber, rejimlerinin işleyişinin parlamenter olduğu baskın bir şekilde kabul edilmektedir. Bu ölçümlerde Fransa Cumhurbaşkanı'nın yasama yetkileri dört, yasama dışı yetkileri beş olarak ölçülmüştür. Bulgaristan Cumhurbaşkanı yasamaya ilişkin üç, yasama dışı bir puan alırken, Romanya Cumhurbaşkanı yasama için altı, yasama dışı yetkiler için üç puan alır⁶⁴. Üç ülke de yarı başkanlık sistemi olarak kabul edilir.

Bu bilgiler ışığında, 1982 Anayasası ve cumhurbaşkanının yetkilerine bakılarak, 2007 değişiklikleri sonrası parlamenter sistemin devam edip edemeyeceğine dair önemli çıkarımlarda bulunmak mümkündür. Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı'nın yetkilerinin de Metcalf tarafından düzeltilmiş Shugart-Carey ölçümüne tabi tutulması, sistemin yarı başkanlık sistemlerine benzer bir anayasal gücü cumhurbaşkanına verip vermediği anlamak için gerekli bir başlangıç noktasıdır.

III. 1982 ANAYASASINA GÖRE CUMHURBAŞKANIN YETKİLERİ

Cumhurbaşkanının yetkilerinin değerlendirilmesine öncelikle yukarıdaki bilgiler ışığında yapacağımız ölçümle başlayacağız.

60 Ibid, sy. 673.

61 Ibid, sy. 673-74.

62 Ibid, sy. 678.

63 Ibid, sy. 675.

64 Ibid, sy. 675.

Metcalfın ölçümünde on bir yetki, farklı anayasal formüller dikkate alınarak değerlendirmeye alınmaktadır⁶⁵: yedisi yasama ilişkin (Tablo 1) ve dördü yasama dışı (Tablo 2). Bu tabloda Türkiye Cumhurbaşkanı yasamaya ilişkin yetkileri bakımından beş, yasama dışı yetkileri bakımından üç puan elde etmektedir.

Tablo 1: Cumhurbaşkanının Yasamaya İlişkin Anayasal Yetkilerinin Ölçümü

Paket veto/geri gönderme	Kısmi veto/geri gönderme	Yasa gücünde kararname	Yasa önerisinde Bulunabilme yetkisi	Bütçe yetkileri	Referanduma gitme yetkisi	Anayasa yargısına başvuru
1 aynı çoğunlukla aşılabilen geri gönderme	1 aynı çoğunlukla aşılabilen geri gönderme	1 sınırlı kararname yetkisi	0 bu yönde bir yetki yok	0 bütçeye ilişkin yetkisi yok	2 Sınırlı	0 önleyici denetim yok

Tablo 2: Cumhurbaşkanının Yasama Dışı Anayasal Yetkilerinin Ölçümü

Kabinenin oluşumu	Kabinenin görevine son verme	görsoru	Fesih/Seçimleri yenileme
1 cumhurbaşkanı başbakanı atar, başbakan bakanları belirler	1 cumhurbaşkanı başbakanın önerisi üzerine bakanları görevden alabilir	0 meclis sınırsız güvensizlik oyu kullanabilir	1 belirli olaylarla sınırlı olarak

Metcalf tarafından düzeltilmiş haliyle Shugart-Carey testi bize, Türkiye Cumhurbaşkanının sembolik konumun üzerinde anayasal yetkilere sahip olduğunu sayısal olarak göstermektedir. Yasama yetkilerinin yüksekliği, parlamento çoğunluğunu etkileme yolları olarak belirirken, yürütmeye ilişkin yetkiler daha az olmakla birlikte başka bazı iktidar alanları açar gözükmektedir.

Bu yetkilere sırasıyla daha yakından bakmak gereklidir. Yasamaya ilişkin anayasal yetkilerin başında Anayasa'nın 89. maddesinde düzenlenmiş kısmen veya tamamen yasaların geri gönderilmesine ilişkin yetki yer alır. Her ne kadar, her iki durumda da TBMM özel bir çoğunluk gerekmesizin kendi

⁶⁵ Ibid, sy. 669-670.

tercihlerinde ısrar edebilirse de, bu yetki seçilmiş bir cumhurbaşkanına Meclisi uyarma, kamuoyunu arkasına alarak Meclis üzerinde baskı oluşturabilme gücü de verir. Cumhurbaşkanının bir yasaya karşı olması kamu oyunun desteği ile kuvvetli bir durdurucu etki yaratabilir.

Öte yandan, 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile hukukumuzda giren, kısmi geri gönderme yetkisi, cumhurbaşkanı ve TBMM çoğunluğunun aynı siyasi hareket içinden geldiği ve cumhurbaşkanının sembolik bir rol benimsediği hallerde, cumhurbaşkanına meclis çoğunluğunu yönlendirme gücü verebilir. Bu tür geri gönderme yetkisi kullanıldığında, TBMM yasanın tümünü mü yoksa sadece geri gönderilen kısımlarını mı görüşeceğine kendisi karar verse de, hemen daima sadece geri gönderilen hususları görüşmeye almaktadır⁶⁶. TBMM'nin yalnızca geri gönderilen kısımları görüşmeye alması halinde, yasanın diğer maddeleri değil, cumhurbaşkanının itiraz ettiği kısımları görüşülerek karar verilir. Bu sırada cumhurbaşkanına, geri göndermediği kısımları, Resmi Gazete'de yayımlamak yetkisi tanınmamışsa da, mevcut durumda Meclis üzerinde etki sahibi olabileceği anayasal bir kanala sahip kılınmıştır.

Yasa gücünde kararname yetkisine gelince, teste göre puan verilen yetkiler, yasama yetkisinin devri niteliğinde olan yasa gücünde yürütme kararnamelelerine ilişkindir. Diğer bir deyişle, yetki yasasına dayalı olmayan kararnameleler önemli anayasal yetkiler olarak dikkate alınmaktadır. Türkiye'de bu tanıma uyan, Cumhurbaşkanlığı başkanlığındaki Bakanlar Kurulu tarafından yapılan olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerdir. Olağanüstü dönemlerde Cumhurbaşkanlığı anayasal olarak güçlenmektedir. Güçlenmenin en yoğun görüldüğü alan da yasama yetkisinin devri niteliğini taşıyan olağanüstü kanun hükmünde kararnameler rejimidir. Halk tarafından seçilmiş bir Cumhurbaşkanı'nın Bakanlar Kurulu'na başkanlık ederek olağanüstü dönem ilan etmek ya da olağanüstü KHK yapmak yetkilerini etkili şekilde kullanabileceği açıktır. Yanı sıra, Türkiye'de olağanüstü dönemlerin sıklığı ve sürelerinin uzunluğuna dair tarihsel siyasal tecrübe, bu tür dönemlerin Türkiye'de çok istisnai olarak oluşan acil dönemler olmadığını göstermektedir. Diğer bir deyişle, Cumhurbaşkanları bu noktada oldukça gerçek ve önemli yetkilere sahiptir.

⁶⁶ Ş. İba, "Cumhurbaşkanınca yayımlanması Kismen veya Tamamen Uygun Bulunmayan Kanunların Meclise Geri Gönderilmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S.3, 2003, sy. 310-311

Teste göre Cumhurbaşkanı'nın önemli yetkileri arasında görülen bir diğer husus da, referandum yetkisidir. Anayasamızın 175. maddesine göre bu yetki sadece, anayasa değişiklikler hakkındaki kanunlar için kullanılmaktadır. Normal kanunların halk oylamasına sunulması ile ilgili bir yol Anayasa'da öngörülmüş değildir. Anayasa değişiklikleri bakımından da bu yetki yalnızca Cumhurbaşkanı'na tanınmıştır. Ancak Cumhurbaşkanı'nın da söz konusu yetkiyi kullanabilmesi için Meclis tarafından bir Anayasa değişikliğinin yapılarak, kendisine yollanması gerekir. O halde; tek başına kullanılmakla birlikte, sınırlı, ancak TBMM tarafından yollanan anayasa değişikliği hakkındaki kanunlar bakımından kullanılabilir bir yetki ile karşı karşıyayız.

Bu yetkinin sadece anayasa değişiklikleri için verilmiş olmasından bahisle, ölçümde iki puan verilemeyeceği ileri sürülebilir. Elbette normal yasalar için söz konusu yetkinin kullanımı çok daha geniş bir yetki anlamına gelir, ancak anayasa değişikliklerinin önemi dikkate alındığında yabana atılmayacak bir yetki ile karşı karşıya olunduğu da açıktır. 1982 Anayasası detaycı, pek çok konuda hüküm içeren bir Anayasadır ve oldukça fazla değişikliğe uğramıştır. Siyasi bakımdan tartışılan bir çok değişiklik de bunlar arasındadır.

Öte yandan kimi hallerde bu yetki, TBMM'ni Cumhurbaşkanı'nın istekleri doğrultusunda değişiklikler yapmaya sevk edebilecek güçtedir. Örneğin; Cumhurbaşkanı Sezer, 22 Ekim 2001 tarihli, 4709 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkında Kanun'un 33 maddesini Resmi Gazete'de yayımlayarak yürürlüğe sokmuş, ancak 27. maddesini halk oyuna sunmuştu. Bu madde, Anayasa'nın 86. maddesini değiştirerek milletvekillerinin emeklilik ve özlük haklarında önemli iyileştirmeler getiriyordu. Kamuoyu ve Cumhurbaşkanı Sezer, TBMM'nin kendi üyeleri için bu türden mali konularda ayrıcalıklı düzenlemeleri Anayasa'ya koymasına karşı idi. Cumhurbaşkanı'nın halk oyu na başvurma kararı üzerine, TBMM bir başka Anayasa değişikliği yaparak, söz konusu maddeyi referanduma gerek kalmadan, Sezer'in isteği doğrultusunda değiştirdi. Anayasa'nın çok sık değiştirildiği ve siyasal tartışmaların gündeminden düşmediği ülkemizde, referanduma sunma yetkisi, Cumhurbaşkanı'na TBMM karşısında azımsanamayacak bir güç vermektedir. Bu bakımdan kanaatimizce hesaplamaya katılmalıdır.

Cumhurbaşkanının yürütmeye ilişkin yetkilerine gelince Anayasa'nın 109. maddesi, Bakanlar Kurulu'nun kuruluşunda Cumhurbaşkanı'na milletvekillerinden birini Başbakan olarak atama yetkisi vermektedir. Bakanlar, Başbakanca seçilmekte ve Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır.

Güvenoyu müessesesinin varlığı karşısında, Cumhurbaşkanları güvenoyu alabilecek bir milletvekilini Başbakan olarak atamak zorundadırlar. Meclis'te tek başına hükümet kurabilecek çoğunlukların bulunması durumunda, teamül bu çoğunluğun liderini Başbakan olarak atamak yönündedir. Bura ya kadar Cumhurbaşkanı'nın Başbakanı atama yetkisinin aslında Başbakanının kim olacağını seçme anlamına gelmediği ortadadır. Ancak TBMM'nde tek başına hükümet kurabilecek çoğunlukların bulunmadığı hallerde, seçilmiş bir Cumhurbaşkanı önemli siyasal güç elde edebilir. Bu güç, koalisyon hükümetlerinin kuruluş pazarlıklarını, hükümeti kurma görevinin kimlere verileceği ile ilgili görüşmeleri yürütmek yoluyla elde edilebilir. Ayrıca unutulmamalıdır ki; bölünmüş çoğunlukların hakim olduğu ve TBMM'nin zayıfladığı dönemlerde, sağlam bir halk çoğunluğunun desteğine sahip olan Cumhurbaşkanları'nın lider konumuna gelmesi daima ihtimal dahilindedir.

Bakanların atanmaları ile ilgili olarak, seçilmemiş Cumhurbaşkanları'nın bile bir nevi denetim rolün oynadığına şahit olunmuştur. Cumhurbaşkanı Sezer, 58 ve 59. Hükümetlerin kuruluşu sırasında Beşir Atalay'ın, geçmişindeki anti-laik faaliyetleri sebebiyle Milli Eğitim Bakanı olarak atanmasına karşı çıkmıştır. Her iki listede de önce Milli Eğitim Bakanlığı için önerilen Atalay, Cumhurbaşkanı'nın itirazı üzerine Devlet Bakanlığı'na kaydırılmıştır. Bu örnekte görüldüğü gibi, Cumhurbaşkanları durdurucu, dengeleyici, anayasal değerleri koruyucu hakem rolünü benimsedikleri takdirde ki; bu rol Anayasa tarafından verilmiştir, hükümetlerin tercihlerine müdahaleler yapabilmektedirler. Seçilmiş Cumhurbaşkanları bakımından yapılacak müdahaleler demokratik meşruiyete de sahip olacaktır. Dolayısıyla bakan atamaları, Cumhurbaşkanları'nın Başbakanların tercihlerini sorgulayabilecekleri ve yürütme içi çatışmaya açık bir diğer anayasal alan olarak kabul edilmelidir.

Bakanların görevlerine son verilmesine ilişkin Anayasa'nın 109. madde hükmü de Cumhurbaşkanı'na bir dereceye kadar iktidar alanı açan anayasal yetkiler arasında kabul edilmektedir. Aslında, Cumhurbaşkanı bu yetkiyi Başbakan'ın önerisi üzerine kullandığından, Cumhurbaşkanı'na değil, Başbakana Bakanları görevden alabilme konusunda önemli bir güç verildiği açıktır. Hukuksal olarak önemli nokta, Cumhurbaşkanı'nın, Başbakanı'nın önerisini reddedip edemeyeceğidir. Anayasa maddesinin lafzı, "gerektiğinde Başbakanın önerisi üzerine Cumhurbaşkanı'nca görevlerine son verilir", demek suretiyle böyle bir takdir hakkını Cumhurbaşkanı'na vermemiştir. Ancak bu hükmü farklı okumak isteyen seçilmiş Cumhurbaşkanları, Bakanların görevine Anayasa'ya göre "gerektiğinde son verilir", Cumhurbaşkanı talep Başbakan'dan gelse bile, görevden almanın gerekli olup olmadığını takdir edecek olan ma-

kamdır, biçiminde yorumlar geliştirebilirler. Sonuç olarak, 109. madde hükmü, TBMM çoğunluğu ve Başbakan karşısında Cumhurbaşkanı'na belli ölçüde güç vermektedir. Hükümetin dayandığı çoğunluğun politik görüşleri farklılaştığında, bu madde, yürütme içi çatışmaya sebep olabileceken, Cumhurbaşkanı'nın bu çoğunluğun lideri olduğu hallerde ise güçlenmesini sağlayabilecektir.

TBMM'nin gensoru ve güvenoyu müessesesini her hangi bir sınır olmadan kullanabilmesi, hükümet karşısında Cumhurbaşkanı'nı zayıflatan bir faktör olarak dikkate alınmaktadır. Kurucu güvensizlik oyuna sahip anayasal sistemlerde, meclisler yenisini seçmeden eski başbakanı düşürememekte, yasama organı yürütme karşısında zayıflamaktadır. Hükümetin kurulmasının kolaylaşması, düşmesinin zorlaşmasını temin eden kurallardan biri de, göreve başlarken güven oyu aranmaksızın, parlamentonun düşürmek istediği hükümetle ilgili gensoru yoluna gitmesidir. Bu durumda, yasama tarafından karşı çıkılmayan hükümet, kurulmuş olmaktadır. Azınlık ve koalisyon hükümetlerinin kurulmasını kolaylaştırıcı, cumhurbaşkanınca atanan hükümetin düşürülmesini zorlaştırıcı düzenlemelerin tümü, cumhurbaşkanını da güçlendirici etki yaratmaktadır. Bizim hukukumuzda bu tür hükümler yoktur. Göreve başlarken güven oyu alınmak zorunda olduğu gibi, gensoru müessesesi yeni başbakanının kim olacağından bağımsız olarak kullanılmaktadır.

Son olarak, Cumhurbaşkanı'nın önemli yetkileri arasında fesih/seçimleri yenileme yetkisi yer alır. Anayasa'nın 116. maddesine göre, Türkiye'de bu yetki, Cumhurbaşkanı tarafından, Meclis Başkanı'na danışılarak kullanılır. Cumhurbaşkanı, Anayasa'da tarif edilen hükümet kurulamaması hallerinde bu yetkisini kullanabilir. Sınırlı durumlarda kullanılabilmeyle birlikte, hükümet krizlerinin yaşandığı dönemlerde, Cumhurbaşkanı'na bu krizi aşabilme için kilit yetkiler verilmiştir. Elbette, Cumhurbaşkanı seçimleri yenilemek yerine, koalisyon görüşmeleri yapmayı da seçebilir. Her durumda, hükümetler kurulamadığında ya da düşürüldüğünde bu boşluğu doldurmak Cumhurbaşkanı'na düşmektedir. Seçilmiş Cumhurbaşkanları, bu gibi hallerde siyasi olarak bir hayli öne çıkabilirler.

Metcalfın ölçümü dışında da, Anayasamızda seçilmiş Cumhurbaşkanı'na önemli iktidar alanı açabilecek yetkiler verilmiştir. Bunların başında kanun hükmünde kararname (KHK) dahil olmak üzere yürütme kararnamelelerini imzalamak, yüksek yargıya ve kimi özerk kamu kurumlarına atama yapmak ve Devlet Denetleme Kurulu'na inceleme yaptırmak gelir. Sırasıyla bu yetkilere yakından bakmak gereklidir.

Olağanüstü dönemlerde Bakanlar Kurulu'na başkanlık eden Cumhurbaşkanı'nın KHK'leri sadece imzalamaz yapımına da katılır. Bu bakımdan kimi çekinceleri var ise, bunu yapımı sırasında ortaya koyma şansına sahiptir. Ancak olağan KHK'ler için böyle bir durum söz konusu değildir. Cumhurbaşkanı'nın olağan KHK'leri imzalama yetkisi, işlemin tamamlanması için gerekli bir unsur olmakla birlikte, bu imzayı atmaktan kaçınıp kaçınamayacağı tartışmalı bir husustur. Cumhurbaşkanı'nın imza yetkisini yasalara benzeterek, imzayı atmak kaçınıyorsa, çekincelerini belirterek sadece bir defaya mahsus olmak üzere, KHK'leri Bakanlar Kurulu'na iade edebileceğini savunmak mümkündür⁶⁷. Öte yandan, KHK'nin Anayasa'ya aykırı hususlar içermesi halinde Cumhurbaşkanı'nın imzalamaktan tamamen kaçınabileceğini de savunan hukukçular bulunduğu gibi, Cumhurbaşkanı'nın hiçbir şart altında KHK'leri imzalamaktan kaçınamayacağı ileri sürenler de vardır⁶⁸. Uygulamada seçilmiş Cumhurbaşkanı'nın Anayasa'ya aykırı gördüğü kimi KHK'leri imzalamaktan kaçınabileceği ve imza yetkisini vetoya dönüştürebileceği açıktır. Kaldı ki, halk tarafından seçilmemiş olmakla birlikte Cumhurbaşkanı Sezer imza yetkisini bu şekilde kullanmakta tereddüt etmemiştir⁶⁹.

KHK'ler için mevcut tartışma, diğer yürütme kararları için de geçerlidir. Özellikle atama kararlarını imzalamayarak, Cumhurbaşkanları Hükümetler'in yüksek bürokrasiye yaptığı atamalara nüfuz edebilmekte, bir tür veto yetkisi kullanabilmektedir. Cumhurbaşkanları'nın yürütme kararlarını imzalarken kullandıkları yetkinin mahiyetini inceleyen Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanı'nın imza yetkisinin ortadan kaldıramayacağını, yürütmenin başı sıfatıyla hükümet kararlarını ve üçlü atama kararlarını imzalaması gerektiğini ifade etmiş, ancak bu yetkinin karşı imza kuralı gereğince hükümetin inisiyatifi doğrultusunda kullanılacağını da eklemiştir⁷⁰. Mahkemeye göre, burada Cumhurbaşkanı'nın rolü, kararlar hukuka aykırılık taşımadıkça, yalnızca uyarı ya da tavsiye olabilir:

“...parlamenter sistemin geçirdiği değişiklikler sonucunda bu gün artık gerçek güç kaynağı seçimle oluşan parlamento olup, onun içindeki çoğunluğa dayalı hükümet ön plana geçmiştir. Bugünün parlamenter sisteminde yürüt-

67 Tanör-Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına..., sy. 370

68 Bu görüşler için bkz: O. K. Kanadoğlu, “1982 Anayasasında Cumhurbaşkanı”, Adalet Yüksekokulu 20. yıl Armağanı, Beta Yay., İstanbul, 2001, sy. 334.

69 N. Yüzbaşıoğlu, “Memurların Disiplin Suç ve Cezalarını düzenleyen KHK Sürecinde Üç Temel Sorun”, Milliyet, 30.08.2000.

70 AYM Kararı, E. 1992/37, K. 1993/18, KT 27.04.1993.

me sorumluluğu hükümettedir. Bunun sonucu olarak da günümüzde Devlet Başkanı'nın bir kararının Başbakan ve ilgili Bakan tarafından imzalanmasından çok, aslında Başbakan ve ilgili Bakanlar tarafından alınan bir kararın Devlet Başkanı'nca imzalanarak biçimsel olarak tamamlanması söz konusudur. Bu nedenle de sorumluluğunu hükümetin taşıdığı kararnameler hakkında Cumhurbaşkanı'nın uyarı ve tavsiyede bulunmaktan öte direnmesi, sistemin özelliğine ters düşer.

O halde, Anayasa'nın ilgili kurallarının parlamenter sistemin temel ilkelerinin ışığında değerlendirilmesi sonucu, Cumhurbaşkanı'na tanınan bütün bu yetkilere karşın sistem özde parlamenter demokrasi olduğundan ve sorumluluk da hükümette bulunduğundan, Anayasa'ya ve yasalara aykırı olmadıkça, Cumhurbaşkanı'nın Bakanlar Kurulu işlemlerini siyasal yerindelik yönünden denetleyemeyip, imzalamak zorunda olduğu açıktır. Esasen öğretilerde Cumhurbaşkanı'nın rolünün, uyarı ve tavsiyeden öteye geçmemesi gerektiğine işaret edilmektedir"⁷¹.

Bu kararın bize işaret ettiği çok önemli bir husus mevcuttur; Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanı'nın yetkilerini, demokratik meşruiyetin tek olduğu parlamenter sistemin genel işleyişi ve kuralları içerisinde yorumlamaktadır. Sistemin içinde tek demokratik meşruiyet kaynağı bulunduğuna göre, demokratik seçimle oluşan Meclis'in içinden çıkan Hükümet, yetkinin asıl kullanıcısı durumunda olacaktır.

İşte bu noktada, Cumhurbaşkanı'nın doğrudan halk tarafından seçilmiş olması, sistemin temelindeki mantığı sarsacak güce sahiptir. Halk tarafından seçilmiş Cumhurbaşkanı, Hükümetlere kendi tercihleri doğrultusunda direnebildiği gibi, Anayasa Mahkemesi de bu yeni meşruiyet kaynağını dikkate alarak içtihadında değişikliğe gidebilir.

Öte yandan, eklemek gerekir ki; karşı imza kuralının parlamenter rejimin gelenekleri ile birlikte yerleştiği ülkelerde, halk tarafından seçilmiş cumhurbaşkanının varlığına rağmen, inisiyatifin hükümette olması kabul edilmektedir. Bunun en güzel örneğini, İzlanda (AY. md 11) ve Avusturya'da (AY md 67) görebiliriz. Bu iki ülke Anayasaları seçilmiş Cumhurbaşkanı'na oldukça önemli anayasal yetkiler vermelerine rağmen, Anayasaları'nda yerini bulan karşı imza kuralı ve anayasal gelenekler, sembolik konumda Cumhurbaşkanı oraya çıkartmaktadır.

⁷¹ AYM Kararı, E. 1992/37, K. 1993/18, KT 27.04.1993.

1982 Anayasası'nda Cumhurbaşkanları'nın yetki ve konumuna ilişkin yoruma ihtiyaç duyan bir diğer husus da, hangi yetkilerin tek başına kullanılacağına ilişkindir. Anayasa'nın 105. maddesi, Cumhurbaşkanı'nın Anayasa ve diğer kanunlarda tek başına kullanacağı belirtilen yetkileri dışındaki yetkilerinin, karşı imza kuralı gereğince başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanacağını belirtir. Ancak Anayasa'da hangi yetkilerin tek başına hangilerinin birlikte kullanılacağı belirtilmemiştir. Baskın yorum, yürütme yetkilerinin karşı imza kuralı gereği Bakanlar Kurulu ile birlikte, diğer yetkilerin de tek başına kullanılması gerektiği yönündedir⁷². Öte yandan yürütmenin bir parçası olan Türkiye Radyo Televizyon Kurumu, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Yükseköğretim Kurulu ve Üniversite Rektörleri'nin atamalarında değişik düzeylerde Cumhurbaşkanı'na yetkiler verilmiştir. Özerk olan bu kurumların işleyişinde, Cumhurbaşkanı yetkilerinin bir çoğunu tek başına kullanmaktadır. Seçilmiş Cumhurbaşkanları, bu konularda, hükümeti devre dışı bırakan Anayasal yorumlardan yana olabilmeye konusunda daha güvenli, daha serbest bir zeminde bulunacaklardır.

Tek başına kullanılacak bir diğer yetki grubu da Anayasa 104. madde'de belirtilen *“Anayasa Mahkemesi üyelerini, Danıştay üyelerinin dörtte birini, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı vekilini, Askerî Yargıtay üyelerini, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi üyelerini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerini seçmektir”*.

Tüm bunlara ilave olarak, Cumhurbaşkanı'nın Devlet Denetleme Kurulu'na ilişkin yetkileri vardır. Cumhurbaşkanlığı'na bağlı olarak kurulan, üyeleri ve başkanı Cumhurbaşkanı'nca atanan DDK, *“İdarenin hukuka uygunluğunun, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla,.., Cumhurbaşkanının isteği üzerine, tüm kamu kurum ve kuruluşlarında ve sermayesinin yarısından fazlasına bu kurum ve kuruluşların katıldığı her türlü kuruluşta, kamu kurumu niteliğinde olan meslek kuruluşlarında, her düzeydeki işçi ve işveren meslek kuruluşlarında, kamuya yararlı derneklerle vakıflarda, her türlü inceleme, araştırma ve denetlemele-ri yapar.”*

Yukarıdaki yetkiler bilançosuna bakarak, Cumhurbaşkanı'nın kendine özgü bir iktidar alanına ve yarı başkanlık sistemlerine benzer şekilde önemli anayasal yetkilere sahip olduğunu söyleyebiliriz.

⁷² Tanör-Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına göre..., sy. 310-311; E. Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yay., Ankara, 2004, sy. 312.

IV. TÜRKİYE'DE PARLAMENTER SİSTEMİN YARI BAŞKANLIK SİSTEMİNE DÖNÜŞME OLASILIĞI

Anayasal olarak yarı başkanlık sistemi ile parlamenter sistemi ayıran temel farkın, seçilmiş cumhurbaşkanının önemli anayasal yetkilere sahip olması olduğunu kabul edersek, Türkiye'de de seçilmiş Cumhurbaşkanı'nın önemli anayasal yetkilere sahip olduğu, bu haliyle de yarı başkanlığın başbakan başkanlık (premier-presidential) tipine yakın durduğu açıktır. 1982 Anayasası'nın Cumhurbaşkanı'nın yetkileri konusundaki belirsizlikleri de bu konuda yetkileri genişletici yorumlara dayanak teşkil edebilir ve ilerde yürütme içi ve dışı anayasal kurumlar arasında çatışmaları tetikleyebilir.

Öte yandan, hükümet sistemlerinin işleyişi sadece anayasal kurallara bakılarak değerlendirilemez. Bu kuralların yorumuna etki eden anayasal gelenekler ve kuralları yorumlayacak siyasal aktörlerin duruşu da sistemin işleyişini önemli ölçüde etkiler. Diğer bir deyişle, çıkması bizce kaçınılmaz kurumlar arası yetki çatışmalarına rağmen, parlamenter sistemin işleyişi yönünde siyasal aktörler arasında bir uzlaşma yaşanır, Anayasa da o şekilde yorumlanmaya devam edilebilir.

Bu noktada yarı başkanlık sistemini yaratabilecek kimi gelişmeler şunlar olabilir: Cumhurbaşkanları'nın, özellikle de ilkinin, seçimi sırasında, adayların siyasi liderler arasından çıkması ve Meclis çoğunluğunun Cumhurbaşkanı'na itaat etmeyi seçerek, oluşan siyasi gücü pekiştirmesi halinde güçlü Cumhurbaşkanı'na giden yolun taşları döşenmeye başlanmış olacaktır⁷³.

Rejimin kuruluşunu şekillendiren tarihsel, siyasal ve kültürel özellik ve olaylar da siyasal sistemin işleyişi üzerinde etki sahibidir. Elgie, bu faktörlerin her ülkenin özgün ulusal şartlarla şekillenen farklılıklarını açıklamaya yardımcı olduğunu ve de jure anayasal kuralların işleyişini başkalaştırdığını savunur⁷⁴.

Yazar, ülkelerin benzer özelliklerini gözlemleyerek, cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesiyle sonuçlanan üç temel tarihsel süreç tespit etmiştir⁷⁵. Bunlardan ilki, ulusal bağımsızlığın ilanı ve buna bağlı olarak halkın kendi kaderini tayin hakkını kullanarak daha evvel yabancı bir monark tarafından işgal edilen devlet başkanlığı makamını kendisinin seçtiği cumhurbaş-

⁷³ Duverger, age, sy. 177.

⁷⁴ Elgie, The Politics of Semi-Presidentialism..., sy. 17.

⁷⁵ Ibid, sy.17-18.

kam ile doldurmasıdır. Bu durumun, Britanya ve Danimarka'dan bağımsızlığını elde eden İrlanda ve İzlanda için tamamen, Rusya'dan kopan Finlandiya içinse kısmen geçerli olduğu çeşitli yazarlarca da ifade edilmiştir⁷⁶. Bu hallerde cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi kuvvetli bir devlet başkanlığı yaratma arzusunun ziyade sembolik sebeplerle olmakta ve bu makam anayasal yetkilerine rağmen geri planda kalabilen, zayıf devlet başkanları tarafından doldurulmaktadır.

Diğer bir grup ülkede ise, Fransa'da görüldüğü gibi, parlamenter sistemin çöküşü ve yaşanan krizleri müteakip, devlet başkanının halk tarafından seçilmesi tercihi ortaya çıkmaktadır. Parlamenter sistemin işleyişinde yaşanan tıkanma ve krizler, güçlü liderler yaratılarak aşılmaya çalışılmakta ve sonuç olarak ortaya güçlü cumhurbaşkanları çıkmaktadır.

Elgie'nin tespit ettiği son durum, demokratikleşme süreçleri yaşayan post komünist ülkelerinde gözlemlenir. Seçilmiş bir lider önderliğinde demokratikleşme ve ekonomik liberalleşme süreçleri yaşanır. Parlamenter sistemi işletecek parti yapılarının yokluğunun da etkisi ile siyasi zemin, güçlü cumhurbaşkanlarına hazırdır. Bu dönüşüm süreçlerinde, seçilmiş cumhurbaşkanlarının rolü kontrol ve denge yaratarak hiç bir siyasi aktörün aşırı güç elde edememesini sağlamak olabilir. Bu hallerde cumhurbaşkanı zayıf olabileceği gibi gerçek bir iki başlı yürütme yaratılarak yürütme erki paylaştırılmış da olabilir⁷⁷.

Türkiye'de Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesi parlamenter sistemin çöküşü üzerine gerçekleşmiş değildir. Bağımsızlığın kazanımını takip eden kendi kaderini tayin hakkının bir yansıması olarak ya da post komünist demokratikleşme süreçlerine benzer şekilde de gerçekleşmemiştir. Yani cumhurbaşkanlarını pasifleştiren ya da güçlendiren mevcut örneklerle pek bir benzerliği yoktur. Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesine karar verilmesi, TBMM'nin bu makama uzlaşarak bir aday seçmemesi üzerine olmuş gözükmektedir. İlk bakışta, bu değişiklik, sistemin parlamenter özüne dokunulmamış izlenimi verse de, Türkiye'de açık bir seçmen üstünlüğüne sahip bulunan merkez sağ partilerin uzunca bir süredir, başkanlık sistemi, bu olmaz ise, yarı başkanlık sistemi talepleri bulunduğu da bilinmektedir. Bu arzu şimdi, kendini ve seçmenini yönlendirebilecek anayasal bir kanal bulmuş gözükmektedir.

Tarihsel zeminler üzerinde şekillenen ve tekrarlanan uygulamalar da cumhurbaşkanlarının konumları üzerinde etki sahibidir. Örneğin, İrlanda ve İz-

⁷⁶ Linz, *Presidential or Parliamentary Democracy.*, sy. 50.

⁷⁷ R. Elgie, *The Politics of Semi-Presidentialism*, sy. 18.

landa'da siyasi partiler, uzunca bir süredir Cumhurbaşkanları'nın sembolik ve tarafsız konumda bulunması konusunda uzlaşma içerisindedirler⁷⁸.

Kamuoyunun beklentileri ve istekleri de uygulamaları şekillendirmede etki sahibidir. Kamuoyu cumhurbaşkanlığı makamını günlük siyasi çekişmelerin üzerinde ve tarafsız olarak görmek istediğinde, cumhurbaşkanları bu duruma uygun davranmaya özen göstermektedirler. Bunun en güzel örneklerinden birine Avusturya'da rastlanır. Takdire bağlı olarak yasama meclisini fesih dahil önemli anayasal yetkilere sahip Avusturya Cumhurbaşkanları, İkinci Dünya Savaşı sonrasında yetkilerini partizan amaçlar doğrultusunda kullanmamayı tercih ederek, kamuoyunun beklentileri doğrultusunda tarafsız ve partiler üstü kalmışlardır ve sistemin işleyişi büyük ölçüde parlamenter özellikler sergilemiştir⁷⁹.

Türkiye'de kamuoyunun benzer şekilde güçlü parlamenter bir bilinç sergilemesi için partiler arasında bu konuda bir uzlaşma bulunması gerekir. Türk Kamuoyunun nasıl bir tepki vereceği Cumhurbaşkanlığı seçimleri sırasında belirginleşecektir.

Siyasal çoğunlukların oluşumunda etki sahibi olan seçim sistemleri ve siyasi parti yapıları da Cumhurbaşkanlığı üzerinde belli bir güce sahip olacaktır. Parçalanmış siyasi parti yapılarının istikrarlı çoğunluklar ya da siyasi ortaklıklar yaratamadığı durumlar, parlamenter sistemin işleyişinde sıkıntılar yaratarak, seçilmiş güçlü devlet başkanlarının ortaya çıkışını tetikleyebilirler⁸⁰. Siyasi partiler zayıf ve parçalanmış olduklarında, kurumsallaşma zayıf olduğunda ya da siyasi uzlaşmaları zorlaştıracak ideolojik kutuplaşmalar bulunduğu, seçmen davranışı istikrarlı eğilimler sergilemediğinde seçilmiş cumhurbaşkanları güçlü siyasi liderlere dönüşerek tüm sistem üzerinde etki sahibi olabilmektedir⁸¹. Tüm bu durumlar Türkiye için söz konusu olan ya da ortaya çıkması çok mümkün olan durumlardır.

⁷⁸ Martinez, age, sy.21.

⁷⁹ W. Müller, "Avusturya", R. Elgie ed., *Semi-Presidentialism in Europe*, Oxford; New York, Oxford University Press, 1999, sy. 43-45.

⁸⁰ Linz, *Presidential or Parliamentary Democracy*., sy.50; J. Blondel, "Dual Leadership in the Contemporary World", in *parliamentary versus Presidential Government*, A. Lijphart (ed.), New York, Oxford University Press, 1992, sy.170-171

⁸¹ Orta ve Doğu Avrupa'nın yeni demokrasilerinde bu türden oluşumların değerlendirmesi için bkz: T. Sedelius, "The Tug-of-War between Presidents and Prime Ministers; semi-presidentialism in Central and Eastern Europe", *Örebro Studies in Political Science* 15, Örebro, 2006.

Siyasi partiler cumhurbaşkanlarının seçim sürecine ve adayların belirlenmesine hakim oldukları ölçüde, bağımsız ve yetkilerini siyasi partilerin, özellikle meclis çoğunluğunun tercihlerine rağmen kullanmaya hevesli cumhurbaşkanlarının ortaya çıkış ihtimali azalmaktadır. Bu türden davranışsal döngülerin en iyi gözlemlendiği siyasalardan Avusturya’da, Cumhurbaşkanları’nın adaylık ve kampanya süreçlerin partilerin belirleyiciliğinde işlemektedir. Adaylar siyasi partilerin lider kadrolarından değil, daha ziyade geçkin devlet adamları arasından seçilmekte, seçimlerde adayların kişilikleri ön planda olmaktadır⁸². Seçmenler, istikrarlı bir şekilde, meclis çoğunluğuna sahip olmayan partinin Cumhurbaşkanlığı adayına yönelmekte, diğer siyasi partiler de bu yetki paylaşımı konusunda uzlaşmış gözükmektedir⁸³.

Anayasa’nın 101. maddesinin üçüncü fıkrası Türkiye’de de adaylık sürecini siyasi partilerin kontrolüne vermiştir:

“Cumhurbaşkanlığına Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri içinden veya Meclis dışından aday gösterilebilmesi yirmi milletvekilinin yazılı teklifi ile mümkündür. Ayrıca, en son yapılan milletvekili genel seçimlerinde geçerli oylar toplamı birlikte hesaplandığında yüzde onu geçen siyasi partiler ortak aday gösterebilir.”

Bu tercih, olumlu gibi gözükse de, Cumhurbaşkanı’nın tarafsızlığını ve partiler üstü konumunu tehlikeye düşürmektedir.

Öte yandan, halk tarafından seçilmiş cumhurbaşkanlarının anayasal yetkilerinin ötesinde güçlenmesi ya da zayıf kalmasını temin eden ve çeşitli davranışsal döngülerin oluşumuna katkı yapan faktörlerden biri de cumhurbaşkanlığı seçiminde kullanılan yöntemdir. Bunlar içinde özellikle iki türlü çoğunluk sistemi (Fransız sistemi) yarı başkanlık modelini uygulayan ülkelerde tercih görmektedir ve sağladığı yüksek oy oranı sebebiyle cumhurbaşkanlarını güçlendiren faktörler arasında kabul edilmektedir⁸⁴. Özellikle de parlamento seçimlerinin nisbi temsil metoduyla yapıldığı, istikrarlı çoğunlukların oluşamadığı bölünmüş yapılarda, yüzde elli veya daha fazla oyla seçilmiş olmanın sağlayacağı güçlendirici etki daha belirgin olacaktır. Türkiye’de Anayasanın 102. maddesi ile iki türlü çoğunluk sistemi benimsenmiştir. Bu tercih de Cumhurbaşkanı’ni manevî yönden güçlendirici bir etki yapabilir.

82 Müller, Avustria, sy.42-43.

83 Ibid, sy. 40.

84 Martinez, age, sy. 27-28, 30.

Cumhurbaşkanlarını güçlendiren ve zayıflatan kimi kurumsal düzenlemeler ülkemizde bir arada bulunmaktadır. Ancak hemen tespit etmek gerekir ki, başkanlı parlamenter sistemi benimsemiş ülkelerin de bir çoğunda (Avusturya, Finlandiya, Slovakya) iki türlü çoğunluk sistemi benimsenmiştir ve bu ülkelerin önemli bir kısmında milletvekili seçimlerinde nispi temsil sistemi kullanılmaktadır. Diğer bir deyişle bu değişkenlerin etkileri, tek başına belirleyici olmaktan uzaktır.

SONUÇ

Anayasal olarak yetkisiz olan, sembolik konumu anayasada net bir şekilde görülen cumhurbaşkanlarının güçlenerek siyasi planda belirleyici aktörlere dönüşmesi oldukça zordur. Buna karşılık, bir kısım anayasal yetkilere sahip olan ve bu yetkilerinin kapsamı anayasal olarak net olmayan cumhurbaşkanlarının, Fransa'da olduğu gibi, siyasal, tarihsel ve kültürel etkenlerin katkısı ile etkili siyasal aktörlere dönüşmesi ya da kuvvetli anayasal yetkileri olmasına rağmen, İzlanda ve Avusturya'da olduğu gibi tamamen sembolik konuma gerilemesi mümkündür.

Türkiye, anayasal yetkiler bakımından Cumhurbaşkanı'nın sembolik konumunda olmadığı, yetkilerinin bir kısmının da Anayasa'da net bir şekilde düzenlenmediği bir ülkedir. Bu bakımdan da, Cumhurbaşkanı'nın seçim usulünü değiştirilmek, aslında daha büyük bir adım atarak, hükümet sisteminin işleyişinde hiç tecrübe edilmemiş belirsiz bir alana girmek demektir.

Bu yeni alan Türkiye için kimi tehlikeleri de beraberinde getirmektedir. Cumhurbaşkanı'nın yürütme yetkilerinin, özellikle kararnameleri imzalamaya yetkisinin sınırının belirsizliği, tehlike yaratabilecek alanlardan biridir. Bu konularde seçilmiş Cumhurbaşkanları'na güç kazandırabileceği gibi, yürütme içi ciddi çatışmalara da meydan verebilir. Ancak Anayasa böyle bir çatışmayı ön görmediği gibi, olası bir kriz haline her hangi bir çözüm de sunmuş değildir.

Seçilmiş cumhurbaşkanları kendi tercihlerini dayatma ya da desteklemedikleri hükümetleri engelleme, hükümet tercihlerine müdahale konusunda çok daha cesaretli ve istekli olmaktadırlar. Doğrudan demokratik meşruiyetin sağladığı kamuoyu desteği, psikolojik olarak da seçilmiş cumhurbaşkanlarının taviz vermelerini zorlaştırabilmektedir⁸⁵.

⁸⁵ A. Lijphart, "Presidentialism and Majoritarian Democracy: Theoretical Observations", J. Linz, A. Valenzuela (ed.), *The Failure of Presidential Democracy: Comparative Perspectives*, C. 1, the John Hopkins University Pres, Baltimore, 1994, sy.103.

Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmiş olması, parti liderlerini Çankaya Köşkü konusunda daha istekli hale getirebilir. Bu makamın manevî otoritesinin yanı sıra kimi anayasal yetkilerinin de bulunması, siyasi liderleri teşvik ederek, seçimleri siyasi bakımdan çekici hale getirebilir. Siyasi liderler, özellikle de Meclis'teki çoğunluk ile aynı kanattan geliyorlarsa, bu konuma geldiklerinde parti bağlantılarını kullanarak çok önemli de jure siyasi güce sahip olabilirler. Cumhurbaşkanı Özal döneminde kısmen şahit olunan bu eğilim, halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanları için çok daha belirgin olabilir.

Son olarak, siyasi bakımdan gergin, uzlaşma pratiği zayıf, ideolojik bölünmelerini aşma konusunda güçlükleri bulunan Türk siyasasının, Cumhurbaşkanı'nın rolü ve kimin seçileceği konusunda da bölünmeler yaşayacağını tahmin etmek zor değildir. Böylesi gelişmeler yürütme içi çatışmaları, cumhurbaşkanı ile yasama arasındaki mücadeleleri tetikleyebilir. Cumhurbaşkanı'nın kontrolündeki kurumlarla diğer devlet kurumları arasında çatışmalara neden olabilir. Hepsinden önemlisi Türk toplumunu kendi içinde yeni bir kamplaşma yoluna sokabilir. Tüm bu haller siyasal krizleri, hükümet bunalımlarını yaratabilecek durumlardır ve Anayasa'da her hangi bir çıkış noktası ya da çözümü öngörülmemiştir. Tam tersine siyasal bakımdan sorumsuz, görevden alınması (işletilmesi bir hayli zor olan) vatana ihanet ve Yüce Divan usulü dışında mümkün olmayan ancak önemli yetkileri ve demokratik meşruiyeti olan bir Cumhurbaşkanı yaratılmaktadır.

Türkiye, yarı başkanlık mı, yoksa parlamenter bir sistem mi istediğine karar vererek, Anayasası'nda bu yönde düzenlemeler yapmalıdır. Eğer tercih edilen bir başkanlı parlamenter sistem ise, cumhurbaşkanının yetkileri azaltılmalı, anayasal belirsizlikler giderilmeli ve TBMM'ne Cumhurbaşkanı hakkında plebisit oylaması (bir tür güven oyu) isteme yetkisi verilmelidir. Bu türden oylamalar, meclislerin nitelikli çoğunluklarla alacağı kararlar üzerine, halk oyuyla cumhurbaşkanlarının görevine son verilmesi anlamına gelmektedir. Yasama çoğunluğu ciddi anlaşmazlık yaşadığı cumhurbaşkanının görevine son verebilmek için, durumu halkoyuna sunmaktadır.

Avusturya (AY. md. 60/9), İzlanda (AY md.11) ve Slovakya (AY md. 106) Parlamentoları nitelikli çoğunluklarla Cumhurbaşkanı için plebisit oylaması isteyebilmekte, bir nevi erken Cumhurbaşkanlığı seçimi başlatabilmektedirler. Eğer Cumhurbaşkanları yapılan oylamadan onaylanarak çıkarılsa, bu tekrar seçildikleri anlamına gelmekte ve yasama organı erken

seçime gidilmek üzere feshedilmektedir. İrlanda'da da Cumhurbaşkanı suç niteliğindeki eylemlerle sınırlı olmayan bir şekilde Parlamento tarafından görevinden alınabilmektedir. Bu türden kurallar seçilmiş organlar arasında kontrol ve denge yaratmaktadır ve Türkiye'de de seçilmiş Cumhurbaşkanı ile yasama organı arasında benzer denge mekanizmalarına ihtiyaç olacaktır.

LA LAÏCITÉ DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME*

*Yrd. Doç. Dr. Eric SALES***

SOMMAIRE

I- Les limitations légitimes à la liberté de religion justifiées par la nécessaire neutralité de l'Etat

A- Les limitations à l'expression de la liberté de religion dans l'enseignement public

- 1- Les limitations apportées à l'expression des idées religieuses des enseignants
- 2- Les limitations apportées à l'expression des idées religieuses des étudiants

B- La dissolution des partis politiques menaçant la neutralité religieuse de l'Etat

- 1- La dissolution exceptionnelle des partis politiques
- 2- La dissolution possible des partis politiques menaçant la démocratie

II- Les limitations illégitimes à la liberté de religion témoignant une absence de neutralité de l'Etat

A- Les limitations à l'expression de la liberté de religion dans la sphère publique

* Communication présentée lors du colloque organisé à l'Université de Marmara, Haydarpaşa le 10 avril 2008, sur le thème «*Constitution et laïcité*».

** Maître de conférences de droit public Universités Montpellier I et Galatasaray

- 1– L'organisation de l'enseignement de la religion sous couvert de l'enseignement des religions
- 2– L'obligation pour les représentants du peuple de prêter serment sur les évangiles

B– Les limitations apportées à l'expression de la liberté religieuse dans la sphère privée

- 1– Le changement de direction d'une communauté religieuse imposée par le pouvoir exécutif
- 2– La condamnation injustifiée pour prosélytisme

A priori, il est bien difficile d'aborder la question de la laïcité dans le cadre de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg car le mot ne figure à aucun moment dans le texte conventionnel. Il est possible d'expliquer cette absence essentiellement par le fait que la Convention n'est pas une Constitution au sens classique du terme. Elle ne contient donc pas les éléments identitaires caractéristiques d'un Etat comme le principe de laïcité. Elle regroupe, en revanche, un ensemble de droits et libertés susceptibles d'être présentés comme constituant un patrimoine constitutionnel commun rassemblant les Etats membres. En conséquence, elle ne peut que reconnaître une liberté des Etats quant à l'organisation de leurs principes constitutionnels fondamentaux, quant à la détermination des caractéristiques essentielles de leur identité nationale. S'interroger sur la place accordée à la laïcité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme conduit donc à rechercher et à reconnaître dans les arrêts de la Cour les significations qu'elle donne éventuellement à cette notion tout en essayant d'identifier une définition jurisprudentielle de la laïcité qui pourrait être commune à l'ensemble des Etats membres. L'entreprise est ici bien délicate en raison de la diversité des règles juridiques internes propres aux Etats parties et du fait que la Cour se prononce au cas par cas sans délivrer une définition prétorienne nette de la laïcité.

Néanmoins, à la différence de certains textes étatiques fondamentaux rédigés sous l'auspice de l'être suprême, comme la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, ou encore à la différence de certains traités internationaux au sein desquels l'inscription de la référence à un héritage religieux a été discutée¹, la Convention européenne des droits de l'homme

¹ Voir la référence à l'héritage religieux mentionné dans le préambule du «*défunt*» traité portant création de la constitution européenne.

peut être présentée comme un texte laïque «dans le sens où il ne fait aucune référence directe ou indirecte à une valeur religieuse qui serait commune à l'Europe»². En effet, son article 9 prévoit non seulement la liberté de pensée mais aussi, et avant la liberté de religion, la liberté de conscience laquelle postule la liberté de croire, de ne pas croire ou enfin de douter. Dans un considérant de principe formulé dans l'affaire Kokkinakis contre Grèce³, la Cour a précisé que «telle que la protège l'article 9, la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l'une des assises d'une "société démocratique" au sens de la Convention. Elle figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Il y va du pluralisme - chèrement conquis au cours des siècles - consubstantiel à pareille société».

Après avoir défini, au cas par cas, le contenu de cette liberté⁴, la Cour a souligné que dans une société démocratique, où plusieurs religions coexistent au sein d'une même population, il peut se révéler nécessaire d'assortir cette liberté de limitations propres à concilier les intérêts des divers groupes et à assurer le respect des convictions de chacun⁵. De ce dernier point de vue, la Cour a souvent mis l'accent sur «le rôle de l'Etat en tant qu'organisateur neutre et impartial de l'exercice des diverses religions, cultes et croyances, et indiqué que ce rôle contribue à assurer l'ordre public, la paix religieuse et la tolérance dans une société démocratique (...) ce devoir impose à celui-ci de s'assurer que des groupes opposés se tolèrent»⁶. La Cour

² V. Rapport du Conseil d'Etat de 2004, «Un siècle de laïcité», La documentation française, p. 360.

³ Cour EDH, Kokkinakis c. Grèce, Requête n°14307/88, 25 mai 1993.

⁴ S'agissant de la liberté religieuse la Cour soulignera qu'elle relève d'abord du for intérieur, en impliquant de surcroît, notamment, celle de «*manifestar sa religion*». Le témoignage, en paroles et en actes, se trouve lié à l'existence de convictions religieuses. Aux termes de l'article 9, la liberté de manifester sa religion ne s'exerce pas uniquement de manière collective, «*en public*» et dans le cercle de ceux dont on partage la foi : on peut aussi s'en prévaloir «*individuellement*» et «*en privé*» ; en outre, elle comporte en principe le droit d'essayer de convaincre son prochain, par exemple au moyen d'un «*enseignement*», sans quoi du reste «*la liberté de changer de religion ou de conviction*», consacrée par l'article 9, risquerait de demeurer lettre morte. Cette liberté implique, notamment, celle d'adhérer ou non à une religion et celle de la pratiquer ou de ne pas la pratiquer. Pour une présentation d'ensemble, voir Kokkinakis c. Grèce, précité, § 31.

⁵ Arrêt Kokkinakis précité, § 33.

⁶ CourEDH, Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova, Requête n° 45701/99, 13 décembre 2001, § 123.

a précisé, également, que l'Etat peut être amené à jouer un rôle positif dans l'organisation de l'exercice d'un culte⁷. Dans l'ensemble, cette mission étatique est confirmée par une jurisprudence conventionnelle constante reconnaissant que «*lorsque se trouvent en jeu des questions sur les rapports entre l'Etat et les religions, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans une société démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national*»⁸. Cette grande marge de manœuvre laissée aux Etats a été clairement affirmée et explicitée par la Cour elle-même. En effet, il n'est pas possible de discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société⁹ et le sens ou l'impact des actes correspondant à l'expression publique d'une conviction religieuse ne sont pas les mêmes suivant les époques et les contextes¹⁰. La réglementation en la matière peut varier par conséquent d'un pays à l'autre en fonction des traditions nationales et des exigences imposées par la protection des droits et libertés d'autrui et le maintien de l'ordre public¹¹. Dès lors, le choix quant à l'étendue et aux modalités d'une telle réglementation doit, par la force des choses, être dans une certaine mesure laissé à l'Etat concerné, puisqu'il dépend du contexte national considéré¹².

Toutefois, cette marge nationale d'appréciation va de pair avec un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent. La tâche de la Cour consiste à rechercher si les mesures prises au niveau national se justifient dans leur principe et sont proportionnées¹³. Pour délimiter l'ampleur de cette marge d'appréciation, la Cour doit tenir compte de l'enjeu, à savoir la protection des droits et libertés d'autrui, les impératifs de l'ordre public, la nécessité de maintenir la paix civile et un véritable

⁷ CourEDH, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, Requête n° 27417/95, 27 juin 2000. Dans cette affaire, la Cour a reconnu que la réglementation française autorisant, à titre dérogatoire, l'abattage d'animaux pour satisfaire aux rites de la religion juive, était conforme à l'article 9 de la CEDH.

⁸ CourEDH, *Cha'are Shalom Ve Tsedek*, précité, § 84 ; *Wingrove c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 novembre 1996, *Recueil* 1996-V, p. 1958, § 58.

⁹ CourEDH, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, arrêt du 20 septembre 1994, série A n° 295-A, p. 19, § 50.

¹⁰ CourEDH, *Dahlab c. Suisse*, Requête n° 42393/98, 15 février 2001.

¹¹ Voir, *Wingrove*, précité, p. 1957, § 57.

¹² CourEDH, *Gorzelik*, Requête n° 44158/98, 17 février 2004, § 67 ; *Murphy c. Irlande*, n° 44179/98, 10 juillet 2003, § 73.

¹³ CourEDH, *Manoussakis et autres*, n° 59/1995/565/651, 26 septembre 1996, § 44.

pluralisme religieux, indispensable pour la survie d'une société démocratique¹⁴.

Au regard de l'ensemble de ces remarques, si le principe de laïcité ne figure pas dans le texte conventionnel, il existe néanmoins, dans la jurisprudence de la Cour, un principe de laïcité non expressément formulé¹⁵ mais qui apparaît en pointillés au travers de la reconnaissance de limitations susceptibles d'être apportées à la liberté de religion. Certaines d'entre elles, justifiées par la nécessaire neutralité de l'Etat, sont considérées comme légitimes (I). D'autres, en revanche, sont jugées illégitimes car elles témoignent une absence de neutralité religieuse de celui-ci (II).

I- LES LIMITATIONS LÉGITIMES À LA LIBERTÉ DE RELIGION JUSTIFIÉES PAR LA NÉCESSAIRE NEUTRALITÉ DE L'ETAT

En l'état actuel de la jurisprudence, certaines limitations susceptibles d'être apportées à la liberté de religion et surtout à l'expression de celle-ci ont été considérées comme légitimes, dans une société démocratique, par la Cour de Strasbourg. Elles étaient alors justifiées par une intervention de l'Etat en tant qu'organisateur neutre et impartial de l'exercice des religions. Il en va ainsi, des limitations relatives à l'expression de la liberté religieuse dans l'enseignement public (A) et de la dissolution des partis politiques menaçant la neutralité religieuse de l'Etat (B).

¹⁴ Voir, Kokkinakis, précité, § 31, Manoussakis et autres, précité, p. 1364, § 44.

¹⁵ Dans l'affaire Leyla Sahin, la Cour semble faire sienne une certaine conception de la laïcité développée par la Cour constitutionnelle turque. «*Dans leur arrêt du 7 mars 1989, les juges constitutionnels ont estimé que la laïcité, qui constitue le garant des valeurs démocratiques, est au confluent de la liberté et de l'égalité. Ce principe interdit à l'Etat de témoigner une préférence pour une religion ou croyance précise, guidant ainsi l'Etat dans son rôle d'arbitre impartial, et implique nécessairement la liberté de religion et de conscience. Il vise également à prémunir l'individu non seulement contre des ingérences arbitraires de l'Etat mais aussi contre des pressions extérieures émanant des mouvements extrémistes. Selon ces juges, par ailleurs, la liberté de manifester la religion peut être restreinte dans le but de préserver ces valeurs et principes. Comme la chambre l'a souligné à juste titre (paragraphe 106 de son arrêt), la Cour trouve une telle conception de la laïcité respectueuse des valeurs sous-jacentes à la Convention*». (c'est nous qui soulignons). V. CourEDH, Leyla Sahin c. Turquie, Requête n° 44774/98, 29 juin 2004. Cette affaire a été renvoyée devant la Grande chambre qui a rendu son arrêt le 10/11/2005.

A– Les limitations à l’expression de la liberté de religion dans l’enseignement public

Selon la Cour, dans une société démocratique, l’Etat peut limiter la liberté de manifester une religion et, par exemple, interdire le port du foulard islamique, si l’usage de cette liberté nuit à l’objectif visé de protection des droits et libertés d’autrui, de l’ordre et de la sécurité publique. Cela est valable à la fois pour les enseignants (1) comme pour les étudiants (2) dans le cadre de l’enseignement public.

1– Les limitations apportées à l’expression des idées religieuses des enseignants

Pour la Cour, la liberté d’expression de la religion des fonctionnaires en général peut faire l’objet de restrictions. En effet, pour assurer son rôle d’organisateur neutre et impartial de l’exercice des convictions religieuses, l’Etat peut être amené à exiger de ses fonctionnaires actuels ou futurs, qui sont appelés à utiliser une parcelle de la souveraineté, un devoir de renoncer à s’engager dans le mouvement du fondamentalisme islamique, qui a pour but et pour plan d’action d’imposer la prééminence des règles religieuses¹⁶. S’agissant plus particulièrement des enseignants, il a été précisé que l’Etat peut leur imposer une neutralité dans l’exercice de leurs fonctions. Ainsi, l’obligation imposée à un enseignant de respecter les heures de travail qui ne correspondent pas, selon lui, à ses heures de prière, peut être compatible avec la liberté de religion¹⁷.

Dans une affaire concernant la Suisse¹⁸, la Cour a retenu qu’une réglementation interdisant le port du foulard islamique aux enseignantes, dans le cadre de leur activité d’enseignement, constitue une mesure nécessaire dans une société démocratique pour deux raisons essentielles. Elle est fondée, d’une part, sur la sauvegarde du principe de neutralité confessionnelle de l’enseignement public. Dans cet environnement, l’enseignant de l’école publique, en tant que représentant de l’Etat et détenteur de l’autorité scolaire, peut voir sa liberté de manifester sa religion

¹⁶ CommissionEDH, *Yanasik c. Turquie*, n° 14524/89, 6 janvier 1993, DR 74, p. 14 ; CourEDH, *Kalaç*, n° 61/1996/680/870, 1^{er} juillet 1997, p. 1209, § 28.

¹⁷ CommissionEDH, *X c. Royaume-Uni*, n° 8160/78, 12 mars 1981, Décisions et rapports (DR) 22, p. 27.

¹⁸ CourEDH, *Lucia Dahlab c. Suisse*, 15 février 2001, préc. ; Pour une autre illustration, voir également, CourEDH, *Fatma Karaduman c. Turquie*, Requête n° 41296/04, 3 avril 2007.

restreinte en raison de la protection de ce but légitime. Elle est justifiée, d'autre part, car elle permet de préserver les sentiments religieux des élèves de la classe, mais aussi ceux des élèves de l'ensemble de l'établissement et des parents d'élèves. Au-delà de la généralité de ces considérations, la Cour a pris en compte, dans l'espèce, l'âge des enfants – entre 4 et 8 ans – pour souligner leur caractère influençable. Implicitement, il est donc facile de comprendre qu'il n'appartient pas à l'école publique de se substituer au rôle éducatif des parents notamment en matière religieuse. En outre, le symbole religieux en question a été mis en rapport avec la mission d'enseignement. Sur ce point, la Cour note *«qu'il semble bien difficile de concilier le port du foulard islamique – imposé aux femmes par une prescription coranique incompatible avec le principe d'égalité des sexes – avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination que, dans une démocratie, tout enseignant doit transmettre à ses élèves»*¹⁹. Ainsi, l'atteinte portée au droit de la requérante de manifester librement sa religion se justifiait par la nécessaire protection, dans une société démocratique, du droit des élèves de l'enseignement public à recevoir une formation dispensée dans un contexte de neutralité religieuse. A la lumière de ces considérations et de celles développées par le Tribunal fédéral suisse, dans son arrêt du 12 novembre 1997, la Cour considère que la mesure litigieuse s'analyse en une mesure justifiée dans son principe et proportionnée à l'objectif visé de protection des droits et libertés d'autrui, de l'ordre et de la sécurité publique. En conséquence la Cour est d'avis que l'interdiction faite à la requérante de porter le foulard dans le cadre de son activité d'enseignement constituait une mesure *«nécessaire dans une société démocratique»*.

2– Les limitations apportées à l'expression des idées religieuses des étudiants

Dans plusieurs affaires concernant la Turquie, la Cour a reconnu la possibilité pour des universités laïques de réglementer la manifestation des rites et des symboles d'une religion, en apportant le cas échéant des restrictions de lieu et de forme. En conséquence, les usagers du service public de l'enseignement peuvent supporter des limitations à l'expression de leur religion assez proches de celles qui pèsent sur l'ensemble du corps enseignant et pour des raisons sensiblement identiques. Il s'agit, en effet, d'assurer la mixité des étudiants de croyances différentes et de protéger

¹⁹ CourEDH, Lucia Dahlab c. Suisse, précité.

l'ordre public et la croyance d'autrui²⁰. En outre, l'objectif visé est d'empêcher certains mouvements fondamentalistes religieux d'exercer, par l'intermédiaire des étudiants, une pression sur les autres et spécialement sur ceux qui ne pratiquent pas la religion en cause ou sur ceux qui adhèrent à une autre religion²¹. En résumé, l'article 9 de la Convention protège expressément «*le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites*» d'une religion ou d'une croyance. Mais, il ne garantit pas toujours le droit de se comporter dans le domaine public d'une manière dictée par cette conviction. Notamment, le terme «*pratiques*», au sens de l'article 9§1, ne désigne pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou une conviction²².

Par exemple, le refus de l'administration universitaire de délivrer un diplôme à une jeune fille produisant une photo d'identité sur laquelle elle porte un foulard islamique a été reconnu comme étant compatible avec l'article 9. Non seulement, le règlement universitaire peut prévoir que le diplôme fournit, lequel a une vocation professionnelle, n'a pas à refléter l'identité d'un mouvement s'inspirant d'une religion particulière. Mais aussi, la photo apposée sur ledit document a pour but de permettre l'identification de son titulaire et non ses convictions religieuses. En d'autres termes, «*le fait de réglementer la tenue vestimentaire des étudiants ainsi que celui de leur refuser les services de l'administration, tels la délivrance d'un diplôme, aussi longtemps qu'ils ne se conforment pas à ce règlement, ne constitue donc pas en tant que tel une ingérence dans la liberté de religion et de conscience*»²³. Cette affaire ne peut être comprise qu'en liaison avec l'interdiction du port du voile dans les universités turques, laquelle est justifiée par la sauvegarde du principe de laïcité considéré lui-même comme nécessaire à la protection du système démocratique de ce pays.

Dans l'arrêt Leyla Şahin²⁴, portant directement sur la question de la prohibition de ce symbole religieux dans les établissements universitaires turcs, la Cour reproduira un raisonnement similaire en s'appuyant notamment, comme la commission l'avait fait en 1993, sur la jurisprudence

²⁰ CommissionEDH, Karaduman c. Turquie, n° 16278/90, 3 mai 1993, DR 74, p. 93.

²¹ CourEDH, Leyla Şahin c. Turquie, Requête n° 44774/98, 10 novembre 2005.

²² CommissionEDH, Arrowsmith c/ Royaume-Uni, 12 octobre 1978, rapport Comm. § 71, D.R. 19 p. 5.

²³ CommissionEDH, Karaduman c. Turquie, précité.

²⁴ CourEDH, Leyla Şahin c. Turquie, précité.

de la cour constitutionnelle turque. D'ailleurs, le principe de laïcité tel qu'interprété par la Cour constitutionnelle est la considération primordiale ayant motivé l'interdiction du port de symboles religieux dans les universités. Dans l'ensemble, et en s'inscrivant dans la continuité de l'argumentation développée par la chambre, la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme constate la justification d'une telle interdiction autour de trois raisons essentielles. Tout d'abord, le système constitutionnel turc assure la protection des droits des femmes²⁵. Ensuite, le port du foulard islamique a acquis une dimension politique et il reste perçu comme une obligation religieuse pesant sur les femmes qui ne le portent pas²⁶. Enfin, pour la Cour, chaque Etat, en fonction de sa propre expérience historique, peut prendre position contre des mouvements politiques extrémistes qui s'efforcent d'imposer à l'ensemble de la société leurs symboles religieux et leur conception de la société fondée sur des règles religieuses. En prenant en compte le contexte politique et social turc et en le confrontant aux valeurs de pluralisme, de respect des droits d'autrui et, en particulier, d'égalité des hommes et des femmes devant la loi, qui sont enseignées et appliquées dans la pratique, la Cour estime donc que les autorités compétentes ont pu légitimement préserver le caractère laïc de leur établissement et ainsi considérer comme contraire à ces valeurs d'accepter le port de tenues religieuses, y compris, comme en l'espèce, celui du foulard islamique.

B- La dissolution des partis politiques menaçant la neutralité religieuse de l'Etat

En rappelant régulièrement le rôle de l'Etat en tant qu'organisateur neutre et impartial de l'exercice des religions, la Cour démontre son attachement à

²⁵ La Cour précise que «l'égalité entre les sexes, reconnue par la Cour européenne comme l'un des principes essentiels sous-jacents à la Convention et un objectif des Etats membres du Conseil de l'Europe (...), a également été considérée par la Cour constitutionnelle turque comme un principe implicitement contenu dans les valeurs inspirant la Constitution».

²⁶ La Cour estime «que, lorsque l'on aborde la question du foulard islamique dans le contexte turc, on ne saurait faire abstraction de l'impact que peut avoir le port de ce symbole, présenté ou perçu comme une obligation religieuse contraignante, sur ceux qui ne l'arborent pas. Entrent en jeu notamment, comme elle l'a déjà souligné (...), la protection des «droits et libertés d'autrui» et le «maintien de l'ordre public» dans un pays où la majorité de la population, manifestant un attachement profond aux droits des femmes et à un mode de vie laïque, adhère à la religion musulmane. Une limitation en la matière peut donc passer pour répondre à un «besoin social impérieux» tendant à atteindre ces deux buts légitimes...».

l'existence d'une certaine distance entre l'Etat et la religion tout en lui conférant comme mission de favoriser le pluralisme religieux. Dans ces circonstances, elle admet sous de strictes conditions (1) la possible dissolution des formations politiques dont le programme avéré est d'instituer au sein de la société une réglementation d'ensemble fondée sur les préceptes d'une religion donnée (2).

1- La dissolution exceptionnelle des partis politiques

Dans sa jurisprudence, la Cour a souligné, de façon constante, que les partis politiques sont nécessaires à la démocratie laquelle implique notamment l'existence d'un débat pacifié entre différentes forces politiques représentatives de l'ensemble de la société²⁷. Il en va du nécessaire pluralisme²⁸ fondement même de la démocratie, laquelle *«représente sans nul doute un élément fondamental de l'ordre public européen»*²⁹. Ainsi, pour elle, les exceptions visées à l'article 11 de la Convention appellent, à l'égard de partis politiques, une interprétation stricte. Seules des raisons convaincantes et impératives pouvant justifier des restrictions à leur liberté d'association. Pour juger en pareil cas de l'existence d'une nécessité au sens de l'article 11 § 2, les Etats contractants ne disposent que d'une marge d'appréciation réduite. A ce propos, la Cour souligne *«qu'une formation politique ne peut se voir inquiétée pour le seul fait de vouloir débattre publiquement du sort d'une partie de la population d'un Etat et se mêler à la vie politique de celui-ci afin de trouver, dans le respect des règles*

²⁷ Dans l'arrêt Parti communiste unifié de Turquie et autres, n° 133/1996/752/951, du 30 janvier 1998, la Cour a indiqué *«qu'elle attachait du poids, plus encore qu'au libellé de l'article 11, au fait que les partis politiques représentaient une forme d'association essentielle au bon fonctionnement de la démocratie»* (§ 25). *«Eu égard en effet au rôle des partis politiques, toute mesure prise à leur encontre affecte à la fois la liberté d'association et, partant, l'état de la démocratie dans le pays dont il s'agit»* (§ 31).

²⁸ Selon la Cour, il n'est pas de démocratie sans pluralisme. C'est pourquoi la liberté d'expression consacrée par l'article 10 vaut, sous réserve du paragraphe 2, non seulement pour les «informations» ou «idées» accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent (voir, parmi beaucoup d'autres, les arrêts Handyside c. Royaume-Uni du 7 décembre 1976, série A n° 24, p. 23, § 49, et Jersild c. Danemark du 23 septembre 1994, série A n° 298, p. 26, § 37). En tant que leurs activités participent d'un exercice collectif de la liberté d'expression, les partis politiques peuvent aussi prétendre à la protection de l'article 10 de la Convention (arrêt Parti communiste unifié de Turquie et autres précité, § 43).

²⁹ Voir l'arrêt Parti communiste unifié de Turquie et autres, précité, § 45.

démocratiques, des solutions qui puissent satisfaire tous les acteurs concernés³⁰.» En ce sens, un parti politique, quel qu'il soit, peut proposer des modifications concernant l'ensemble de la société par la voie législative ou constitutionnelle sous la double réserve d'utiliser des moyens légaux et démocratiques pour mettre en place des réformes qui sont elles-mêmes conformes aux principes démocratiques fondamentaux³¹.

Toutefois, en rappelant que certaines formations politiques peuvent tout à fait se prévaloir des articles de la Convention pour développer un projet politique qui est lui-même en totale contrariété avec l'esprit qui anime le texte conventionnel, la Cour reconnaît que *«les libertés garanties par l'article 11 de la Convention ainsi que par les articles 9 et 10 ne sauraient priver les autorités d'un Etat, dont une association, par ses activités, met en danger les institutions, du droit de protéger celles-ci»*³². Dans une telle hypothèse, il lui appartient alors, sans se substituer aux autorités nationales, d'exercer un contrôle approfondi sur les mesures restrictives apportées à la liberté d'association des partis politiques décidées par les autorités de l'Etat. En effet, des mesures sévères, telles que la dissolution de tout un parti politique et l'interdiction frappant ses responsables d'exercer pour une durée déterminée toute autre activité similaire, ne peuvent s'appliquer qu'aux cas les plus graves³³. Par exemple, et sous certaines conditions, *«un parti politique qui s'inspire des valeurs morales imposées par une religion ne saurait être considéré d'emblée comme une formation enfreignant les principes fondamentaux de la démocratie, tels qu'ils ressortent de la Convention»*³⁴.

2- La dissolution possible des partis politiques menaçant la démocratie

Selon la Cour, *«un Etat contractant à la Convention, en se fondant sur ses obligations positives, peut imposer aux partis politiques, formations destinées à accéder au pouvoir et à diriger une part importante de l'appareil étatique, le devoir de respecter et de sauvegarder les droits et libertés garantis par la*

³⁰ Voir l'arrêt Parti communiste unifié de Turquie et autres, précité, § 57.

³¹ Voir l'arrêt Refah partisi c. Turquie, Requêtes n^{os} 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, 13 février 2003, § 98.

³² Voir l'arrêt Refah partisi c. Turquie, précité, § 96.

³³ Voir les arrêts, Parti communiste unifié de Turquie et autres précité, p. 22, § 46 ; Parti de la liberté et de la démocratie (ÖZDEP) c. Turquie [GC], n^o 23885/94, § 45, CEDH 1999-VIII.

³⁴ Voir Refah partisi c. Turquie, précité, § 100.

*Convention ainsi que l'obligation de ne pas proposer un programme politique en contradiction avec les principes fondamentaux de la démocratie*³⁵. Dans l'affaire concernant le parti politique turc «Refah», la Cour européenne des droits de l'homme, par un raisonnement très détaillé, a reconnu que la dissolution décidée par la cour constitutionnelle turque était justifiée, tout d'abord, au regard du contenu du programme politique dudit parti tel qu'il transparaissait des discours publics de ses dirigeants et de ses membres³⁶. En premier lieu, le système multijuridique prôné par ce parti a été jugé incompatible avec la Convention. Sans qu'il soit utile de l'approfondir, un tel système obligerait les individus à obéir à des règles statiques de droit imposées par une religion donnée. En conséquence, et à lui seul, «il supprime le rôle de l'Etat en tant que garant des droits et libertés des individus et en tant qu'organisateur impartial de l'exercice des diverses convictions et religions dans une société démocratique»³⁷. Ce système, en introduisant une différence de traitement entre les justiciables, dans tous les domaines du droit, selon leur religion ou leur conviction, porterait également atteinte au principe de non-discrimination des individus dans leur jouissance des droits et libertés et donc à l'article 14 de la Convention. Pour la Cour, une telle «différence de traitement ne peut ménager un juste équilibre entre, d'une part, les revendications de certains groupes religieux qui souhaitent être régis par leurs propres règles et, d'autre part, l'intérêt de la société tout entière, qui doit se fonder sur la paix et sur la tolérance entre les diverses religions ou convictions»³⁸. En second lieu, la charia, également partie intégrante du programme politique du parti en cause, heurte directement les principes fondamentaux de la démocratie résultant de la Convention. En effet, en reflétant les règles divines édictées par la religion, la charia présente un caractère stable et invariable incompatible avec le pluralisme dans la participation politique et la nécessaire évolution incessante des droits et libertés fondamentaux des individus. En outre, un régime fondé sur la charia ne correspond en aucune façon aux valeurs de la Convention, «au regard notamment des règles de droit pénal et de procédure pénale, eu égard à la place qu'il réserve aux femmes dans l'ordre juridique et à son intervention

³⁵ Voir Refah partisi c. Turquie, précité, § 103.

³⁶ Le contrôle du contenu réel d'un programme politique ne doit pas se limiter à l'analyse de celui qui figure dans les statuts du parti politique concerné ainsi que le précise la Cour, mais reposer sur un examen approfondi des discours politiques des responsables, lesquels reflètent concrètement les projets politiques envisagés. Voir, Refah partisi c. Turquie, précité, § 111 et s.

³⁷ Refah partisi c. Turquie, précité, § 119.

³⁸ Voir Refah partisi c. Turquie, précité, § 119.

dans tous les domaines de la vie privée et publique conformément aux normes religieuses»³⁹. En d'autres termes, la fusion du droit et de la religion, organisée autour d'une substitution des règles religieuses aux règles civiles pour l'organisation et le fonctionnement de la société s'avère totalement incompatible avec ce que la Cour appelle «*l'ordre public européen*».

Ensuite, la dissolution du parti en cause répondait, selon la Cour, à un besoin social impérieux pour quatre raisons essentielles. En premier lieu, il a été prouvé que les actes et les discours des dirigeants et des membres de cette formation politique étaient imputables à l'ensemble du parti⁴⁰. En second lieu, comme cela a été précisé précédemment, ces mêmes actes et discours révélaient un projet politique à long terme visant à transformer radicalement la société en instaurant un régime fondé sur la charia dans le cadre d'un système multijuridique. En troisième lieu, les dirigeants du parti n'excluaient pas le recours à la force pour l'imposer. Et, enfin, le parti politique en cause avait des chances réelles de le mettre en application, en dehors de toute coalition politique, eu égard à sa progression politique constante à l'occasion de différentes élections nationales et locales. Le danger pour la démocratie était donc suffisamment perceptible pour pouvoir justifier une mesure préventive de dissolution de la part de la cour constitutionnelle turque.

Il faut reconnaître, au regard de l'ensemble de ces éléments, qu'il est bien difficile d'être en désaccord avec la solution finale dégagée par la Cour européenne des droits de l'homme. En revanche, son argumentation s'avère en partie bien discutable. En effet, pour jauger les chances que le parti politique concerné par la dissolution avait d'accéder au pouvoir, celle-ci a fait explicitement référence à un certain nombre de sondages politiques démontrant l'influence grandissante du refah partisi dans l'ensemble du pays⁴¹. Or, chacun sait qu'il est bien délicat d'accorder un quelconque crédit à un tel instrument d'évaluation dont la sincérité n'est pas la qualité première. Qui plus est, il est bien surprenant pour une juridiction de faire reposer son raisonnement sur des critères dépourvus de toute juridicité⁴². Il est donc bien regrettable d'avoir à dénoncer ce moyen, d'autant plus qu'il paraît surabondant et donc inutile pour le jugement de l'affaire en cause.

³⁹ Voir Refah partisi c. Turquie, précité, § 123.

⁴⁰ Voir Refah partisi c. Turquie, précité, § 111 à 115.

⁴¹ Voir Refah partisi c. Turquie, précité, § 11.

⁴² En ce sens, voir l'opinion concordante de M. le juge Kovler, Refah partisi c. Turquie, p. 50 et s., part., p. 51.

II- LES LIMITATIONS ILLÉGITIMES À LA LIBERTÉ DE RELIGION TÉMOIGNANT UNE ABSENCE DE NEUTRALITÉ DE L'ETAT

Au gré des différentes affaires qui se sont présentées devant elle, la Cour a développé une jurisprudence permettant, cette fois-ci, d'affirmer que les restrictions apportées à la liberté de religion, et spécialement à sa manifestation, ne sauraient être analysées comme légitimes dans une société démocratique. A ces différentes occasions, les Etats concernés, au sein desquels existe une religion dominante, ont vu certains de leurs actes juridiques reconnus comme incompatibles avec les dispositions de la CEDH. Et, sans le dire, il est facile de deviner que, pour la Cour, les Etats en question n'avaient pas agi en toute neutralité et impartialité dans l'organisation de l'exercice de la religion. Ainsi, dans la jurisprudence de la Cour, certaines limitations à la liberté de religion dans la sphère publique (A) et dans la sphère privée (B) ont été jugées illégitimes car elles témoignent d'une absence de neutralité religieuse de l'Etat.

A- Les limitations à l'expression de la liberté de religion dans la sphère publique

Deux affaires, séparées par une dizaine d'années, ont amené la Cour à reconnaître des violations à la manifestation de la liberté religieuse dans la sphère publique. Elles permettent de rendre compte d'une immixtion illégitime de l'Etat dans l'enseignement public du phénomène religieux au détriment des idées religieuses des élèves et de leurs parents (1) et dans la conviction religieuse personnelle des responsables politiques (2).

1- L'organisation de l'enseignement de la religion sous couvert de l'enseignement des religions

En matière d'éducation et d'enseignement, la Cour a eu l'occasion de préciser que l'Etat doit veiller à ce que les informations ou connaissances figurant au programme soient diffusées de manière objective, critique et pluraliste, permettant aux élèves de développer un sens critique à l'égard du fait religieux dans une atmosphère sereine, préservée de tout prosélytisme intempestif⁴³. Elle lui interdit de poursuivre un but d'endoctrinement qui pourrait être considéré comme ne respectant pas les convictions religieuses

⁴³ CourEDH, Şefika Köse et 93 autres c. Turquie, Requête n° 26625/02, 24 janvier 2006.

et philosophiques des parents⁴⁴. Si les organes de la Convention n'ont jamais jugé contraire à la Convention un enseignement sur les religions, ils ont nécessairement contrôlé si les élèves étaient dans l'obligation de participer à une forme de culte religieux ou s'ils étaient sous l'emprise d'un endoctrinement religieux. En outre, dans ce domaine, la Cour porte une attention particulière sur l'existence et sur les modalités de dispense car elles permettent de préserver les convictions de chacun⁴⁵. Par exemple, dans l'affaire Zengin⁴⁶, la Cour a conclu que l'enseignement dispensé dans la matière intitulée «*culture religieuse et connaissance morale*» ne peut être considéré comme répondant aux critères d'objectivité et de pluralisme et, plus particulièrement dans le cas concret des requérants, comme respectant les convictions religieuses et philosophiques du père de M^{lle} Zengin, qui adhère à la confession des alévis, au sujet de laquelle le contenu du cours demeure manifestement insuffisant. En l'espèce, le problème trouve son origine dans le décalage existant entre l'intitulé de la matière prévue par la Constitution turque, lequel donne à penser qu'il couvre l'enseignement des religions, et la pratique même qui reste centrée sur l'enseignement de l'islam sunnite. En conséquence, et dans ce cadre là, les élèves risquent de se retrouver de façon inévitable face à des conflits entre l'éducation religieuse donnée par l'école et les convictions religieuses ou philosophiques de leurs parents. Or, pour la Cour, les Etats se doivent d'éviter une telle situation. En opérant un détour rapide par le droit comparé, la Cour constate, en ce qui concerne l'enseignement religieux en Europe, malgré la diversité des modalités d'enseignement, que la quasi-totalité des Etats membres offrent au moins un moyen permettant aux élèves de ne pas suivre un enseignement religieux, en prévoyant un mécanisme d'exemption, en donnant la possibilité de suivre une matière de substitution, ou en laissant toute liberté de s'inscrire ou non à un cours de religion⁴⁷.

En l'espèce encore, la Cour observe qu'en vertu de l'article 24 de la Constitution turque le cours de «*culture religieuse et connaissance morale*»

⁴⁴ CourEDH, Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen, Requête n° 5095/71; 5920/72; 5926/72, 7 décembre 1976, § 53.

⁴⁵ CommissionEDH, Anna-Nina Angeleni c. Suède, Requête n° 10491/83, 3 décembre 1986, Décisions et rapports (DR) 51, p. 41 ; CommissionEDH, Zénon Bernard c. Luxembourg, Requête n° 17187/90, 8 septembre 1993, DR 75, p. 57; CommissionEDH, C.J., J.J. et E.J. c. Pologne, Requête n° 23380/94, 16 janvier 1996, DR 84, p. 46.

⁴⁶ CourEDH, Hasan et Eylem Zengin c. Turquie, Requête n° 1448/04, 9 janvier 2008.

⁴⁷ Voir, Zengin c. Turquie, précité, § 30 à 34.

figure parmi les matières obligatoires. Cependant, il s'avère qu'une possibilité de dispense a été instaurée par la décision du 9 juillet 1990 adoptée par le Haut Conseil de l'éducation. Aux termes de cette décision, seuls les enfants «*de nationalité turque et adhérant à la religion chrétienne ou juive*» ont la possibilité de bénéficier de cette exemption et ce «*à condition qu'ils attestent leur adhésion à ces religions*». La Cour considère d'emblée que, quelle que soit la catégorie d'élèves concernée, le fait que les parents doivent au préalable déclarer auprès des établissements scolaires qu'ils adhèrent à la religion chrétienne ou juive pour que leurs enfants soient dispensés de ce cours peut aussi poser problème au regard de l'article 9 de la Convention⁴⁸. A cet égard, elle note qu'aux termes de l'article 24 de la Constitution turque, «*nul ne peut être contraint (...) de divulguer ses croyances et ses convictions religieuses (...)*». Par ailleurs, elle rappelle avoir toujours souligné que les convictions religieuses relèvent avant tout du for intérieur de chacun⁴⁹. De plus, la décision du Haut Conseil de l'éducation offre une possibilité de dispense uniquement à deux catégories d'élèves de nationalité turque, à savoir ceux ayant des parents adhérant à la religion chrétienne ou juive. Aux yeux de la Cour, cela donne nécessairement à penser que l'enseignement dispensé en la matière est susceptible d'amener ces catégories d'élèves à faire face à des conflits entre l'éducation religieuse dispensée par l'école et les convictions religieuses ou philosophiques de leurs parents. La Cour estime que cette situation est critiquable, dans la mesure où «*s'il s'agit bien d'un cours sur les différentes cultures religieuses, le fait de limiter le caractère obligatoire du cours aux enfants musulmans n'aurait pas lieu d'être. Par contre, si le cours vise essentiellement à enseigner la religion musulmane, en tant que cours sur une religion spécifique, il ne devrait pas avoir de caractère obligatoire pour préserver la liberté religieuse des enfants et de leurs parents*»⁵⁰. La Cour note que, «*selon le Gouvernement, cette possibilité d'exemption peut s'étendre aux autres convictions, si une telle demande est formulée. Néanmoins, quelle que soit l'étendue de cette exemption, le fait que les parents se sentent obligés de dévoiler aux autorités scolaires leurs convictions religieuses ou philosophiques rend ce moyen inapproprié à assurer le respect de leur liberté de conviction. Par ailleurs, en l'absence de tout texte clair, les autorités des établissements ont toujours la*

48 Voir également, CourEDH, Folgerø et autres, Requête n^o 15472/02, 29 juin 2007, § 97.

49 CourEDH, Sofianopoulos et autres c. Grèce, Requêtes n^{os} 1977/02, 1988/02 et 1997/02, 12 décembre 2002; voir également, Buscarini et autres c. Saint-Marin, Requête no. 24645/94, 18 février 1999, § 39.

50 Voir, Zengin c Turquie, précité, § 29 et 74.

*possibilité de refuser de telles demandes, comme cela fut le cas pour M^{lle} Zengin*⁵¹. Dans l'ensemble, la Cour conclut donc à la violation de l'article 2 du Protocole n°1, d'une part, car les enfants des parents ayant une conviction philosophique ou religieuse différente de celle de l'islam sunnite ne disposent d'aucune possibilité de choix appropriée par rapport à cet enseignement et, d'autre part, car le mécanisme de dispense, tel qu'il est organisé, aboutit à contraindre les parents à révéler au préalable leurs croyances pour que leurs enfants soient autorisés à ne pas suivre les cours de religion.

2- L'obligation pour les représentants du peuple de prêter serment sur les évangiles

Dans une autre affaire concernant cette fois-ci l'Etat de Saint-Marin⁵², l'obligation pour des députés de prêter serment sur les évangiles à l'occasion de leur entrée en fonction a été contestée sur le terrain de la violation de la liberté de pensée, de conscience et de religion. Pour la Cour, le fait d'avoir imposé aux requérants un tel serment sur les évangiles équivaut à l'obligation pour deux élus du peuple de faire allégeance à une religion donnée, ce qui n'est pas compatible avec l'article 9 de la Convention. Comme la Commission l'a affirmé à juste titre dans son rapport, il serait contradictoire de soumettre l'exercice d'un mandat qui vise à représenter au sein du Parlement différentes visions de la société à la condition d'adhérer au préalable à une vision déterminée du monde.

B- Les limitations apportées à l'expression de la liberté religieuse dans la sphère privée

La Cour estime que le devoir de neutralité et d'impartialité de l'Etat est incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation de la part de l'Etat quant à la légitimité des croyances religieuses⁵³. Elle a donc reconnu comme constituant des violations à l'expression de la liberté religieuse dans la sphère privée, le changement de direction d'une communauté religieuse imposée par le pouvoir exécutif (1) et l'absence de justification d'une sanction pour prosélytisme (2).

⁵¹ Zengin c. Turquie, § 75.

⁵² CourEDH, Buscarini et autres c. Saint-Marin, préc.

⁵³ Voir, Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France, précité, § 84.

1– Le changement de direction d'une communauté religieuse imposée par le pouvoir exécutif

Dans une affaire concernant la Bulgarie⁵⁴, la Cour a relevé que le pouvoir exécutif a pris des décisions tendant à introduire des changements dans les statuts et dans la direction de la communauté musulmane. Cette ingérence, non motivée, a eu pour conséquence réelle de favoriser une faction de la communauté musulmane en lui reconnaissant le statut de direction officielle unique, en excluant totalement les chefs reconnus jusqu'alors. Les mesures des autorités ont eu donc pour effet, en droit et en fait, de priver la direction écartée de toute possibilité de continuer à représenter au moins une partie de la communauté musulmane et de gérer ses affaires selon les vœux de cette partie de la communauté. L'organisation interne du groupement religieux était donc sous influence directe des autorités de l'Etat.

Dans ce cas de figure, la Cour rappelle que *«les communautés religieuses existent traditionnellement et universellement sous la forme de structures organisées. Elles respectent des règles que les adeptes considèrent souvent comme étant d'origine divine. Les cérémonies religieuses ont une signification et une valeur sacrée pour les fidèles lorsqu'elles sont célébrées par des ministres du culte qui y sont habilités en vertu de ces règles. La personnalité de ces derniers est assurément importante pour tout membre actif de la communauté»*⁵⁵. De cet ensemble de remarques, la Cour en déduit que la protection de l'article 9 de la Convention s'étend aussi à *«la participation à la vie de la communauté»* car celle-ci relève d'une manifestation de la religion. Le droit des fidèles à la liberté de religion implique que la communauté à laquelle ils appartiennent soit en mesure de s'organiser et de fonctionner en dehors de toute intervention arbitraire des autorités étatiques. En ce sens, la Cour précise que *«l'autonomie des communautés religieuses est indispensable au pluralisme dans une société démocratique et se trouve donc au cœur même de la protection offerte par l'article 9. Elle présente un intérêt direct non seulement pour l'organisation de la communauté en tant que telle, mais aussi pour la jouissance effective par l'ensemble de ses membres actifs du droit à la liberté de religion. Si l'organisation de la vie de la communauté n'était pas protégée par l'article 9 de la Convention, tous les autres aspects de la liberté de religion de l'individu s'en trouveraient fragilisés»*⁵⁶.

⁵⁴ CourEDH, Hassan et Tchaouch c. Bulgarie, Requête n° 30985/96, 26 octobre 2000.

⁵⁵ Voir, Hassan et Tchaouch, précité, § 62.

⁵⁶ Voir, Hassan et Tchaouch, précité, § 62.

Prolongeant la position de la Commission, la Cour a estimé que les faits démontraient un manquement des autorités à leur obligation de neutralité dans l'exercice de leurs pouvoirs en la matière. En conséquence, par cette immixtion abusive dans le domaine de la sphère privée, l'Etat a porté atteinte à la liberté des fidèles de manifester leur religion au sens de l'article 9 de la Convention. Des mesures de l'Etat favorisant un dirigeant d'une communauté religieuse divisée ou visant à contraindre la communauté, contre ses propres souhaits, à se placer sous une direction unique constitueraient également une atteinte à la liberté de religion⁵⁷. Dans une société démocratique, l'Etat n'a pas besoin de prendre des mesures pour garantir que les communautés religieuses demeurent ou soient placées sous une direction unique⁵⁸.

2- La condamnation injustifiée pour prosélytisme

Dans une affaire Kokkinakis⁵⁹, certainement l'une des premières à l'occasion de laquelle la Cour a eu à connaître d'une requête en violation de l'article 9 de la Convention, celle-ci s'est prononcée par un considérant de principe⁶⁰, repris depuis, sur l'étendue de la liberté de religion. En l'espèce, les faits, rappelés par la Cour, étaient les suivants. M. Minos Kokkinakis, homme d'affaires retraité de nationalité grecque, devenu témoin de Jéhovah en 1936, fut arrêté plus de soixante fois pour prosélytisme. Le 2 mars 1986, sa femme et lui se rendirent au domicile de Mme Kyriakaki à Sitia, où ils entamèrent une discussion avec elle. Avertie par le mari de cette dernière, chantre d'une église orthodoxe de la ville, la police arrêta les époux Kokkinakis. Ils furent poursuivis pour infraction à l'article 4 de la loi n° 1363/1938 réprimant le prosélytisme. En effet, pendant la dictature de Metaxas (1936-1940), l'article 4 de la loi n° 1363/1938 érigea, pour la première fois, le prosélytisme en infraction pénale. Sans se prononcer sur la loi en elle-même, la Cour a noté que les juridictions grecques ont établi la responsabilité du requérant par des motifs qui se contentaient de reproduire les termes de la loi précitée et, spécialement ceux de l'article 4, sans préciser suffisamment en quoi le prévenu aurait essayé de convaincre son prochain par des moyens abusifs. Dès lors, la Cour en conclut qu'il n'a pas été démontré que la condamnation de l'intéressé se justifiait, dans les

⁵⁷ Voir, Hassan et Tchaouch, précité, § 78.

⁵⁸ Cour EDH, Arrêt Serif c. Grèce, Requête n° 38178/97, 14 décembre 1999, § 52.

⁵⁹ Cour EDH, Kokkinakis c. Grèce, Requête n°14307/88, 25 mai 1993.

⁶⁰ Voir note 4.

circonstances de la cause, par «*un besoin social impérieux*». La mesure incriminée n'apparaît donc pas proportionnée au but légitime poursuivi, ni «*nécessaire, dans une société démocratique*», «*à la protection des droits et libertés d'autrui*». En conclusion, il y a bien eu violation de l'article 9 de la Convention.

Il n'est pas impossible de penser que la Cour a souscrit alors à l'argumentation du requérant, approuvée par la Commission et selon laquelle M. Kokkinakis n'estime pas nécessaire, dans une société démocratique, d'interdire la «*parole d'un concitoyen*» venant s'entretenir de religion avec son voisin. D'autre part, et toujours selon le requérant, la cour d'appel de Crète n'aurait pas réussi à déterminer le caractère direct ou indirect de la tentative du requérant de pénétrer la conscience religieuse de la plaignante. Son raisonnement démontrerait qu'elle condamna l'intéressé «*non pour quelque chose qu'il avait fait, mais pour ce qu'il était*».

Toutefois, il est possible de se demander si la législation pénale applicable en Grèce concernant le prosélytisme n'était pas, en elle-même, directement contraire à l'article 9⁶¹. Selon l'opinion partiellement concordante du juge Pettiti, deux arguments, à titre principal, pouvaient militer pour la reconnaissance de l'inconventionnalité de la législation grecque. Tout d'abord, la qualification de «*prosélytisme abusif*» est telle qu'elle permet à tout moment de sanctionner la moindre tentative pratiquée pour convaincre son interlocuteur. «*La formulation «prosélytisme de mauvais aloi», qui est un critère de la jurisprudence grecque pour appliquer la loi, suffit pour que le texte législatif et son corpus d'application soient considérés comme contraires à l'article 9*»⁶². Ensuite, pour le juge, le prosélytisme est directement lié à la liberté de religion, à la liberté d'expression de la religion. «*Le croyant doit pouvoir communiquer sa foi et sa conviction dans le domaine religieux comme dans le domaine philosophique. La liberté de religion et de conscience est un droit fondamental et cette liberté doit pouvoir s'exercer en faveur de toutes les religions et non au profit d'une seule Église, même si celle-ci par tradition historique est Église d'État ou «religion dominante». La liberté de religion et de conscience implique bien l'acceptation du prosélytisme, même «de mauvais aloi». Il s'agit d'un droit pour le croyant ou le philosophe agnostique d'exposer ses convictions, de tenter de les faire partager et même de tenter de convertir*

⁶¹ Voir l'opinion partiellement concordante de M. le juge Pettiti, à la suite de l'arrêt Kokkinakis, p. 20 et s.

⁶² Voir, l'opinion partiellement concordante de M. le juge Pettiti, précité, p. 20.

son interlocuteur. Les seules limites à l'exercice de ce droit sont celles correspondant au respect des droits d'autrui dans la mesure où il y aurait tentative de forcer le consentement de la personne ou d'user de procédés de manipulation. Les autres comportements qui ne sont pas admissibles tels que lavage de cerveau, atteintes au droit du travail, atteintes à la santé publique, incitation à la débauche, que l'on retrouve dans des pratiques de certains groupements pseudo-religieux, doivent être sanctionnés en droit positif par les qualifications de droit commun pénal»⁶³.

⁶³ Voir, l'opinion partiellement concordante de M. le juge Pettiti, précité, p. 21.

*“Bu şehri-i Sitanbul ki bir-misl ü behâdir
Bir sengine yek-pâre Acem mülkü fedâdir”
Nedim*

TARİH VE HUKUK BAĞLAMINDA İMPARATORLUKLAR BAŞKENTİ İSTANBUL

Dr. Bahadır APAYDIN

Yaşadığımız şehir, İstanbul. Rivayete göre ünlü Fransız Generali Napolyon Bonaparte, namı diğer Küçük Korsikalı, “Eğer dünya tek bir devlet olsaydı, İstanbul başkenti olurdu” sözünü etmiştir. Nitekim İstanbul’un tarihi, evrensel imparatorlukların tarihidir bir yerde. İmparatorluklar başkenti unvanını hiçbir kent bu kadar hak etmez. Üç büyük imparatorluk Roma, Bizans ve Osmanlı İmparatorluğu bu kentin koynunda teslim olmuştur zamana...

Roma İmparatorluğu; kurumları, ihtişamlı yapıları ve yönetim entrikalarının bin bir türlü ile o görkemli imparatorluk, IV. yüzyılda fiilen ikiye ayrılmış ve orta zamanlar olarak adlandırılan Ortaçağ başlamıştır. Avrupa tarihinin geleneksel biçimde üç bölüme¹ ayrılmasında orta bölümde kalan bu dönemde, Roma’nın tarihsel misyonunu ve kurumlarını, Doğu Roma ya da Nova (Nea) Roma olarak bilinen Bizans İmparatorluğu² devralmıştır. Sonra-

¹ Avrupa tarihi geleneksel ve şematik olarak üç çağa bölünür: İnsanlık tarihinin başlangıcından Antikitenin klasik uygarlıkları olan Antik Yunan ve Antik Roma’nın (I. Roma İmparatorluğu) yıkılışına kadar devan eden Antik Çağ; Roma’nın çöküşü ile ulusal monarşilerin yükselişi, denizaşarı keşiflerin başlaması ve Protestan Reformasyon arasındaki dönem Orta Çağ; XVI. yüzyıl Sanayi Devrimi ile başlayan ve günümüze kadar devam ettirilen zaman dilimi ise Modern Zamanlar olarak tanımlanmıştır. Fakat belirtmek gerekir ki bu tarihi dönemlendirmenin evrensel ölçekte bir kabullenilişi yoktur. Avrupa uygarlığının sonraki devirlerde kurduğu tarihsel egemenlik, Batı Avrupa tarih yazımında bu ayrımı klasikleşmesini sağlamıştır.

² Esasen “Bizans” ve “Bizans İmparatorluğu” adını ihtiyatla kullanmak icap etmektedir. Bizans, Konstantinopolis’in IV. yüzyıl öncesi yerleşiminin adıdır. Bu deyim; imparatorluğun, kültürün ve halkın adı olarak zikredilmesi, Rönesans döneminde Alman Hümanist Hieronymus Wolf (1516-1580)’tan itibaren yaygınlık kazanmıştır. Yani Bizans, imparator-

ki yüzyıllarda Frenk ve Germen imparatorları *Rex Romanorum* yani “Romalıların Kralı” unvanını kullanmışlarsa da bu kullanım, Germen-Frenk rekabetinde üstünlük söylemi olmaktan öte bir anlam taşımamaktadır. Zira kurumları, siyasi ve ekonomik örgütlenmesi, kültürü ve tarihsel misyonu ile Yeni Roma, İstanbul şehrinde kurulmuş olan Roma’dır³. 871’de Ludovic II Bizans imparatoruna yazdığı bir mektupta, ona, *Imperator Novae Romae* “Yeni Roma İmparatoru” diyerek gerçek Roma imparatorunun kendisi olduğunu belirtmek istemişti⁴.

Bizans’ın, Roma’dan ayrılışı ve ortaya çıkışı rastlantısal ya da bir hükümdarın kuruntusu değildir. İmparatorluğun başkentinin doğuya alınmasının başta güvenlik olmak üzere çok önemli iktisadi, siyasi ve dini sebepleri vardır. Got ve Hun saldırıları ile bozulan merkezi iktidar ve ekonomi, imparatorluğun askeri ve idari açıdan yeniden yapılanması zaruretini ortaya çıkarmıştı. Bu çerçevede cumhuriyetçi gelenek terk edilerek merkezi yapı güçlendirilmek istenmiştir. Ayrıca asayişin bozulması nedeniyle Roma’nın iâşesini sağlamak güçleşmişti. Merkezin doğuya kaydırılması, imparatorluğun tahıl depoları olan Karadeniz ve Mısır’dan, başkente daha güvenli ve kolay mal çekilmesini sağlayacaktır. İmparatorların Roma’nın pagan inanışını terk edip, Hıristiyanlığı devlet dini olarak daha kolay ilan etmek istemeleri de ayrı bir neden olarak hesaba katılabilir. Merkezin doğuya taşınması süreci, Iustinianus devrinde (527-565) Yeni Roma’nın resmi öğretisinin kurumsallaşması ile tamamlanmıştır. Buna göre üç temel öge vardır: Hıristiyan dini, Roma hukukundan gelen fikirler ve iktidarın tanrısal kökenli olduğu inancı. Bu dönemden itibaren doğulu teokratik anlayış, Bizans’ın siyasal yapısının karakteristik bir özelliği haline gelmiştir⁵.

Yeni Roma’nın neden İstanbul’da kurulduğu ile ilgili çeşitli görüşler ve efsaneler vardır. Bunlardan en bilineni şöyledir: Roma İmparatoru Constantinus, kendisinden önceki Roma İmparatorlarının pagan/putperest inanışın-

luğun resmi adı olmaktan ziyade modern zaman tarihçiliğinin bir kullanımıdır. Nitekim o devirlerde halk kendine Romalı, Türkler de onlara Rum, ülkesine de Rum ülkesi *iklim-i Rum* derdi. Ayrıntılı açıklama için bkz. İlber ORTAYLI, *Türkiye İdare Tarihine Giriş*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000, s. 18-19

³ Ünlü hukuk tarihçisi BERMAN Avrupa hukuk tarihini kaleme aldığı eserinde bu meseleyi hususiyetle değerlendirmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Harold J. BERMAN, *Law and Revolution*, Harvard University Press, Tenth Printing, Harvard University Press, USA, 1999, p. 89

⁴ Ziya UMUR, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, Beta, İstanbul, 1993, s.78-79

⁵ G.L. SEİDLER, *Bizans Siyasal Düşüncesi*, Çev: Mete TUNCAY, Göçebe yay., İstanbul, 1997

dan ayrılarak Hıristiyanlığa meyletmiştir. Fakat Hıristiyanlık hala devletin resmi dini olarak kabul görmüyor ve baskı altında tutuluyordu. Yukarıda söylediğimiz başkaca nedenlerin de etkisiyle Constantinus, yeni ve tamamen Hıristiyan bir şehir kurmak arzusuyla imparatorluğun merkezini doğuya taşımaya karar vermiştir. Önce kendi doğduğu yer olan Niş, sonra Sofya ve Selanik şehirlerini düşünmüştür. Bununla beraber o, özellikle eski Troia (Truva) şehrinin bulunduğu yeri beğenmektedir. Hatta Constantinus bizzat bu şehre giderek şehrin sınırlarını çizmiş, kapılarını yaptırmıştır. Fakat tanrılar bir gece rüyasında ona, imparatorluğun merkezi olarak başka bir yer bulmasını söylemiştir. Bunun üzerine bu büyük Akdeniz İmparatorluğunu elverişli coğrafi konumundan dolayı Bizans'ta⁶ kurmaya karar vermiştir. MS 324 senesinin sonbaharında inşaatına başlanan şehir, 326'dan itibaren artık *Constantinopolis* olarak anılmış ve 11 Mayıs 330 tarihinde şehrin açılış merasimi yapılmıştır⁷. İstanbul kurulduğunda onun kadar büyük bir şehir, ancak İtalya'daki Roma şehri idi. Fakat birkaç asır içinde İstanbul'un istikrarlı, zengin ve güçlü bir imparatorluğun merkezi olmasıyla dünyadaki en büyük şehir haline geldiğini görüyoruz. Yeni Roma, eskisini gölgede bırakıyordu ve eskisi çöktükçe, fakirleştikçe, nüfusu azaldıkça yenisi ona inat genişliyordu. İskenderiye, Roma, Antakya, İsfahan, Bağdat, Şam gibi büyük şehirler dönem dönem ortaya çıkmıştır. Fakat yaklaşık bin yıl boyunca İstanbul'dan daha parlak bir şehir olmayacaktır⁸.

Hıristiyanlık 325 senesinde Constantinus tarafından imparatorluğun resmi dini olarak kabul edildi⁹. Fakat İstanbul'da kurulan Yeni/Doğu Roma giderek Latin karakterini kaybederek Hellenize olmuş ve Latin kültürü etkisini kaybetmiştir. Bu nedenle artık Eski Roma'nın siyasi varlığının söz konusu dönemde ortadan kalktığı söylenebilir. Aynı dönemlerde Eski Roma'da da pagan inancı terk edilmiş ve Hıristiyanlık kabul edilmişti. Siyasi bir otorite

6 Constantinus'un şehri yeniden kurmasına kadar bu eski Bizans kasabasının tarihte önemli bir rolü yoktur. Sadece küçük bir Megara kolonisi olarak varlığını devam ettirmekteydi. İlk kuruluşu MÖ VII. yüzyıla kadar uzanan bu kasaba, Megaralı göçmenler tarafından bugünkü Kadıköy (Kalkedon) mevkiine inşa edilmişti. Birkaç sene sonra başka bir Megaralı grup gelip karşı tarafa, Avrupa kıyasına, Bizans kolonisini kurdular. *Byzas*, burayı kuran denizcilerin reisinin adıdır. Tarihçi Strabon ve Tacitus'un naklettiğine göre; Megaralılar şehirlerini nereye kurmalarının uygun olduğunu kâhinlere sormuşlar, onlar da "körler memleketinin karşısına" demişlerdir. Zira karşılarında bu kadar güzel bir yer varken Kalkedon'da şehir inşa edenlerin ancak "kör" olabilecekleri düşünülmekteydi.

7 UMUR, *Türk Hukuk Tarihi...*, s.104-106

8 İlber ORTAYLI, *Osmanlı'yı Yeniden Keşfetmek*, Timaş, İstanbul, 2006, s. 10-11

9 BERMAN, *Law and Revolution*, p. 167

bulunmayan Roma'da tek otorite ise Roma piskoposu idi. Böylece Latin Roma ile İstanbul arasında yüzyıllar boyunca derinleşerek devam edecek dini rekabet başlamış oluyordu. Velhasıl İstanbul, artık dini bir merkez olarak da tarihteki yerini almıştır.

“*Dünyanın hâkimi*”, yani bütün dünyanın imparatoru olmanın yolu İstanbul'a sahip olmaktan geçiyordu. Bizans imparatoru için bu unvan kullanılıyor, mevcut diğer imparatorların hepsinin üstünde tutuluyordu. Hangi devlet güçlense ve evrensel egemenlik iddiasında bulunsa gözünü İstanbul'a dikiyordu. Araplar, Persler, Hunlar, Latinler... Fakat her defasında şehrin muazzam surları ve Bizans'ın üstün savunma teknikleri bu girişimleri sonuçsuz bırakmıştı. İstanbul, tüm ihtişamı ile bir imparatorluk abidesi olarak duruyordu. Bu sırada “Dünya İmparatoru” olmak arzusunda olan ve bu nedenle İstanbul'u almak isteyen bir kişi daha vardı, Fatih Sultan Mehmet.

30 Mart 1432'de Sultan II. Murad'ın oğlu olarak dünyaya gelen bu çocuk, sıra dışı gelişmeler nedeniyle iki kez Osmanlı tahtına çıkmak durumunda kalmıştır. Zira çok küçük yaşta oturduğu hükümdar koltuğundan 11 yaşında iken kendi arzusu ile feragat etmişti. Bu durum sık görülen bir şey değildi. Fakat 1453 senesinde, 21 yaşındaki bu genç Doğu Sultanı, o devirlerde şehirlerin kraliçesi olarak adlandırılan bir başkenti kuşattı: Constantinopolis'i, yani İstanbul'u. O zamanlar tüm Avrupa ve Asya'nın en büyük şehri idi¹⁰. Bizans'a ait olan İstanbul, Osmanlılar'ın Avrupa ve Anadolu'daki topraklarını birbirinden ayırarak Osmanlı arazisinin tam kalbinde yer alıyordu. Bu yabancı unsuru ortadan kaldırmak ve oluşmakta olan Osmanlı İmparatorluğu'na, İstanbul ile sağlam bir devlet merkezi hediye etmek genç sultanın ilk hedefi idi. Şehri fethetmek için bugün Rumelihisarı diye söylediğimiz Boğazkesen Hisarı'nı yaptırdı. Kuşatma 53 gün sürdü ve 29 Mayıs 1453'te şehrin artık yeni bir imparatoru oldu¹¹. Şehrin teslim saati geldikçe içerde, Bizans sarayında da çözümler olmuş ve Türklerle yakınlaşma çabası başlamıştı. Öyle ki İstanbul'un alınışına tanıklık etmiş tarihçi Dukas'ın

¹⁰ ORTAYLI, *Osmanlı'yı Yeniden Keşfetmek*, s.61-62

¹¹ İstanbul'un fethine ilişkin en önemli birincil kaynaklar arasında Bizanslı tarihçi KRITOVULOS'un eseri bulunmaktadır. İstanbul'un fethine bizzat tanıklık yapmış ve ilk elden kaynaklardan faydalanmış nadir tarihçilerden biridir. Fatih'in tahta geçişinden itibaren 17 yıllık olayları kaleme aldığı tarihini Fatih'e ithaf etmiş ve onun takdirini kazanmıştır. Aynı zamanda kendisi de İmroz adasında bir idareci olduğu için o döneme dair gözlemleri dikkat çekici niteliktedir. KRITOVULOS, *İstanbul'un Fethi*, Çeviren: Karolidi, Kaknüs Yay., İstanbul, 2005, s. 34-97

anlatımına göre, o sırada imparatorun yüksek memurlarından birisi şu ağır sözü etmiştir: “Ben şehrin ortasında Latin papazlarının ayin taçları yerine, Türk sarığını görmeyi yeğ tutarım”¹². Teslim olmak üzere olan bu imparatorluk şehrinde, 1204’te İstanbul’u yağmalayan Latinlere ve yüzyıllardır aralarında rekabet bulunan Latin Roma’ya itaat yerine, Osmanlı hâkimiyeti tercih ediliyordu. Kısacası İstanbul’da güneş 1453 Mayıs’ının son günlerinde Osmanlı İmparatorluğu’nun üzerine doğuyordu.

İstanbul’un alınışı sırasında kullanılan askeri teknikler ve taktikler o zamana kadar bilinenlerden farklıdır. Ateşli silahların ve Rönesans tipi bir savaşın karakterini ihtiva eder¹³. Fetih bundan başka siyasi, tarihi ve dini birçok önemli sonuçları vardır. Bu nedenle Bizans, yani II. Roma İmparatorluğu’nun siyasi, idari, kültürel ve hukuk tarihimiz bakımından önemi büyüktür. Fakat günümüz tarihçiliği bu önemi kavramanın uzağındadır. Mesele subjektif bakış açısıyla ele alınmakla çoğu zaman tepkisel ya da milliyetçi çıkarımlara varılmaktadır. Esasen bu üç büyük evrensel imparatorluğun bazı ortak özellikleri vardır. Bir defa üçü de Akdeniz İmparatorluğu’dur. Akdeniz ve Akdeniz dünyası her üçünde de ekonomik, siyasi ve kültürel etkileri olan mutlak bir coğrafi gerçekliktir, kısaca Akdeniz onlar için yaşamın kaynağıdır. Diğer bir ortak özellik üç imparatorluğun da sınırlarının her an değişken ve içinde yüzlerce din ve dilin yaşadığı çok milletli bir toplumsal yapıya sahip olmasıdır. İstanbul şehri, işte bu çok uluslu imparatorluklara yaklaşık 1600 yıl başkentlik yapmıştır. Bu yüzden tek bir imparatorluğun, dinin, milletin ya da dilin ötesinde bir tarihselliğe sahiptir.

İstanbul, din ve hukuk tarihi bakımından büyük önem arz eder. Hem dini hem de hukuki açıdan İstanbul’da bulunan kişi üstün otorite sahibi, yüksek bir makamdır. Nitekim Bizans imparatoru “dünya imparatoru” sıfatına sahip olmakla *arabulucu* (hakem), “*imperator pacificus*” statüsünde bulunurdu. İmparatorluk aynı zamanda dünya barışının “*gözeticisi*” anlamına geliyordu. Fatih Sultan Mehmet’in İstanbul’u almasından sonra aynı statüyü Osmanlı İmparatoru da kazanmış ve *arbiter mundi*, yani dünya hakemi olmuştur. Zira o tarihe kadar Osmanlı, kurumsal örgütlenmesi ve ideolojisi ile bir imparatorluk sayılmıyordu. Fakat Constantinopolis’in, yani İslam ülkelerinin o zamanki deyişle Konstantiniyye’nin alınmasından sonradır ki Osmanlı gerçek bir imparatorluk olmuştur. İmparatorluk karakteri kısa sürede Osmanlı kültür hayatında, sanatında ve saray protokolünde etkilerini

¹² Georg OSTROGORSKY, *Bizans Devleti Tarihi*, TTK, Ankara, 1999, s.523-524

¹³ ORTAYLI, *Osmanlı’yı Yeniden Keşfetmek*, s.61-62

göstermiştir¹⁴. Kaldı ki Fatih, İstanbul'u fethinden sonra kendisini aynı zamanda Roma İmparatoru ilan etmiş, böylece evrensel egemenliğini vurgulamış oluyordu. Ayrıca tıpkı Roma ve Bizans imparatorları gibi dinsel otoriteyi de kişiliğinde toplamakla mutlak egemen olarak, en yüksek dini ve siyasi makam statüsüne sahiptir¹⁵.

İstanbul'un hukuk tarihi bakımından önemini kaynağı, günümüz hukuk sisteminin temeli olan Roma Hukuku'na dayanmaktadır. Roma hukuk sistemi ve müesseselerinin en önemli kodifikasyon¹⁶, yani yasalaştırma faaliyeti 438'de, Theodosius II zamanında İstanbul'da başlamıştır. Iustinianus devrinde (482-565) ise hukuk profesörlerinden oluşan heyetlerin uzun çalışmaları sonucunda dünya hukuk literatürünün en önemli eserlerinden biri sayılabilecek *Corpus Iuris Civilis* meydana getirildi¹⁷. Dünyadaki belli başlı hukuk sistemleri bu eserde ortaya konan kurum ve ilkeler üzerinden biçimlenmiştir. Bu önemli eser, o dönemde İstanbul şehrinde bulunan üniversite çatısı altında hazırlanmıştır. 1940 sonlarında, Avrupa'da yapılan bir rektörler toplantısına katılan İstanbul Üniversitesi Rektörü Ordinaryüs Profesör Sıddık Sami ONAR, "En eski üniversite benim. Onu ben temsil ediyorum; dolayısıyla protokoldeki yerim de öncelikli olacaktır" demiştir. Bunun üzerine Sorbonne, Prag ve Cambridge gibi köklü üniversiteler İstanbul Üniversitesi'ne öncelik vermek durumunda kalmıştı. Yersiz bir övünme değildir bu. Zira İstanbul şehrinde üniversitenin tarihi Theodosius devrine kadar uzanmaktadır.

Bazı tarihçiler kurumları ve tarihsel devamlılığı bakımından üç Roma İmparatorluğu olduğunu söylerler¹⁸. Birincisi Latin Roma, ikincisi Doğu Roma yani Bizans, üçüncü Roma ise Osmanlı'dır. Fakat birincisi pagandır, politeist bir karakter göstermekle çoktanrılı bir inancı barındırır bünyesinde. İkinci Roma İmparatorluğu Hıristiyan'dır. Bu itibarla İstanbul, Hıristiyanlığın, devletin resmi dini olduğu ilk siyasi merkezdir. Üçüncü Roma da Müslüman'dır, Osmanlı İmparatorluğu'dur. Üç imparatorluk arasında kurumla-

¹⁴ UMUR, *Türk Hukuk Tarihi*, s.104-106; ORTAYLI, *Osmanlı'yı Yeniden Keşfetmek*, s. 63,71

¹⁵ BERMAN, *Law and Revolution*, p. 168

¹⁶ Kodifikasyon: Yasal düzenleme haline getirme; dağınık durumda var olan yazılı ve yazısız bütün hukuk kurallarını birleştirmek, sistematize etmek.

¹⁷ BERMAN, *Law and Revolution*, p. 204-205; Recai G. OKANDAN, *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*, İstanbul, 1952, s. 433-437

¹⁸ OSTROGORSKY, *Bizans Devleti Tarihi*, s.527; İlber ORTAYLI, *Son İmparatorluk Osmanlı*, Timaş, 2006, s. 45

rı, idari usulleri ve yayılım bölgeleri itibariyle belirgin bir devamlılık göze çarpar. Bu benzerlikler tesadüfî değildir. Coğrafi, iktisadi ve siyasi zorunlulukların bir sonucudur. Devamlılığa işaret eden en önemli kurumların başında ise idari ve hukuki kurumlar gelmektedir. Çünkü bu coğrafyada idari ve hukuki kurumlar, siyasal iktidarlar için çoğu zaman mecburiyetler ya da reddi miras yapılamayacak mutlak devamlılıklar anlamına gelmektedir.

Osmanlılardan önce kurulan kimisi Müslüman bir çok Türk devletinde hükümdarın, sultanın ya da hakanın doğrudan doğruya kendi iradesine dayanarak kanun koyma yetkisi vardı. Osmanlı pratiğinde bu geleneğin yerleşmesini sağlayan anlayışın izleri fetih politikasında yatmaktadır. Zira Osmanlı idaresi bir yeri fethetmeden önce oranın tüm yasa, örf ve teşkilatlanmasını öğrenirdi. Buna göre Osmanlı idarecileri, fethedilen toprakların yasalarını, örfünü ve kurumlarını ortadan kaldırmaya çalışmaz, yerel nitelikteki birçok kanunu muhafaza ederdi. Böylece yeni idarenin yerleşmesinden doğacak karışıklıklardan kaçınılır ve muhtemel yerel direnişler engellenmiş olurdu. Ayrıca birçok deneyim de köklü değişikliklerin vergi gelirlerinde azalmaya yol açtığını göstermişti. Yeni bir bölge fethedildiği zaman tahrir emini yalnızca şeriat ve Osmanlı'nın temel hukuk ilkelerine karşıt olan uygulamaları kaldırırdı. Diğerlerini kaydedip padişahın onayına sunulmak üzere başkente gönderirdi¹⁹. Müslüman Türk devletlerinde şeriatı aşan Osmanlı hukuk düzeninin temelinde bu gelenek yatmaktadır. Buna göre şeriatın düzenleme alanına girmeyen konularda hatta bazen girdiğinde bile devletin kanun koyma gücü vardır. Hükümdarın devlet içindeki mutlak iktidarının tezahürü olan bu durum, aynı zamanda bu mutlak otoriteye eklenmiş güçlü bir bürokrasi ve devletin çıkarlarının her şeyden üstün tutulması prensibinin de göstergesidir²⁰.

19 Halil İNALCIK, *Osmanlı İmparatorluğu Klasik Çağ (1300-1600)*, Eren yay., İstanbul, 2003, s. 77.

20 İNALCIK, *Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adalet*, s. 27-46; Orta Asya hukuk geleneğinin en önemli eserlerinden biri Moğol İmparatorluğu hakanı Cengiz Han'ın *Büyük Yasa*'sıdır. Bu yasayı pür Moğol yasası olarak değerlendirmek yerinde değildir. Hukuku ve kurumları ile teşkilatlanmış Orta Asya kavimlerinin müşterek hukuku söz konusudur. Zira böyle kapsamlı bir yasanın tek kişinin zihninden çıkması olası değildir. Umumiyetle Cengiz Han'ın emriyle oluşturulan bir heyet tarafından Moğol ve Türkler arasındaki devlet idaresine dair ortak örf ve hukuki esaslardan tedvin edildiği ileri sürülmektedir. Nitekim *büyük yasanın* hazırlanmasına özellikle Moğol bürokrasisine mensup Çinli ve Uygurlu devlet adamlarının katkısı büyük olmuştur. Moğol hukuku hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. A. Konstantin d'OHSSON, *Moğol Tarihi*, Çeviren: Bahadır APAYDIN, Nesnel Yay., İstanbul, 2008.

İstanbul'un Osmanlı İmparatorluğu'nun başkenti olmasıyla başlayan dönem, Osmanlı hukukunda kanun yapma geleneği bakımından yeni bir dönemi ifade eder. Şöyle ki, yukarıda belirttiğimiz üzere Osmanlı hukuk düzeni dinsel temelli *şeriat* ile ondan bağımsız şekilde gelişen seküler karakterli hukukun, *kanun*'un, bir arada bulunduğu ikili bir yapıdan oluşuyordu. Kanun, Osmanlı İmparatorluğu'ndaki bu seküler hukukun genel adı olarak kullanılıyordu. Nitekim kanun, kaynağı itibarıyla doğrudan hükümdarın iradesinden ya da *örften* besleniyordu. Üç tür kanun vardı: Sultanların belli konularda çıkardığı yasa özelliğinde fermanlar; belli bir bölge veya toplumsal grupla ilgili kararlar; bütün imparatorluğa uygulanabilir genel kanunnameler²¹. Zira imparatorluk topraklarında yaşayan nüfusun dinsel ve ırksal çeşitliliği, toplumun geneline uygulanabilir nitelikte kanunlar düzenlenmesini zorunlu kılıyordu. Haliyle şer'i hukukun yanında bir de padişah hukuku öne çıkıyordu. ***Bu bağlamda Osmanlı hukuk düzeninde örfi hukukun kurumsallaşması açısından Fatih Sultan Mehmet devri bir dönüm noktası teşkil eder.*** Söz konusu dönemdeki hukuki gelişmenin temel ideolojik düsturu, fetihten sonra Fatih'in merkezi otoritesinin mutlak ve sınırsız hale getirilmesi çabasıdır. Bu mutlak otorite elbette devlet teşkilatlarında ve kanunlarda vücut bulmuştur²². Örfi hukuk bu süreçte önem kazanmış ve imparatorluğun gerçek kurucusu olan Fatih'in, imparatorluk kurumlarını dönüştürmekteki en önemli ideolojik dayanağı olmuştur.

Kanun yapma geleneği Fatih'ten sonra gelen Osmanlı padişahları tarafından da hususiyetle devam ettirilmiştir. Ali Cemali Efendi (Zenbilli), Kemalpaşazade (İbn-i Kemal) ve Ebussuud Efendi gibi hukukçular verdikleri fetvalarla, imparatorluk dönemi Osmanlı padişahlarının, yani kanun koyucu padişahların (Fatih-Yavuz-Kanuni) kanunnamelerini ve genel olarak örfi hukuk sistemini şer'i maslahata uydurma işlevini görmüşlerdir²³. Osmanlı padişahının gerek hukuki, gerek siyasi ve idari birtakım tasarruflarını, kamu hukuku otoritesi sayılabilecek bu hukukçular yasal çerçeveye oturtuyorlardı. Bu nedenle de imparatorluğun önde gelen hukukçuları arasında yer almışlardır. Benzer amaçlı hukuki kodifikasyon hareketleri IX. yüzyılın ikinci yarısında Bizans'ta da yaşanmıştı. İmparator Basileios, Bizans'ın par-

21 İNALCIK, *Osmanlı İmparatorluğu Klasik Çağ (1300-1600)*, s. 75-77.

22 Fatih'in bu tasarrufları imparatorluk hukuk anlayışında ve kurumlarında mutlak kalıcı etkiler yaratmıştır. Mutlak otoritesini, devlete imparatorluk karakteri verecek şekilde düzenleme ve kanun yapma yönünde kullanmıştır. İNALCIK, *Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adalet*, s. 32.

23 Çoşkun ÜÇÖK/Ahmet MUMCU, *Türk Hukuk Tarihi*, AÜHF yay., Ankara, 1982, s. 222-224.

lak döneminde sıkı bir devlet-kilise işbirliği yaparak kanun koyucu sıfatıyla Roma hukukunun yenilenmesi için dünyevi kaynaklı kanunlar hazırlamıştı. Bu sayede imparatorluğun idari ve hukuki yapısında önemli gelişmeler sağlanmış, yasama faaliyeti ile imparatorun mutlak otoritesi tesis edilmiş ve imparatorluk ikinci parlak devrini yaşamaya başlamıştı²⁴. Benzerliğin gelenekle ilintilendirilebilecek bir yanı olduğunu hesaba katarsak İNALCIK ve KÖPRÜLÜ'nün, vergiler, örfi kanunlar ve bazı Osmanlı kurumları üzerinde Bizans etkisinin olduğu yönündeki görüşlerine katılmamak elde değil²⁵.

Bizans ve Osmanlı imparatorluk kurumları arasındaki devamlılığa işaret eden en önemli kurumlardan biri de kapitülasyonlardır. Zira bir çok yazar Osmanlı kapitülasyonlarının temelinde, fethedilen yerlerde daha önce oradaki yabancılara verilmiş kapitülasyonların benimsemesi usulünün yattığını söylemektedir. Örneğin BİRSEN, Osmanlı kapitülasyonlarını ortaya çıkış kaynağı bakımından üç döneme ayırmış ve birinci kategoriye Doğu Roma yani Bizans İmparatorluğu'ndan Osmanlı İmparatorluğu'na intikal eden özellikle Venedik ve Ceneviz kapitülasyonlarını koymuştur. İkincisi, Osmanlı İmparatorluğu idaresi altına girmiş bulunan Müslüman ülkelerde daha önce verilmiş kapitülasyonların Osmanlılar tarafından kabulü ya da tedit edilmesi yoluyla ortaya çıkan kapitülasyonlar, üçüncüsü ise Osmanlı padişahları tarafından doğrudan doğruya verilmiş olan kapitülasyonlardır²⁶. Fatih Sultan Mehmet de, İstanbul'u kuşattığı sırada kendisine yardım eden Cenevizliler'e, yardımlarına karşılık olarak, onların Bizans'tan elde ettikleri bir takım imtiyazları yeniden tanımıştır. Nitekim fetihten önce Venedik ve Cenevizli tacirlerin Galata'da bulunan kolonilerde birtakım adli ve ticari imtiyazları mevcuttu. Ayrıca işlek bir ticaret limanı olan ve kıtalararası kesişme noktası olma özelliğine sahip İstanbul'da, Venedik konsoloslukları XIV. yüzyıl ortalarında iki büyük liman bölgesi olan Ayasuluk (Selçuk) ve Balat'ta tesis edilmişlerdi. Yıldırım Beyazid döneminde bu yerler Osmanlı idaresine geçmiş ve padişah Venedik imtiyazlarını onaylamıştı. Sultan Beyazid daha sonra Anadolu ve Rumeli'de, denizde ve karada egemenliği altında bulunan

²⁴ OSTROGORSKY, *Bizans Devleti Tarihi*, s. 223-224

²⁵ Fatih'in biri devlet teşkilatı ile saraydaki teşrifat ve protokole diğeri reaya ile ilgili idare, maliye, ceza alanlarına dair konularda çıkarmış olduğu iki kanunname sistematik şekilde düzenlenerek bâb ve fasıllara ayrılmıştır. Bu itibarla hukuki niteliği bakımından resmi kanun kodları hükmündedir. *Kanunname-i Âl-i Osman*'ın içeriği ve günümüze ulaşan metnin gerçekliği hakkında tahliller içeren bir çalışma için bkz. *Kanunname-i Âl-i Osman*, Haz. Abdülkadir ÖZCAN, Kitabevi, İstanbul, 2003

²⁶ Kemaleddin BİRSEN, *Devletler Hususi Hukuku*, c.1, İÜ yayınları, no 7, İstanbul, 1936, s. 130-136

bütün yerlere bu onayı teşmil etmişti. 1419 tarihinde I. Murad ile Venedik arasında imzalanmış olan barış antlaşmasında ve daha sonra 1430 ve 1446 antlaşmalarında da önemli imtiyazların sağlandığı bilinmektedir²⁷. Buna göre Fatih'in 1454'te, yeni kapitülasyonlar tanımayıp mevcut kapitülasyonları yenilediği ya da benimsediği söylenebilir. Dolayısıyla İstanbul imparatoru Fatih, kendisinden önceki imparatorların geleneğini sürdürmüş oluyordu²⁸.

BOZKURT da kapitülasyonlar üzerine yaptığı doktora çalışmasında DE-JARDEN'den bir alıntı yapmak suretiyle Osmanlı kapitülasyonlar rejiminin esasen Venediklilerin Bizans'ta sahip oldukları rejimin devamı olduğu tespitinde bulunmuştur: "*Osmanlı İmparatorluğu; Yunan İmparatorluğu'nun, vs., Roma İmparatorluğu'nun son zamanlarında, yabancı uluslara egemenliği gerçek bir biçimde paylaşmalarını kabul ederek, onların tanıdığı ve Hristiyan prenslerin zaten bizzat kabul etmiş olduğu, Haçlı seferlerine dayanan bir olguyu, kendisinin kurulduğu bir zamandan önceki haliyle teyit etmiş, mevcut durumu korumuştur*"²⁹.

Görüldüğü üzere İstanbul'un alınmasından önce verilmiş olan kapitülasyonların onaylanması veya teşmil ettirilmesi usulü vardır. Birtakım zorunluluklar Osmanlı egemenliğinden önce tesis edilmiş mevcut kapitülasyonların benimsenmesi sonucunu doğurmuştur. Zira müesseselerin bir anda ortadan kaldırılması ya da oluşturulması kabil değildir. Bu nedenle idari ve hukuki nitelikteki bir takım müesseseler, uygulamalar ve statüler aynen korunmuş ya da belli ölçüde değiştirilerek benimsenmiştir. Çünkü toplumsal veya siyasal yapı bir günde değiştirilememektedir. Braudel'in deyişiyle coğrafya değiştirilmesi zor engeller ve sürekli avantajlar yaratmaktadır³⁰. Bu nedenle Akdeniz'in, hem Bizans hem de Osmanlı kurumları, politikaları ve ticaretine bazı dayatmaları, zorlamaları olmuştur. Osmanlı egemenliği, Akdeniz'in siyasi hakimiyeti anlamına gelebilir. Fakat coğrafyanın bütünsel bir hakimiyeti değildir. Bu nedenle kapitülasyonlar gibi müesseselerin bir sonraki yö-

27 İNALCIK, "İmtiyazat", *TDV İslam Ansiklopedisi*, s. 248.

28 Muammer R. SEVİĞ, *Devletler Hususi Hukuku*, c. 1, İÜ yay., İstanbul, 1937, s. 177; Lucius Ellsworth THAYER, "The Capitulations of the Ottoman Empire and the Question of Their Abrogation as it Affects the United States", *AJIL*, XVII, 1923, p. 208.

29 Mahmud Esad BOZKURT, *Osmanlı kapitülasyonları Rejimi Üzerine*, Çeviren: Ahmet ÖYLEK, Türk Hukuk Kurumu yay., Ankara, 2008, s. 20.

30 Fernand BRAUDEL, *Akdeniz ve Akdeniz Dünyası*, çev. M. Ali KILIÇBAY, Eren yay., İstanbul, 1989, s. 130.

netime alışkanlık ve mecburiyetler biçiminde sirayet etmesi doğaldır. Her yıl, her dönem, her devlette tekrarlanan bazı dayatmalar vardır. Sonuç olarak Bizans'tan Osmanlı'ya miras kalan kapitülasyonlar bu zorlamaların ve devamlılıkların eseridir.

Son olarak İstanbul şehrinin ismi ile ilgili bir hususa dikkat çekmek gerekir. Tarihte İstanbul'u ifade etmek için 40'tan fazla isim kullanılmıştır. Bunlardan en bilineni ise şehrin kurucusu sıfatıyla Bizans İmparatoruna ithaf edilen *Constantinopolis*'tir. Müslüman ülkeler o dönemlerde *Konstantiniyye* demektedir. Döneme ve duruma göre *Âsitâne*, *Dersâadet*, *Der-âliyye*, *Tsarigrad*(çarın şehri)³¹, *İstinpolin*, *İslambol*, *İstimboli*, *Neas romes*, *Polis* (ki yunanca polis/şehir dendiğinde bir dönem sadece İstanbul anlaşılıyordu), *Urbis*, *Stinpoli*, *Şehr-i azam*, *Tekfuriyye*... gibi değişik adlar kullanılmıştır. Fakat bugün Konstantiniyye ismi kullanıldığında cahilce bir tepki gösterilmektedir. Cahilcedir, çünkü birçok tarihçimizin zikrettiği üzere eldeki bütün Osmanlı İmparatorluğu fermanlarında ve belgelerinde şehrin adı "*Be makam-ı Konstantiniyye el Mahmiyye*...", yani "*korunmuş makam*" olarak zikredilmiştir. Kimse böyle bir kullanımdan dolayı da rahatsız olmamıştır³². Öyle ki 19. yüzyıl sonlarına kadar Osmanlı'da basılan birçok kitap ve diğer yayımların künyesinde basım yeri olarak "*Konstantiniyye matbaası*" yazmaktadır. Hatta basılan paralar üzerinde dahi Konstantiniyye yazıyordu. Bu isimlerin hepsi bin yıllarca İstanbul'u ifade etmiştir. Böyle tepkiler yersiz olmakla beraber bir özgüven eksikliğini de gösterir. Ayrıca yaşadığı şehrin geçmişini ve kültürünü bilmeden verilen cahilce tepkilerdir.

Elbette İstanbul'un bir de "*su*" yanı vardır. Kuruluşundan itibaren su, şehrin kaderini etkilemiştir. Kuzeyden ve güneyden denizle kuşatılmış olan İstanbul, şehrin ortasından geçen su yolu ile bu iki denizin ortasında kıtasal bir kavşak konumundadır. Su, şehrin içindedir. Hiçbir şehirde su, Boğaziçi'nde olduğu gibi akamaz kentin koynundan ve hiçbir şehirde su, Haliç'teki

31 İstanbul'un Slav dünyasındaki mitsel anlamı ünlü siyasi düşünürlerin de dikkatinden kaçmamıştır. Nitekim Engels bu hususu İngiltere, Rusya ve Türkiye üzerine kaleme aldığı bir makalesinde şöyle dillendirmiştir:

"...(*Her ne olursa olsun o (Rus), kendisini tüm şeytanlardan kurtaracak olan Mesih'in dünyaya dönüşünü St. Petersburg'dan bekler; ve İstanbul'a Çarigrad ya da İmparatorluk Kenti* diyorsa, bu, Ortodoks çarın Kuzeyden gelip gerçek imanı kurmak üzere kente girmesini beklediği kadar, Türklerin ülkeyi almasından önce, onu Ortodoks çarın elde tuttuğunu anımsadığı içindir." MARX/ENGELS, *Doğu Sorunu (Türkiye)*, Sol yay., Ankara, 2008, s. 25.

32 ORTAYLI, *Osmanlı'yı Yeniden Keşfetmek*, s. 11-12.

gibi hañer olup sokulmaz kentin bağrına. Su, Şehrin içindedir. Şehrin tüm mahremiyetini yok ederek onu her açıdan ve her an izlenir bir güzelliğe dönüŐtürmüŐtür. Son olarak ifade edelim ki İstanbul, sokaklarında adımlarken her an karşımıza sürprizler çıkarıp, bizi ŐaŐkına çevirebilecek bir tarihsel geçmiŐe ve derinliğe sahiptir. Bıraktığı kültürel mirası yaşamak ve yaŐatabilmek ise kuŐkusuz üzerimize bazı ezici sorumluluklar yüklemektedir.

TÜRK VATANDAŞLARI AVRUPA BİRLİĞİ'NE VİZESİZ GİREBİLİR Mİ?

**Avrupa Adalet Divanı'nın 17 Şubat 2009 Tarihli
Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı Kararı ve Almanya için Etkisi**

*Serçin KUTUCU**

GİRİŞ

Avrupa Adalet Divanı'nın Türk vatandaşlarının Katma Protokol kapsamında yerleşme hakkı ve hizmet sunma özgürlüğüne ilişkin 2000 yılından itibaren ikisi İngiltere, diğer ikisi de Almanya hakkında verdiği dört kararı bulunmaktadır. Bu kararlardan en sonuncusu 19 Şubat 2009 tarihli Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı kararıdır. Bu dört kararın tamamı Türk kamuoyunda etki yaratmıştır. Bu etkinin nedeni sadece Türk vatandaşlarının Ortaklık Hukuku'ndan kaynaklanan haklarının Divan kararları ile desteklenmiş olmasında aranmamalıdır. Bu kararlar, Türk vatandaşlarının Avrupa Birliği ülkelerine girişte yaşadıkları vize sorununu da gündeme getirmiştir. Özellikle Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı kararından bir önceki karar olan 20 Eylül 2007 tarihli Veli Tüm ve Mehmet Darı kararı ile birlikte Avrupa Birliği ülkelerine girişte Türk vatandaşlarına vize şartı uygulamasının kaldırılması tartışılmaya başlamıştır.

Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı kararı, önceki üç kararda olduğu gibi, Türk vatandaşlarının Ortaklık Hukuku kapsamında hizmet sunma amacıyla AT Antlaşması'nda düzenlenen ekonomik anlamda serbest dolaşıma katılım hakkını yorumlamaktadır. Bütün Türk vatandaşlarını kapsaması söz

* Avukat, İstanbul Barosu, Galatasaray Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi.

konusu değildir. Buna karşın, Almanya'ya bir hizmet sunma amacıyla gitmek isteyen Türk vatandaşlarına uygulanan vize şartının Topluluk Hukuku'na aykırılığına hükmetmiş olması itibarıyla ilgiyi hak etmektedir.

Bu hüküm doğrultusunda Almanya Türk vatandaşlarına uyguladığı vize düzenlemelerinde değişikliğe gitmiştir. Getirdiği değişiklikler sınırlı sayıda meslek gurubuna mensup Türk vatandaşlarına vizesiz giriş imkanı vermektedir. Bu imkan Divan kararlarının açıklanmasının ardından Türk kamuoyunda oluşan vizesiz giriş beklentisini karşılamanın çok uzağındadır. Ancak Almanya gibi Avrupa Birliği'nin bel kemiğini oluşturan bir ülkenin idari düzenlemelerinde değişiklik yapması hem Türk vatandaşlarının Ortaklık Hukuku'ndan kaynaklanan haklarına sahip çıkmalarında cesaretlendirici olacak hem de Türk vatandaşlarının Birlik ülkelerine girişte karşılaştıkları vize sorununu Avrupa Birliği gündeminde tutacaktır.

I- AVRUPA BİRLİĞİNDE KİŞİLERİN SERBEST DOLAŞIMI

Avrupa Birliği'nde "kişilerin serbest dolaşımı" genişlemiş anlamıyla iki alanda uygulama bulmaktadır. İlki Avrupa Birliği ülkesi vatandaşlarının Birlik topraklarında serbest dolaşımıdır. Birlik ülkelerinin vatandaşları seyahat amacıyla Birlik sınırları içinde bir yerden başka bir yere giderek dolaşım özgürlüğünü kullanabileceği gibi, bir ekonomik faaliyete bulunmak için de yer değiştirebilir. Serbest dolaşımın uygulama bulduğu ikinci alan, Birlik üyesi olmayan üçüncü ülke vatandaşlarının Birlik sınırları içinde vizesiz dolaşımıdır.

1992 yılında Maastricht Antlaşması'nın imzalanmasıyla kurulan Avrupa Birliği yeni bir hukuki yapı olarak düzenlenmiş, pek çok alanda temel yenilikler getirmiştir¹. Bu çalışmanın konusu ile ilgili iki temel yenilik önemlidir. İlk temel yenilik, 1958 yılında Roma Antlaşması ile kurulan "Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET)"nin adını resmi olarak "Avrupa Topluluğu (AT)"² olarak değiştirmiş ve Avrupa Birliği'nden ayrı bir yapı (hukuki kişi-

¹ "Maastricht Antlaşması", AB ve Türkiye-AB İlişkileri Temel Kavramlar Rehberi, IKV, No:172, 3.Baskı, İstanbul, 2005, syf. 142.

² 1992 yılına kadar Avrupa Topluluğu (AT), Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) olarak adlandırıldığından bu tarihe kadar olan tüm belgelerde Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) olarak geçmektedir. Ancak bu çalışmada isim karışıklığına neden olmamak için çalışmanın bütününde Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) ile Avrupa Topluluğu'na karşılık olarak "AT" kısaltması kullanılacaktır.

lik) olarak korumuş olmasıdır³. İkinci temel yenilik ise “Avrupa Birliği vatandaşlığı” kavramını getirmesi ve ilgili düzenlemeleri AT Antlaşması'na dahil etmiş olmasıdır. Antlaşmaya göre, “bir üye Devletin uyruğunda olan herkes Birlik vatandaşıdır.” Birlik vatandaşları Antlaşma ile öngörülen düzenlemelere tabidir, verilen bütün haklardan yararlanırlar⁴. Üye ülke topraklarında serbestçe dolaşma ve ikamet etme hakkı bu haklardan biridir⁵.

Serbest dolaşım Avrupa Birliği ülkelerinin uyruklarına tanınan bir vatandaşlık hakkı olmanın yanı sıra, AT Antlaşması'nın III. Başlığı altında düzenlenen bir ekonomik haktır. “Kişilerin serbest dolaşımı” ifadesi de aslında sadece Antlaşma'nın “Kişilerin, Hizmetlerin ve Sermayenin Serbest Dolaşımı” ifadesini taşıyan bu başlıkta geçmektedir. Burada düzenlenen, “Ortak Pazar”ı oluşturan dört ana özgürlük (malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı) kapsamında işçilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımı ile yerleşme hakkıdır. Bu haklardan yararlananlar ekonomik bir faktör olarak Ortak Pazar'a, yani “ekonomik anlamda” serbest dolaşıma katılmaktadır. Oysa Avrupa Birliği vatandaşları mutlaka ekonomik anlamda serbest dolaşıma katılmak zorunda değildir. Vatandaş olarak serbest dolaşma ve ikamet etme hakkına sahiptirler. Eğer dolaşım ekonomik amaçlı olursa, o zaman AT Antlaşması'nın III. Başlığı altında düzenlenen kişilerin serbest dolaşımına ilişkin hükümlerine tabi olurlar. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, Avrupa Birliği vatandaşlarının serbest dolaşım ve ikamet etme hakkı ile AT Antlaşması'nın III. Başlığı altında düzenlenen kişilerin serbest dolaşımı geniş bir alanda ortak düzenlemelere tabidir⁶.

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, Avrupa Birliği vatandaşlarının ekonomik anlamda serbest dolaşımı işçilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımı ile yerleşme hakkını kapsar. AT Antlaşması'nın 39-42. maddeleri arasında düzenlenen işçilerin serbest dolaşımı, Birlik vatandaşlarının başka bir üye ülkede, o ülkenin kendi vatandaşlarına uyguladığı istihdam, ücret ve çalışma koşullarına ilişkin düzenlemelere tabi olarak ücret karşılığı bir işte çalışmasını içerir. Bu bağlamda Birlik vatandaşları başka bir üye ülkeden kendilerine fiilen yapılmış iş tekliflerini kabul etme; bu amaçla diğer üye ülke topraklarında

³ Timothy Bainbridge, “*European Communities*”, The Penguin Companion to European Union, 3rd edition, Penguin Books, London, 2003, syf. 203.

⁴ AT Antlaşması, Madde 17.

⁵ AT Antlaşması, Madde 18.

⁶ Nigel Foster, *Questions & Answers EC Law*, 5th Edition, Oxford University Press, New York, 2005, syf.133

serbestçe dolaşma; üye ülkelerin birinde ülke vatandaşlarının istihdamını düzenleyen, yasa, tüzük ve idari düzenlemelere uygun olarak çalışma amacıyla oturma hakkı ile bir üye ülkede bir işte çalıştıktan sonra Avrupa Birliği Komisyonu tarafından hazırlanacak uygulama yönetmelikleriyle belirlenecek koşullar içinde o üye ülkede bulunma hakkına sahiptirler⁷.

Hizmetlerin serbest dolaşımı AT Antlaşması'nın 49-55. maddeleri arasında düzenlenmiştir ve Birlik vatandaşlarının başka bir üye ülkede, o ülkenin kendi vatandaşlarına uyguladığı koşullar içinde normal olarak bir ücret karşılığında yapılan, malların, sermayenin ve kişilerin serbest dolaşımına ilişkin düzenlemelerin kapsamına girmeyen, özellikle sınai ve ticari nitelikteki faaliyetler ile el sanatları ve serbest meslek faaliyetlerini kapsamaktadır⁸. AT Antlaşması'nın 43-48. maddeleri arasında düzenlenen yerleşme hakkı ise, serbest meslek sahibi Birlik vatandaşlarının başka bir üye ülkede, o ülkenin kendi vatandaşlarına uyguladığı koşullar içinde mesleğini icra etmesini veya bir işletme, şirket veya firma şeklinde iş kurup bu kurulan işin faaliyetleri yürütmelerini içermektedir⁹. Bu üç alanda da serbest dolaşıma ilişkin haklarda kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı nedenleriyle sınırlamalara gidilebilmektedir.

AT Antlaşması'nın kişilerin serbest dolaşımına ilişkin hükümleri zaman içinde ikincil hukuk kaynakları¹⁰ ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) içtihatları ile genişletilmiştir. Bu genişleme özetle, işçinin tanımı; hizmetlerin kapsamı; yerleşme hakkından faydalananlar; aile fertlerine tanınan haklar; emekli ve öğrencilere tanınan haklar ile sosyal güvenlik hakları alanındadır. Bunların içinde hizmetlerin serbest dolaşımından faydalananların genişletilmesi bu çalışmanın konusu bakımından önem taşımaktadır.

Şöyle ki, AT Antlaşması 49 ile 50. maddeleri düzenlendiği şekliyle sadece hizmet sunanlara yer vermektedir. Ancak zaman içinde aynı şekilde serbest dolaşımın hizmetten yararlananlar içinde geçerli olması gerektiği ileri sü-

7 AT Antlaşması, Madde 39.

8 AT Antlaşması, Madde 50.

9 AT Antlaşması, Madde 43.

10 "Türev kaynaklar" olarak da adlandırılan bu kaynaklar Topuluk kurumlarının Antlaşmaları temel alarak geliştirdikleri; yönetmelik, tüzük, direktif, karar, tavsiye ve görüş gibi yasal araçlardır. Birlik üyesi olmayan ülkeler ile yapılan uluslararası antlaşmalar da ikincil hukuk olarak kabul edilirler ve hem hen Topuluk hem de üye Devletler için bağlayıcıdır. Bkz. Chalmers, Hadjiemmanuil, Monti, Tomkins syf. 133.

rülmüştür. Nitekim Bakanlar Konseyi, Topluluk içinde hizmetlerin serbest dolaşımının önündeki engellerin kaldırılmasına ilişkin çıkardığı 1973 tarihli Direktifte bu görüşü benimsemiştir. 73/248 sayılı Konsey Direktifinin 1(b) maddesi, başka bir üye ülkeye hizmetten yararlanmak amacıyla gitmek isteyen üye ülke vatandaşlarının dolaşım ile yerleşme özgürlüklerine getirilen sınırlamaların kaldırılmasını düzenlemektedir¹¹. Bunu takiben ATAD 1984 tarihinde verdiği *Luisi and Carbone v Ministero del Tesoro* kararında, bir başka üye ülkede verilen hizmetten yararlanma özgürlüğünü hizmetlerin serbest dolaşımının bir uzantısı olarak yorumlamıştır. Divan'a göre hizmet sunma özgürlüğü hizmetten yararlanmayı içermektedir. Turizm, tıbbi tedavi görme, eğitim alma (ücret karşılığı) ve iş amaçlı bir başka üye ülkeye gidenler hizmetten yararlanabilirler kapsamındadır¹². Bu karar ile Topluluk Hukuku'nda hizmetlerin serbest dolaşımı hizmetten yararlananları da kapsayacak şekilde genişletilmiştir.

Avrupa Birliği'nde kişilerin ekonomik anlamda serbest dolaşımına katılımı sadece Birlik vatandaşlarına tanınan bir haktır. Üçüncü ülke vatandaşları bu hakdan yararlanamazlar ancak bunun bir takım istisnaları vardır. Bazı üçüncü ülke vatandaşları Avrupa Birliği/AT ile yapılan uluslararası nitelikte antlaşmalara dayanarak, bir ekonomik faaliyette bulunmak amacıyla Birlik sınırlarından sınırlı giriş hakkı elde etmiştir. Avrupa Ekonomik Alanı Antlaşması, Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin kademeli olarak Birlik üyesi olmalarını hedefleyen Avrupa Antlaşmaları, Malta ve Kıbrıs ile imzalanan Katılım Ortaklığı Antlaşmaları, Avrupa-Akdeniz Ortaklığı kapsamında Cezayir, Fas ve Tunus ile imzalanan antlaşmalar, AT ve üye ülkeleri ile İsviçre arasında Kişilerin Serbest Dolaşımına Dair Antlaşma ile Türkiye'nin AT ile imzaladığı Ankara Antlaşması bu nitelikte antlaşmalardır¹³.

Avrupa Birliği/AT'nin üçüncü ülkeler ile yaptığı uluslararası nitelikteki antlaşmalar dışarıda bırakılırsa, üçüncü ülke vatandaşlarına Birlik içinde

11 Council Directive 73/148/EEC of 21 May 1973 on the abolition of restrictions on movement and residence within the Community for nationals of Member States with regard to establishment and the provision of services.

12 *Graziana Luisi and Giuseppe Carbone v Ministero del Tesoro*, Joined cases 286/82 and 26/83,(1984)ECR 377, parag. 10,16; Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU, The Four Freedoms*, Oxford University Press, New York, 2004, syf. 332; Anthony Arnall, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford University Press, 2nd edition, Oxford University Press, New York, 2006, syf. 475-480

13 Erika Szyszczak ve Adam Cygan, *Understanding EU Law*, Sweet and Maxwell, London, 2005, syf.120

tanınan serbest dolaşım genel olarak Birlik sınırları içinde vizesiz seyahat etme hakkı ile sınırlıdır. Böyle bir hakkın sağlanmasının ardındaki itici güç, Ortak Pazar'ı daha sıkı bir bütünleşme ile "Tek Pazar" haline dönüştürme hedefidir. Bu hedefin hayata geçirilmesi için "Tek Pazar"ın önündeki engellerden biri olan coğrafi sınırların kaldırılması gerektiği ortaya atılmıştır¹⁴. İç sınırların kaldırılmasıyla doğacak güvenlik açığının, dış sınır denetimlerinin güçlendirilmesi ile kapatılması amaçlanmıştır. Bu nedenle vize, göç, iltica ve diğer bazı alanlarda üçüncü ülke vatandaşlarının tabi olacağı ortak düzenlemeler getiren antlaşmalar yapılması söz konusu olmuştur. Ancak üye ülkelerin tamamı aynı anda bu alanlarda ortak bir tavır belirlemede güçlük çekmişlerdir. Bu alanlarda daha hızlı bir gelişme bekleyen üye ülkeler 1985 yılında Schengen Antlaşmasını, ardından Schengen Antlaşmasını yürürlüğe koyan 1990 tarihli Schengen Sözleşmesini imzalamışlar ve aralarında bir "Schengen Bölgesi"¹⁵ oluşturmuşlardır¹⁶. Schengen Sözleşmesi 1995 yılında yürürlüğe girmiştir, 1999 yılında bu alanda yapılan düzenlemeler (Schengen müktesebatı -*Schengen acquis*)¹⁷ Amsterdam Antlaşması ile AT Antlaşması'na ve Avrupa Birliği Kurucu Antlaşması'na dahil edilmiştir.

Schengen Antlaşması, Antlaşmayı imzalayan Devletler arasında iç sınır denetimlerini ortadan kaldırmakta ve bunun hayata geçirilmesi için alınacak önlemleri düzenlemektedir. Antlaşmayı yürürlüğe koyan Schengen Sözleşmesi ise, iç sınır denetimlerini ortadan kaldıran kuralları detaylandırmaktadır. Buna göre Sözleşmeye taraf ülkeler özellikle vize uygulamalarının uyumlaştırılmasında ortak bir politika izleyeceklerdir¹⁸. Sözleşme'nin 10 ile 11. maddelerinde "Schengen vizesi" olarak anılan ortak bir vize uygulaması düzenlenmiştir. Buna göre, Schengen ülkeleri birbirleri tarafından verilen

¹⁴ Pierre Berthelet, *Le Droit Institutionnel De La Sécurité Intérieure Européenne*, P.I.E.-Lang, Bruxelles, 2003, syf.216.

¹⁵ Schengen Bölgesi; Schengen Antlaşması'na taraf 22 Avrupa Birliği üyesi Devlet ile Birlik üyesi olmayan İzlanda, Norveç ile Bölgeye 2008 yılında katılan İsviçre'den oluşmaktadır. İngiltere ve İrlanda iç sınır denetimlerinin kaldırılmasına katılmamışlardır. Bulgaristan, Kıbrıs ve Romanya henüz Schengen mevzuatının tamamını uygulamamaktadır. Bkz. http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/freetravel/fsj_freetravel_intro_en.htm.

¹⁶ Timothy Bainbridge, *Free Movement of Persons*, The Penquin Companion to European Union, 3rd edition, Penguin Books, London, 2003, syf. 296.

¹⁷ Schengen Müktesebatı (*Schengen acquis*); Schengen Antlaşması, Schengen Uygulama Sözleşmesi ve bu kapsamda çıkarılan bütün düzenlemelerin tamamına verilen isimdir.

¹⁸ Steve Peers, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford University Press, 2nd Edition, Oxford, 2006, syf. 94.

vizeleri verildikleri süre ile sınırlı olarak tanımaktadır¹⁹. Aynı şekilde bir Schengen ülkesinde yasal olarak oturma hakkına sahip üçüncü ülke vatandaşları diğer bir Schengen ülkesine oturma iznini göstererek vizesiz giriş yapabilmektedir²⁰. Bu uygulamalar sadece Schengen ülkeleri için geçerlidir.

Bütün bu gelişmelerin yanında, 1999 yılında yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması ile Avrupa Birliği'nde bir "özgürlük, güvenlik ve adalet alanı" yaratılması söz konusu olmuştur. Bu alanın yaratılmasının amacı, Birlik ülkeleri arasında ortak vize, göç ve iltica politikalarının oluşturulması ile polisyeye ve adli işbirliği sağlanmasıyla Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımının güvenliğinin tesisidir. Schengen müktesabatının da Amsterdam Antlaşması ile AT Antlaşması ve Avrupa Birliği Kurucu Antlaşması'na dahil edilmesi bu amaç çerçevesindedir.

"Özgürlük, güvenlik ve adalet alanı"nın oluşturulmasında ortak vize politikası geliştirilmesine ilişkin düzenlemeler AT Antlaşması'nın IV. Başlığı altında düzenlenmektedir. Birlik ülkeleri Başlığın altında yer alan 62. madde uyarınca iç sınır denetimlerini kaldırma, dış sınırların denetimlerinde ortak usuller belirleme yükümlülüğü altına girmiştir. Antlaşma'nın 62(2)(b)(i) maddesinde hangi ülke vatandaşlarının Birlik ülkelerinin dış sınırlardan geçerken vize alacaklarını, hangi ülke vatandaşlarının vizeden muaf tutulacağına ilişkin düzenleme getirilmesi öngörülmüştür. 15 Mart 2001 tarihinde çıkan 539/2001 sayılı Konsey Tüzüğü²¹ bu maddenin hayata geçirilmesidir. Tüzük, Avrupa Birliği ülkeleri için hangi üçüncü ülke vatandaşlarına vize uygulanacağı, hangi üçüncü ülke vatandaşlarının vizeden muaf tutulacağını belirleyen bir "pozitif/negatif" ülkeler listesi oluşturmaktadır²²⁻²³.

¹⁹ Convention Implementing The Schengen Agreement, Madde 10.

²⁰ Convention Implementing The Schengen Agreement, Madde 21

²¹ Council Regulation (EC) No 539/2001, 15 March 2001; Vatandaşları dış sınırlardan geçişte vize bulundurmamak zorunda olan üçüncü ülkelerin ve vatandaşları bu zorunluluktan muaf olan üçüncü ülkelerin listesini içeren 15 Mart 2001 tarihli Konsey Tüzüğü (EC) (AT) 539/2001

²² Bu liste İngiltere ve İrlanda ile havalanı transit geçişleri için geçerli değildir.

²³ 539/2001 sayılı Konsey Tüzüğü, Schengen Uygulama Sözleşmesi kapsamında hazırlanmış bir tüzük değildir. Bu Tüzük ile hazırlanan "pozitif/negatif ülkeler listesi"nin, Schengen Uygulama Sözleşmesi kapsamında hazırlanacak bir listeden farkı için bkz. Friedl Weiss and Frank Wooldridge, Free Movement of Persons within the European Community, 2nd edition, Kluwer, The Netherlands, 2007, syf. 31

II- TÜRK VATANDAŞLARININ AVRUPA BİRLİĞİ'NDE SERBEST DOLAŞIMI

Bugün, Avrupa Birliği ülkeleri tarafından hangi üçüncü ülke vatandaşlarına vize uygulanıp hangilerinin muaf tutulacağı yukarıda ifade ettiğimiz gibi 539/2001 sayılı Konsey Tüzüğü'nde düzenleme bulan "pozitif/negatif ülkeler" listesine göre belirlenmektedir. Buna göre, negatif ülkeler listesinde yer alan ülke vatandaşlarına vize şartı uygulanmaktadır. Türkiye negatif ülkeler listesinde ve bilindiği gibi Türk vatandaşları bir Avrupa Birliği ülkesine girebilmek için vize almak zorundadır. Bu anlamda Türkiye, vize şartı uygulanan herhangi bir üçüncü ülke konumundadır.

Türk vatandaşlarının Avrupa Birliği'ndeki ayrıcalıklı durumu, Türkiye ile AT arasında imzalanan Ankara Antlaşması'ndan kaynaklanmaktadır. İki taraf arasında bir "Ortaklık" kuran Antlaşma'nın 1963 yılında imzalanıp, 1964 yılında yürürlüğe girmesiyle Türk vatandaşlarının AT'de serbest dolaşıma katılımının ilk adımı atılmıştır. Bu adımın birinci ayağını işçilerin serbest dolaşımı, ikinci ayağını yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımı oluşturmaktadır.

Ana hedefi Türkiye ve AT arasında bir Gümrük Birliği yaratmak olan Ankara Antlaşması, bu hedefin ötesinde ekonomik işbirliği hedeflemiştir ve Gümrük Birliği'ni hayata geçirmek için bu işbirliğini çeşitli başlıklara taşımıştır²⁴. Antlaşma'nın, "Ekonomik Nitelikte Sair Hükümler" başlığı altında 12. maddede düzenlediği işçilerin serbest dolaşımı; 13. maddede düzenlediği yerleşme serbestisi (yerleşme özgürlüğü); 14. maddede düzenlediği hizmet edimi serbestliği (hizmet sunma özgürlüğü) kişilerin serbest dolaşımı alanında yapılan işbirlikleridir. Akit taraflar aralarında işçilerin serbest dolaşımını kademeli olarak hayata geçirmek, yerleşme ve hizmet sunma özgürlüğünün sağlanması için kısıtlamaları kaldırmak konusunda anlaşmışlardır. Bunun ötesinde Antlaşma'nın sözü edilen bu maddeleri AT Antlaşması'nın kapsadığı birçok alana ve politikalara atıfta bulunmaktadır²⁵. Şöyle ki, işçilerin serbest dolaşımını hayata geçirirken AET Antlaşması'nın 48, 49 ve 50. maddelerinden; yerleşme özgürlüğünü sağlamak için 52, 56 ve 58. maddele-

²⁴ Ankara Antlaşması Madde 2; Ayşe Burcu Kaplan, Avrupa Birliği'nde Türk Vatandaşlarının Serbest Dolaşımı, Beta, İstanbul, 2008, syf.17; Rıdvan Karluk, Avrupa Birliği ve Türkiye, Genişletilmiş 6. Baskı, İstanbul, 2002, syf.188-190

²⁵ Arif Köktaş, Avrupa Birliğinde İşçilerin Serbest Dolaşım Hakkı ve Türk Vatandaşlarının Durumu, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 1999, syf. 77

rinden; hizmetlerin serbest dolaşımını sağlamak için 55, 56 ve 58–65. maddelerinden esinlenileceği ifade edilmiştir²⁶.

Ankara Antlaşması'nın Türkiye ile AT arasında kurduğu ortaklığın; hazırlık, geçiş ve son olmak üzere üç dönemi söz konusudur²⁷. Türkiye 1970'de geçiş dönemi müzakerelerini tamamlamış ve aynı yıl 23 Kasım'da Antlaşmaya ek olarak bir Katma Protokol imzalanmıştır. Protokol 1 Ocak 1973 yılında yürürlüğe girmiştir²⁸. Ankara Antlaşması'nın "somutlaştırılması" olarak da tanımlanan Protokol²⁹, "kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımı" başlığı altında 36–40. maddeler arasında işçilerin serbest dolaşımını, 41. madde altında yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest edimini (hizmet sunma özgürlüğünü) düzenlemiştir. Protokol'ün 36. maddesi taraflar arasında işçilerin serbest dolaşımının hayata geçeceği zaman aralığını; Ankara Antlaşması'nın yürürlüğe girişinden sonraki 12. yılın sonu ile 22. yılın sonu olarak, yani 1 Aralık 1976 ile 1 Aralık 1986 tarihleri olarak belirlemiştir³⁰, hayata geçmesini sağlayacak usulleri kararlaştıracak organı da Ortaklık Konseyi olarak göstermiştir. Hukuki dayanağını Ankara Antlaşması'ndan alan Ortaklık Konseyi, Türkiye ile Topluluk arasındaki en yüksek karar alma organıdır³¹ ve Türk işçilerinin AT'deki durumuna ilişkin üç karar almıştır³².

Bu kararlardan Türk işçilerinin AT'de serbest dolaşımını hâlihazırda düzenleyen Ortaklık Konseyi'nin 1/80 sayılı kararıdır. Bu karar bir üye ülkenin işgücü piyasasına yasal olarak dâhil bulunan Türk işçilerini kapsar³³. Yani üye ülkeye yasal yollardan girmiş ve yerleşmiş Türk işçileri ve aile bireyleri hakkında uygulanır. Öte yandan Türk işçisinin üye ülkeye giriş koşulları ve bu koşulları yerine getirmek için izlenecek prosedüre ilişkin düzenlemeler o

26 Ankara Antlaşması'nın İngilizce metninde "esinlenmek" kelimesinin yerine "rehberlik" kelimesini ifade eden "guided" kelimesi kullanılmıştır.

27 Ankara Antlaşması, Madde 2.

28 "Katma Protokol", AB ve Türkiye-AB İlişkileri Temel Kavramlar Rehberi, IKV, No:172, 3.Baskı, İstanbul, 2005, syf. 129.

29 T.Mesut Eren, Türk İşçilerinin Serbest Dolaşım Hakkı Engellenebilir Mi?, Dış Politika Analiz Serisi 2, Tesev Yayınları, İstanbul, Aralık 2005, syf. 9.

30 Aynı zaman aralığı Gümrük Birliği'ne geçiş için de geçerlidir. Bkz. Katma Protokol, Madde 18.

31 Eren, syf. 9.

32 Bu kararlar 2/76 sayılı, 1/80 sayılı ve 3/80 sayılı kararlardır. 2/76 sayılı karar 1/80 sayılı karar ile değiştirilmiştir. 3/80 sayılı karar ise, AT ülkelerinin Türk işçileri ve aile bireylerine uyguladıkları sosyal güvenlik programlarına ilişkindir.

33 1/80 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı, Madde 6 (1); Türkiye Avrupa Topluluğu Ortaklık Konseyi Kararları 1964-2000, Cilt 1, Yayın No. DPT:2596, Ankara, 2001.

ülkenin ulusal mevzuatına bırakılmıştır. Türkiye'nin 539/2001 sayılı Konsey Tüzüğü gereğince vatandaşlarına vize uygulanan ülkeler listesinde olduğunu burada yinelemek isteriz. Buna göre Avrupa Birliği ülkeleri Türk işçisine vize uygulayacaktır, Schengen ülkeleri vize uygulamasını Schengen müktesebatı çerçevesinde hayata geçirecektir. Bugün Schengen bölgesi içinde yer alan bir Birlik ülkesine çalışma amaçlı gitmek isteyen Türk vatandaşının ve bakmakla yükümlü olduğu aile bireylerinin Schengen vizesi alması gerekir. İngiltere ve İrlanda gibi Schengen ülkesi olmayan bir üye ülkeye girişte ise, o ülkenin yabancılara ilişkin vize mevzuatı uygulanır.

Ortaklık Konseyi, Türk işçilerinin AT'de serbest dolaşımından farklı olarak, bir üye ülkede iş kurmak veya hizmet sunmak isteyen Türk vatandaşlarına ilişkin açık ve kesin hükümler içeren bir karar almamıştır. Türk vatandaşlarının bir üye ülkede yerleşme (iş kurma) hakkı ve sınır ötesi hizmet sunma özgürlüğü Ankara Antlaşması'nın 13. ve 14. maddeleri altında Katma Protokol'ün 41. maddesi ile geliştirilmiştir³⁴. Protokol'ün 41. maddenin birinci bendinde akit tarafların aralarında yerleşme hakkı ve hizmet sunma özgürlüğüne ilişkin olarak yeni kısıtlamalar koymaktan sakınacaklarını ifade ettikleri bir "standstill" hükmü bulunmaktadır. "Hakların daha kötüleştirilemeyeceği"; "mevcut hakların korunması"³⁵ hükmü olarak da adlandırılan "standstill" hükmü, akit taraflardan birinin diğer taraf aleyhine antlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihte mevcut olan şartlarda ağırlaştırıcı nitelikte yeni düzenlemeler yapmasını yasaklayan hüküm anlamına gelir³⁶. Katma Protokol'ün 41/1. maddesinde düzenlenen "standstill" hükmünün Türk vatandaşlarının Avrupa Birliği'nde serbest dolaşımına ilişkin önemi, bir Avrupa Birliği ülkesine yerleşme (iş kurma) veya hizmet sunma amacıyla gitmek isteyen Türk vatandaşlarına söz konusu ülke tarafından uygulanan giriş koşulları ve bu koşulları yerine getirmek için izlenecek prosedüre ilişkin düzenlemelerin üzerinde yarattığı etki ile ilgilidir³⁷.

³⁴ Nicola Rogers, A Practitioners' Guide to the EC-Turkey Association Agreement, Kluwer Law International, Hague, 2000, syf. 29.

³⁵ Murat Uğur Aksoy, "Avrupa Hukuku Açısından Türk Vatandaşlarına Uygulanan Vize Alma Mecburiyetinin Değerlendirilmesi Raporu", İKV Yayınları, No:213, İstanbul, 2008, syf. 16.

³⁶ "Standstill" hükmünün tanımı için bkz. Nicola Rogers, A Practitioners' Guide to the EC-Turkey Association Agreement, Kluwer Law International, Hague, 2000, syf. 27; Sanem Baykal, "Türkiye-AT Ortaklık Hukuku ve ATAD Kararları Çerçevesinde Katma Protokol'ün 41/1. Maddesinde Düzenlenen Standstill Hükmünün Kapsamı ve Yorumu", İKV Yayınları, No:214, İstanbul, 2008 syf. 6.

³⁷ Sanem Baykal, "Türkiye-AT Ortaklık Hukuku ve ATAD Kararları Çerçevesinde Katma Protokol'ün 41/1. Maddesinde Düzenlenen Standstill Hükmünün Kapsamı ve Yorumu", İKV Yayınları, No:214, 2008, İstanbul, syf. 7.

1963 yılında Ankara Antlaşması'nın imzalanması ile başlayan Türkiye-AT arasındaki Ortaklık sürecinde Türk vatandaşlarına Ortaklık Hukuku³⁸ ile verilen serbest dolaşıma ilişkin hakların, üye ülkeler tarafından uygulamada tam anlamıyla hayata geçirilmediği dile getirilen bir durumdur³⁹. Avrupa Birliği ülkelerinde yaşayan Türk vatandaşları çeşitli nedenlerle ulusal mahkemelerde Ortaklık Hukuku'ndan kaynaklanan haklarını ileri sürmüş, bu davalar ATAD'a intikal etmiştir. ATAD verdiği kararlar ile Türk vatandaşlarının Ortaklık Hukuku'ndan kaynaklanan haklarının yorumlanmasında ve geliştirilmesinde önemli bir rol oynamıştır ve oynamaktadır⁴⁰. Divan kararlarında Ankara Antlaşması, Katma Protokol ve Ortaklık Konseyi Kararlarının Topluluk Hukuku'nun (Avrupa Birliği Hukukunun) ayrılmaz bir parçası olduğunu ve uygulamaları için ilave tedbir gerektirmeyecek kadar açık ve kesin olan hükümlerin üye ülkelerde doğrudan uygulanır etkiye sahip olduğunu hükme bağlamıştır⁴¹.

ATAD'ın Türk vatandaşlarının AT'de serbest dolaşımına ilişkin verdiği bugüne kadar verdiği 41 karardan dördü, 41/1. maddesinde yer alan "standstill" hükmünün Türk vatandaşlarının yerleşme ve hizmet sunma hakkına ilişkin hukuki etkisine üzerinedir. Bu kararlar sırasıyla; 11 Mayıs 2000 tarihli Abdülnasır Savaş, 21 Ekim 2003 tarihli Eran Abatay ve Diğerleri-Nadi Şahin, 20 Eylül 2007 tarihli Veli Tüm ve Mehmet Darı ve son olarak bu çalışmanın başlığında yer alan 17 Şubat 2009 tarihli Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı kararıdır. Divan bu dört kararda da "standstill" hükmünün Avrupa Birliği ülkelerine iş kurma veya hizmet sunma amacıyla gitmek isteyen Türk vatandaşlarına, bu ülkeler için Katma Protokol'ün yürürlüğe girdiği tarihte uygulanan şartlardan daha ağırlaştırıcı şartlar getirilmesini engellediği sonucuna varmıştır.

Bu durumda, Ortaklık Hukuku'na dayanarak bir Avrupa Birliği ülkesine işçi olarak gitmek isteyen Türk vatandaşlarına vize şartı uygulanırken, iş

38 Ortaklık Hukuku; Türkiye ile AT arasında ortaklık yaratan Ankara Antlaşması, bu Antlaşmanın ekleri olan Protokoller ve Katma Protokol, Katma Protokol'ün ekleri olan tamamlayıcı Protokoller, Bildiriler ve Uyum Antlaşmaları olan asli normlar ile Ortaklık Konseyi tarafından tesis edilen türeme normlarından oluşur. Bkz. Kamuran Reçber, *Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri*, Aktüel, İstanbul, 2004 syf. 7-8.

39 Bkz. Haluk Kabaalioglu ve Roth Gutman, "*Ortaklık Anlaşması'nda Standstill Hükümünün Getirdiği Hareketlilik*", İKV Yayınları, No:216, İstanbul, 2008, syf.3.

40 Haluk Kabaalioglu ve Roth Gutman, "*Ortaklık Anlaşması'nda Standstill Hükümünün Getirdiği Hareketlilik*", İKV Yayınları, No:216, İstanbul, 2008, syf.3.

41 Ayşe Burcu Kaplan, *Avrupa Birliği'nde Türk Vatandaşlarının Serbest Dolaşımı*, Beta, İstanbul, 2008, syf.32.

kurma veya hizmet sunma amacıyla gitmek isteyen Türk vatandaşlarına, hâlihazırda hangi Birlik ülkesine gitmek istediğine göre değişmek kaydıyla, vize şartının uygulanmaması söz konusudur. Çalışmanın bir sonraki bölümünde ATAD'ın, iş kurma veya hizmet sunma amacıyla Birlik ülkesine gitmek isteyen Türk vatandaşlarına uygulanan vize şartını doğrudan ele aldığı Mehmet Sosyal ve İbrahim Savatlı kararı incelenecektir. Ancak bu karar geçmeden önce, yukarıda bahsi geçen ve Mehmet Sosyal ve İbrahim Savatlı kararına temel teşkil eden üç kararın ele alınmasının konuya açıklık getireceğini düşünüyoruz.

III- MEHMET SOYSAL VE İBRAHİM SAVATLI KARARI ÖNCESİ KONU İLE İLGİLİ ATAD İÇTİHADI

Türk vatandaşlarının Avrupa Birliği ülkelerinin ulusal mahkemelerinde açtıkları çeşitli davalarda serbest dolaşıma ilişkin Ortaklık Hukuku'ndan kaynaklanan haklarını ileri sürdüklerini, bu yolla davaların ATAD'a intikal ettiğini yukarıda açıklamıştık. Aralarında bu çalışma kapsamında incelediğimiz dört davanın da olduğu söz konusu bu davalar hakkında verilen kararlar, ulusal mahkemelerin AT Antlaşması'nın 234. maddesinde⁴² düzenlenen ön karar usulü uyarınca ATAD'a iletilmesi üzerine alınmıştır. Bilindiği gibi Topluluk Hukuku, üye ülkelerin hukuku üzerinde üstünlük (supremacy; la primauté) taşır ve doğrudan etki (direct effect; l'effect direct) etkiye sahiptir. Üstünlük, AT Hukuku'nun ulusal hukuk normlarıyla çatışması halinde üstün gelmesi; doğrudan etki, Topluluk Hukuku'nun ulusal yargı organları önünde taraflar tarafından doğrudan ileri sürülebilecek haklar ve yükümlülükler doğurmasıdır⁴³. Ulusal mahkemeler Topluluk Hukuku ile çelişmemek için AT Antlaşması'nın 234. maddesinde düzenlenen *ön karar usulü* uyarınca Divan'dan, AT Antlaşmasının veya bir Topluluk işleminin (yasama veya yürütme kararları) yorumlanmasını; bir Topluluk işleminin geçerliliğine ka-

⁴² 234. madde ile getirilen düzenleme ATAD'ı, AT Antlaşmasını yorumlanma, Topluluk kurumlarının işlemlerinin geçerliliği ve yorumu konusunda karar vermeye yetkili kılmıştır. Bu tür bir sorun, bir üye Devletin mahkemesi önüne geldiğinde, bu mahkeme kendi kararını vermek için konuya ilişkin bir ön karara gerek duyarsa ATAD'dan bu konuda bir karar vermesini talep edebilir. Maddeye göre bu tür bir sorun iç hukuka göre kararlarına karşı kanun yolu kapalı olan ulusal bir mahkemede görülmekte olan bir davada ileri sürülürse, bu mahkeme ATAD'a başvurmakla yükümlüdür.

⁴³ Damian Chalmers, Christos Hadjiemmanuil, Giorgio Monti, Adam Tomkins, European Union Law, Cambridge University Press, New York, 2006 syf. 46-47; Jean-Marc Favret, Droit et pratique de l'Union européenne, Gualiano éditeur, 4e édition, Paris, 2003, syf. 401, 377.

rar verilmesini; bir AT Antlaşması hükmünün veya Topluluk işleminin ulusal mahkemelerde doğrudan uygulanabilirlik şartı taşıyıp taşımadığına karar vermesini talep edebilirler. Ulusal mahkemenin kendi kararını vermesi için ATAD'ın ön kararını (preliminary rulings; première décision) beklediği bu tip davalarda Divan nihai bir karar vermez, kendisine yöneltilen konuda karar alır ve üye ülkenin mahkemesine geri gönderir⁴⁴.

a) C-37/98 Abdülnasır Savaş Kararı⁴⁵

ATAD, Türk vatandaşlarının Ortaklık Hukuku'ndan kaynaklanan yerleşme ve iş kurma haklarına ilişkin olarak Katma Protokol'ün 41/1. maddesinde yer alan "standstill" kapsamında ilk hükmünü 11 Mayıs 2000 tarihinde Abdülnasır Savaş ve eşi hakkında vermiştir. Davanın konusu, 1984 yılında turist vizesi ile bir aylığına Birleşik Krallık topraklarına giren Bay ve Bayan Savaş'ın oturma ve çalışma izinleri olmamasına karşın Birleşik Krallık'ta kalmaya devam etmiş ve iş kurmuş olmalarıdır. 31 Ocak 1991 tarihinde resmi makamlara ülkede kalma izni (leave to remain) için başvuran Bay ve Bayan Savaş'ın başvurusu reddedilmiş ve haklarında alınan sınır dışı kararı kendilerine tebliğ edilmiştir⁴⁶. Bu karara karşı yapılan temyiz başvurusu üzerine konu ATAD'ın önüne gelmiştir.

Divan kararında, Katma Protokol'ün 41/1. maddesinin Protokol'ün yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iş kurma ve yerleşme özgürlüğü konusunda yeni kısıtlamalar getirmesini engelleyen; açık, kesin ve koşulsuz olan düzenlemesinin üye ülkelerin iç hukuklarında doğrudan etkiye sahip olduğunu ifade etmiştir⁴⁷. Ancak bunun anlamı Ortaklık Hukuku'nun Türk vatandaşları için

⁴⁴ Trevor C. Hartley, *European Union Law In A Global Context Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2004, syf. 79-80.

⁴⁵ C-37/98 The Queen & Secretary of the State for the Home Department, ex parte Abdülnasır Savaş (2000) ECR I-2927.

⁴⁶ Birleşik Krallık'ta yürürlükte olan yasalara göre, Birleşik Krallık topraklarında daimi suretle yasal olarak 10 yıl ikamet eden kişiler ile, yasal olsun ya da olmasın 14 yıl süre ile ikamet eden kişiler süresiz kalma hakkına sahip olmaktadır. Bay ve Bayan Savaş durumlarının yasallaştırılması için başvurdukları 31 Ocak 1991 tarihinde bu iki koşulu da karşılamamaktadır. Bkz. C-37/98, paragraf 23.

⁴⁷ Divan 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 13. maddesinin de aynı şekilde doğrudan etkiye sahip olduğunu açıklamıştır. 13. madde; "Topluluk üye devletleri ve Türkiye kendi topraklarında yasal olarak ikamet eden ve istihdam edilen işçiler ve aile bireylerine uygulanan işe girme şartlarına yeni kısıtlamalar getiremezler" şeklinde düzenlenmiştir. Bkz. C-37/98, paragraf 49.

doğrudan bir üye ülkeye giriş veya o ülkede yerleşme ve iş kurma hakkı sağlanması değildir. Her üye ülke Türk vatandaşlarını topraklarına ilk kez hangi şartlarla kabul edeceğini ve hangi şartlarla çalışma izni vereceğini düzenlemeye münhasıran yetkilidir. Somut olayda Abdülnasır Savaş'ın doğrudan Topluluk hukukundan kaynaklanan bir iş kurma ve yerleşme hakkı yoktur. Birleşik Krallık topraklarında vizesi dolduktan sonra kalmaya devam edip iş kurmuş olması kendisine böyle bir hak sağlamaz. Divan Türk işçilerine ilişkin düzenlemelerden kıyasla, bir üye ülkede iş kurmak ve yerleşmek isteyenlerin bu oldukları ülkede durumlarının yasal olması gerektiğini ifade etmiştir.

Bununla beraber Divan göre, Katma Protokol'ün 41/1. maddesi bireylere ulusal mahkemeler tarafından güvence altına alınması gereken "bireysel haklar" sağlamaktadır. Türk vatandaşları iş kurma ve bunun bir devamı niteliğinde olan yerleşme hakkına ilişkin, Katma Protokol'ün üye ülke için yürürlüğe girdiği tarihte mevcut olan düzenlemelerden daha ağır yeni düzenlemelere tabi tutulmama hakkına sahiptir. Bu nedenle Birleşik Krallık mahkemelerinin Abdülnasır Savaş hakkında uygulanan ulusal düzenlemelerin, Katma Protokol'ün Birleşik Krallık için yürürlüğe girdiği tarihte mevcut düzenlemeler ile karşılaştırıldığında Savaş'ın durumunda ağırlaştırıcı bir etki yaratıp yaratmadığını yorumlamaları gerekmektedir.

ATAD Abdülnasır Savaş kararında getirdiği bu yorum ile, bir Avrupa Birliği ülkesinin Katma Protokol'ün 41/1.maddesinde yer alan "standstill" hükmüne göre iş kurma ve yerleşme hakkından yararlanmak isteyen Türk vatandaşları hakkında, Katma Protokol'ün o ülke için yürürlüğe girdiği tarihte mevcut olmayan kısıtlayıcı düzenlemeler getiremeyeceğini; bu hakkın Türk vatandaşları tarafından üye ülkenin ulusal mahkemeleri önünde ileri sürülebileceğini ve ulusal mahkeme tarafından doğrudan uygulanması gerektiğini; bir Türk vatandaşının vizesi dolduktan sonra ilgili üye ülkede kalmaya devam etmiş olmasının (overstay) Katma Protokol'ün 41/1. maddesine dayanmasını engellemediğini açıklamış olmaktadır.

b) C-317/01 ve C-369-01 Eran Abatay ve Diğerleri-Nadi Şahin Kararı⁴⁸

ATAD'ın Katma Protokol'ün 41/1. maddesini ele aldığı ikinci karar, 21 Ekim 2003 tarihli birleştirilmiş davalar olan Eran Abatay ve Diğerleri-Nadi Şahin hakkında verdiği karardır. Somut olayda, Eran Abatay ve diğerleri Alman-

⁴⁸ Joined Cases C-317/01 and C-369-01 Eran Abatay and Others and Nadi Şahin v Bundesanstalt für Arbeit (2003) ECR I-1230

ya'da kayıtlı bir şirketin yan kuruluşu olarak Türkiye'de kurulmuş bir başka şirket adına Türkiye ile Almanya arasında mal taşımaktadır. Malları taşıdıkları kamyonlar Almanya'da kurulu şirket adına kayıtlıdır. Kendilerine 30 Eylül 1996 tarihine kadar geçerli çalışma izni verilmesi ve bu tarihten sonra izinlerinin uzatılmaması üzerine konu Alman yargısına intikal etmiştir.

Nadi Şahin ise 1991 yılında Alman vatandaşlığına geçmiş, Almanya'da kurulu bir taşımacılık firmasının sahibidir. Firmanın Türkiye'de kurulu bir yan şirketi vardır. Firma, aralarında Türkiye'nin de olduğu üçüncü ülkeler ile Almanya arasında taşımacılık yapmaktadır. Bütün kamyonlar Almanya'da kayıtlıdır. Firma ile Türkiye'de kurulu şirket arasında acenta sözleşmesi vardır. Nadi Şahin Almanya'da kayıtlı kamyonları için Türkiye'de kayıtlı şirket ile iş sözleşmesi imzalamış, Türk vatandaşlarını işe almıştır. 1995 yılının ortalarına kadar çalıştırdığı şoförler için çalışma izni gerekmemiştir. Dava Türk şoförlerinin çalışma iznine tabi olup olmadıkları, Katma Protokol'ün 41/1.maddesi mi yoksa, 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi kararının 13. maddesi kapsamında mı olduğu üzerindedir.

Divan kararında, Ortaklık Mevzuatı'nın Türk vatandaşlarının üye ülke topraklarına girişi ile ülkede ilk işe giriş şartlarını düzenlemediğini açıklamıştır. Yasal olarak kalma ve çalışmaya ilişkin şart sadece Ortaklık Konseyi'nin Türk işçileri hakkında aldığı 1/80 kararında düzenlenmiştir. Bunu takiben Divan, Türk vatandaşlarının üye ülkelere hangi şartlar altında kabul edileceğinin münhasıran kabul eden üye ülkenin yasama yetkisi altında olduğunu tekrarlamış ve Türk vatandaşının ücret karşılığı çalışma, serbest meslek faaliyetinde bulunma ve bunlara bağlı olarak ikamet hakkı ile ilgili olarak Topluluk hukukundan kaynaklanan haklarına üye ülkede durumu düzenli (yasal) olduğu sürece dayanabileceğinin altını çizmiştir.

Divan Abdülnasır Savaş kararında olduğu gibi bu kararında da, Katma Protokol'ün 41/1. maddesini, üye ülkenin bir Türk vatandaşının iş kurma ve hizmet sunma devamında ikamet etme hakkına ilişkin, Katma Protokol'ün ilgili üye ülke için yürürlüğe girdiği tarihte mevcut şartlardan daha ağırlaştırıcı şartlar getirme amacı taşıyan ya da sonucu doğuran düzenlemeler getirmesinde bir engel olarak tanımlamıştır. Bu engel aynı şekilde 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi kararı içinde geçerlidir. 1/80 sayılı kararın 13. maddesinin kaleme alınış biçimi Protokol'ün 41/1. maddesi ile aynı olmamakla birlikte her iki maddede de düzenlenen "standstill" hükmü aynı anlama gelmektedir⁴⁹. An-

⁴⁹ ATAD aynı yorumu Abdülnasır Savaş kararında da yapmıştır. Bkz. 47. nolu dipnot

cak 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi kararının 13. maddesi sadece üye ülkede yasal olarak bulunan Türk işçileri ve aileleri bireyleri için geçerlidir. Divan'a göre üye ülkeler topraklarında yasal olarak bulunmayan Türk işçileri hakkında şartlarını ağırlaştıran düzenlemeler getirebilirler.

Yabancıların çalışma izinleri ile ilgili getirilen düzenlemelerin Katma Protokol'ün 41/1. maddesi anlamında Türk vatandaşlarının hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin haklarında yeni kısıtlamalar yaratıp yaratmadığına gelince, Divan öncelikle yerleşmiş içtihatları uyarınca, bazı hizmetlerin başka bir üye ülkede kurulu bir işletme tarafından verilmesi halinde çalışma izni gibi idari bir izne bağlamasının AT Antlaşması'nın 49. maddesinde hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin getirilen temel prensiplerde kısıtlama oluşturduğunu ifade etmiştir.

Ardından Ankara Antlaşması'nın hizmetlerin serbest dolaşımını düzenleyen 14. maddesinin kaleme alınışından ve Türkiye ile AT arasında kurulan ortaklığın amacından açıkça görüldüğü üzere, AT Antlaşması'nın 45. ila 46. maddeleri ile Antlaşma'nın hizmet sunma özgürlüğüne ilişkin maddelerinin mümkün olduğunca Türk vatandaşlarına karşı akit taraflar arasında hizmet sunma özgürlüğüne getirilen kısıtlamalar kaldırılacak şekilde genişletilmesi gerektiğini açıklamıştır. Divan'a göre, yürürlükteki böyle bir çalışma izni şartı özel ve tüzel kişilerin özgürce bir üye ülkede hizmet sunmasını kısıtlamaktadır. Kaldı ki, yabancıların ulusal pazara girişini kısıtlama amacı taşıyan böyle bir çalışma izni şartının üye olmayan bir ülkede kurulu bir işletme için çalışan ve üye ülkeye geçici bir süreliğine hizmet sunmak amacıyla giren, işi bittikten sonra kendi ülkesine geri dönen ve üye ülkede iş aramayan çalışanlara uygulanması da uygun bir düzenleme değildir.

Katma Protokol'ün 41/1. maddesinden kimlerin yararlanabileceğine gelince Divan, Türkiye'de kurulu olmakla beraber bir üye ülkede hizmet veren işletme ve çalışanların bu madde kapsamında olduğunu, hizmetten faydalananların kurulu olduğu üye ülke ile aynı olan işletmelerin bu madde kapsamında olmadığını açıklamıştır. Somut olayda Türkiye'de kurulu Almanya'da hizmet veren işletmeler söz konusudur ve Katma Protokol'ün 41/1.maddesi uygulanacaktır. Bu yargılama sonunda Divan, Katma Protokol'ün yürürlüğe girdiği tarih olan 1 Ocak 1973'de çalışma izni dair böyle bir düzenleme olmasının, Katma Protokol'ün 41/1. maddesinin Almanya'da hizmet sunan Türkiye'de kurulu işletme için çalışma izni şartı getirilmesine engel teşkil ettiğine hükmetmiştir.

c) C-6/05 Veli Tüm ve Mehmet Darı Kararı⁵⁰

ATAD'ın konu ile ilgili bir sonraki kararı 20 Eylül 2007 tarihli Veli Tüm ve Mehmet Darı kararıdır. Davanın konusunu, Birleşik Krallık'a çalışma kısıtlamasıyla geçici olarak kabul edilen Veli Tüm ve Mehmet Darı'nın iş kurma amacıyla yaptıkları vize başvurularının reddedilmeleri oluşturmaktadır. Birleşik Krallık topraklarına girmeden önce, 2001 yılında Veli Tüm Almanya'da, 1998 yılında Mehmet Darı Fransa'da sığınma talebinde bulunmuş, her iki talep de reddedilmiş, Dublin Konvansiyonu çerçevesinde Birleşik Krallık tarafından sığınma başvurusu yaptıkları ülkelere iade edilmeleri söz konusu olmuştur. Bunun üzerine davacılar, Birleşik Krallık'a iş kurma amacıyla vize başvurusunda bulunmuşlardır. Başvurularında Birleşik Krallık tarafından kendilerine uygulanacak ülkeye kabul yasalarının, Katma Protokol'ün 41/1. maddesinin bu ülkede yürürlüğe girdiği tarihte geçerli olan yasalar olduğunu ileri sürmüşlerdir. İddialarının reddi üzerine konu ATAD'a intikal etmiştir.

Davacı taraf ATAD önünde, Katma Protokol'ün 41/1. maddesinin sadece ülkeye yerleşme ve ülkede kalma koşullarını değil, bu koşullar ile doğrudan ilgili olan Türk vatandaşlarının üye ülkeye giriş koşullarını da kapsadığını ileri sürmüştür. Divan'ın önceki içtihatlarında atıf yapan davacılar, Topluluk Hukuku'nda bir üye ülke topraklarına giriş ve ülkede kalma şartlarının yerleşme özgürlüğünün sonuçları olduğunu, bu nedenle Katma Protokol'ün 41/1. maddesinde yer alan "standstill" hükmünün bu sonuçları da kapsadığını savunmuşlardır. Üstelik üye ülkelerin Türk vatandaşlarının ülke topraklarına girmelerini çok zor ya da imkânsız hale getirmesi, "standstill" hükmünün anlamsızlaştırılması olacaktır.

Buna karşılık davalı taraf olan Birleşik Krallık, sığınma başvuruları reddedilen Veli Tüm ve Mehmet Darı'nın başka bir üye ülkeye iade edilmeleri gerektiğini; Birleşik Krallık topraklarına zaten hiçbir zaman resmen kabul edilmedikleri için Katma Protokol'ün 41/1. maddesinden kaynaklanan haklardan yararlanamayacaklarını; başvurularının yasaları arkadan dolandığını; Abdülnasır Savaş kararında hükmedildiği gibi Katma Protokol'ün 41/1. maddesinin sadece yasal olarak ülkede bulunanlar tarafından ileri sürülebileceğini savunmuştur.

⁵⁰ Case C-6/05 The Queen, on the application of Veli Tüm and Mehmet Darı v Secretary of State for the Home Department, 20 September 2007

Divan buna karşılık yukarıda ele alınan önceki iki kararında olduğu gibi, Katma Protokol'ün 41/1. maddesinde yer alan "standstill" hükmünün, Katma Protokol'ün üye ülkede yürürlüğe girdiği tarihte olan şartlardan daha ağır şartlar getirilmesini engellediğini vurgulamış ve hükmün üye ülkelerin iç hukuklarında doğrudan etkisini hatırlatmıştır. Devamında Birleşik Krallık'ın savunmasında ileri sürdüğü itirazları reddetmiştir.

Katma Protokol'ün 41/1. maddesinin bir üye ülkeye iş kurma amacıyla girmek isteyen Türk vatandaşlarının ilk giriş koşullarına uygulanması halinde, Birleşik Krallık tarafından 1994 yılında yürürlüğe konan göç yasası Türk vatandaşlarının ülkeye giriş koşullarını ağırlaştırdığından Katma Protokol'ün 41/1. maddesi anlamında "yeni bir kısıtlama" oluşturmaktadır. İkamet hakkı, iş kurma hakkının devamıdır. Üstelik Divan içtihatlarında açıkça Türk vatandaşlarının üye ülkeye "ilk giriş"inden bahsetmemiştir. Ne Abdülnasır Savaş ne de Eran Abatay ve Diğerleri-Nadi Şahin kararında konu hakkında bir hüküm vermesi gerekmemiştir çünkü bu davalarda Türk vatandaşlarının hepsi üye ülkelerin hukukuna uygun aldıkları vize ile ülke topraklarına kabul edilmişlerdir.

Önceki kararlarında olduğu gibi Divan'ın bu kararında da, Katma Protokol'ün 41/1. maddesinin Türk vatandaşlarına ülkeye giriş konusunda maddi bir hak sağlamayacağı konusundaki değerlendirmesi son derece açıktır. Türk vatandaşlarının hangi şartlar altında ülkeye kabul edileceği ülkenin kendi yasama yetkisi kapsamındadır ve bu konuda herhangi bir tartışma söz konusu değildir. Zaten davacı taraf da böyle kazanılmış maddi bir hak iddiasında değildir.

Divan Katma Protokol'ün 41/1. maddesini; üye ülkenin yasal düzenleme getirirken iş kurmak isteyen bir Türk vatandaşının durumunu açığa çıkarmak için başvurması gereken, *ratione temporis* şartı getiren; kendi ifadesi ile bir "quasi-procedural" yani usuli düzenlemeye benzer bir kural olarak tanımlamıştır. Veli Tüm ve Mehmet Darı'nın iş kurma başvurusunda buldukları sırada ülkede yasal olarak bulunup bulunmamasının 41/1. maddesinin "standstill" hükmüne dayanması ile ilgisi yoktur. Bir başka ifade ile Divan Türk vatandaşlarının Katma Protokol'ün 41/1. maddesinden yararlanmaları için vize sahibi olmalarını aramamıştır.

Sonuç olarak bütün bu açıklamaların ışığında Divan, üye ülke tarafından kendi adlarına iş kurmak isteyen Türk vatandaşları için getirilen, Katma Protokol'ün yürürlüğe girdiği tarihte mevcut olmayan, yerleşme hakkına dair maddi ve/veya usuli kısıtlayıcı şartların Katma Protokol'ün 41/1. maddesinde yer alan düzenleme ile yasaklandığına hükmetmiştir.

IV- C-228/06 MEHMET SOYSAL VE İBRAHİM SAVATLI KARARI⁵¹

ATAD'ın 17 Şubat 2009 tarihli kararı, Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı adlı Türk vatandaşlarının, Almanya'ya giriş için yaptıkları vize başvurusunun reddi üzerine Berlin İdare Mahkemesi'nde (Verwaltungsgericht Berlin) açtıkları davanın, temyiz edildiği Berlin-Brandenburg Üst İdare Mahkemesi (l'Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg) tarafından AT Antlaşması'nın 234. maddesi altında düzenlenen ön karar usulü uyarınca ATAD'a iletilmesi üzerine alınmıştır. Berlin-Brandenburg Üst İdare Mahkemesi, ATAD'ın Mehmet Sosyal ve İbrahim Savatlı'nın vize şartına ilişkin olarak Katma Protokol'ün 41/1 maddesinin yorumlanmasını istemiştir.

a) Dava Konusu

Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı, uluslararası taşımacılık yapan bir Türk şirketinde kamyon şoförü olarak çalışmaktadır. 2000 yılına kadar Almanya'ya giriş vizesi alırken, 2001–2002 yılları arasında vize başvuruları Almanya'nın İstanbul Başkonsolosluğu tarafından reddedilmiştir. Alman makamları red gerekçesi olarak başvuru sahiplerinin şoförlüğünü yaptıkları kamyonların Almanya'da kayıtlı bir Alman şirketine ait olduğunu tespit edildiğini, önceki tarihlerde başvuru sahiplerine Türkiye'de kayıtlı olan ve Almanya'da hizmet sunan kamyonların şoförleri olarak vize verildiğini göstermişlerdir.

Bunun üzerine Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı, Berlin İdare Mahkemesi'nde Birleşik Almanya Cumhuriyeti aleyhine vize başvurularının reddedilmesine ilişkin dava açmışlardır. Davalarında, Katma Protokol'ün 41/1. maddesinde yer alan “standstill” hükmüne dayanarak, kamyon şoförleri olarak uluslararası mal taşıdıklarından “hizmetlerin serbest edimi” kapsamında Almanya'ya vizesiz girme hakları olduğunu ileri sürmüşlerdir. “Standstill” hükmüne göre, hizmet sunma amacıyla Alman topraklarına girmek isteyen Türk vatandaşlarına getirilen şartların Katma Protokol'ün Almanya için yürürlüğe girdiği 1 Ocak 1973'de uygulanan şartlardan daha ağır olmaması gerekmektedir. Nitekim bu tarihte uluslararası taşımacılık işinde çalışanlara vize uygulanmamaktadır. Vize zorunluluğu 1980 yılında getirilmiştir. Ayrıca “stands-

⁵¹ C-228/06 Mehmet Soysal and Ibrahim Savatli v Bundesrepublik Deutschland, Judgment of the Court (First Chamber) of 19 February 2009; kararın Fransızca metni için bkz. C-228/06 Mehmet Soysal Ibrahim Savatli contre Bundesrepublik Deutschland, (19 février 2009).

till” hükmü, 1973 yılından sonra kabul edilen 539/2001 nolu tüzük⁵²⁻⁵³ ile getirilen vize şartında önce gelmektedir.

Berlin İdare Mahkemesi 3 Temmuz 2002 tarihli kararı ile Soysal ve Savatlı'nın davasını reddetmiş, bunun üzerine davacılar kararı bir üst yargı makamı olan Berlin-Bradenburg Üst İdare Mahkemesi'nde temyiz etmişlerdir. Üst İdare Mahkemesi önüne gelen davanın sonuçlanmasının Katma Protokolün 41/1. maddesinin yorumuna bağlı olduğu kararını vermiş, yargılamayı askıya almış ve ön karar vermesi için ATAD'a yönlendirmiştir.

b) Berlin-Bradenburg Üst İdare Mahkemesi'nin Kararı

Berlin-Bradenburg Üst İdare Mahkemesi Soysal ve Savatlı'nın açtığı dava ile ilgili olarak ATAD'ın iki soruya cevap vermesini istemiş ve bu soruların cevaplarını bekletici mesele yapmıştır. Ancak sorulara geçmeden önce davacıların hukuki durumu hakkında iki tespitte bulunmuştur. Bu tespitlerin ilki, Soysal ve Savatlı'nın Almanya'da yasal olarak hizmet sunan Türkiye'de kurulu bir şirket adına kamyon şoförü olarak çalıştığı, kamyonların adına kayıtlı olduğu Alman şirketi adına çalışmadıklarıdır. Kaldı ki, Alman şirketi adına iş görürken bile davacılar özellikle işe ilişkin talimatları veren Türk işverenleridir. Bu nedenle, yürüttükleri faaliyet Katma Protokolün 41/1. maddesi kapsamındadır. İkinci tespit, Katma Protokolün imzalandığı dönemde Almanya'da uluslararası taşımacılık işi ile uğraşan Türk işçilerinin ülkeye vizesiz giriş hakkına sahip olmasıdır. Belirtildiği gibi Alman hukukunda vize şartı 1 Temmuz 1980 yılından sonra getirilmiştir.

Berlin-Bradenburg Üst İdare Mahkemesi'nin davacıların hukuki durumuna ilişkin yaptığı bu iki tespitin yanında, ATAD'ın Katma Protokolün 41/1. maddesi hakkında verdiği kararlara ilişkin soru niteliğinde iki de değerlendirmesi olmuştur. Mahkeme ilk olarak ATAD'ın vize şartının ulusal hukuk düzenlemelerine mi yoksa Topluluk hukuku düzenlemelerine göre mi ele alınacağı konusunda bir içtihat vermemiş olmasını Katma Protokolün 41/1. maddesi anlamında hizmet sunma özgürlüğüne getirilen “yeni bir kısıtlama” olarak tanımlamıştır. İkinci olarak Divan'ın maddede yer alan “standstill”

⁵² Council Regulation (EC) No 539/2001, 15 March 2000; Vatandaşları dış sınırlardan geçişte vize bulundurmamak zorunda olan üçüncü ülkelerin ve vatandaşları bu zorunluluktan muaf olan üçüncü ülkelerin listesini içeren 15 Mart 2001 tarihli Konsey Tüzüğü (EC) (AT) 539/ 2001.

⁵³ AT Antlaşması'nın 249. maddesinde belirtildiği üzere tüzük genel kapsamlıdır. Bütün unsurları ile bağlayıcıdır ve bütün üye Devletlerde doğrudan uygulanır.

hükmüne ilişkin yorumunun, üye ülkelerin “genel yasama yetkisini” engeller nitelikte olmaması gerektiğini dile getirmiştir.

Mahkemeye göre, üye ülkelerin Türk vatandaşlarının durumunu bir şekilde etkileyebilecek düzenlemeleri, Katma Protokol’ün 41/1. maddesinde yer alan “standstill” hükmüne göre oluşturması üye ülkelerin “genel yasama yetkisini” tıkar. Ayrıca 41/1. maddesinin kaleme alınış biçiminden “standstill” hükmünün sadece üye ülke düzenlemeleri için değil, ikincil Topluluk mevzuatı kapsamında getirilen düzenlemeler için de geçerli olduğu anlamı çıkmakla birlikte, ATAD bu konuda henüz bir karar vermemiştir.

Bu tespit ve değerlendirmelerin ardından, Berlin İdare Mahkemesi’nin ön karar vermesi için ATAD’a yönelttiği iki soru ise şöyledir:

- 1- Katma Protokol’ün 41/1. maddesi, Almanya’da kayıtlı bir kamyonun şoförü olarak bir Türk işletmesi adına uluslararası taşımacılık işinde çalışan Türk vatandaşına, Katma Protokol’ün yürürlüğe girdiği tarihte Almanya’ya vizesiz girmesine izin verilmesine karşın, Aufenthaltsgesetz’in 4(1) ve 6. paragrafları ile 539/2001 sayılı Tüzüğü’nün 1(1) maddesi kapsamında Almanya’ya girmek için Schnengen vizesine sahip olmak zorunda ise, bu durum hizmet sunma özgürlüğüne getirilen bir kısıtlama şeklinde yorumlanabilir mi?
- 2- İlk soruya verilen cevap “Evet” ise; Katma Protokol’ün 41/1. maddesi birinci soruda bahsi geçen Türk vatandaşlarının Almanya’ya girmek için vizeye gerek duymadığı anlamına gelen şekilde mi yorumlanmalıdır?

c) ATAD’ın Yargı Yetkisi

Davada Alman Hükümeti, Berlin-Brandenburg Üst İdare Mahkemesi’nin ATAD’a yönlendirdiği ön karar talebinin “kabul edilmez” olduğunu iddia etmiştir. İddiaya göre, her ne kadar Üst İdare Mahkemesi’nin yönelttiği sorular AT Antlaşması’nın IV. Başlığının Üçüncü Bölümüne dayanılarak çıkarılmış bir Konsey tüzüğü’nün geçerliliği konusunda olsa da, Mahkeme AT Antlaşması’nın 68(1) maddesinde⁵⁴ belirtildiği şekilde ulusal hukukta kararla-

⁵⁴ 68. Madde, AT Antlaşması’nın “Vize, Sığınma, Göç ve Kişilerin Serbest Dolaşımına İlişkin Diğer Politikalar” adı taşıyan IV. Başlık altında düzenlenmektedir. 68(1) maddesine göre; AT Antlaşması’nın 234. maddesi 68. Madde altında düzenlenen durum ve koşullarda IV. Başlığa uygulanır. IV. Başlığın yorumlanması ve bu Başlığa dayanılarak kurumlar (Topluluk kurumları) tarafından çıkarılan tasarrufların geçerliliği veya yorumuna ilişkin bir

rına karşı yargı yolu olmayan bir mahkeme olmadığından söz konusu maddeye göre Divan yetkili değildir.

ATAD yetkisi üzerine yapılan itirazı, Üst İdare Mahkemesi tarafından yöneltilen soruların açık ve diğer konuları dışarıda bırakacak şekilde Türkiye ile AT arasındaki Ortaklık Hukuku'nun, daha spesifik olarak Katma Protokol'ün 41/1. maddesinin yorumlanması ile ilgili olması, bu nedenle davanın AT Antlaşması'nın 234. maddesi uyarınca Divan önüne getirilmesinin geçerli olması gerekçesiyle reddetmiştir. Ulusal mahkeme'nin AT Antlaşması'nın 68(1) maddesinde ifade edilen mahkemeler arasında yer almıyor olmasının konuyla bir alakası yoktur ve Divan ulusal mahkeme tarafından yöneltilen soruları ele almaya yetkilidir.

d) ATAD'ın Hükümü

ATAD, somut olay ile ilgili ilk değerlendirmesinde, Berlin-Brandenburg Üst İdare Mahkemesi'nin Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı'nın taşımacılık işi faaliyetlerinin tamamen yasal ve Katma Protokol'ün 41. maddesi kapsamında olduğu tespitinde hemfikir olduğunu belirtmiştir. Ardından Abdülnasır Savaş, Eran Abatay ve Diğerleri-Nadi Şahin, Veli Tüm ve Mehmet Darı kararlarında olduğu gibi, Katma Protokol'ün 41/1. maddesinin akit taraflar için eylemde bulunmamaya kadar varan bir yasal yükümlülük ifade eden; açık, kesin ve koşulsuz olarak tek anlama gelen bir "standstill" hükmü ortaya koyduğunu; doğrudan etkisi olduğunu, bu nedenle 41/1. maddesi kapsamına giren Türk vatandaşlarının üye ülkelerin ulusal mahkemelerinde bu maddeden kaynaklanan haklarını ileri sürebileceğini; somut olayda Katma Protokol'ün 41/1. maddesinde düzenlenen "standstill" hükmünün, Türkiye'de kurulmuş ve Almanya'da hizmet veren işletmenin Türk çalışanları Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı için ulusal mahkemeler önünde ileri sürebilecekleri haklar doğurduğu açıklamıştır.

Ne var ki, üye ülkenin topraklarına girme ve yerleşme hakkı ile yerleşme hakkının doğal sonucu olan ikamet hakkı veya hizmet sunma özgürlüğü bu haklar kapsamında değildir. "Standstill" hükmü Türk vatandaşlarına genel olarak, ilgili üye ülke topraklarında sözü edilen ekonomik özgürlüklerden yararlanmasına ilişkin, Katma Protokol'ün bu üye ülkede yürürlüğe girdiği

sorun, ulusal hukuka göre kararlarına karşı kanun yolu kapalı olan bir üye Devlet mahkemesinde ileri sürüldüğünde, bu mahkeme kendi kararını vermek için konuya ilişkin bir ön karara gerek duyarsa, Adalet Divanı'ndan bu konuda karar vermesini talep eder.

tarihte kendisi için geçerli olan şartlardan daha ağır şartlar getirme amacı ya da etkisi olan herhangi bir yeni düzenleme yapılmamasını sağlamaktadır.

Bu açıklamalardan sonra ATAD, Almanya'da hizmet sunan bir Türk işletmesinin çalışanlarının çalışma izinlerine dair verdiği Eran Abatay ve Diğerleri-Nadi Şahin kararındaki hükmünün dava için de geçerli olduğunu ifade etmiştir. Buna göre, nasıl ki Protokol'ün 41/1. maddesi Türk vatandaşlarına Katma Protokol'ün Almanya için yürürlüğe girdiği 1 Ocak 1973 tarihinde yürürlükte olmayan bir çalışma izni şartı getirilmesini engellemekte ise, Türk vatandaşlarının ülkeye giriş ve iş kurmasına ilişkin düzenlemelerin maddi ve/veya usul şartlarına getirilecek her türlü yeni kısıtlamayı aynı şekilde engellemektedir.

Katma Protokol'ün Almanya için yürürlüğe girdiği 1 Ocak 1973 tarihinde uluslararası taşımacılık yapan bir Türk girişimci için çalışan Türk vatandaşları hizmet sunma amacıyla Alman topraklarına vize almadan girme hakkına sahipken, 1 Temmuz 1980 yılında getirilen "yabancılar kanunu" ile bu türlü faaliyetlerde bulunmak isteyen Türkiye gibi üçüncü ülke vatandaşlarına vize zorunluluğu getirilmiştir. 1 Ocak 2005'te bu kanunun yerine "Aufenthaltsgesetz" yürürlüğe girmiştir. Aufenthaltsgesetz, bir ikincil hukuk düzenlemesi olan 539/2001 nolu tüzüğünde⁵⁵ yer alan düzenlemeleri hayata geçiren bir ulusal düzenlemedir. Divan, kararında Schengen vizesi uygulamasının, Aufenthaltsgesetz Paragraf 4(1) ve 6(2)'de olduğu gibi, Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı'nın konumunda bulunan Türk vatandaşlarına Almanya için Katma Protokol'ün yürürlüğe girdiği tarihte uygulanan koşullara kıyasla bir takım avantajlar sağladığını doğrulamıştır. Şöyle ki, önceki düzenlemeler Türk vatandaşlarına sadece Alman toprakları ile sınırlı bir giriş hakkı verirken, Aufenthaltsgesetz'in 6(2) paragrafı altında düzenlenen bir vize, Schengen ülkelerinde dolaşım hakkı vermektedir.

Her ne kadar Schengen vizesi uygulaması Türk vatandaşlarına bir takım avantajlar sağlamış olsa da Divan, Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı gibi Katma Protokol kapsamında bir üye ülke topraklarında hizmet sunma özgürlüğünden yararlanma niyetinde olan Türk vatandaşlarına vize şartı getirilmesinin bu özgürlükten etkin bir şekilde yararlanılmasını engellediği sonucuna varmıştır. Özellikle böyle (vize de olduğu gibi) sınırlı bir süre için ge-

⁵⁵ 539/2001 nolu tüzük giriş kısmından anlaşılacağı gibi Avrupa Topluluğu 62(2)(b)(i) maddesine dayanarak "özgürlük, güvenlik ve adalet" alanında yapılmış bir yan düzenlemedir. Bkz. C-228/06 Mehmet Soysal İbrahim Savatlı kararı, paragraf, 53

çerli olan bir iznin alınması için getirilen idari yükümlülükler ile tekrar tekrar ortaya çıkan ek parasal yükümlülükler engelleyici niteliktedir. Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı'nın vize başvurusunun reddedilmesi böyle bir ulusal düzenlemenin hizmet sunma özgürlüğünü engellediğine örnektir.

Bu nedenlerle ATAD'a göre, 1 Ocak 1973 tarihinde mevcut olmayan ve Türk vatandaşlarına vize şartı getiren 1 Ocak 2005 tarihli Aufenthaltsgesetz (Paragraf 4(1) ve 6(2))'in, Türk vatandaşlarının en azından Katma Protokol tarafından güvence altına alınan ekonomik özgürlüklerini, Protokol'ün Almanya için yürürlüğe girdiği tarihteki şartlardan daha ağır şartlara tabi olması etkisini doğurmaktadır. Bu şartlar altında, söz konusu bu düzenleme (Aufenthaltsgesetz Paragraf 4(1) ve 6(2)) Türkiye'de ikamet eden Türk vatandaşlarının Almanya'da hizmet sunma özgürlüğüne Katma Protokol'ün 41/1 maddesi anlamında "yeni bir sınırlama" oluşturmaktadır.

Aufenthaltsgesetz düzenlemelerinin Katma Protokol'ün 41/1. maddesine aykırı olmakla birlikte bir ikincil Topluluk hukuku düzenlemesi olan 539/2001 nolu tüzüğü uyarınca çıkarılmış olmasına gelince; ATAD ikincil Topluluk hukuku düzenlemelerine karşı Topluluk tarafından kabul edilen uluslararası antlaşmaların üstünlüğünün, bu hükümlerin olabildiğince uluslararası antlaşmalara uygun yorumlanması demek olduğunu hatırlatmakla yetinmiştir.

Son olarak, Berlin-Brandenburg Üst İdare Mahkemesi tarafından ileri sürülen, Katma Protokol'ün 41/1. maddesinde yer alan "standstill" hükmünün üye ülkelerin genel yasama yetkisini engellediğine dair görüşünü kabul edilemez bulmuştur. Divan'a göre, Türk vatandaşları ile Topluluk vatandaşları için aynı şekilde geçerli olacak kurallar kabul edilmesi "standstill" hükmü ile tutarsız değildir. Ancak bu kuralların Topluluk vatandaşlarına uygulanıp, Türk vatandaşlarına uygulanmaması ve bunun sonucunda Türk vatandaşları lehine ayrıcalıklı bir durum çıkması halinde Katma Protokol'ün Türkiye Cumhuriyeti'nin üye ülkelerin birbirlerine tanıdıklarından daha ayrıcalıklı bir muamele görmesine izin vermeyen 59. maddesine aykırılık söz konusu olacaktır.

Yukarıda yer alan bütün bu değerlendirmelerin ışığında Divan, Katma Protokol'ün 41/1. maddesinin Berlin-Brandenburg Üst İdare Mahkemesi'nde davayı temyiz eden Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı adlı Türk vatandaşları gibi "bir üye ülkeye Türkiye'de kurulmuş bir işletme adına hizmet sunma amacıyla girmek isteyen Türk vatandaşları için, Katma Protokol'ün yürürlüğe girdiği tarihte uygulanmayan bir vize şartı getirilmesini engeller" şeklinde yorumlanması gerektiğine hükmetmiştir.

V- C-228/06 MEHMET SOYSAL VE İBRAHİM SAVATLI KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

ATAD'ın Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı'ya ilişkin verdiği karar Abdülnasır Savaş, Eran Abatay ve Diğerleri-Nadi Şahin, Veli Tüm ve Mehmet Darı kararlarının devamı niteliğindedir. Divan önceki içtihatlarında olduğu gibi, Ankara Antlaşması, Katma Protokol ve Ortaklık Konseyi kararlarının Topluluk Hukuku'nun bir parçası olduğunu; açık, kesin ve koşulsuz nitelikteki hükümlerinin doğrudan etkisi olduğunu; bununla birlikte Ortaklık mevzuatının Türk vatandaşları için bir üye ülkeye girme, yerleşme, çalışma, hizmet sunma anlamında maddi haklar yaratmadığını; ülkeye giriş, yerleşme ve çalışma koşullarının münhasıran ilgili üye devletin yasama yetkisi altında olduğu; ancak Katma Protokol'ün 41/1. maddesinin üye ülkeler için ilgili ülkede yürürlüğe girdiği tarihteki mevcut şartları ağırlaştırıcı nitelikte yeni düzenlemeler getirmelerini engellediğini; Türk vatandaşlarının bu şekilde Katma Protokol'ün 41/1. maddesinde yer alan haklarını üye ülkelerin ulusal mahkemelerinde doğrudan ileri sürebileceğini bir kez daha açıklamıştır.

Divan Abdülnasır Savaş kararında İngiltere'nin bir Türk vatandaşının vizesi dolduktan sonra kalmaya devam etmiş olması halinde de yerleşme hakkına Katma Protokol'ün yürürlüğe girdiği tarihte uygulanan koşullardan daha ağır şartlar taşıyan koşullar getiremeyeceğine; Eran Abatay ve Diğerleri-Nadi Şahin kararında Almanya'nın hizmet sunmak isteyen Türk vatandaşlarına Katma Protokol'ün yürürlüğe girdiği tarihte olmayan bir çalışma izni şartı getiremeyeceğine; Veli Tüm ve Mehmet Darı kararlarında yine İngiltere'nin Türk vatandaşlarının yerleşme hakkına Katma Protokol'ün yürürlüğe girdiği tarihte mevcut olmayan kısıtlayıcı maddi ve/veya usul şartları getiremeyeceğine hükmetmiştir.

Ancak önceki kararlarından farklı olarak Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı kararında Türk vatandaşlarına uygulanan vize şartı kendisine açık bir şekilde soru olarak yöneltilmiş olduğundan Türk vatandaşlarına bir üye ülkeye ilk girişde uygulanan vize rejimini doğrudan ele almıştır. Buna göre bir Avrupa Birliği ülkesine yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımı kapsamında iş kurma veya hizmet sunma amacıyla gitmek isteyen Türk vatandaşlarına, ilgili ülke için Katma Protokol'ün yürürlüğe girdiği 1 Ocak 1973 tarihinde olmayan bir vize şartı getirilmesine, Katma Protokol'ün 41/1. maddesinde düzenlenen "standstill" hükmü engel oluşturmaktadır. Somut olayda, bir Türk şirketi adına Almanya'ya hizmet vermek amacıyla gitmek isteyen kamyon şoförlerine vize uygulanması Katma Proto-

kol'ün 41/1. maddesine aykırı bulmuştur. Berlin-Bradenburg Üst İdare Mahkemesi meseleyi Divan'ın bu hükmüne göre ele alacaktır. Almanya'nın da karar doğrultusunda iç hukuk düzenlemelerinde değişikliğe gitmesi gerekmiştir.

a) Kararın Almanya İçin Etkisi

Almanya'nın Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı kararı ardından sergilediği yaklaşıma geçmeden önce Avrupa Birliği ülkelerinin AT Antlaşması gereği, Antlaşma'dan veya Topluluk kurumlarının tasarruflarından doğan yükümlülüklerini yerine getirmekten sorumlu olduklarını hatırlatmak isteriz⁵⁶. Birlik ülkelerinin bu sorumluluğu, Topluluk Hukuku çerçevesinde çıkarılan yasal düzenlemeler kadar, Topluluğun üye olmayan üçüncü ülkeler ile yaptığı uluslararası antlaşmaları da kapsamaktadır⁵⁷. Topluluk, üçüncü ülkeler ile uluslararası anlaşma imzalama yetkisini AT Antlaşması'nın 310. maddesinden alır⁵⁸. Üye devletler de 310. maddeye dayanılarak yapılmış bu tip anlaşmalar karşısında hem üçüncü devletlere karşı yükümlülük üstlenirler, hem de Topluluk Hukuku'nun bir parçası haline gelen anlaşmanın uygulanmasını bir topluluk yükümlülüğü olarak yerine getirmek zorundadırlar⁵⁹. Türkiye ile AT arasında yapılan Ankara Antlaşması "karma" terimi ile nitelendirilen ve bu şekilde üye devletler üzerinde yükümlülükler doğuran bir uluslararası antlaşmadır⁶⁰. Dolayısıyla üye ülkeler Ankara Antlaşması'ndan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmekle sorumludurlar. Ne var ki, Avrupa Birliği'nde üye ülkeleri bu sorumluluklarını yerine getirmeye zorlayacak bir yaptırım mekanizması yoktur.

Ancak AT Antlaşması'nın 220. maddesi ATAD'a Antlaşma'nın "yorumlanmasında ve uygulanmasında" hukuka uyulmasını sağlama görevini vermiştir. "Hukukun üstünlüğü" Avrupa Birliği'nin üzerine kurulduğu prensiplerden biridir⁶¹ ve ATAD, Topluluk Hukuku'na uygunluğu denetlemek ile hukukun

⁵⁶ AT Antlaşması, Madde 10.

⁵⁷ AT Antlaşması, Madde 300 (7).

⁵⁸ AT Antlaşması'nın 310. maddesi Topluluğun " bir veya daha fazla Devlet veya uluslararası örgütler ile karşılıklı hak ve yükümlülükler, ortak faaliyetler ve özel usuller belirleyen bir ortaklık kuran antlaşma" yapabileceğini düzenlemiştir.

⁵⁹ Ayşe Işıl Karakaş, Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus Devlet Egemenliği, Der Yayınları, İstanbul, 1993, syf. 82.

⁶⁰ Saadet Yüksel, Avrupa Birliği'nde İşçilerin Serbest Dolaşımı ve Türk İşçilerinin Statüsü, Arkan, İstanbul, 2007, syf.55.

⁶¹ Avrupa Birliği Kurucu Antlaşması, Madde 6.

üstünlüğünün Birlik içinde hayata geçirilmesinde üzerine düşen sorumluluğu yerine getirmektedir⁶². Divan'ın bir üye ülkenin Topluluk Hukuku'na aykırılığına ilişkin karar vermesi halinde, üye ülke kararın uygulanması için gereken önlemleri almakla yükümlüdür⁶³. Bu durumda Almanya'nın vize rejimini, Katma Protokol kapsamında iş kurma veya hizmet sunma amacıyla gelmek isteyen Türk vatandaşlarına ilişkin olarak, ATAD'ın Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı kararında yaptığı hukuki açıklamalara göre gözden geçirmesi ve iç hukukunda yeni düzenlemeler getirmesi gerekir. ATAD'ın kararında Protokol'ün 41. maddesi kapsamında hizmet sunmak isteyen Türk vatandaşlarına getirilen vize şartını açıkça mevcut durumu ağırlaştırıcı bulmuş ve 41/1. maddesi ile engellendiğine hükmetmiş olduğundan yola çıkarak Almanya'nın kararın kapsamına giren Türk vatandaşlarına uyguladığı vize şartını kaldırması beklenecektir.

Almanya aşağıda ele alacağımız gibi, Türk vatandaşlarına uygulanan vize kuralları konusunda iç hukukunda yeni düzenlemeler getirmiştir. Yanlış bu düzenlemelere ve bu düzenlemelerin geliş sürecine geçmeden önce burada bir parantez açıp antlaşmalara uyulmasını sağlama yetkisinden ötürü pek çok yazar tarafından "antlaşmaların bekçisi"⁶⁴ olarak adlandırılan Avrupa Komisyonu'nun bir üye ülkenin AT Antlaşması'ndan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmediği kanısına varması halinde ATAD'a başvurabileceğini belirtmek isteriz.

Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı kararının 19 Şubat 2009 tarihinde açıklanmasının ardından Almanya'nın sesiz kaldığını, bir süre kararının uygulanmasına değin bir açıklamada veya girişimde bulunmadığını görüyoruz. Hatta bu sesizliğin üzerine Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı davası avukatı Dr.Rolf Gutman ATAD'ın kararını uygulamadığı gerekçesi ile Alman İçişleri Bakanı hakkında suç duyurusunda bulunduğunu açıklamıştır. Gutman ayrıca kararın uygulanmasına ilişkin Alman Konsoloslukları ve Elçiliklerine verilmek üzere dilekçe verdiğini de yine aynı açıklamasında kamu-

⁶² Anthony Arnall, "The Community Courts", European Union Politics, Edited by Michelle Cini, Oxford, New York, 2005, syf. 179, 188.

⁶³ AT Antlaşması, Madde 228.

⁶⁴ Bkz. Ercüment Tezcan, Avrupa Birliği Kurumlar Hukuku, Beta, İstanbul, 2001 syf. 86; Morten Egeberg, "The European Commission", European Union Politics, Edited by Michelle Cini, Oxford, New York, 2005, syf. 133; Nicolas Moussis, Guide des politiques de l'Europe, 5ème édition, éditions Mois, Pedone, 2001, syf. 32; Louis Cartou, Jean-Louis Clergerie, Annie Gruber, Patrick Rambaud, L'Union européenne, 6e édition, Dalloz, Paris, 2006, syf. 130.

oyuna duyurmuştur. Dilekçelerin cevapsız kalması halinde Berlin İdare Mahkemesinde dava açılacağını da ifade etmiştir⁶⁵.

Nitekim Almanya Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı kararının ardından sevizliğini ilk kez 6 Mayıs 2009'da, Türk kamyon şoförleri, montaj işçileri ve ticari amaçlı olarak Almanya'ya gelmek isteyen bilim insanı, sporcu ve sanatçıların vizeden muaf tutulacaklarını duyurarak bozmuştur⁶⁶. Türk vatandaşlarının vize düzenlemesine ilişkin bu karar basında da yankı bulmuştur⁶⁷. Almanya söz konusu kararı Federal İçişleri Bakanlığı tarafından, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Eyalet İçişlerine Bakanlıkları'na gönderdiği genelgeyle bildirmiştir. Yapılan açıklamalarda Brüksel'e de kopyası gönderildiği bildirilen 6 Mayıs 2009 tarihli bu genelgenin, diğer Avrupa Birliği hükümetleri ile fikir alışverişinde bulunularak çıkarıldığı ve uyulmasının zorunlu olduğu bildirilmiştir⁶⁸. Genelgenin duyurulmasından itibaren 5 Haziran 2009 tarihine kadar konu hakkında resmi bir açıklama yapılmamış ve mevcut vize sınır rejimi uygulaması devam etmiştir. Bu tarihte, Almanya Ankara Büyükelçiliği'nin sitesinde yayınladığı bildiri ile ATAD'ın Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı davasında verdiği karar doğrultusunda idari uygulamasında değişiklik yaptığını resmen duyurmuştur.

Almanya'nın 19 Şubat 2009 tarihli karar doğrultusunda idari uygulamasında yaptığı değişiklikler "bir hizmet verme amacıyla ülkeye gitmek isteyen Türk vatandaşlarına vizesiz giriş yapma imkanı" vermeyi amaçlamaktadır.

65 Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, "Vize Konusunda Haksız, Ortaklık Hukukuna Aykırı Bir Uygulama İle Karşı Karşıyayız", http://www.tobb.org.tr/haber_arsiv2.php?haberid=2403,14/04/2009.

66 "AB-Türkiye", Brüksel'de Bir Hafta, Türk İşadamları Derneği Avrupa Birliği Temsilciliği Haftalık Bülten, 2009/20, 18 Mayıs 2009, syf. 2.

67 "Muafiyet forumları hazır vizesiz Almanya kapısı açıldı", Hürriyet Gazetesi, 30 Mayıs 2009, syf. 19; "Germany exempts certain visa requirements", [http://www.europeanunionplatform.org/2009/05/25/germany-exempts-certain-visa-requirements/,\(04/06/2009\)](http://www.europeanunionplatform.org/2009/05/25/germany-exempts-certain-visa-requirements/,(04/06/2009)); "Almanya'dan Türklere Vize de yeni düzenleme", [http://www.cnnturk.com/2009/dunya/05/30/alman-yadan.turklere.vizede.yeni.duzenleme/528793.0/, \(04/06/2009\)](http://www.cnnturk.com/2009/dunya/05/30/alman-yadan.turklere.vizede.yeni.duzenleme/528793.0/, (04/06/2009)); "Profesyonel Türklere vizesiz Almanya", [http://www.radikal.com.tr/Default.aspx?aType=RadikalHaberDetay&Date=&ArticleID=936008,\(04/06/2009\)](http://www.radikal.com.tr/Default.aspx?aType=RadikalHaberDetay&Date=&ArticleID=936008,(04/06/2009)).

"Sanatçı, bilim adamı ve sporcu Avrupa'ya vizesiz gidebilecek", [http://www.turkishforum.com.tr/tr/content/2009/05/14/sanatci-bilim-adami-ve-sporcu-avrupa%E2%80%99ya%E2%80%99vizesiz%E2%80%99-gidebilecek/,\(04/06/2009\)](http://www.turkishforum.com.tr/tr/content/2009/05/14/sanatci-bilim-adami-ve-sporcu-avrupa%E2%80%99ya%E2%80%99vizesiz%E2%80%99-gidebilecek/,(04/06/2009)).

68 "AB-Türkiye", Brüksel'de Bir Hafta, Türk İşadamları Derneği Avrupa Birliği Temsilciliği Haftalık Bülten, 2009/20, 18 Mayıs 2009, syf. 2.

İlgili düzenlemede, vizesiz giriş imkanından yararlanacak Türk vatandaşları iki grupta sunulmuştur. Birinci grupta yer alanlar, sınır aşanlar; yük taşımacılığında sürücü personel; gemi veya uçakta görevli mürettebat ile yurtdışındaki işveren adına teslimatı yapılmış sistem ve makinelerin montajını, bakımını ve tamir işlerini yapmakla görevli kişilerdir. İkinci grupta yer alanlar, sanatsal açıdan çok önemli değeri olan bir sunum veya gösteri yapacak (uluslararası düzeyde tanınan sanatçı ve sanatçı grupları, ki bu kişilerin sunumu veya gösterisi uluslararası bir mukayese yapıldığında diğerlerinden çok üstün olmalı) olanlar; bilimsel açıdan çok önemli değeri olan bir sunum veya gösteri yapacak olanlar veya sportif amaçlı gösteri yapacak (sadece geçimini ağırlıklı olarak bu isten kazanan profesyonel sporcular) Türk vatandaşları olarak tanımlanmıştır.

Getirilen yeni düzenlemeye göre, Almanya'ya vizesiz giriş sadece yukarıda geçen bu şartları taşıyanlar için söz konusudur. Bu koşulları taşımayanların vize alması gerektiği gibi, koşulları taşıyanların vizesiz seyahatları ile bağlantılı başka bir amaç için Almanya'da kalmaları halinde vize almaları gerekecektir. Her şart altında Almanya'ya vizesiz giren Türk vatandaşlarının Almanya'da iki aydan fazla kalmamaları, aynı zamanda Türkiye'deki ikametgahlarını korumaları gerekmektedir. Ayrıca vizesiz girişe ilişkin tüm bu uygulamalar sadece Almanya için geçerlidir diğer Schengen ülkelerini kapsamamaktadır.

Almanya'ya vizesiz girişe ilişkin düzenlemelerin açıklanmasının ardından, bundan yararlanmak isteyen Türk vatandaşlarına, özellikle giriş sırasında zaman alan kontrollerin yapılmasını önlemek amacıyla, seyahat öncesinde Almanya'nın yetkili dış temsilciliklerinden "*kendi rızalarıyla*", ücretsiz olarak verilecek olan vize muafiyetine dair bir belge almaları "*tavsiyeye*" edilmektedir. Belgeyi alma koşulu olarak geçerli bir T.C. Pasaport fotokopisinin ibrazı istenmiştir.

Pasaport fotokopisinin yanında, birinci guruba giren Türk vatandaşlarının, Türkiye'deki işverenden alınmak üzere Türk işveren ile iş ilişkisine ve Almanya'daki görevine dair yazı ile Almanya'da verilecek somut hizmete ilişkin belgeleri (belge asılları ve fotokopileri) ibraz etmeleri gerekmektedir. Yine pasaport fotokopisi ile birlikte ikinci guruba giren Türk vatandaşlarının, Türkiye'deki işleri (diploma, üyelik kaydı, lisans gibi) ve Almanya'daki görevlerine ilişkin teyit belgesi ile Almanya'da verilecek somut hizmet hakkında (etkinliğin türü, süresi, kişinin fonksiyonu, alacağı ücret veya hizmet karşılığı, varsa yapılmış sözleşme gibi) belgeleri ibraz etmeleri gerekmektedir. İbrahim edilen belgelerin açıklanan kriterlere uymaması veya eksik olması ha-

linde vize muafiyet belgesi verilmeyecektir. Başvuru “vize alınması zorunludur” ibaresiyle başvurucuya iade edilecektir⁶⁹. Vize muafiyet belgesi başvurusu Konsolosluk tarafından reddedilen bir kişi, çok yüksek bir ihtimal ile sınır denetimlerinde sorun yaşayacaktır.

ATAD’ın da kararlarında açıkça belirttiği gibi, her üye ülke topraklarına giriş, yerleşme ve çalışma koşullarını belirlemede münhasıran yetkisidir. Dolayısıyla Almanya’nın giriş koşullarına uygun bulunduğu şekilde düzenlemeler getirmesi çok normal bir durumdur. Burada dikkat çekici olan Katma Protokol’ün 41. maddesi kapsamında, bir hizmet verme amacıyla Almanya’ya vizesiz giriş yapma imkanının oldukça dar bir meslek gurubuna dahil Türk vatandaşlarına tanınmış olmasıdır. Üstelik vize muafiyeti, sayılan meslekleri icra edenlerin tamamı için de geçerli değildir. Örneğin sanatçıların ve bilim adamlarının, “çok önemli değeri olan bir sunum veya gösteri yapacak olması” gerekmektedir, sporcuların ise profesyonel sporcu olması şartı aranmıştır. Kaldı ki, bir sanatçının veya bilimadamının yapacağı sunum veya gösterinin hangi kriter ve şartlara göre “çok önemli değeri” olacağı, hangi “uluslararası mukayese”ye tabi tutulacağı tartışmaya açıktır. Tavsiye edilen vize muafiyet belgesine ilişkin işlemler de mutad vize başvurusu görüntüsü vermektedir⁷⁰.

Almanya gibi İngiltere de taraf olduğu Veli Tüm ve Mehmet Darı davasında ATAD’ın verdiği karar ardından idari uygulamasında değişiklikler yapmıştır. Buna göre İngiltere iş kurma amacıyla gelmek isteyen Türk vatandaşları ile halihazırda ülkede bulunup aynı amaçla kalma süresini uzatmak isteyen Türk vatandaşlarına 1973 yılında uygulanan koşullara uygun yeni başvuru koşulları getirdiğini duyurmuştur. Bu koşulların başvuruda bulunan Türk vatandaşlarının bakmakla yükümlü olduğu kişiler için de geçerli olduğu açıklanmıştır. Ancak başvuru sahiplerine giriş izni verilmesi için, kuracağı iş için belli aktif sahibi olduğu; payı oranında işten doğabilecek mükellefiyetleri karşılayabileceği; kazancı ile kendisinin ve bakmakla yükümlü olduğu ki-

69 “Almanya’ya vizesiz giriş yapabilmek için bazı meslek gruplarına kolaylık hakkında bilgi notu”, [http://www.ankara.diplo.de/Vertretung/ankara/tr/Startseite.html,\(05/06/20009\)](http://www.ankara.diplo.de/Vertretung/ankara/tr/Startseite.html,(05/06/20009)).

70 Nitekim Divan Mehmet Soysal ve İbrahim Savath kararında vize şartını ele alırken sınırlı bir süre için geçerli olan bir iznin alınması için getirilen idari yükümlülükler ile tekrar tekrar ortaya çıkan ek parasal yükümlülüklerin hizmetlerin serbest dolaşımını engelleyici nitelikte olduğunu söylemiştir. Vize muafiyet belgesi alınması tavsiye edilen bir belge olarak sunulduğundan yükümlülük kapsamına girmediği ileri sürülebilir. Ancak öte yandan, yine Alman makamları tarafından bu belgenin alınmaması halinde sınır denetimlerine zorluk yaşanacağı vurgulandığını ifade etmek isteriz.

şilerin geçimini sağlayabileceği gibi işin gerçekçiliğine ilişkin kanıtlar göstermesi gerekmektedir. Ayrıca başvuruda bulunanların hileli bir işlem ile İngiltere'ye girmemiş olmaları gerekmektedir⁷¹. ATAD'ın kararları doğrultusunda İngiltere ülkesinde iş kuracak Türk vatandaşları için düzenlemelerini değiştirirken, Almanya hizmet verme amacı ile ülkeye kısa süre için gelmek isteyen Türk vatandaşlarına ilişkin yeni düzenlemeler getirmiştir.

Son olarak, Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı kararının etkisinin burada noktalanmadığını ifade etmek isteriz. Almanya'nın, Katma Protokol'ün 41. maddesi kapsamında iş kurmak veya hizmet sunmak isteyen Türk vatandaşları ile sınırlı dahi olsa, vize şartını kaldırması halinde, Avrupa Komisyonu'nun bu konuda yekpare bir düzenleme getireceği ve diğer ülkelerin de vizeleri kaldırmaya başlayacağı Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı'ya ilişkin kararın verilmesinden önce de ileri sürülmekteydi⁷². Hatta kararın açıklanmasından sonra uluslararası bir sempozyumda karara istinaden oluşacak durum hakkında kendisine yöneltilen soru üzerine Prof. Kay Hailbronner, durumu “*artık Almanya'nın değil, Avrupa Birliği'nin sorunu*”⁷³ olarak değerlendirmiştir. Almanya'nın da 6 Mayıs 2009 tarihinde duyurduğu vize muafiyetine ilişkin genelgeyi diğer Avrupa Birliği hükümetleri ile fikir alışverişinde bulunularak çıkardığını açıklaması Prof. Hailbronner'i destekler niteliktedir.

b) Kararın Avrupa Birliği Ülkelerinde Etkisi

Bilindiği üzere Avrupa Birliği bir uluslararası yapılanma olmakla birlikte basit bir uluslararası örgüt değildir. Ülkelerin tek başlarına gerçekleştiremeyeceklerini düşündükleri konularda ortak hedefler koyan, güncel sorun-

⁷¹ Home Office, UK Border Agency, Staying in the United Kingdom as Turkish citizens who will be establishing business, [http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/ukresidency/citizensofturkey/turkishcitizen/\(06/05/2009\)](http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/ukresidency/citizensofturkey/turkishcitizen/(06/05/2009)).

“In Country Business Applications Under The Turkish-EC Association Agreement (ECAA)”, [http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/policyandlaw/IDs/idischapter6/\(06/05/2009\)](http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/policyandlaw/IDs/idischapter6/(06/05/2009)).

⁷² Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı ile Eran Abatay davası avukatı Dr.Rolf Gutman'ın görüşü için bkz.;Haluk Kabaalioğlu ve Roth Gutman,“*Ortaklık Anlaşması'nda Standstill Hükümünün Getirdiği Hareketlilik*”, İKV Yayınları, No:216, İstanbul, 2008, syf. 19.

⁷³ Kay Hailbronner'in konuşmacı olarak katıldığı, Eskişehir Anadolu Üniversitesi'nde, 15-16 Mayıs 2009 tarihleri arasında düzenlenen “Vatandaşlık, Yabancılar ve Göç Hukukundaki Güncel Gelişmeler; Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukuku Perspektifinden Karşılaştırmalı Bir Bakış” konulu Uluslararası Sempozyumdan aktarılmıştır.

ların çözülmesi için oluşturulmuş siyasal bir yapıdır. Bu amaçları gerçekleştirmek için kendi yönetim ve hukuk sistemini oluşturmuştur⁷⁴. ATAD'ın *Van Gend en Loos* kararında ifade ettiği şekliyle, AT Antlaşması üye ülkelerin bazı alanlarda egemenlik haklarını Topluluk lehine sınırladıkları yeni bir hukuk düzeni oluşturmaktadır⁷⁵.

İşte AT Antlaşması'nın 62. maddesi altında düzenleme bulan Avrupa Birliği'nin ortak vize politikası, oluşturulan bu ortak yönetim ve hukuk sisteminin bir parçasıdır. 539/2001 nolu tüzük 62. maddenin bir yan düzenlemesi olarak çıkarılmıştır ve tüm üye ülkeler için bağlayıcıdır. Almanya getirdiği yeni düzenlemelerde vizesiz giriş imkanını, sınır ötesi çalışanlar; Almanya'ya satılmış sistem ve makinalara teknik destek verenler; çok önemli ve değerli sunum veya gösteri yapacak sanatçılar, bilim insanları ve profesyonel sporcular ile çok sınırlı tutmuştur. Yine de Birliğin dış sınır geçişleri için geçerli ortak uygulamaları bozucu niteliktedir. Ortak vize politikasının çatlaması anlamına gelir.

Ayrıca ATAD Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı kararındaki yoruma göre, hizmetlerin serbest dolaşımı kapsamında Türk vatandaşlarına uygulanan vize şartı her ülke için ayrı ayrı incelenecektir. Şöyle ki; ATAD önceki üç kararında olduğu gibi bu kararda da Katma Protokol'ün 41/1. maddesinde düzenlenen "standstill" hükmünün bir üye ülkenin Türk vatandaşlarına uyguladığı vize şartına etkisini, Katma Protokol'ün ilgili o ülke için yürürlüğe girdiği tarihte Türk vatandaşlarına uyguladığı vize rejiminin esas alınarak belirleneceğine hükmetmiştir. Yani ilgili ülke için Katma Protokol'ün yürürlüğe girdiği tarih, bir *ratione temporis* şartı oluşturmaktadır⁷⁶. Bu tarih Katma Protokol'ün yürürlüğe girdiği tarihte AT üyesi olan ülkeler için 1 Ocak 1973, Avrupa Birliği/AT'ye bu tarihten sonra katılan ülkeler için Avrupa Birliği/AT'ye katıldıkları tarihtir.

Buna göre, Katma Protokol'ün yürürlüğe girdiği 1 Ocak 1973 tarihi, AT'nin altı kurucu üyesi; Fransa, Almanya⁷⁷, İtalya, Belçika, Hollanda ve Lüksemburg ile AT'nin ilk genişlemesi ile Topluluğa tam da 1 Ocak 1973 tarihinde katılan; İngiltere, Danimarka ve İrlanda için geçerlidir. Bu dokuz ülkenin

⁷⁴ Chalmers, Hadjiemmanuil, Monti, Tomkins, syf. 3.

⁷⁵ Chalmers, Hadjiemmanuil, Monti, Tomkins syf. 51.

⁷⁶ Bkz. Case C-6/05 *The Queen, on the application of Veli Tüm and Mehmet Darı v Secretary of State for the Home Department*, 20 September 2007, Parag. 55.

⁷⁷ 23 Kasım 1970 tarihinde AT'ye Batı Almanya olarak üyedir.

Türk vatandaşlarına ilişkin vize uygulamalarına baktığımızda, Almanya ve Fransa'nın 5 Ekim 1980; Belçika ve Lüksemburg'un 1 Kasım 1980; İtalya'nın 3 Eylül 1990; Hollanda'nın 5 Nisan 1996; İngiltere'nin 22 Haziran 1989; Danimarka'nın 1 Mayıs 1991 ve İrlanda'nın 10 Aralık 1989 tarihinde vize şartı getirdiğini görüyoruz.

Avrupa Birliği/AT'ye bu tarihten sonra katılan ülkelere ve Türk vatandaşları için vize uygulaması başlattıkları tarihlere baktığımızda ise; 1 Ocak 1981'de ikinci genişleme ile AT'ye katılan Yunanistan'ın 25 Nisan 1965; 1 Ocak 1986'de üçüncü genişleme ile AT'ye katılan İspanya'nın 1 Ekim 1991, Portekiz'in 24 Haziran 1991; 1 Ocak 1995'de dördüncü genişleme ile katılan Avusturya'nın 1 Ocak 1990, Finlandiya'nın 12 Mart 1976, İsveç'in 26 Şubat 1976; 1 Mayıs 2004'de katılan on ülkeden Çek Cumhuriyeti'nin 1 Ocak 1993, Macaristan ve Polonya'nın bağımsızlık tarihleri⁷⁸, Slovakya'nın 1 Ocak 1993, Estonya'nın 20 Ağustos 1991, Letonya'nın 21 Ağustos 1991, Litvanya'nın 11 Mart 1990, Slovenya'nın 31 Aralık 1999, Malta'nın 21 Aralık 2007⁷⁹; son olarak 1 Ocak 2007 katılan Bulgaristan'ın bağımsızlık tarihi ve Romanya'nın 1 Nisan 2004 tarihidir⁸⁰.

Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı kararından yola çıkarak, Katma Protokol'ün Avrupa Birliği üye ülkeleri için yürürlüğe girdiği tarihte Türk vatandaşlarına vize muafiyeti uygulayan; Almanya, Fransa, Belçika, Lüksemburg, İtalya, Hollanda, İngiltere, Danimarka, İrlanda, İspanya, Portekiz, Malta'nın topraklarına Katma Protokol'ün 41. maddesi kapsamında iş kurmak veya hizmet sunmak isteyen Türk vatandaşlarına vize şartı getirmemeleri, başka bir ifade ile halihazırda uygulanan vize şartını kaldırmaları gerekecektir. Diğer yandan Yunanistan, Avusturya, Finlandiya, İsveç, Çek Cumhuriyeti, Macaristan, Polonya, Slovakya, Estonya, Letonya, Litvanya, Slovenya, Bulgaristan, Güney Kıbrıs Rum Cumhuriyeti ve Romanya için aynı durum söz konusu olmayacaktır.

⁷⁸ Türk vatandaşlarına uygulamaya başladıkları vize tarihleri Dışişleri kayıtlarına "bağımsızlık tarihi" olarak geçen Polonya Macaristan ve Bulgaristan'ın bağımsızlıkları 2. Dünya savaşından öncedir.

⁷⁹ Güney Kıbrıs Rum Cumhuriyeti'nin Türk vatandaşlarına vize uygulaması söz konusu değildir; Malta Schengen Alanı'na katılımıyla birlikte tek taraflı olarak vize muafiyetini kaldırmıştır

⁸⁰ Avrupa Birliği üye ülkelerinin Türk vatandaşlarına vize uygulamaya başladıkları tarihler ile ilgili bilgi, 28/04/2009 tarihli başvuru üzerine Dışişleri Bakanlığı'ndan alınan aynı tarihli bilgi notundan aktarılmıştır.

Başka bir ifade ile toplam 27 üye ülkeden oluşan Avrupa Birliği'nde 12 ülke Katma Protokol'ün 41. maddesi kapsamında iş kurmak veya hizmet sunmak isteyen Türk vatandaşları için vize muafiyeti getirme yükümlülüğü altındayken, 15 üye ülke için böyle bir yükümlülük söz konusu olmayacaktır. Bu da Avrupa Birliği'nde uygulanan ortak vize politikasının bir başka açıdan parçalanması anlamına gelir.

Elbette üye ülkelerin bu yükümlülükleri hayata nasıl geçirecekleri her ülkenin kendi yasama konusudur. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, ATAD dört kararında da ülkeye giriş, yerleşme ve çalışma koşullarının münhasıran ilgili üye ülkenin yasama yetkisi altında olduğunu açıkça dile getirmiştir. Ancak sadece Divan kararının esas alınması halinde bile ortaya çıkan resimde, bazı Birlik ülkelerinin hizmet verme amacıyla gelmek isteyen Türk vatandaşları için yeni düzenlemeler getirmeleri gerekirken, bazı ülkeler için böyle bir gereklilik yoktur. Katma Protokol'ün Topluluk Hukuku'nun bir parçası olduğundan yola çıkarak, Divan'ın bu şekilde parçalı bir durum benimsemesi eleştirilmiş, bütün üye ülkeler için 23 Kasım 1970 tarihinin geçerli olması gerektiği ileri sürülmüştür⁸¹.

Üstelik Divan'ın kararı uyarınca yeni düzenleme getiren üye ülkeler arasında da farklı uygulamalar ortaya çıkacaktır. Örneğin İngiltere'nin Veli Tüm ve Mehmet Darı kararı ardından getirdiği düzenlemelerin kapsamına giren Türk vatandaşları ile, Almanya'nın Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı kararı sonrası getirdiği düzenlemelerin kapsamına giren Türk vatandaşları farklılık göstermektedir. Bu şekildeki farklılıkların giderilmesi ve ortak vize uygulamalarında bütünlüğün sağlanması için, Türk vatandaşlarına uygulanacak vize rejimi konusunda Avrupa Birliği düzeyinde bir karar alınması gerekmektedir.

c) Kararın Türk Vatandaşları için Etkisi

Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı kararı bir Avrupa Birliği ülkesine gitmek isteyen bütün Türk vatandaşlarını kapsamamaktadır. Karar, sadece Katma Protokol'ün 41. maddesinde düzenlenen bir üye ülkede hizmetlerin serbest dolaşımından faydalanacak Türk vatandaşlarına yöneliktir. Çalışmanın önceki bölümlerinde belirtildiği gibi, Türkiye Avrupa Birliği üye ülkeleri nezdinde vize uygulamaları açısından herhangi bir üçüncü ülke konumundadır ve vatandaşlarına vize şartı uygulanmaktadır.

⁸¹ Bkz. Ercüment Tezcan, "Soysal Kararı: Avrupa Adalet Divanı'ndan Üye Devletler Standstill Dersi", <http://www.usak.org.tr/haber.asp?id=110> (07/03/2009).

Almanya getirdiği yeni düzenlemelerle, İngiltere örneğinde olduğu gibi Katma Protokol'ün 41. maddesi kapsamında hizmetlerin serbest dolaşımından hangi Türk vatandaşlarının ne şartlarda yararlanacağını kendi ülkesi için belirlemiş olmaktadır. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, kapsamını da oldukça dar tutmuştur. Almanya'nın ATAD'ın kararını bu kadar sınırlayıcı bir şekilde hayata geçirmesi tartışılabilir.

Divan'ın önceki içtihatlarında hizmet kavramını; hizmet sunanlar ve hizmetten yararlananlar olarak yorumladığına ve hizmetlerin serbest dolaşımının kapsamının bu şekilde genişlediğine yine önceki bölümlerde değinmiştik. Ortaklık Hukuku'nun Topluluk Hukuku'nun bir parçası olduğu ATAD'ın kararları ile açıkça kabul edildiğine göre, Ortaklık Hukuku'nda yer alan düzenlemelerin Topluluk düzenlemeleri ile aynı şekilde yorumlanması gerekecektir. Üstelik Ankara Antlaşması yerleşme özgürlüğü ve hizmetlerin serbest dolaşımını sağlamak için AT'nin ilgili maddelerinden esinlenileceğini ifade etmektedir.

Buradan yola çıkarak hukuk çevrelerinde, ATAD'ın hizmetlerin serbest dolaşımına getirdiği bu genişletici yorumun Türk vatandaşları içinde geçerli olacağı ileri sürülmektedir. Buna göre, Katma Protokol'ün kendisi için yürürlüğe girdiği tarihte Türk vatandaşlarına vize şartı getirmeyen bir üye ülkenin, bugün bu vize şartını sadece ülkesinde iş kurmak ve hizmet sunmak isteyen Türk vatandaşları için değil, ülkesine turizm veya eğitim amaçlı ya da bir tıbbi tedaviden yaralanmak isteyen Türk vatandaşları için de kaldırması gerekecektir. İşte Türk vatandaşlarının Avrupa Birliği ülkelerine vizesiz girebileceğine ilişkin yorum, hizmetlerin serbest dolaşımının bu genişlemiş tanımından ve bu tanımın Türk vatandaşları için de geçerli olması düşüncesinden kaynaklanmaktadır.

SONUÇ

Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı kararı Avrupa Birliği ülkeleri tarafından Türk vatandaşlarına uygulanan vize şartının ve vize başvurularında yaşanan sıkıntıların Türk kamuoyunda konuşulmasına, tartışılmasına neden olmuştur. Kararın sadece Almanya ile sınırlı kalmayacağı, benzer koşulları taşıyan diğer üye ülkeleri de etkileyeceği, hatta Birlik içinde çıkacak bölünmenin önüne geçmek amacıyla Komisyon'un Türk vatandaşlarına ilişkin üye ülkelerin tamamını bağlayan bir düzenlemeyi teşvik etmesini sağlayacağı ileri sürülmektedir. Özellikle, ATAD'ın hizmetin kapsamına, hizmet verenler gibi hizmetten yararlananları da dahil etmesine dayanarak, hizmetlerin ser-

best dolaşımından yararlanacak Türk vatandaşlarının genişlemesi halinde, Avrupa Birliği nezdinde Türk vatandaşlarına uygulanan vize rejiminin yeniden ele alınması gerekecektir.

Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı kararının önceki üç karar ile birlikte Türk kamuoyunda yarattığı etkiyi değerlendirirken, Türkiye'nin Avrupa Birliği sürecinde yaşadığı belirsizlik ile Türk vatandaşlarının Avrupa ülkelerine vize almada yaşadıkları sıkıntıların etkisini göz ardı etmemek gerekir.

Türkiye 1963 yılında Ankara Antlaşması'nın imzalanmasından itibaren AT/Avrupa Birliği ile 46 yıldır bir ortaklık yürütmektedir. Ortaklık Antlaşması imzalayıp, Avrupa Birliği'ne katılmamış olan tek ülkedir. Ayrıca Birlik ülkesi olmamasına karşın Gümrük Birliği'ne girmiş olan tek ülkedir ve bu anlamda tek başına bir kategori oluşturmaktadır⁸². Avrupa Birliği'ne adaylık statüsü 1999 yılında tanınmıştır. 3 Ekim 2005 katılım görüşmelerinin başlamasıyla son dört yıldır da bu görüşmeleri yürütmektedir. İki taraf arasında çok yönlü ticari ilişkiler söz konusudur ve çeşitli sosyal ve kültürel işbirlikleri geliştirilmiştir. Ne var ki Türk vatandaşlarına Birlik ülkeleri tarafından sıkı bir vize rejimi uygulanmaktadır. Türkiye Ortaklık Hukuku'ndan kaynaklanan haklarını da Avrupa Birliği ve üye ülkeler nezdinde etkin bir şekilde hayata geçirememektedir. Vize uygulaması Türk vatandaşlarının Katma Protokol'den kaynaklanan hizmetlerin serbest dolaşımı kapsamındaki haklarından yararlanmasını sınırlamaktadır. Ayrıca vize uygulamasının Türkiye'nin Gümrük Birliği'ne girmesi ile birlikte "rekabet hukuku uygulaması" açısından da haksızlığa neden olduğu Türk işadamları ve sanayicileri tarafından ifade edilmektedir. Avrupalı işadamları ve sanayicileri Türkiye'ye bir zorluk yaşamadan gelebilirken, Türk iş adamları ve sanayicileri Avrupa'ya gidişlerinde vize engeliyle karşılaşmaktadır⁸³.

Türk vatandaşlarının Ortaklık Hukuku'ndan kaynaklanan haklarının hayata geçirilmesindeki isteksizliğin ve Avrupa Birliği ülkelerine girişte yaşanan sıkıntıların devamı halinde, ATAD'ın önümüzdeki tarihlerde Türk vatandaşlarının Avrupa Birliği ülkelerinde yerleşme hakkı ve hizmet sunma özgürlüğü kapsamındaki hakları üzerine yeni kararlar vereceğini söyleyebiliriz. An-

⁸² Ünal Tekinalp, "Avrupa'nın Bütünleşme Sürecinde Aşamalar", Avrupa Birliği Hukuku, Katkıda bulunanlar: Yeşim M. Atamer/ Bertil Emrah Oder/ Burak Oder/ Gül Okutan, Beta, 2. Bası, İstanbul, 2000, syf.60.

⁸³ Haluk Kabaalioglu ve Roth Gutman, "Ortaklık Anlaşması'nda Standstill Hükümünün Getirdiği Hareketlilik", İKV Yayınları, No:216, İstanbul, 2008, syf. 7.

cak durumun iyileştirilmesi tek başına ATAD'dan çıkacak kararlardan beklenmemelidir. Avrupa Birliği Komisyonu ve üye ülke hükümetlerine siyasi ve diplomatik düzeyde girişimlerde bulunulması, Ortaklık Konseyi'nden konu ile ilgili karar çıkması için somut adımlar atılması hukuk çevreleri kadar kamuoyunun da beklentileri arasındadır.

**BALKAN SAVAŞLARI'NDA İNSANCIL HUKUK
İHLALLERİNE İKİ ÖRNEK OLAY:
ALMAN KIZILHAÇ EKİPLERİNİN KARŞILAŞTIKLARI
ENGELLER VE MISIR KIZILAY VAPURUNA EL KONMASI**

*Yrd. Doç. Dr. Oya DAĞLAR**

GİRİŞ

16. yüzyıla kadar savaşlar sadece askeri ve siyasi boyutlarıyla değerlendiriliyordu. Savaşın insani boyutu, asker ve sivillere sağlık yardımı, savaş esirlerinin haklarının korunması gibi konular dikkate alınmamaktaydı. Yaralılar genellikle savaş meydanlarında ölüme terk edilir ya da öldürülür, savaş esirleri de esir alan devletin malı sayılarak insanlık dışı muamelelere maruz kalırdı. Savaşın insanileştirilmesi eğilimi 16. yüzyılda başladı. 1581 ile 1864 yılları arasında yaralı ve hastaları korumak amacıyla uluslararası 291 antlaşma imzalandı.¹ Fakat 18. yüzyıla kadar bu antlaşmalar son derece yüzeysel ve dar kapsamlı olarak kaldı. İnsan temel hak ve özgürlükleri çerçevesinde “savaş felaketzedeleri” olarak adlandırabileceğimiz savaş mağdurlarının durumlarına ilişkin o güne kadarki en kapsamlı düzenlemeler, 1789 Fransız İhtilali ile yürürlüğe girdi. 4 Mayıs 1792’de Fransız Milli Meclisi, savaş esirlerinin Fransız milletinin himayesi altında olduğunu ve Fransızların tabi oldukları medeni haklardan faydalanacaklarını, savaş esirlerine yapılacak her türlü kötü muamelenin bir Fransız vatandaşına yapılmış gibi kabul edilip, cezalandırılması kararını aldı. Bu tarihten sonra savaşta yaralanan, hastalanan veya esir düşenlerin Fransız askerleri gibi hastanelerde tedavi-

* İstanbul Ticaret Üniversitesi Uluslararası İlişkiler Bölümü öğretim üyesi.

¹ Hans J. Morgenthau, **Uluslararası Politika**, cilt I, çevirenler. Baskın Oran ve Ünsal Os-kay, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1970), s. 310.

sini öngören ve esir mübadelesine ilişkin iki kararname daha yürürlüğe girdi.² Bu düzenlemeler savaş felaketzedelerinin insan hak ve onurunu korumak adına atılmış son derece önemli adımlardı.

Fransa'da başlayan bu girişim kısa süre sonra uluslararası bir boyut kazandı. 1859'da Avusturya Macaristan İmparatorluğu, Fransa ve Sardunya birlikleri arasında yapılan Solferino Savaşı'nda yaşanan felaketi görerek etkilenen Henry Dunant "A Memory of Solferino" isimli bir kitap yazarak, savaş meydanında yaralanan askerlere yardım edilmesini önerdi. Henry Dunant'ın kişisel teşebbüsü kısa bir süre sonra sonuç verdi ve 1863'te İsviçre'de "Uluslararası Kızılhaç Komitesi"nin doğmasına ve 1864'te Cenevre Konferansı'nın toplanmasına sebep oldu.³ Konferansın ardından 22 Ağustos 1864 tarihinde 16 ülke tarafından, 10 maddeden oluşan birinci Cenevre Sözleşmesi imzalandı.⁴ Bu sözleşme uluslararası hukukta insan hakları üzerine yapılmış en önemli düzenlemelerden biri oldu.⁵

² Zeki Mesud Alsan, "1949 Cenevre Sözleşmeleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 7, sayı: 3-4, 1950, s. 38.

³ Hilaire McCoubrey, "Before Geneva Law: a British Surgeon in the Crimean War," *International Review of The Red Cross*, no. 304, 1995, s. 69. 26-29 Ekim 1863'te imzalanan Cenevre Konferansında alınan kararların tam metni için bkz. "Resolutions of the Geneva International Conference. Geneva 26-29 October 1863" <http://www.icrc.org/IHL.nsf/>.

⁴ Osmanlı Devleti Cenevre Sözleşmesini 5 Temmuz 1865 tarihinde imzalamıştır. Bu çerçevede ilk olarak 11 Haziran 1868'de "Mecruhin ve Marda-yı Askeriyeye İmdad ve Muavenet Cemiyeti (Osmanlı Yaralı ve Hasta Askerlerine Yardım Cemiyeti) kurularak çalışmalara başlamıştır. 14 Nisan 1877'de bu Cemiyet Osmanlı Hilal-i Ahmer Cemiyeti'ne dönüşerek, 1877-78 Osmanlı-Rus Savaşı'nda yaralı ve hasta askerlere tıbbi ve insani yardımlarda bulunmuştur. Savaşın ardından faaliyetini durduran Osmanlı Hilal-i Ahmer Cemiyeti 1912-1913 Balkan Savaşlarında yeniden teşkilatlanmış ve savaşta yabancı ülkelere gelen Kızılhaç ve Hilal-i Ahmer heyetleri ile başarılı çalışmalarda bulunmuştur. Cemiyet 1923 yılında Cumhuriyetin ilanı ile "Türkiye Hilal-i Ahmer Cemiyeti", 1935 yılında "Türkiye Kızılay Cemiyeti", 1947'de ise "Türkiye Kızılay Derneği" adını almıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Osmanlı Hilal-i Ahmer Salnamesi 1329-1331**, Feridun Nafiz Uzlu, **Hilal-i Ahmer Cemiyeti'nin Kuruluşuna Kısa Bir Bakış**, (Ankara: 1964), Seçil Karal Akgün ve Murat Uluğtekin, **Hilal-i Ahmer'den Kızılay'a**, (Ankara: Kızılay, 2000), Mesut Çapa, **Kızılay (Hilal-i Ahmer) Cemiyeti**, yayımlanmamış doktora tezi, Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü: 1989, Zühal Özyayın, **Osmanlı Hilal-i Ahmer Cemiyeti Salnamesi**, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Deontoloji Anabilim Dalı, 1987, Orhan Yeniaras, **Türkiye Kızılay Tarihine Giriş**, (İstanbul: Kızılay, 2000), Nadir Özbek, **Osmanlı İmparatorluğu'nda Sosyal Devlet**, (İstanbul: İletişim Yayınları, 2008), s. 307-325.

⁵ 1864 Cenevre Sözleşmesinin birinci, beşinci, altıncı ve yedinci maddeleri, savaşta insan haklarının korunması konusunda özel bir önem taşıyordu. Bu maddeler sırasıyla şöyledir: Birinci madde; seyyar veya sabit hastaneler tarafsız kabul edilecek, bunlar içinde yaralı ve

Sözleşmenin maddeleri incelendiğinde, savaş halinde silahlı kuvvetlere mensup yaralı ve hastaların durumlarının ıslahına ilişkin olarak düzenlendiği görülmektedir. 1864 Cenevre Sözleşmesi savaş koşullarında sivil halkın zarar görmesini engellemek için herhangi bir yükümlülük getirmiyordu. Ancak askerlerin tedavilerine yardımcı olmak koşuluyla sivillerin tarafsızlığı ve korunmasını öngörüyordu. Sivillere ait “kapsamlı” düzenlemeler için, 1949 tarihini beklemek gerekecekti. Yine de birinci Cenevre Sözleşmesi savaşın insani tarafını ele alan “*insancıl hukuk*”un en önemli kaynaklarından biri oldu.

Bu sözleşme ile genel olarak taraf tutmaksızın bütün yaralı ve hasta askerlerin tedavisi öngörülüyor, tedaviyi gerçekleştirecek sivillerin ve kuruluşların personelleriyle birlikte dokunulmazlığı kabul ediliyordu. Ayrıca savaş sırasında herhangi bir saldırıya uğramalarını engellemek amacıyla sözleşme çerçevesine giren kişilerle, kurumların araç ve donanımlarının Kızılhaç işaretini taşımasına karar veriliyordu.

Kısa sürede 46 devletin imzaladığı Cenevre Sözleşmesini, 1899'da Lahey Konferansı takip etti. Osmanlı Devleti, Çin, Japonya, Amerika Birleşik Dev-

hastalar bulunduğu müddetçe savaşan ordular tarafından gözetilecek ve himaye edilecektir. Söz konusu hastaneler eğer askeri kuvvetle korunursa, bu durumda tarafsızlıkları ortadan kalkacaktır.

Beşinci madde: Yerli halk tarafından yaralılara yardım edenler korunacak ve serbest bırakılacaklardır. Savaşan devletlerin kumandanları halkı insaniyete yardım etmeye davet ve hizmetlerinin karşılığı olarak tarafsız kalacaklarını yazıp ilan etmekle yükümlüdürler. Bir yaralı herhangi bir eve kabul edilip, tedavi edilirse o ev korunacak ve ev sahibi yaralıyı evine kabul ettiği için, ödül olarak, evi hem askerlerin iskanından muaf tutulacak, hem de savaş tazminatının bir kısmını ödemekten kurtulacaktır.

Altıncı madde; Hangi milletten olursa olsun, tüm yaralı ve askerler kabul ve himaye edilip tedavi ettirilecektir. Hal ve zaman müsait olursa tarafların rızasıyla, başkumandanlar savaş alanında bulunan düşmanların yaralılarını düşman askerlerinin ön saflardaki karakollarına teslim etmeye yetkili olacaklardır. Yaralı düşman askerleri tamamen iyileştikten sonra askeri hizmette bulunamayacak durumda olanlar memleketlerine gönderilecek, askerler yapabilecek durumda olanlar ise savaşın sonuna kadar silah altına girmek koşuluyla memleketlerine gidebileceklerdir.

Yedinci madde; seyyar ve sabit hastaneler ile yaralıların naklinde işaret olarak bir bayrak kabul edilecek ve bu bayrak daima devletin bayrağı ile beraber çekilecektir. Tarafsız olduğu halde kişilerin kollarına bir işaretin olduğu kolluklar takılacak, bunlar askeriye tarafından dağıtılacaktır. Bayrak ve kolluk beyaz zemin üzerine kırmızı haç işaretinden oluşmaktadır. Cenevre Sözleşmesinin tam metni için bkz. **Kızılay ve Kızılhaç'ın Milletlerarası Kaynakları, Sözleşmeler, Tüzükler, Kararlar**, (Ankara: Türkiye Kızılay Derneği, 1964), s. 13-16.

letleri gibi farklı kıtalardan gelen toplam 19 ülkenin katılımıyla gerçekleşen bu konferansın sonunda Lahey Sözleşmesi kabul edildi. Bu sözleşme ile savaş kuralları ve hukuku uluslararası alanda ilk kez düzenlenerek evrensel bir hukuki yapıya bağlanmış oluyordu. Üstelik bu sözleşmede çatışmalar sırasında sivil nüfusun korunmasına dair sınırlı hükümlere de yer verilmişti.⁶ 1906 yılında Cenevre Sözleşmesi silahlı kuvvetlerin denizdeki yaralı, hasta ve kazazedelerinin durumlarının ıslahını içeren yeni düzenlemelerle genişletildi. 1907 tarihinde Lahey’de ikinci kez toplanan Sulh Konferansı’nda ise savaş esirlerinin durumlarına ilişkin önemli kararlar alındı. Buna göre; “Savaş esirlerine insanca muamele etmek, aile haklarına ve şerefine, fertlerin hayatına, hususi mülkiyete, dini kanaatlere hürmet etmek, yağma yapmamak, şahsi suçlar dolayısıyla halka müşterek cezalar uygulamamak gerekmektedir”⁷ deniyordu. Ayrıca sözleşmeye eklenen yeni maddelerle “insanlığa karşı suçlar” kavramının temelleri atılmış oluyordu.⁸

Bu tarihten sonra yapılan savaşlarda uluslararası sözleşmeler ve kararlar çerçevesinde, savaşta askerlere ve esirlere hem sağlık yardımı yapılmaya çalışıldı hem de insanca davranılıp, haklarında bilgi verilmesi konusunda önemli çabalar kaydedildi. Bu çerçevede Uluslararası Kızılhaç Örgütü başta olmak üzere resmi ve sivil pek çok yardım kurumu savaşlarda hasta ve yaralılara sağlık hizmeti verdi ve insani yardımda bulundu. Savaş esirlerine yardım için ajanslar kuruldu. Örneğin Birinci Dünya Savaşı’nda “*International Prisoners of War Agency*” (Uluslararası Savaş Esirleri Ajansı) adıyla kurulan merkezlere, savaş boyunca her gün esirlerle ilgili bilgi talep eden 2,000-3,000 civarında mektup geliyor, esirlere ait genel listeler hazırlanıyordu.⁹

Fakat tüm çabalara rağmen gerek savaş yaralıları ve hasta askerler gerekse savaş esirlerinin korunması ve durumlarının iyileştirilmesi konusunda uluslararası sözleşmeleri hiçe sayan çok sayıda ihlaller de yaşanıyordu. Bu ihlallerin sorumlusu olan devletler, genellikle yapılanları örtbas etmeye çalışsa da; savaş muhabirleri, Kızılay ve Kızılhaç dernekleri, sivil yardım kuruluşları, resmi ve sivil pek çok kaynaktan alınan haberler sayesinde ger-

6 Orçun Ulusoy, **Uluslararası Ceza Mahkemesi**, (İzmir: İnsan Hakları Gündemi Derneği Yayınları 2008), s. 11.

7 Alsan, a.g.m.,s. 40.

8 Ulusoy, a.g.e., . 12.

9 François Bugnion, Geneva And The Red Cross, *International Geneva Yearbook*, Volume XIX, 2005-2006, s. 5.

çekler gün ışığına çıkabiliyordu. Üstelik savaş içinde ve sonrasında asker ve sivillere yönelik baskı ve şiddet uygulamaları her geçen gün artmaktaydı.

Bu duruma bir son vermek amacıyla Balkan Savaşları ve Birinci Dünya Savaşı'nda, savaş suçlarını araştıran komisyonlar kuruldu. Bu komisyonlar Cenevre ve Lahey sözleşmelerindeki savaş suçu tanımlarını esas alarak araştırmalar yaptılar ve raporlar halinde bu araştırma sonuçlarını uluslararası alanda duyurdular. Bunlardan en bilineni “*Carnegie Endowment for International Peace*” adlı komisyondur. Balkan Savaşları'nda savaş ihlallerinin giderek artması üzerine, 1913 Temmuzunda “*International Commission of Inquiry*” adıyla kurulan bu komisyon, cephe ve cephe gerisini gezerek asker ve sivil pek çok savaş mağduruyla görüşmüş, 1914'te gözlem ve incelemelerini bir rapor halinde yayınlamıştır.¹⁰ Raporun beşinci bölümünde savaş ve uluslararası hukuk başlığı altında, savaşta işlenen insanlığa karşı suçlar, 1899 ve 1907 Lahey Konferansı temel alınarak değerlendirilmiştir. Carnegie raporunda Balkan Savaşları o güne kadar yürürlükte olan insancıl hukuk kurallarının ciddi ihlallerinin yapıldığı bir savaş olarak yer almıştır.¹¹

Balkan Savaşları ve Birinci Dünya Savaşı'ndaki savaş suçları ve cezalarını inceleyen Daniel Marc Segesser, ihlallerin “az gelişmişlik” sorununa indirgenerek önemsizleştirildiği görüşündedir, Segesser'e göre, Balkan Savaşları'nda yapılan uluslararası sözleşme ihlalleri ve insanlık suçları aslında birçok hukukçu ve gazeteci tarafından görmezden gelinmiş ve pek çoğunun üstü örtülmüştür. Carnegie Raporu'nu da bu çerçevede ele alan Segesser, Batılı devletlerin Balkan Savaşları'nda işlenen suçları ve yapılan hukuk ihlallerini genellikle Balkan devletlerinin “yarı barbarlıkları” ve “az gelişmişlikleriyle” ilişkilendirdiklerinin altını çizmektedir. Bu da tüm yapılanların görmezden gelinmesinin bir gerekçesi olmaktadır.¹² Sonuç olarak Birinci Dünya Savaşı'nın sonuna kadar Uluslararası sözleşmeler sadece kağıt üzerinde kalmış, işlenen suçlar genellikle karşılıksız kalarak, insancıl hukuktan beklentileri boşa çıkarmıştı. Fakat her şeye rağmen insan hakları savunucularının iyimser çabaları devam etmiştir.

¹⁰ Rapor için Bkz. **Report of the International Commission To Inquire into the Causes and Conduct of the Balkan Wars**, (Washington DC: Carnegie Endowment for International Peace, 1914)

¹¹ Carnegie Report, s. 208.

¹² Daniel Marc Segesser, “The International Debate on The Punishment Of War Crimes During The Balkan Wars And The First World War”, *Peace&Change*, Vol.31, No. 4, October 2006, s. 534, 535.

Uluslararası antlaşma ve sözleşmelerin yetersizliğinin anlaşılması üzerine 1929'da üçüncü Cenevre Sözleşmesi yürürlüğe girdi. Bu sözleşmede, daha önceki kararlar genişletilmiş, esirlere insanca davranılmasına, haklarında bilgi verilmesine ve tarafsız ülke temsilcilerinin esir kamplarını ziyaret etmelerine imkan tanınmıştı. Fakat İkinci Dünya Savaşı'nda yaşanan ihlaller, bu esasların da yetersizliğini ortaya çıkarmış, savaş yaralılarına, hastalarına ve savaş esirlerinin haklarına karşı işlenen suçların yanı sıra, sivillerin himayesine dair yeni kurallara ihtiyaç duyulmuştur. Bunun üzerine 1949 yılında dördüncü Cenevre Sözleşmesi imzalanarak, savaşta sivil haklarının korunmasına ilişkin önemli kararlar alınmıştır.¹³ 1949 Cenevre Sözleşmesi'nin üzerinden neredeyse 60 yıl geçmesine rağmen, savaşlar tüm dünyada şiddetlenerek devam etmiş ve insancıl hukuk ihlalleri yüzünden milyonlarca insan mağdur olmuştur. Bu noktada söz konusu ihlaller var olan sözleşmelerin yetersizliğini akla getirebilirse de; uluslararası insancıl hukuk ihlalleri konusundaki genel görüş, bu durumun, getirilen kuralların yetersizliğinden kaynaklanmadığı yönündedir. Söz konusu ihlaller daha çok kurallara uyma konusundaki gönülsüzlük, bu kuralların uygulanması için gereken araçların yetersizliği ya da uygulamaya dair belirsizlikler ile siyasi liderler, komutanlar, askerler ve sivillerin bu kuralların farkında olmamalarından kaynaklanmaktadır.¹⁴

Bu makalede Balkan Savaşları'nda Cenevre ve Lahey sözleşmelerini ihlal eden iki örnek olay ele alınacaktır. İlk olay, Edirne kuşatması sırasında ve şehrin Bulgarlara teslim olmasından sonra yaşanmıştır. Söz konusu sözleşmelere göre "tarafsız" kabul edilen Alman Kızılhaç Örgütü'nün asker ve sivillere yapmak istediği sağlık yardımı Bulgar makamları tarafından engellenmiş, hastanelerine ve eşyalarına el konmuş ve bürokratik zorluklarla boğuşmak zorunda bırakılmışlardır. Makalede ele alınan ikinci olay, savaş sırasında Selanik-İzmir güzergâhında göçmen ve hacıları taşıyan Mısır Hilali Ahmer vapurunun Yunan yetkililer tarafından alıkonması ve seferlerin bir süreliğine durdurulması ile ilgilidir. Balkan savaşlarında aracı ülke rolünü üstlenen Almanya, her iki olayda da devreye girmiş ve sözleşmeleri ihlal eden ülkeleri diplomatik yollardan uyararak, sorunların çözülmesini sağlamıştır.

¹³ F. de Mulinen, "The Law of War and The Armed Forces", *International Review of the Red Cross*, no: 202, 1978, s. 20.

¹⁴ Jean-Marie Henckaerts, "Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding And Respect For The Rule of Law in Armed Conflict", *International Review of the Red Cross*, volume 87, no: 857, Mart 2005, s. 176.

Osmanlı Devleti'nin Uluslararası Kızılhaç Yardımlarını Kabul Etmesi

Balkan Savaşları 1912-1913 yılları arasında Bulgaristan, Yunanistan, Karadağ ve Sırbistan'ın ittifak oluşturarak, sınırlarını genişletmek amacıyla Osmanlı Devleti'ne karşı açtığı bir savaştı. Kısa bir seferberlik döneminin ardından, 8 Ekim 1912 tarihinde Karadağ'ın Osmanlı Devleti'ne savaş ilan etmesi ile savaş fiilen başlamış oldu. Bu durumda uluslararası Kızılay ve Kızılhaç Örgütlerinin sözleşmelere uygun olarak bir an önce harekete geçmesi gerekiyordu. Nitekim daha savaşın başlangıcında, 12 Ekim 1912'de, Uluslararası Kızılhaç Örgütü Reuters Ajansı'na yaptığı bir açıklama ile 1906 tarihli Cenevre Sözleşmesi uyarınca, savaşta taraf gözetmeksizin çarpışan devletlere sağlık yardımı göndereceğini duyurmuştu.¹⁵ Bu çerçevede sözleşmenin 10. maddesi¹⁶ gereği, sözleşmenin altında imzası olan devletler sağlık yardımı göndermek için, savaşan devletlerle gerekli yazışmaları yaptılar.¹⁷

Osmanlı Hariciye Nezareti, savaşın kısa sürede sonuçlanacağını öngördüğünden yardıma ihtiyacı olmadığını düşünerek, önceleri yabancı Kızılay ve Kızılhaç cemiyetlerinin yardım tekliflerine sıcak bakmadı. Fakat savaş Osmanlı Devleti'nin beklentilerinin dışında gelişti. Osmanlı ordusu savaş başlar başlamaz Balkan Devletleri karşısında arka arkaya yenilgiye uğradı. 29-31 Aralık'ta Bulgarların Lüleburgaz'ı almaları üzerine, İstanbul'a 35 km'lik mesafede bulunan Çatalca hattına kadar çekilmek zorunda kaldı. Üstelik 2 Kasım'da Trakya'da başlayan kolera salgını, dağınık halde geri çekilen askerlerle birlikte sivil halka da bulaşarak büyük bir kıyıma yol açtı.

Savaş İstanbul'a kadar geldiği için kaybedilme tehlikesi ile de karşı karşıya bulunuluyordu. Ordunun çok kısa sürede takviye edilmesi gerektiğinden, bir yandan İstanbul'a yaralı ve hastalar getirilirken, diğer yandan Anadolu'dan asker sevkıyatı yapılıyordu. Tüm bunların yanı sıra kaybedilen topraklardan kaçan binlerce göçmen aralıksız olarak şehre giriş yapmaktaydı. İstanbul izdihamın, paniğin ve karmaşanın yaşandığı bir yer haline gelmişti. Bu-

¹⁵ Akgün ve Uluğtekin, a.g.e., s. 116

¹⁶ 1906 Cenevre Sözleşmesi'nin 10. maddesine göre; *her hükümet, ordularındaki resmi sağlık ekiplerine kendi sorumlulukları altında yardım etmelerine izin verdiği cemiyetlerin, gerekse savaşın başlangıcında veya savaş sırasında, hatta her durumda isimlerini, görevlendirilmelerinden önce karşı tarafa bildirmeye mecburdur.*" Kızılay ve Kızılhaç'ın Milletlerarası Kaynakları, a.g.e., s. 26.

¹⁷ Başbakanlık Osmanlı Arşivi (BOA), Hariciye Siyasi (HR.SYS) Dosya no: 2025 Vesika no:5, Varak.145 (1912.10.2).

nunla birlikte, kısa bir süre sonra koleranın Çatalca hattında ve İstanbul'da da yayıldığı açıklandı.¹⁸ 2 Aralık 1912 tarihli *The Times* gazetesinin haberine göre, alınan tüm önlemlere rağmen, İstanbul'da her gün ortalama 50 kişi kolera ve dizanteri hastalığından ölüyordu.¹⁹ Bu zor durum karşısında çok acil sağlık yardımına ihtiyaç duyan Osmanlı Hükümeti, yabancı Kızılay ve Kızılhaç cemiyetlerinin savaşın başında yaptıkları yardım tekliflerini kabul ederek, İstanbul'a davet etti.

Osmanlı Hilal-i Ahmer Cemiyeti²⁰, yaralılara yardım için gelen Kızılhaç ekiplerini tek tek karşılayarak, bu ekipleri Ordu Sağlık Dairesi ile Cemiyet arasında alınan karara göre belirlenen yerlere gönderdi. Levazım ve eşyaları ile birlikte gelmiş olan ekipler savaş alanına yakın yerlerde hastaneler kurdular, çadır ve levazımları olmayanların çoğu İstanbul'daki hastanelere yerleştirildiler.²¹

Osmanlı Devleti'ne Yardım İçin Gelen Alman Kızılhaç Ekipleri

Balkan savaşlarında Osmanlı Devleti'ne sağlık yardımı gönderme önerisinde bulunan devletlerden biri Almanya idi. Alman Büyükelçiliği 25 Kasım 1912 tarihinde Alman Kızılhaç ekiplerini yaralı ve hasta Osmanlı askerlerine yardım etmek üzere Osmanlı Devleti'ne göndermek istediğini iletmişti. Osmanlı Hariciye Nezareti 4 Aralık 1912 tarihinde Alman Büyükelçiliği'ne gönderdiği yazıda, Osmanlı Hükümeti'nin Almanya'nın yanı sıra İngiltere, Belçika, Hollanda, Macaristan, Romanya ve İsveç Kızılhaç ekiplerini de kabul ettiğini açıkladı.²²

Almanya bu kabulün ardından Osmanlı Devleti'ne doktor, sağlık personeli, tıbbi araç-gereç ve seyyar hastane yardımında bulundu. Kızılhaç heyetlerinden bazıları İstanbul ve çevresinde görevlendirildiler. Diğer ekipler ihtiyaç dolayısıyla Sırbistan, Selanik ve Edirne'ye gönderildiler. İstanbul'da görev

18 Ayrıntılı bilgi için bkz. Oya Dağlar, **War, Epidemic and Medicine in the Late Otoman Empire (1912-1918)**, Haarlem 2008.

19 "Cholera in Constantinople", *The Times*, 2 Aralık 1912.

20 Balkan Savaşları'nda kurumun resmi adı Osmanlı Hilal-i Ahmer Cemiyeti olduğu için, makede Kızılay yerine bu isim kullanılmıştır.

21 Mesut Çapa, "Balkan Savaşı'nda Hilal-i Ahmer (Osmanlı Hilal-i Ahmer) Cemiyeti", Ankara Üniversitesi *Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, Yıl 1, sayı 1, 1990, s. 99.

22 BOA.HR SYS 2026/1, Varak 3 (1912.11.28).

yapan ilk Alman Kızılhaç ekibi Doktor Liebert başkanlığında asistan Dr. Hitzler ile dört hastabakıcı ve iki hemşireden oluşuyordu.²³ Bu ekip altı buçuk ay boyunca 330 yatak kapasiteli Gümüşsuyu hastanesinde hizmet verdi. Göreve 1 Aralık 1912 günü başlayan ekip, Mayıs ayında Almanya'ya döndü. Bu süre zarfında hastanede 1000 kadar hasta tedavi ettikleri bilinmektedir. Hastaneye yaralıların yanı sıra tifo ve dizanterili hastalar da kabul edilmiştir.

İstanbul'a gelen ikinci ekip Dr. Heinrich Luxemburg ve Dr. Jursatz ile dört hastabakıcıdan oluşuyordu. 4 Kasım'da İstanbul'a gelen ekip ilk olarak Çemberlitaş'daki İstanbul Lisesi binasında görevlendirilmişlerdi. Hastane 116 yatak kapasiteliydi. 19 Aralık'ta okul binası Maarif Nezaretî'ne devredildiği için, Dr. Luxemburg başkanlığındaki heyet Sultanahmet'teki Baytar Mektebi'ne taşınarak, hizmetine devam etti ve 13 Mart 1913 tarihinde Almanya'ya geri döndü.²⁴

İstanbul'da görevlendirilen diğer Alman Kızılhaç ekibi Breslau Üniversitesinde genel cerrahi uzmanı olan Dr. Lothar Dreyer'in başkanlığında, Dr. W. Gresser ile on hemşireden oluşuyordu. Bu ekip Mısır Kızılay başkanı Prens Muhammed Ali'nin Kahire'deki Alman Başkonsolosluğu'na başvurarak, İstanbul'da bir hastane kurma girişimi ile oluşturulmuştu. Prens Muhammed Ali Osmanlı yaralı ve hasta askerlerine yardım etmek üzere Üsküdar'da 200 yatak kapasiteli bir hastane kurulmasını, başına da 1911'de Kahire'deki Alman hastanesinin başhekimliğini yapmış Prof. Reich'in getirilmesini teklif etmişti. Prens aynı zamanda Mısır Kızılayı adına Almanya'dan personel ve sağlık malzemesi sağlanması hususunda Alman Kızılhaç'ının Merkez Komitesi'nden yardım istemişti. Bu talep üzerine Dr. Dreyer başkanlığındaki Alman Kızılhaç ekibi 25 Kasım sabahı 8.54 treni ile Lemberg-Konstantza istikametinde Berlin'den ayrılmıştı.²⁵ Ekip Aralık ayının sonunda İstanbul'a geldi ve Mısır Kızılayı tarafından Beylerbeyi'nde kurulan hastanede göreve başladı. Aslında daha önce okul olan bu bina savaş dolayısıyla 200 yataklı bir hastaneye dönüştürülmüştü. Hastanede Mısır ve İngiliz doktor ve hastabakıcılar da bulunuyordu. Almanların da gelmesi ile personel sayısı 30'a ulaştı. Hastanenin bitişiğinde bulunan Cemil Molla'ya ait bina ise Alman Kızılhaç personelinin ikametgahı olarak düzenlenmişti. İçinde bir röntgen ci-

²³ Ekipteki doktor, hastabakıcı ve hemşirelerin isimleri için bkz. Salname, a.g.e., s.192.

²⁴ Feridun Frik, Alman Kızılhaçının Trablus ve Balkan Harplerindeki Sıhhi Yardım Hizmetleri Eserinden Memleketimize Ait Notlar", *Dirim*, no 30 (8), 1955, s. 350, 351.

²⁵ BOA.HR.SYS 2026/1, Varak I (1912.11.28).

hazı bulunan hastane gayet iyi donanımlıydı. Deniz kenarında bulunduğu için sıhhi malzemelerin deniz yolu ile nakledilmesi kolay olmuştu. Alman Kızılhaç ekibi burada iki buçuk ay görev yaptı. Mısır Kızılay ekibinin memleketine dönmesinden sonra Almanlar da Osmanlı Hilal-i Ahmer Cemiyeti tarafından hastaneye dönüştürülen Vefa Lisesi'ne taşındı.

Kızılhaç ekibinin başkanı Dr. Dreyer, buradaki çalışmalarının dışında, İstanbul'da bulunduğu süre zarfında Gülhane'de kurslar da düzenlemişti. Balkan Savaşları'nda Gülhane'de Dr. Wieting Paşa, eski saray tabibi Prof. Richard Bier, Osmanlı sıhhiye teşkilatını geliştirmek üzere gelmiş Dr. Vollbrecht, Dr. Weber ve Dr. Schliep gibi önemli doktorlar da görev yapmışlardır. Dr. Dreyer'in ekibinde bulunan Dr. Geissler ise, İstanbul'daki hastanelerin dışında, bulaşıcı hastalıklarla mücadele için bir süre Ayastefanos'da çalıştı. Burada hasta subaylara tahsis edilen beş odalı bir binada görev yapan Dr. Geissler başarılı çalışmalarda bulunmuştur.²⁶

İstanbul'a gelen bir başka Kızılhaç heyeti 20 Ekim'de Almanya'dan yola çıkarıldı. Bu heyette bir askeri cerrah ile 22 hemşire bulunuyordu.²⁷ Heyet İstanbul'a geldikten sonra ihtiyaç duyulan hastaneler gönderildi. Bu dönemde İstanbul'da Alman Kızılhaç ekiplerinin görev yaptığı bu hastanelerin dışında, Almanya Sefareti'ndeki hastane ile İstanbul'daki Alman tebası tarafından düzenlenen bir hastane koğuşu da hizmete açılmıştı. Bu hastanelere cerrahi araçlar, sargı bezi ve tıbbi malzeme desteği Almanya tarafından sağlanmıştı.²⁸

Alman Kızılhaç ekipleri savaş boyunca savaş alanlarında da görev yaptılar. Resmi yazışmalarda görüldüğü üzere, iki doktor, dört hastabakıcı ve iki hemşireden oluşan bir ekip önce Köstence yoluyla İstanbul'a gelmiş, oradan da Selanik'e gönderilmişti.²⁹ Diğer Kızılhaç ekibi 21 Ekim'de Sırbistan'a gitti. Bu ekipte 3 doktor, 6 hemşire ve 4 hastabakıcı bulunuyordu.³⁰ Prof. Dr. Hildebrandt ve Bernhard Korth'un sorumluluğundaki bir başka Alman Kızılhaç ekibi, Bulgar kuşatması altında zor durumda bulunan Edirne'ye sağlık yardımı, tıbbi malzeme ve ilaç götürmek üzere görevlendirilmiş, *The New*

²⁶ Feridun Frik, "Alman Kızılhaçının Trablus ve Balkan Harplerindeki Sıhhi Yardım Hizmetleri Eserinden Memleketimize Ait Notlar", *Dirim*, sayı 30(9), 1955, s. 389, 390.

²⁷ "German Red Cross Society", *The New York Times*, 20 Ekim 1912.

²⁸ BOA.HR.SYS 2025/5, Varak 79, (1912.10.2).

²⁹ BOA.HR.SYS 2025/5, Varak 57b, (1912.10.2).

³⁰ BOA.HR.SYS 2026/1, Varak 76 (1912.11.28).

York Times gazetesinin haberine göre 1912 yılının Kasım ayında Almanya'dan ayrılmıştı.³¹ Fakat Bulgar makamları izin vermediği için uzun süre Sofya ve Filibe'de beklemiş, Edirne'ye ancak 30 Mart 1913 tarihinde girebilmişti.³²

Prof. Dr. Hildebrandt başkanlığındaki Alman Kızılhaç ekibi görevini tamamladıktan sonra 9 Nisan 1913'te Edirne'den ayrıldı. Fakat Edirne'deki ihtiyaç göz önünde bulundurularak, Alman Kızılhaç Birliği'nin Merkez Komitesi, Edirne'deki hasta ve yaralı askerler ve sivillere yardımcı olmak amacıyla Prof. Kirschner ve Dr. Felix Theilhaber'in Edirne'ye gönderilmesine karar verdi. 29 Nisan 1913'te Alman Büyükelçiliği'nden Bab-ı Ali'ye gönderilen yazıda, Osmanlı hükümetinin talebi ve Alman Kralı'nın izni ile Alman Kızılhaç Merkez Komitesi'nden Dr. Kirschner ve Dr. Theilhaber'in Edirne'ye gönderildiği ve adı geçen kişilerin 19 Nisan 1913 günü Edirne'ye ulaştıkları bildirilmiştir.³³

Almanya Balkan Savaşları'nda sağlık yardımının yanı sıra, savaşan devletlerin askerlerine yardım amacıyla iane desteğinde de bulunduğu bilinmektedir. Dönemin hükümeti İstanbul, Sofya ve Atina'ya gönderdiği Kızılhaç ekiplerinin her birine 20 bin mark ile iane ve diğer masrafların karşılanması için toplam 180 bin mark tahsis etmişti. Ayrıca gönderilen bu paranın harcanması ve Kızılhaç ekiplerinin düzeniyle ilgili işleri yürütmek üzere bir komitenin kurulmasına karar verilmişti. Bu komitenin başkanlığına ise Fendergoviç Paşa ve komite azalığına da Osmanlı İmparatorluğu'nda hayırseverliği ile bilinen Deutsche Bank Müdürü Helfrich tayin edilmişti. Berlin Büyükelçisi Osman Nizami Paşa, 10 Kasım 1912'de komitenin kuruluşu, amacı, kimlerden oluştuğu ve aldığı kararları Osmanlı Hariciye Nazırı Gabriel Noradunkyan Efendi'ye gönderdiği resmi yazıda bildirmişti.³⁴

Bu arada savaş sırasında bazı kişilerin de bireysel yardım ve çabalarıyla önemli çalışmalarda buldukları görülmektedir. Örneğin; Manastır ve Kosova yoluyla perişan bir şekilde Selanik'e göç eden zor durumdaki 40 bin kişilik Müslüman muhacirin iâşe ve iskanlarını temin etmek üzere kurulan "*Uluslararası Komisyon*"un başkanlığına topçu birliklerinin eğitmeni Alman asıllı Albay von Anderten ile burada tesis edilen özel hastane ve doğumha-

³¹ "To War Sufferers in Balkans", *The New York Times*, 10 Kasım 1912.

³² BOA.HR SYS 2025/4, Varak 38 (1912.12.17).

³³ BOA.HR SYS 2026/1, Varak 148a (1912.11.28).

³⁴ BOA.HR SYS 2025/5, Varak 79, (1912.10.2).

nenin idaresine de eşi tayin edilmiştir. Adı geçen kişiler Selanik'e her taraftan akın akın gelen binlerce mültecinin yardımına azimle ve üstün başarıyla koşarak, son derece önemli insani yardımlarda bulunmuşlardır. Fakat Albay von Anderten, 18 Şubat 1913'te Prusyalı bir birliğin kumandanlığına atanmasından dolayı, eşi ile birlikte ülkelerine geri dönmek zorunda kalmıştı. Bunun üzerine Selanik Valisi Nazım Paşa Harbiye Nezareti'ne başvurarak, albayın gidişinin hayati önem taşıyan insani yardımları aksatacağından, Türkiye'deki görev süresinin uzatılması yönünde girişimlerde bulunulmasını talep etmiştir.³⁵ Yapılan görüşmelerden sonra Albay von Anderten'in görev süresi 12 Nisan'a kadar uzatılmıştır. Almanya'ya dönüşü sırasında von Anderten Üsküp ve Belgrat'taki mültecilere de yardımcı olabilmek için kendisine verilen süreyi Mart ayına kadar kullanmış ve son derece başarılı çalışmalarında bulunmuştur.³⁶ Fakat resmi yazışmalardan anlaşıldığına göre, bu yardım çalışmaları kendisini maddi olarak zarar sokmuştur. Almanya'daki görevine zamanında başlamadığından dolayı maaşını alamayan von Anderten durumu Osmanlı yetkililerine bildirmiş, bunun üzerine kendisine bir miktar ödeme yapılarak, mağduriyeti giderilmiştir.³⁷

Alman Kızılhaç Ekiplerinin Edirne'ye Yapacağı Yardımların Engellenmesi

Balkan Savaşları sırasında Kızılhaç ekiplerinin karşılaştıkları en önemli sorun, bürokratik sorunlarla karşılaşmaları ve görevlerini yapmalarının engellenmesidir. Yukarıda belirtildiği gibi, Balkan Savaşları'nda muharip devletlere sağlık yardımında bulunan Kızılhaç ekipleri 1906 yılından beri yürürlükte bulunan uluslararası Cenevre Sözleşmesi gereğince "tarafsız" kabul ediliyorlardı. Sözleşmeye göre, Kızılhaç bayrağı ve arması taşıyan tüm ekiplerin dokunulmazlıkları vardı. Bununla birlikte 1907'de yürürlüğe giren Lahey Hukuku'na göre savaşta yaralanan veya esir düşen kişilerin sağlık yardımı alma ve her türlü insani yardımdan yararlanma hakkı bulunuyordu.³⁸ Oysa Edirne kuşatması ve sonrasında bu kuralların bir çoğu ihlal edilerek, Alman Kızılhaç ekipleri ve savaş mağdurları zor durumda bırakıldı.

Edirne Bulgar orduları tarafından 9 Şubat 1912'den itibaren kuşatma altına alınmıştı. Bulgar orduları kuşatmanın ardından şehre bütün giriş çıkış-

³⁵ BOA.HR SYS 2026/1, Varak 108 (1912.11.28).

³⁶ BOA.HR SYS 2026/1, Varak 142 b, (1912.11.28).

³⁷ BOA.HR SYS 2026/1, Varak 152a, (1912.11.28).

³⁸ Henri Coursier, **Milletlerarası Kızılhaç**, (Ankara: Türkiye Kızılay Derneği, 1964), s. 23.

ları kapatmış ve askeri ikmal, yiyecek ve sağlık yardımlarını tümüyle engellemişlerdi. Osmanlı Hilal-i Ahmer Cemiyeti kuşatma altında acil yardıma ihtiyaç duyan şehre yardım göndermek için Bulgaristan'a başvuruda bulunmuş fakat olumlu yanıt alamamıştı. Bunun üzerine Alman Kızılhaç'na başvurarak, masrafları Hilal-i Ahmer tarafından ödenmek koşuluyla bir Kızılhaç Ekibi'nin Edirne'ye gönderilmesini rica etti.³⁹

Bu çerçevede Prof. Dr. A. Hildebrandt başkanlığındaki ekip Edirne'ye ilaç ve sağlık malzemesi götürmek üzere hazırlıklarını tamamladı. Fakat Bulgar makamlarından gerekli iznin alınamaması üzerine beklemek zorunda kaldı. Bu sırada Edirne'de soğuk, açlık, izdiham ve kötü sağlık koşulları yüzünden salgın hastalıklar başlamıştı. Tifo, kolera ve tifüsten her gün onlarca kişi yaşamını yitiriyordu.⁴⁰ Şehirde durumun gittikçe kötüleşmesi üzerine Alman Büyükelçiliği Bulgar yetkililerle yaptığı görüşmeleri yoğunlaştırdı. Sonunda görüşmeler olumlu sonuçlandı ve 20 Kasım 1912'de, Alman Kızılhaç ekibine Edirne'ye yardım götürme izni verildi.

Bunun üzerine Prof. Dr. Hildebrandt ve Bernhard Korth idaresindeki Alman Kızılhaç ekibi Edirne'ye gitmek üzere 22 Kasım 1912'de trenle yola çıktı.⁴¹ 26 Kasım'da Sofya'ya ulaşan ekibe ateş hattını geçmek için o anda izin verilemeyeceği, bir süre daha Sofya'da beklemek zorunda oldukları söylendi.⁴² Bu arada Osmanlı Harbiye Nezareti, Mısır Hilal-i Ahmer ekibinin bir bölümünü de Edirne'ye göndermeye karar vermiş ve Alman Büyükelçiliği'nden Bulgar Hükümeti ile görüşmeler yapmasını rica etmişti.⁴³ Bunun üzerine Bulgar makamlarıyla resmi düzeyde görüşmeleri yürüten Alman Büyükelçiliği'nden V. Below, konuyu Bulgar Kraliçesi'ne ileterek, ekiplerin Edirne'ye girmeleri yönünde yardımcı olmasını talep etmişti. Fakat Bulgar Kraliçesi tarafından yapılan açıklamada savaş içindeki kritik durum sebebiyle hiçbir sağlık ekibinin Edirne'ye girişine izin verilmeyeceği, Alman ekibinin ise ancak Edirne'nin tesliminden sonra yoluna devam edebileceği bildirilmişti.⁴⁴

Bu açıklama üzerine Alman Kızılhaç ekibi Sofya'daki yaralı Osmanlı askerlerini tedavi etmeyi talep etmiş, ancak kendilerine Osmanlı Hilal-i Ahme-

³⁹ Çapa, *ibid*, s. 92.

⁴⁰ *The Times*, 2 Aralık 1912.

⁴¹ BOA.HR.SYS 2026/1, Varak I (1912.11.28).

⁴² BOA.HR.SYS. 2025/4, Varak 38 (1912.12.17).

⁴³ BOA.HR.SYS 2026/1, Varak 20 (1912.11.28).

⁴⁴ BOA.HR.SYS 2025/4, Varak 1, (1912.12.17).

ri'nin ve İngilizlerin Osmanlı askerleriyle ilgilendiği söylenerek, istiyorlarsa Filibe'deki Osmanlı askerlerine yardım edebilecekleri açıklanmıştır. Bunun üzerine ekip 2 Aralık'ta Filibe'ye doğru yola çıkmış ve bir süre buradaki yaralı ve hasta askerlere sağlık hizmeti vermiştir.

Prof. Dr. Hildebrandt ve ekibi Filibe'ye gittiklerinde esirlerin son derece kötü koşullarda olduğunu görmüşlerdi. Filibe'deki okulun müdürü Osmanlı esirlerinin bulunduğu cami ve binalarını ekip üyelerine tek tek göstermiş ve esirlerin tüm şikayetlerini kendilerine aktarmıştı. Bunun üzerine Dr. Hildebrandt durumun acilen düzeltilmesi için Alman Kızılhaç Birliği Merkez Komitesi'ne ayrıntılı bir rapor yazdı ve aynı raporu yabancılar şubesine de ilettili. Prof. Dr. Hildebrandt raporunda Osmanlı esirlerinin barınma ve bakımlarının çok yetersiz olduğuna dikkat çekerek, şunları anlatmıştı:

“Filibe’de bazı esir Türk askerlerinin soğuk sonucunda ve enfeksiyon hastalıklarından öldüğü biliniyor. Kurbanlar sabah erkenden kimse fark etmesin diye basit arabalara tabutsuz olarak kondu, bezlerle ucu ucuna üstleri örtüldü ve hatta ayakları açıkta kalacak şekilde gömüldü. Böyle bir durumu belge olması açısından fotoğrafladım ve bana fotoğraf çekmeyi yasaklayan komandana bildirdim. Yol arkadaşım Korth fotoğraflarken bana yardım etti. Ayakları sert soğukta kötü barınma koşulları altında donmuş Türk esirleriyle ilgilendim. Bu üzücü durumların fotoğraflarını raporuma ekledim...”⁴⁵

Prof. Dr. Hildebrandt'ın raporunun gerekli makamlara iletilmesi üzerine Dr. Hildebrandt Bulgarların Osmanlı esirlerine daha iyi muamelede bulunmak zorunda kaldığını, fakat kendilerinin “ispiyoncu” olarak görüldükleri için adım adım izlendiklerini, mektup kutularının kontrolden geçirildiğini ve komutan General Jlef tarafından kendilerine büyük zorluklar çıkartıldığını açıklamıştır.

Ekibin Filibe'de bulunduğu sırada Osmanlı Devleti'nin Balkan devletleri ile 3 Aralık 1912'de ateşkes antlaşması imzaladığı açıklandı. Ateşkes antlaşması uyarınca Edirne'ye sağlık ve iaşe yardımının yapılabilmesi gerekiyordu. Bu sırada şehirde açlık giderek dayanılmaz boyutlara gelmişti. Carnegie Raporu'nun atıf yaptığı 31 Ocak 1913 tarihli “*Journal of the Siege of Adrianople*” isimli belgeye göre, Edirne'de açlığın gittikçe daha büyük bir felakete dönüş-

⁴⁵ BOA.HR.SYS. 2025/4, Varak 38 (1912.12.17).

tüğü, küçük çocukların ekmek diye ağladıkları belirtiliyordu.⁴⁶ Öte yandan şehirdeki tüm hastaneler yaralı ve hastalarla dolmuştu. Osmanlı Hilal-i Ahmer Cemiyeti vakit kaybetmeden Edirne'ye sağlık malzemesi göndermek üzere Bulgaristan'dan izin talep etti. Ateşkes ilanının hemen ardından Alman Büyükelçiliği de Alman Kızılhaç ekibinin Edirne'ye girmesi için Bulgar makamları ile yeniden görüşmelere başlamıştı. Bulgar yetkililer ateşkes gereğince şehre kısıtlı sayıda bir yardımın gönderilmesine izin verebileceklerini bildirdiler. Bu çerçevede Hilal-i Ahmer Darülfünun Hastanesi başhekimisi Dr. Asaf Derviş Paşa bir miktar sağlık malzemesi ile birlikte Edirne'ye gönderildi.⁴⁷ Ateşkes şartlarının ihlal edilmesi yüzünden şehre başka yardım gönderilemedi ve kuşatma süresince Edirne'nin dışarıdan aldığı tek yardım bu oldu. Ateşkes döneminde Alman Kızılhaç ekibinin Edirne'ye gitmesine müsaade edilmediği için, ekip kışı da Filibe'de geçirmek zorunda kaldı.⁴⁸

Bu arada Edirne'deki durumun gittikçe kötüleşmesi üzerine Osmanlı Hariciye Nazırı Gabriel Noradunkyan, Alman Büyükelçiliği'ne bir yazı gönderecek, Alman ekibinin beraberinde getirdiği tıbbi malzeme ve ilaçları acilen İstanbul'a göndermesini, buradan başka bir yolla malzemelerin Edirne'ye ulaştırılmaya çalışılacağını bildirmişti. Fakat 4 Şubat 1913'te Alman Büyükelçiliği Osmanlı makamlarına böyle bir girişimin imkansız olduğunu söyleyerek gerekçelerini açıkladı. Buna göre en büyük engel sevkiyat için gereken yolların kapalı olmasıydı. Savaş devam ettiği için malzemelerin Tuna üzerinden deniz yoluyla gönderilmesi mümkün değildi. Romanya yolu üzerinden nakil çok riskliydi. Macaristan-Sırbistan yolu ise çok uzun ve masraflı olacağından malzemelerin gönderilmesi mümkün değildi.⁴⁹ Bu durumda Edirne'ye yardım ulaştırılması ihtimalleri tükenmiş oluyordu.

Bulgarlar kısa süren ateşkes döneminin ardından, 1913 yılının Şubat ayında Edirne'yi yeniden yoğun bir bombardımana tuttular. Şükrü Paşa komutasındaki Türk ordusunun uzun süren direnişi sonunda tükendi. Edirne 26 Mart 1913'de Bulgar komutanı General Ivanoff kuvvetlerine teslim oldu.

Şehrin teslim alınmasından sonra Bulgar makamları Alman Kızılhaç ekibi-ne de şehre giriş izni vermeye karar verdiler. Bunun üzerine, ekip vakit kaybetmeden yola çıktı ve 30 Mart 1913'de Edirne'ye varabildi. Kızılhaç ekibi-

46 Carnegie Report, s. 110.

47 *Osmanlı Hilal-i Ahmer Mecmuası (OHAM)*, sayı: 1, 15 Eylül 1921, s. 22.

48 BOA.HR.SYS. 2025 /4, Varak 38 (1912.12.17).

49 BOA.HR.SYS 2025/4, Varak 12, (1912.12.17).

nin yanında Almanya'dan getirdikleri eşyalar dışında iyileştirici ve güçlendirici ilaçlarla ve tıbbi malzemelerle dolu 12 kutu bulunuyordu.⁵⁰ Ekip Edirne'ye ulaştığında Arda Köprüsü'nün havaya uçurulduğunu görünce, köprüde vagonları boşaltarak, malzemeleri öküz arabasıyla 4 km uzaktaki şehre taşımak zorunda kalmıştı. Bu arada ekip, eşyalarını yükleyecek arabaları bulmakta büyük zorluklar çekmiş, işlemler için bir resmi daireden diğerine gitmek zorunda kalmış, sonunda güçlkle 35 araba bulunarak, sağlık malzemeleri, ilaçlar ve diğer eşyalar Edirne'ye nakledilebilmiştir.

Bundan sonra asıl sorun çok sayıdaki malzemenin nerede depolanacağı idi. Edirne'nin Bulgarlar tarafından ele geçirildiği dönemde şehirdeki en önemli hastanelerden biri İstasyon civarındaki Hilal-i Ahmer Hastanesi idi. Savaşın ilanından hemen sonra Osmanlı Hilal-i Ahmer Cemiyeti Dr. Bahattin Şakir Bey'i Edirne'ye göndererek, 200 yatak kapasiteli bir hastane kurmakla görevlendirmişti. Bahattin Şakir Bey de Hilal-i Ahmer'e tahsis edilen Küçük Zabitan Mektebi'ni hastaneye dönüştürerek, hizmete açmış ve kuşatma boyunca çok sayıda yaralı ve hasta burada tedavi altına alınmıştı.⁵¹ Edirne'nin kaybedilmesinden sonra şehre ulaşan Alman yardımları da bu hastanenin depolarına konuldu. Hastane bu dönemde de hizmet vermeye devam etti. Fakat Bulgarlar bir süre sonra, Cenevre Sözleşmesi'ne aykırı olarak, Dr. Bahattin Şakir Bey'i tutukladılar ve esir ettiler.⁵²

Edirne'nin Bulgarlara teslim olmasından sonra şehre girenler son derece kötü bir manzara ile karşılaştılar. 160 gün süren şiddetli kuşatma sonunda halk tükenmişti. Teslimiyetten hemen sonra şehre giren *The New York Times* gazetesi muhabiri, durumun içler acısı olduğunu, ciddi biçimde açlık ve hastalık görüldüğü için çok sayıda doktor, hemşire ve cerraha ihtiyaç olduğunu yazmıştı.⁵³ Salgın hastalıklar, zatüree ve açlıktan her gün yüzlerce insan ölüyordu. Ölü sayısı konusunda farklı tahminler vardı. Carnegie Raporuna göre, Binbaşı Mitov günde 30 kişinin öldüğünü söylüyordu. Esir subaylardan Binbaşı Şükrü Bey'e göre, ölü sayısı günde 100'ü buluyordu. General Vladimir Vazov ise toplam ölü sayısını 100-200 olarak açıklamıştı. Komisyona göre aslında gerçek sayı bunun da üzerinde olmalıydı. Salgın hastalıklar ölüm nedenleri arasında ikinci ya da üçüncü sırada geliyordu. Ölümün asıl

⁵⁰ BOA.HR SYS 2025/4, Varak 38 (1912.12.17).

⁵¹ Salname, a.g.e., s. 150-152.

⁵² Besim Ömer, "Hanımefendilere Hilal-i Ahmer'e Dair Konferans", *Osmanlı Hilal-i Ahmer Mecmuası (OHAM)*, sayı 1, 15 Eylül 1921, s. 42, 43.

⁵³ "Adrianople Won By The Allies", *The New York Times*, 27 Mart 1913.

sebebi açlık ve buna bağlı olarak görülen bitkinlikti. Bu durum hastalıklara yakalanma ve ölüm riskini arttırıyordu. Komisyon üyesinin konuştuğu bir Osmanlı askeri 17 Mart akşamı soğuk ve açlıktan 187 kişinin yaşamını yitirdiğini anlatmıştı. Arda Köprüsü'nün yıkılması ve ambarların havaya uçurulması 55.000 savaş esiri ve şehir sakininin yiyecek bulmasını daha da zorlaştırmıştı.⁵⁴ Şehre çok acil olarak yiyecek gönderilmesi, sağlık ekiplerinin ve sağlık yardımlarının gelmesi gerekiyordu. Neredeyse her şey bitmişti.

Alman Kızılhaç ekibinin başında bulunan Prof. Dr. Hildebrandt da Edirne'ye girdikten sonra, şehirde gördüklerini, yaşadığı tüm zorlukları ve buradaki hasta ve yaralıların sağlık durumlarını “*Kızılhaç Alman Birliklerinin Edirne'ye Yardım Sevkiyatı Raporu*” adı altında ayrıntılı bir raporla Alman Kızılhaç Birliği Merkez Komitesi'ne gönderdi. Prof. Dr. Hildebrandt Edirne'de karşılaştığı kötü durumu raporunda şu şekilde anlatmıştır:

“...Gerçekten en gerekli ilaçlarda ve sargı malzemelerinde büyük eksiklikler vardı ki, yaralı ve hastaların düzenli bakımı mümkün değildi. Örneğin hidrofilli pamuk tamamen bitmişti ve sıradan gri pamuk sterilize edilerek kullanılıyordu. Aynı şekilde sargı bezi, bağ, gaz, flaster ve diğer gerekli ilaçlarda da birçok cerrahi malzeme gibi büyük eksiklikler vardı. Eğer son fırtınadan sonra 1400 yaralının Türk hastanelerine getirildiği, daha önceki savaştan yaklaşık 200 askerin iltihaplı yaralarla Askeri Hastane'de yattığı düşünülürse, zengin malzeme ile gelişimizin ne kadar sevinçle karşılandığı ve birden bire ne kadar büyük bir eksikliği giderildiği anlaşılabilir.

Özellikle Alman ve İtalyan okullarında Karaağaç'ta konaklayan hasta ve yaralılara yardım çok gerekliydi. Bu şanssızlar son savaştan sonra dört gün yiyecek hiçbir şey bulamadılar Çünkü Arda Köprüsü'nün patlaması sonucunda erzaklar hızla sevk edilemedi. Bulgar makamlarından yiyecek maddeleri sağlandı. Dr. Bahattin Şakir Bey de kendi hastanesine verilen et ve ekmeğin bir kısmını buradakilere verdi. Bulgar 8. Bölüm Askeri Hastanesi şef doktoru Dr. Brodanoff ekip ve arabalarıyla bu malzemelerin sevkiyatında çok yardımcı oldu. Birkaç gün sargı malzemeleri ve ilaçların farklı askeri hastanelere sevkiyatıyla geçti.

⁵⁴ Carnegie Report, s. 112,133.

Bunun dışında birçok acil operasyon (ameliyat) gerçekleştirdim. Gerekli malzemelerin eksik olduğu bölgelere malzeme sevkiyatı yaptım. İç hastalıklarının sayısı çok değildi. Fakat Türk askerleri arasında kolera, tifüs, dizanteri salgınları ciddi boyutlardaydı. Bu sırada kumandan hijyeni sağlamak için önleyici tedbirler almıştı. Kaleyi aldıktan sonra kolera, tifüs, dizanteri hastalıkları Bulgar birliklerine de hemen bulaştı. Asker ve siviller aşıktan ve sıkıntıdan kırılıyorlardı. Kurbanların sayısı biz oradayken bile çok büyüktü ve gittikçe arttı”.⁵⁵

Prof. Dr. Hildebrandt ve Dr. Bernhard Korth’un özverili çalışmaları ile Alman Kızılhaç ekibi görevini başarı ile tamamlayarak, 9 Nisan 1913’de Edirne’den ayrılmıştır. Alman Kızılhaç Cemiyeti Merkez Komitesi, Almanya’ya dönen ekibin yerine 8 Nisan 1913’te Königsberg Üniversitesi cerrahi kliniğinde görevli Prof. Martin Kirschner ile Berlin’deki Rudolf Virchow Hastanesi’nde asistan olan Dr. Theilhaber’i görevlendirerek, Edirne’ye göndermiştir. Görevi devraldıkları ekiple aynı gün Almanya’dan yola çıkan Prof. Kirschner ve Dr. Theilhaber 12 Nisan’da Sofya’ya ulaşmışlar⁵⁶, fakat Bulgar Savaş Bakanlığı tarafından Edirne’ye geçişleri engellenmiştir. Alman Büyükelçisi’nin diplomatik çabalarına rağmen izin alamayan ekip birkaç gün Sofya’da beklemek zorunda kalmış, sonunda Bulgar Kızılhaç Cemiyeti’nin araya girmesi ile Edirne’ye gitme izni alabilmişlerdir.

15 Nisan 1913’te trenle yola çıkan doktorların karşılaştığı zorluk ve engeller bununla sınırlı değildir. Edirne’ye ulaştıklarında ilk olarak çalışma mekanı bulma konusunda sıkıntı yaşamışlar, Bulgar makamları yardımcı olmadıkları gibi, çoğu zaman zorluk çıkarmışlardır. Ertuğrul Göksoy’un verdiği bilgilere göre, Prof. Kirschner Edirne’deki gözlemlerini ve tecrübelerini Almanya’ya döndükten sonra (1914’te) “*Harp Cerrahisine Dair Yazılar – Kızılhaç Bünyesindeki Alman Derneklerinin 1912 İtalya-Türkiye Harekâtları ve 1912-1913 Balkan Harbi Sırasındaki Yardım Çalışmaları*” isimli kitapta anlatmıştır.⁵⁷ Dr. Kirschner kitabında Edirne’ye ulaştıklarında, Osmanlı askerlerine yardım için geldiklerinden, Bulgarların kendilerini düşman olarak gördüklerini

⁵⁵ BOA.HR.SYS. 2025/4, Varak 38 (1912.12.17).

⁵⁶ BOA.HR.SYS. 2025/4, Varak 38 (1912.12.17).

⁵⁷ Bkz. Martin Kirschner, **Beitraege zur Kriegsheilkunde, Aus den Hilfsunternehmungen der Deutschen Vereine vom Roten Kreuz waehrend des Italienisch-Türkischen Feldzuges 1912 und des Balkankrieges 1912/1913**, (ed.) Central-Komitee der Deutschen Vereine vom Roten Kreuz, Berlin: Julius Springer. 1914.

ve bu yüzden ya baştan savma davrandıklarını ya da hiç yardımcı olmadıklarını dile getirerek, karşılaştıkları güçlükleri şu şekilde anlatmaktadır:

*“Ziyarette bulunduğumuz Edirne valisi General Wasoff bizlere taleplerimiz şayet “makul” ise Edirne’deki Bulgar Sıhhiye Teşkilatı’nda görevli Bulgar sıhhiye askerleri Dr. Kiranoff veya Dr. Kirkoff’a başvurmamızı söyledi. Bu beyler idareleri altında bulunan Türk askeri hastaneler hakkında fazla bilgileri olmadığı izlenimini yarattıklarından, kendilerine yaptığımız başvurular sonuçsuz kalıyordu. Karşı karşıya olduğumuz kötü koşulların düzeltilmesine yönelik rica ve önerilerimizin şiddetini arttırmak gerekli olduğu derecede sonuçlar getirmiyordu. Dr. Kiranoff’dan bu konuyla ilgili yardım rica ettiğimizde, kendisi bunun Dr. Kirkoff’un alanına girdiğini söylüyordu. Dr. Kirkoff’un bürosu ise 3 km’lik mesafedeydi. Ricamızla Dr. Kirkoff’un huzuruna geldiğimizde ise bunun Kiranoff’un işi olduğu cevabıyla karşılaştık”.*⁵⁸

Güç şartlar altında Edirne’de yerleşmeye çalışan Prof. Kirschner ve yardımcısı Dr. Theilhaber nihayet Avusturyalı rahibeler grubunun yanında yer bulmuşlar ve farklı mekanlarda göreve başlamışlardır. Prof. Kirschner istasyon civarında bulunan ve Osmanlı Hilal-i Ahmer Cemiyeti’ne tahsis edilerek hastaneye dönüştürülen Küçük Zabitan Mektebi’ndeki, Dr. Theilhaber ise İtalyan Okulu’ndaki hastaları tedavi etmiştir.

Bulgar makamlarının olumsuz tutumlarının yanı sıra, gerek şehirdeki yaralı ve hastalara gerekse Alman doktorlara ellerinden gelen yardımı esirgemen ve onlarla iyi ilişkiler içinde olan Bulgarların bulunduğunu da belirtmek gerekmektedir. Örneğin, Dr. Kirschner hastaneye dönüştürülen Osmanlı Askeri Okul binasının başhekimi ve eczacısı olan Bulgar doktorun, burada yatan 300 yaralı ve çok sayıdaki hastaya elinden gelen tüm yardımları yaptığını anlatmaktadır. Öte yandan Orient Demiryollarının hekimi Dr. Schneider ile sohbet ettiklerinde şehirdeki meslektaşlarının Bulgar subaylarının sergiledikleri tutumu desteklemediklerini söylediğini belirtmektedir.⁵⁹

⁵⁸ Ertuğrul Göksoy, “Alman Profesör Kirschner’in 1912-1913 Balkan Harbi Sırasında Edirne’deki Gözlemleri, **38. Uluslararası Tıp Tarihi Kongresi Bildiri Kitabı**, Editörler, Nil Sarı, Ali Haydar Bayat, Yeşim Ülman, Mary Işın, cilt I, (Ankara: TTK, 2006), s. 1454.

⁵⁹ Göksoy, a.g.m., s. 1454.

Bu dönemde Edirne'deki asker ve sivillerin durumunun hala çok kötü olduğu anlaşılmaktadır. Uzun süre tedavi edilemediği için askerlerin yaraları cerrahatlandığından, çok sayıda cerrahi müdahale gerektiren vaka bulunmaktadır. Başta kolera olmak üzere bulaşıcı hastalıklar giderek artmakta, hastaların birçoğu yaşamını yitirmektedir. Üstelik yiyecek sıkıntısı da hala giderilememiştir. Edirne'nin teslim olduğu gün şehre giren Bulgar askerleri açlık boyutunu görünce kendi ekmeklerini savaş esirleri ve halk ile paylaşmıştır. Fakat daha sonra generallerin emriyle bu paylaşım yasaklanmış, hem halk hem de askerler perişan olmuşlardır.⁶⁰

Edirne'nin çevresindeki esir kamplarında ise durum şehirdekinden çok daha kötüdür. Savaş esirleriyle ilgili kararların yer aldığı Lahey Sözleşmesi'nin yanı sıra, daha savaşın başında (1912) Washington'da bir Uluslararası Kızılhaç Konferansı toplanmış ve esirlerin savaşta insanca muamele görmesi yönünde kararlar alarak, Belgrad'da "*Uluslararası Kızılhaç Esir Komisyonu*" kurulmuştu.⁶¹ Bu uluslararası sözleşme ve komisyonlara rağmen Edirne'deki esirler ne sağlık ne de temel insan haklarının başında gelen yaşama hakkından hiçbir şekilde yararlanamamışlardır. Esirler Tunca üzerindeki koruluk bir adada, Sarayıçi diye bilinen yere hapsedilmiş, yağmurda ve soğuk havada açık arazide gecelemekteydiler. Yaralı olanlar ise doğru dürüst tedavi edilmemekteydi. Dr. Kirschener esir kamplarındaki yaralıların Edirne'deki hastanelere nakledilmesi için Bulgar yetkililerinden çok zor izin aldığı altını çizmektedir.⁶² Görüldüğü üzere, esir komisyonunun çalışmalarına ve Lahey Sözleşmesi kararlarında savaş esirlerinin durumu güvence altına alınmış olmasına rağmen, hiçe sayılmıştır.

Tüm bu zor koşullar altında görev yapmaya çalışan Dr. Kirschner ve Dr. Theilhaber Mayıs ayının ortasında Alman Kızılhaç Merkez Komitesi'nden Edirne'deki görevlerini sonlandırıp, geri dönmeleri için emir aldılar. Bunun gerekçesi 15 Mayıs'tan itibaren Bulgarların Edirne'deki hastaneleri kapatması ve sıhhi malzemelere el koymasındı. Bulgarlar Alman Kızılhaç Cemiyeti'nin gönderdiği malzemeleri de almak istemiş fakat Dr. Kirschner bunu engellemiştir. Gelen emir üzerine Dr. Kirschner ve yardımcısı Dr. Theilhaber hastalarını Osmanlı askeri hekimlerine emanet ederek, 22 Mayıs 1913'te Almanya'ya dönmek üzere Edirne'den ayrılmışlardır.⁶³

60 Carnegie Report, s. 112.

61 Çapa, a.g.m., s. 102

62 Göksoy, a.g.m., s. 1455

63 a.g.m.,s. 1455.

Bulgarlar kısa bir sürede şehirdeki hastanelere el koyarak, esirlerin büyük çoğunluğunu Rusçuk, Vidin ve Selvi'ye naklettiler. Ekim 1913'te Dr. Süleyman Numan Paşa Başkanlığındaki bir ekip, Osmanlı harp esirlerine yardım etmek amacıyla Rusçuk'a gönderildi. Süleyman Numan Paşa buradaki gözlemlerini bir rapor halinde Osmanlı Hilal-i Ahmer Cemiyeti'ne sundu. Raporunda Osmanlı askerlerinin hastalık ve bakımsızlık dolayısıyla son derece güç koşullar altında yaşadıkları anlatılıyordu. Hasta ve yaralı esirler doğru dürüst tedavi edilmemişlerdi. Sofya'daki esir Osmanlı askerlerinin içinde bulunduğu kötü koşullar ve insanlık dışı muameleler Uluslararası Carnegie Raporunda da yer almıştır.⁶⁴ Yardım ekibi Rusçuk'tan Selvi ve Vidin'e de geçmiş ve iyileşen askerlerin İstanbul'a sevk edilmelerine yardım etmişlerdi.⁶⁵

Göçmenlerin Naklinin Engellenmesi

Alman Hükümeti'nin arabuluculuğuyla çözümlenen bir başka savaş ihlali ise Hilal-i Ahmer vapurları ile göçmenlerin nakledilmesi konusunda yaşanmıştı. Balkan Savaşları'nda Cenevre Sözleşmesi'ne aykırı olarak, Kızılhaç / Hilal-i Ahmer amblemi ve bayrağı taşımasına rağmen bazı yolcu ve hastane vapurlarının seferlerine engel olundu. Bu durum aynı zamanda İkinci Lahey Konferansı'nda kara ve deniz savaşı hukukuna ilişkin alınan kararların da ihlali anlamına geliyordu.⁶⁶ Söz konusu olaylardan biri 1913 yılının Şubat ayında göçmen ve hacıları taşıyan Mısır Hilal-i Ahmer gemisinin Selanik'e yaptığı sefer sırasında yaşandı.

Savaşın başından itibaren Selanik ile İzmir arasında sefer yaparak 10 binden fazla fakir ve yardıma muhtaç muhaciri ücretsiz olarak taşıyan ve mümkün mertebe işlerini sağlayarak nakleden Mısır Hilal-i Ahmer Cemiyeti'ne bağlı *Bahr-ı Aman Vapuru*, 27 Şubat 1913'teki seferi sırasında Yunan yetkililer tarafından durdurularak, Selanik'e girmesi engellendi. Vapurda bulunan ve bir kısmı hacılardan oluşan toplam 175 yolcu, sağlık ekibi, doktor ve kumandan karaya çıkamadılar. Oysa vapurun Selanik'e birkaç sefer daha yapıp, zor durumda kalan diğer muhacirleri de nakletmesi gerekiyordu.

Selanik'teki bu olayın ardından, Osmanlı Dahiliye Nezareti, muhacirlerin daha önce olduğu gibi, Selanik İslam cemaati himayesinde vapura bindiril-

64 Bkz. Carnegie Report, s. 216,

65 Çapa, a.g.m, s. 103.

66 Mehmet Gönübol, **Milletlerarası Siyasi Teşkilatlanma, Milletlerarası Siyasi Teşekkülleri Tarihi Gelişimi ve Birleşmiş Milletler Teşkilatı**, (Ankara: Ankara Üniversitesi 1964), s. 58-60.

melerine müsaade edilmesi ve vapur ekibinin insani muamele görmesi için, İstanbul'daki Alman Sefareti'nden Yunan yetkililerden gerekli iznin verilmesine aracılık etmesini istedi.⁶⁷ Savaş nedeniyle Balkan ülkeleri ile diplomatik ilişkiler kesildiği için Osmanlı Devleti ile Yunanistan arasındaki bu sorunun çözümünde de Alman elçilikleri arabulucu oldu.

Osmanlı Devleti'nin başvurusu üzerine Alman Dışişleri Bakanlığı Atina ve Selanik konsolosluklarına yazarak, bahsedilen sıkıntının giderilmesi için Yunan makamları ile görüşmeler yapılmasını istedi. 27 Şubat 1913'te Almanya'nın Selanik Konsolosu'ndan alınan raporda, Selanik'e gelen *Bahr-ı Aman Vapur'u*nda bulunan görevli ve yolcuların Alman ve İngiliz yetkililerinin tüm çabalarına rağmen dışarı çıkmalarına müsaade edilmediği, bu yüzden Alman konsolosu tarafından Yunan valisine kınama yazısı gönderildiği bildirilmiştir.⁶⁸ Resmi düzeyde yapılan görüşmelerin sonuç vermemesi üzerine vapur üç gün bekledikten sonra İzmir'e geri dönmeye mecbur kalmıştır.

Vapurun İzmir'e geri dönmesinden sonra da Alman Büyükelçiliği Yunan yetkilileri ile görüşmelere devam etmiş, vapurun bundan sonraki seferlerinin engellenmemesi için gerekli düzenlemelerin yapılmasına çalışmıştır. Olayın uluslararası düzeyde gündeme gelmesi üzerine Yunan Hükümeti *Bahr-ı Aman Vapur'u*nun seferlerine devam etmesine izin vermiştir. 15 Mart 1913 tarihinde Alman Büyükelçiliğinden Osmanlı Hariciye Nezareti'ne gönderilen resmi yazıya göre, Selanik Konsolosluğu *Bahr-ı Aman Vapur'u*nun 15 Mart'ta Selanik'ten 1600 muhacir taşıdığını ve İzmir'e daha sonraki taşıma seferlerinin engellenmediği bildirilmiştir.⁶⁹

Balkan Savaşları'nda Yunanistan'ın *İttihad*, *Urla*, *Selanik*, *Derne*, *Fuad* ve *Muradiye* isimlerini taşıyan yolcu, yük ve hastane gemilerine de el koyduğu bilinmektedir. Uluslararası antlaşmaları hiçe sayarak gerçekleşen bu usulsüzlüklere karşılık olarak Osmanlı Devleti de Yunanistan'a ait olan *Aypantı*, *Hrisomali*, *Spilineo*, *Skaramanga*, *Sasi*, *Kiposi* ve *Aya Spiridon* isimli gemilere el koymuştur. İki ülke savaş sonunda karşılıklılık ilkesiyle birbirlerine ait olan gemileri serbest bırakmışlardır.⁷⁰

67 BOA.HR SYS 2026/1, Varak. 122, (1912.11.28).

68 BOA.HR SYS 2026/1, Varak 121a, (1912.11.28).

69 BOA.HR SYS 2026/1, Varak. 123a (1912.11.28).

70 Mehmet Temel, "Balkan Savaşı'nda Yunanistan'ın El Koyduğu Osmanlı Gemileri ve Alınan Karşı Önlemler", *Yakın Dönem Türkiye Araştırmaları Dergisi*, Sayı 7, 2005, s. 108.

SONUÇ

Balkan Savaşlarında acil sağlık yardımına ihtiyaç duyan Osmanlı Devleti'nin yardımına yabancı Kızılay ve Kızılhaç Cemiyetleri yetişmiştir. Cenevre Sözleşmesi ve Lahey Hukuku kararları gereğince yardıma gönderilen ekipler gerek cephede gerekse cephe gerisinde Osmanlı Hilal-i Ahmer Cemiyeti ile ortaklaşa çalışarak, savaş boyunca yaralı ve hasta askerlere ve sivil halka sağlık hizmeti vermişlerdir. Bu çerçevede Türkiye'ye gelen Almanya Kızılhaç ekiplerinin çalışmaları da dikkate değerdir. Almanlar tıbbi yardım dışında, Osmanlı Devleti'ne sağlık malzemesi ve iane yardımında da bulunarak önemli destek sağlamışlardır. Bu çalışmalar savaş içinde Hilal-i Ahmer ve Kızılhaç derneklerinin ortaklaşa çalışmalarının ne kadar önemli olduğunu ve savaş içindeki insani yardımın değerini bir kez daha ortaya çıkarmıştır.

Balkan Savaşlarında Osmanlı Devleti'ne Almanya'nın yaptığı sağlık yardımları ülkelerin birbirleriyle olan diplomatik ilişkileri açısından da önemlidir. Balkan savaşlarında Osmanlı Devleti, sağlık hizmetleri ile ilgili konularda Balkan devletleri ile yapacağı görüşmeleri Almanya aracılığıyla yürütmüştür. İki ülke arasında savaş boyunca devam eden diplomasi trafiği siyasi ilişkilerinin gelişmesine büyük katkı sağlamıştır.

Öte yandan Balkan Savaşları sırasında yürürlükteki uluslararası anlaşmaların ihlal edilmesi nedeniyle, Kızılhaç ve Hilal-i Ahmer ekiplerinin yardım çabaları engellenmiştir. 1907'de yürürlüğe giren Lahey Hukuku'na göre savaşta yaralanan veya esir düşen kişilerin sağlık yardımı alma ve her türlü insani yardımdan yararlanma hakkı olmasına rağmen, bu kararlar çoğu zaman göz ardı edilmiştir. Savaş sırasında tarafsız olduklarına bakılmaksızın Kızılhaç ekiplerinin çalışmalarına izin verilmediği, hasta ve yaralılara yardımcı olmaya çalışan doktorların tutuklanıp esir edildiği, göçmenlerin naklinde zorluklar çıkarıldığı, savaş esirlerinin ve savaş mağdurlarının yardım almalarına engel olunduğu görülmüştür. Bu uygulamalar yürürlükte olan Cenevre Sözleşmesi ve Lahey hukukunun açıkça ihlal edildiğini gözler önüne sermiş ve söz konusu anlaşmaların uluslararası alandaki geçerliliklerini tartışmalı hale getirmiştir.

ÖZEL HUKUK

ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDE ELEKTRONİK İLETİLERİN KULLANILMASI HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER KONVANSİYONU

*Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL**

GİRİŞ

1.- “Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması Hakkında Konvansiyon”, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL)¹ bünyesinde oluşturulan Elektronik Ticaret Çalışma Grubu tarafından hazırlanmıştır.

Gerek Konvansiyonun dibacesinde, gerek Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından sunulan raporda², gerekse UNCITRAL Sekreteryası tarafından hazırlanan Açıklayıcı Notta³ Konvansiyonun hazırlanma gerekçesi açıklanırken, uluslararası nitelik taşıyan sözleşmesel ilişkilerde kullanılan elektronik iletilerin hukuki değeri konusundaki belirsizliğin, uluslararası ticaretin gelişimine engel oluşturduğu; özellikle mevcut uluslararası konvansiyonlarda yer alan elektronik iletilerin kullanılmasına yönelik engelleri ortadan kaldıracak yeknesak kuralların kabul edilmesi halinde, bu konuda hukuki kesin-

* Galatasaray Üniversitesi Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 *United Nations Commission on International Trade Law; Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI).*

2 *Résolution adoptée par l'Assemblée générale [sur la base du rapport de la Sixième Commission (A/60/515)], Soixantième session, Point 79 de l'ordre du jour, A/RES/60/21.* Raporun metni için bkz. <http://www.uncitral.org>.

3 *Note explicative du secrétariat de la CNUDCI relative à la Convention sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux.* Raporun metni için bkz. <http://www.uncitral.org>. Bundan sonraki atıflarda “**Açıklayıcı Not**” olarak kısaltılacaktır.

lik ve öngörülebilirliğin sağlanacağı ve böylece devletlerin modern ticari araçlardan yararlanma konusunda teşvik edilmiş olacakları vurgulanmıştır.

Bu gerekçelerle UNCITRAL, uluslararası ticarete ilişkin konvansiyonlarda yer alan elektronik ticarete yönelik engelleri bertaraf edecek uluslararası bir belge hazırlamak üzere Elektronik Ticaret Çalışma Grubunu (IV. Çalışma Grubu)⁴ görevlendirmiştir⁵. Çalışma Grubu, 2002- 2004 yılları arasında altı oturumu bu çalışmalara tahsis etmiş, bu çalışmalar sonucunda hazırlanan taslak, UNCITRAL' in 2005 yılındaki (38.) oturumunda incelendikten sonra 23 Kasım 2005 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilerek, 16 Ocak 2006 tarihinden itibaren üye devletlerin imzasına sunulmuştur.

Konvansiyon, üçüncü onay, kabul veya katılma belgesinin sunulmasından itibaren altı ay geçtikten sonra yürürlüğe girecektir (m. 23). Henüz yürürlüğe girmemiş olan Konvansiyon, Haziran 2009 itibarıyla Suudi Arabistan, Çin, Kolombiya, Rusya Federasyonu, Honduras, İran, Lübnan, Madagaskar, Montenegro (Karadağ), Panama, Paraguay, Filipinler, Orta Afrika Cumhuriyeti, Kore, Senegal, Sierra Leone, Sri Lanka ve Singapur tarafından imzalanmış bulunmaktadır.

2.- Konvansiyon, dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm, Konvansiyonun uygulama alanına ilişkin hükümler içermektedir. Genel Hükümler başlıklı ikinci bölümde, Konvansiyonda yer alan kavramların tanımına, tarafların buldukları yerin tespitine ve Konvansiyonun yorumlanmasına ilişkin hükümler yer almaktadır. Üçüncü bölüm, uluslararası sözleşmelerin kurulmasında veya ifasında elektronik iletilerin kullanılmasının yol açtığı hukuکی sorunların çözümüne ilişkin hükümlerden oluşmaktadır. Son bölümde ise, Konvansiyonun yürürlüğe girmesine ilişkin hükümler bulunmaktadır.

Herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralı içermeyen Konvansiyon, elektronik iletilerin uluslararası sözleşmelerde kullanılması halinde doğabilecek sorunla-

⁴ Bundan sonra “**Çalışma Grubu**” olarak zikredilecektir.

⁵ Mevcut uluslararası anlaşmaların çoğu, elektronik posta (e-mail), elektronik veri değişimi, internet gibi yeni teknolojilerin gelişiminden çok uzun yıllar öncesinde hazırlandığından, bu anlaşmalarda elektronik iletilerin kullanılmasına engel oluşturabilecek hükümlerin bulunması doğaldır (FARIA José Angelo Estrella, *The United Nations Convention on The Use of Electronic Communications in International Contracts-An Introductory Note*, ICLQ vol 55, July 2006 (s. 689-694), s. 690).

rın, tüm üye devletler açısından yeknesak biçimde çözümlenmesine yönelik maddi kurallardan oluşmaktadır. Konvansiyon, bu şekliyle, elektronik iletilerin kullanılması ile ilgili olarak maddi uluslararası özel hukukun yeknesaklaştırılması açısından önemli bir rol oynayacak, özellikle farklı ülkelerde işyeri olan muhataplarla sözleşme yapan tarafların duydukları hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik ihtiyaçlarını önemli ölçüde giderecektir⁶.

3.- Konvansiyon, daha önce yine UNCITRAL tarafından hazırlanmış olan Elektronik Ticaret Model Kanunundan⁷ ve Uluslararası Satım Sözleşmeleri Hakkında Viyana Konvansiyonundan⁸ önemli ölçüde etkilenecek hazırlanmıştır. Bu nedenle, incelememizi, bu iki metnin Konvansiyona paralel hükümlerinden ve bu hükümlere ilişkin yorum ve görüşlerden yararlanarak gerçekleştirmeye çalışacağız.

I- KONVANSİYONUN UYGULAMA ALANI

4.- Konvansiyonun, uygulama alanına ilişkin 1. maddesine göre,

“Bu Konvansiyon, işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasında, bir sözleşmenin kurulması (formation) veya ifasında (l'exécution- performance) elektronik iletilerin kullanılması durumunda uygulanır”.

Konvansiyonun diğer maddelerinde tanımlanmış olan elektronik ileti, işyeri gibi kavramlardan da yararlanarak uygulama alanına ilişkin bu maddede yer alan unsurları şu şekilde tespit etmek mümkündür:

⁶ Zira bu şekilde, muhatabın işyerinin bulunduğu yer neresi olursa olsun aynı maddi kurallar uygulama alanı bulacaktır (Yeknesak kural içeren uluslararası anlaşmalar hakkında yapılan bu tespit için bkz. LEFEBVRE Francis, *Vendre en Europe, Aspects juridiques et pratiques*, Paris, 1995, s. 33- 34).

⁷ *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation 1996; 1996 - UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment*, <http://www.uncitral.org>.

Elektronik ticaret konusunda yasal düzenleme yapmak isteyen devletlere model oluşturmak üzere hazırlanan ve bir çok devlet tarafından benimsenmiş olan Model Kanun bağlayıcı nitelik taşımadığından, yeknesaklaştırma amacının elde edilmesi açısından yeterli olmamıştır. Gerçekten de, ancak bağlayıcı gücü olan bir belge ile elektronik ticarete yönelik engellerin bertaraf edilmesi ve yeknesak bir düzen oluşturulması mümkün olabilir (FARIA, s. 689).

⁸ *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM); United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. Haziran 2009 itibarıyla 74 devletin taraf olduğu bu Konvansiyona Türkiye Cumhuriyeti henüz taraf değildir.

A- Elektronik İletilerin Kullanıldığı Sözleşmeler

1- Elektronik İleti Kavramı

5.- Konvansiyonun “Tanımlar” başlıklı 4. maddesinde “elektronik ileti”, “*ta-
rafların veri mesajı aracılığıyla gerçekleştirdikleri her türlü ileti*” olarak ta-
nımlanmıştır (b bendi). Aynı maddede “ileti” (*communication*) kavramı, “*ta-
rafların sözleşmenin kurulması veya ifası ile ilgili olarak gerçekleştirmek zo-
runda oldukları veya gerçekleştirmeyi seçtikleri her türlü açıklama, ihtar, ta-
lep, temerrüt ihtar, icap ve kabul gibi irade açıklaması*” olarak tanımlanmış-
tır (a bendi).

Görüldüğü gibi, Konvansiyonun isminde de geçen “ileti” kavramı, sadece bir sözleşmenin kurulmasına yönelik irade açıklamalarını değil, sözleşme ku-
rulduktan sonraki dönemde, taraflarca gerçekleştirilen tüm tek taraflı irade
açıklamalarını da kapsamına almaktadır.

6.- Konvansiyonda, “veri mesajı” ise, “*elektronik, manyetik, optik veya benze-
ri araçlarla, özellikle elektronik veri değişimi (electronic data interchange-
EDI), elektronik mesaj, telgraf, teleks veya faks gibi araçlarla oluşturulan,
iletilen, alınan veya saklanan bilgi*” (m. 4/ c) olarak tanımlanmıştır⁹.

Konvansiyonun hazırlık çalışmalarında bu maddeye ilişkin görüşmelerde, ba-
zı katılımcılar veri mesajına ilişkin örnek listenin kaldırılması, telgraf, teleks
gibi eski teknolojiye dayanan araçların Konvansiyonun uygulama alanına gir-
memesi gerektiği yönünde görüş beyan etmişlerdir. Ancak genel görüş, moda-
sı geçmiş de olsa, bu iletişim araçlarının elektronik ileti zincirinde halen kul-
lanılabileceği gerekçesiyle bu örneklerin madde metninde kalması; böylece,
veri mesajının sadece elektronik posta değil, diğer teknikler aracılığıyla ger-
çekleştirilen iletileri de kapsamının sağlanmış olacağı şeklinde açıklanmış-
tır. Diğer yandan bu listenin sınırlayıcı değil açıklayıcı nitelikte olduğu, inter-
net gibi diğer tekniklerin de veri mesajı tanımının kapsamına gireceği¹⁰ ve

⁹ Veri mesajının bu tanımı, UNCITRAL tarafından hazırlanmış olan Elektronik Ticaret Model Kanunu m. 2-a’ da yer alan tanıma paraleldir.

¹⁰ *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante-
quatrième session* (Vienne, 11- 22 octobre 2004) A/ CN. 9/571; *Report of the Working Group
on Electronic Commerce on the work of its forty-fourth session* (Vienna, 11- 22 October
2004), A/ CN. 9/571, paragraf 81- 82 (Raporun İngilizce ve Fransızca metinleri için bkz.
www.uncitral.org. Bundan sonraki atıflarda “**Rapor**” olarak kısaltılacaktır).

hükümde kullanılan “benzer araçlar” ifadesinin, Konvansiyonun sadece mevcut iletişim tekniklerini değil, gelecekte bu amaçla kullanılacak araçları da kapsayacak şekilde düzenlendiğini gösterdiği¹¹ belirtilmiştir.

7.- Elektronik Ticaret Model Kanunu hazırlanırken de, elektronik ticaret kavramının tanımına ilişkin olarak benzer görüş farklılıkları kendini göstermiş ve sonuç olarak, her ne kadar Model Kanun, elektronik veri değişimi, elektronik posta gibi modern iletişim araçları düşünülerek hazırlanmış olsa da, hükümlerinin teleks, faks gibi daha az gelişmiş araçlara da uygulanmasının zorunlu olduğu, zira bazen bu araçların da elektronik ileti zincirinde devreye girebileceği (örneğin, başlangıçta sözlü bir ileti olarak oluşan veri mesajının, daha sonra faks mesajına dönüşebileceği veya faks mesajı olarak başlayan bir veri mesajının elektronik veri mesajı ile sonuçlanabileceği) ifade edilmiştir¹².

2- Elektronik İletilerin Sözleşmenin Kurulması veya İfası Aşamasında Kullanılması

8.- Konvansiyonun hazırlık çalışmaları sırasında, uygulama alanına ilişkin maddeye, sözleşmenin “kuruluşu” (*formation*) yanında “müzakeresi” (*negociation- negotiation*) kelimelerinin de eklenmesi önerilmiş, böylece, müzakere aşamasının sözleşmenin kurulması ile sonuçlanmadığı durumlarda da Konvansiyonun uygulanması sağlanmak istenmiştir. Ancak, Çalışma Grubu, “kuruluş” (*formation*) kelimesinin, müzakere ve icaba davet de dahil olmak üzere bir sözleşmenin kurulması ile ilgili tüm aşamaları kapsadığı gerekçeyle metinde sadece “kuruluş” kelimesinin kalmasının yeterli olduğunu belirtmiştir¹³.

11 “Açıklayıcı Not”, paragraf 93.

12 *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique* (1996), paragraf 8 (<http://www.uncitral.org/french/texts/electcom/ml-ec.htm>). Bundan sonraki atıflarda “**Model Kanun Rehberi**” olarak anılacaktır.

Doktrinde de, elektronik ticaret kavramında yer alan “elektronik” kavramını, sadece internet ve intranet gibi bilgisayar ağlarını kapsayacak şekilde sınırlı yorumlayanlar yanında, telgraf, teleks, faks, telefon gibi her türlü elektronik iletişim aracını bu kavrama dahil etmek isteyen görüşler de bulunmaktadır. Elektronik ticarete ilişkin uluslararası düzeyde yapılan çalışmalara da yansımış olan bu görüş farklılıkları hakkında bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti*, İstanbul, 2003, s. 10- 12.

13 “Rapor”, paragraf 15.

Sonuç olarak, m. 1/ paragraf 1 hükmünde, “bir sözleşmenin kurulması... ile ilgili” ibareleri kalmıştır. Kurulmaktan kast edilen sadece sözleşmenin kurulmasına yönelik irade açıklamaları (icap-kabul) değil, sözleşmenin müzakere aşamasını da kapsayacak daha geniş bir süreçtir.

9.- Maddede, Konvansiyonun, sözleşmenin kurulması yanında ifası aşamasında elektronik iletilerin kullanıldığı durumlarda da uygulanacağı belirtilmiştir. Böylece, bir yandan sözleşmeden doğan bir takım hakların kullanılmasına (ayıp ihbarı, temerrüt ihtarı, fesih ihbarı gibi), diğer yandan sözleşmeden doğan edimlerin ifasına yönelik işlemler (elektronik fon transferi gibi), elektronik ortamda gerçekleştirilmek istendiğinde Konvansiyon hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹⁴.

Konvansiyonun, edimlerin ifasına ilişkin işlemleri de öngörmesi, onun uygulama alanının sadece dolaylı ticarete ilişkin sözleşmelerle¹⁵ sınırlı olmadığını, doğrudan ticarete ilişkin sözleşmeleri¹⁶ de kapsamına aldığını göstermektedir.

3- Sadece Sözleşmenin Taraflarının Birbirlerine Gönderdikleri Elektronik İletilerin Düzenlenmesi

10. Konvansiyon, sadece mevcut veya ileride kurulması düşünülen sözleşmenin tarafları arasındaki ilişkilerle ilgili düzenleme getirmekte; taraflarla üçüncü kişiler arasında gerçekleşecek olan elektronik ileti teatilerini kapsamına almamaktadır.

¹⁴ “Açıklayıcı Not”, paragraf 55.

¹⁵ Dolaylı ticarete ilişkin sözleşmelerde, sadece sözleşmenin kuruluşu veri mesajları aracılığıyla gerçekleşmekte, sözleşmeden doğan edimler fiziksel ortamda ifa edilmektedir. İnternet üzerinden sipariş verilen, CD, kitap, bilgisayar gibi fiziksel varlığı bulunan ürünlerin alıcısına kargo ile gönderilmesinde olduğu gibi.

¹⁶ Doğrudan ticarete ilişkin sözleşmelerde, sözleşmenin kurulması yanında ifasına yönelik işlemler de veri mesajı aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Fiziksel bir varlığı olmayan bilgisayar programlarının veya sinema veya müzik eserlerinin *download* (yükleme) yoluyla alıcının bilgisayarına aktarılmasında olduğu gibi.

Doğrudan-dolaylı ticaret ayrımı hakkında bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 25-27; SÖZER Bülent, *Elektronik Sözleşmeler*, İstanbul, 2002, s. 21; GÜNGÖR GÜlin, *Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Click-wrap Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı*, AÜHFHD, 2000/ I, s. 21; YALTI Billur, *Elektronik Ticarete Vergilendirme*, İstanbul, 2003, s. 10.

Dolayısıyla, bir sözleşmenin Konvansiyonun uygulama alanına girmesi, bu sözleşmenin tarafları ile üçüncü kişiler arasındaki ilişkilerde kullanılan elektronik iletilerin de kendiliğinden Konvansiyonun uygulama alanına girmesi için yeterli değildir. Bu ilişki bağımsız olarak ele alındığında Konvansiyonun uygulama alanına giriyorsa ancak o durumda Konvansiyon hükümleri söz konusu ilişki çerçevesinde gönderilen elektronik iletiler açısından uygulama alanı bulacaktır. Örneğin, sözleşmeden doğan edimin ifası için idari makamlardan ihracat lisansı alınması gerekiyorsa, satıcının bunun için ilgili makama elektronik ileti ile gönderdiği başvuru belgesi Konvansiyonun uygulama alanına girmeyecektir¹⁷.

B- Tarafların İşyerlerinin Farklı Devletlerde Bulunması

1- Genel Olarak

11.- Konvansiyon, başlığında da ifade edildiği gibi, “uluslararası sözleşmelerde” elektronik iletilerin kullanımı konusunda hükümler içermektedir. Dolayısıyla, Konvansiyonun uygulama alanına giren sözleşmeler uluslararası nitelik taşıyan sözleşmelerdir. Hangi sözleşmelerin Konvansiyon anlamında uluslararası nitelik taşıdığı, uygulama alanına ilişkin 1. madde, “*tarafların işyerlerinin farklı devletlerde bulunduğu*” sözleşmeler olarak açıklanmıştır.

12.- Genel olarak, bir sözleşmenin ne zaman uluslararası nitelik taşıdığı konusunda, karşılaştırmalı hukukta ve Türk Hukukunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Hukuki kriteri esas alan görüşlere göre, bir sözleşmenin birden fazla hukuk sistemi ile bağlantıya sahip olması halinde uluslararası bir sözleşmeden bahsedilir. Buna göre, tarafların vatandaşlığı, sözleşmenin yapıldığı yer, sözleşme konusu malın bulunduğu yer gibi kriterlerin farklı ülkelerle bağlantılı olması halinde sözleşme uluslararası niteliğe sahiptir¹⁸.

Fransız Hukukunda geniş ölçüde benimsenmiş olan ekonomik kriteri dikkate alan görüşlere göre ise, bir sözleşmenin uluslararası niteliği, onun kişisel veya coğrafi anlamda yabancılik unsuru içerip içermediğinden bağımsız olarak değerlendirilmesi gereken bir konu olup, uluslararası ticaretin yarar

¹⁷ “Açıklayıcı Not”, paragraf, 56.

¹⁸ NOMER Ergin- ŞANLI Cemal, *Devletler Hususi Hukuku*, 16. Bası, İstanbul, 2008, s. 306; TEKİNALP Gülören, *Milletlerarası Özel Hukuk- Bağlama Kuralları*, 9.Bası, İstanbul, 2006, s. 288; TURHAN Turgut, *Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları*, Ankara, 1997, s. 192.

alanına giren veya uluslararası ticaretin çıkarlarını ilgilendiren sözleşmeler uluslararası nitelik taşırlar¹⁹.

13.- Konvansiyon, tarafların işyerlerinin farklı devletlerde bulunmasını sözleşmenin Konvansiyon anlamında uluslararası sözleşme olarak kabul edilmesi için yeterli görmüştür. Böylece, ekonomik kriteri hiç dikkate almadığı gibi, hukuki kriterin esas aldığı bağlama noktalarından da sadece “tarafların işyeri” kriterine önem vermiş, tarafların vatandaşlığı, sözleşmenin yapıldığı yer, ifa yeri gibi unsurlar açısından herhangi bir değerlendirme yapılmasına gerek görmemiştir. Nitekim tarafların vatandaşlığının sözleşmenin uluslararası niteliğinin tespitinde dikkate alınmayacağı açık bir hükümlerle ifade edilmiştir (m. 1/ paragraf 3).

Bu durumda örneğin, birisinin işyeri yurt dışında bulunan iki Türk vatandaşları arasında Türkiye’de yapılan ve edimlerin ifa yerinin de Türkiye’de bulunduğu sözleşme, Konvansiyon anlamında uluslararası bir sözleşme olarak kabul edilmek gerekecektir. Diğer yandan, ekonomik kriter dikkate alındığında uluslararası bir sözleşme olarak kabul edilmesi gereken, her ikisinin de işyeri Türkiye’de bulunan taraflar arasında yapılan ve fakat sözleşme konusu malların satıcı tarafından başka bir ülkeden temin edilerek alıcıya teslimini öngören bir sözleşme, Konvansiyonun kapsamı dışında kalacaktır²⁰.

¹⁹ ŞANLI Cemal, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, İstanbul, 2005, s. 6; AKINCI Ziya, *Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi*, Ankara, 1994, s. 25- 26; TİRYAKİOĞLU Bilgin, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara, 1996, s. 7 - 8.

Hukuki ve ekonomik kriter hakkında bkz. ÖZDEMİR Hatice, *MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme ve Uluslararası Sözleşme Kavramları*, İstanbul Barosu Dergisi, 1999, S. 4, s. 926- 941. Fransız Hukukunun bu konudaki gelişimi için bkz. MOUSSERON Jean Marc- RAYNARD Jacques- REGIS Fabre- PIERRE Jean Luc, *Droit du commerce international, Droit International de l'entreprise*, Paris, 1997, s. 15- 18.

²⁰ Böyle bir sözleşme ancak, m. 19/b uyarınca, tarafların Konvansiyonun uygulanacağını öngören bir anlaşma yapmaları halinde Konvansiyon hükümlerine tâbi olacaktır (bkz. aşağıda paragraf 33-35’de yapılan açıklamalar).

Benzer hüküm içeren Viyana Konvansiyonu m. 1 ile ilgili olarak verilen benzer örnekler için bkz. MOUSSERON-RAYNARD-FABRE-PIERRE, s. 216; ERDEM Ercüment, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)*, Batider 1992, C.54, S.3, s. 42-43 ve dipnot 24; ATAMER Yeşim, *Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı*, İstanbul Barosu Dergisi 1995, C. 69, S. 10-11-12, s. 557; TOKER Ali Gümrah, *11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı*, Ankara, 2005, s. 33- 34.

2- İşyeri (*place of business; établissement*) Kavramı

14.- Konvansiyonun “Tanımlar” başlıklı 4. maddesinin (h) bendinde yer alan tanıma göre “işyeri, taraflardan birinin, mal veya hizmetlerin geçici olarak sağlanması dışında kalan bir ekonomik faaliyetin sürdürülmesi için sahip olduğu, geçici olmayan bir yerleşim birimi”dir.

Konvansiyon hazırlanırken, işyeri kavramının Konvansiyonda tanımlanması ve her üye devletin bu tanımı kendi hukuk sistemi içinde yapması gerektiği yönünde görüşler ileri sürülmüştü. Ancak hâkim görüş, Konvansiyonun birçok maddesinde kullanılan, dolayısıyla Konvansiyon açısından önemli bir rol oynayan bu kavramın tanımlanmasının yerinde olacağı şeklinde açıklanmıştır²¹. Böylece Viyana Konvansiyonundan farklı olarak işyeri kavramı Konvansiyonda ayrı bir hükümlerle tanımlanmıştır.

Ancak, Konvansiyonun hazırlık çalışmalarında, bu tanımın kendi içinde gereksiz tekrarları (*tautologie*) içerip içermediği konusunda endişelerin duyulduğu ifade edilmiştir. Bu görüşte olanlara göre, işyeri kelimesi zaten, mal veya hizmetlerin geçici olarak sağlanması dışında bir amaç içeren, geçici olmayan bir yeri ifade eder. Dolayısıyla, işyeri, tanımı gereği sürekli bir yer olması gerekirken tanımda ayrıca sürekliliği vurgulayıcı ibareye yer verilmesinin yerinde olup olmadığı sorgulanmıştır. Bu sorulara, tanımda yer alan “geçici olmayan” (*non transitoire*) ibaresinin, işyerini (*établissement*); “mal veya hizmetlerin geçici olarak sağlanması dışında ” ibaresinin ise ekonomik faaliyeti tanımlayan bir sıfat olduğu, dolayısıyla bir tekrar bulunmadığı şeklinde cevap verilmiştir²².

Bu açıklamalar çerçevesinde, Konvansiyon anlamında işyerinden bahsedebilmek için, hem faaliyetin yerine getirildiği yerin, hem de bu yerde yürütülen ekonomik faaliyetin sürekli olması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

15.- Bu şekilde işyeri kavramının tanımında özellikle vurgu yapılan süreklilik unsuru, bu kavramın Türk Hukukunda yapılan tanımları açısından da olması gereken bir unsur olarak kabul edilmektedir. Gerçekten de, 213 Sayılı Vergi Usul Kanununun 156. maddesinde, “...ticari, sınai, zirai veya mesleki bir faaliyetin icrasına tahsis edilen veya bu faaliyetlerde kullanılan yer..” şeklinde yapılan tanımda süreklilik unsuru açıkça yer almasa da, doktrinde

²¹ “Rapor”, paragraf 86.

²² “Rapor”, paragraf 87; “Açıklayıcı Not”, paragraf 106.

bir işyerinin varlığından bahsedebilmek için, bu yerin *devamlılık* arz eden faaliyetler için kullanılması, *sabit* bir yer olması ve yürütülen faaliyet ile ilgili bir yer olması gerektiği vurgulanmaktadır²³.

Diğer yandan, işyerine nazaran daha dar bir içeriğe sahip olan ticari işletme kavramında da süreklilik unsuru yer almaktadır. Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 11/f.1 hükmünde, ticarî işletme, “*Ticarethane veya fabrika yahut ticarî şekilde işletilen diğer müesseseler...*” olarak tanımlanmaktadır. Ticaret Sicili Tüzüğü’nde ise, ticarî işletmenin ayırt edici unsurları olarak, gelir sağlamayı hedef tutması, *devamlı olarak* faaliyet göstermesi ve esnaf faaliyetini sınırlarını aşması gerektiği belirtilmektedir (m. 14/ f. 2). Bu maddelerde yer almamakla beraber, doktrinde, ticarî işletmeyi ayırt edici bir unsur olarak bağımsızlık unsurunun da bulunması gerektiği; bu nedenle, idare bakımından merkeze bağlı olarak faaliyet gösteren şubelerin ticarî işletme olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmektedir²⁴.

Görüldüğü üzere gerek Türk Hukukunda ve Konvansiyonda yer alan işyeri kavramlarında, gerekse ticari işletme kavramında, süreklilik unsuru yer almaktadır. Ancak, bir ticari işletmenin varlığı için doktrinde aranan bağımsızlık unsuru, ne Konvansiyondaki ne de Türk Hukukundaki işyeri tanımında bulunmaktadır. Bu nedenle, bağımsızlık unsuru olmadığından ticari işletme olarak değerlendirilemeyen şubelerin, Konvansiyon anlamında işyeri olarak kabul edilmesi mümkün görünmektedir.

Nitekim uygulama alanını belirlerken işyeri kavramına yer veren ancak bu kavramı tanımlamayan Viyana Konvansiyonu açısından işyeri kavramının yorumuna ilişkin görüşlerde, bu yerin sabit ve sürekli olarak iş ilişkilerinin sürdürüldüğü yer olması gerektiği, dolayısıyla geçici olarak bulunan yerlerin işyeri olarak kabul edilemeyeceği; ancak hukuki açıdan bağımsız olmanın veya idare merkezi sıfatı taşımanın, işyeri için zorunlu unsurlar olmadığı ifade edilmiştir²⁵.

²³ YALTI, s. 142- 143.

²⁴ POROY Reha- YASAMAN Hamdi, *Ticarî İşletme Hukuku*, 10.Bası, İstanbul, 2004, s. 34; ÜLGEN Hüseyin- TEOMAN Ömer- HELVACI Mehmet-KENDİGELEN Abuzer- KAYA Aslan- NOMER ERTAN Fusun, *Ticarî İşletme Hukuku*, İstanbul, 2006, s. 141- 142.

²⁵ Bu görüşler hakkında bkz. ERDEM, s. 43-44; ATAMER, s. 557; TOKER, s. 36- 37.

3- İşyerinin Tespiti

16.- Konvansiyonun “Tarafların Bulunduğu Yer” başlıklı 6. maddesinde, tarafların işyerlerinin bulunduğu yerin tespitine ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir. Bu maddede, tarafların birbirlerine, işyerlerinin bulunduğu yeri veya diğer bilgileri vermeleri konusunda bir yükümlülük yüklenmemekte; sadece, taraflardan birinin işyeri olarak belirli bir yeri belirtmesi halinde bu yer lehine bir karine kabul edilmekte ve bu karinenin geçerli olmayacağı koşullar ile hiçbir bilginin verilmemesi halinde bu yerin tespitine yönelik tamamlayıcı kurallar yer almaktadır²⁶.

Bu düzenlemelerde, tarafların işyerinin bir tane veya birden fazla olmasına göre bu yerin nasıl tespit edileceğine dair hükümler yer almakta, ayrıca işyerinin tespitinde dikkate alınmayacak unsurların neler olduğu da belirtilmektedir. Aşağıda bu durumlar tek tek ele alınarak incelenecektir.

a- Tek İşyerinin Varlığı Halinde

17.- Altıncı maddenin ilk paragrafına göre:

“Bu Konvansiyon anlamında, taraflardan birinin işyerinin, onun bildirdiği yerde olduğu varsayılır. Ancak, diğer taraf, bu açıklamayı yapan tarafın orada işyerinin olmadığını ispat ederse bu karine uygulanmaz”.

Bu hükümle, taraflardan birinin tek bir işyerinin bulunması halinde, bu yerin onun bildirdiği yer olduğu karine olarak kabul edilmiştir. Bu şekilde (karşı tarafça aksi ispat edilmediği sürece) tarafların işyerlerinin bulunduğu yer konusunda yaptıkları beyana güven duyulması esası kabul edildiğinden, her somut olayda işyerinin tespitindeki güçlükler ortadan kalkacaktır.

Eğer taraflardan birinin tek bir işyeri varsa ve bu işyerinin neresi olduğu bildirilmemişse, m. 4/ h bendindeki işyeri tanımına uygun olarak bu yer belirlenecektir²⁷.

18.- Konvansiyon, taraflara, işyerlerinin bulunduğu yeri veya diğer bilgileri verme yükümlülüğü öngörmemekle birlikte²⁸, kanunlar ihtilafı kurallarının

²⁶ “Rapor”, paragraf 93.

²⁷ “Rapor”, paragraf 100; “Açıklayıcı Not”, paragraf 112.

²⁸ Böyle bir yükümlülüğün neden öngörülmediği konusunda farklı gerekçeler ileri sürülmüştür. Öncelikle, iyi niyetle hareket eden tacirlerin birbirlerine işyerlerinin bulunduğu yer

yetkili kıldığı hukukta böyle bir yükümlülük varsa bunun uygulanmasına da engel olmamaktadır (m. 7)²⁹. Böyle bir varsayımda, bu yükümlülüğün ihlâlinin sonuçları da yine bu hukuka göre belirlenecektir.

Konuyu Türk Hukuku açısından değerlendirdiğimizde şu tespitlerde bulunmak mümkündür: Türk Hukukunda gerek doktrinde gerekse uygulamada, sözleşme öncesi müzakere aşamasında tarafların birbirlerini belirli konularda bilgilendirme yükümlülüğünün ihlâlinden doğan sorumluluğun (*culpa in contrahendo* sorumluluğu) sözleşmesel sorumluluk hükümlerine tâbi olduğu kabul edilmektedir³⁰. Hukuki ilişkilerin nitelendirilmesinde *lex fori* (hâkimin hukuku) prensibi geçerli olduğundan, Türk mahkemesi, *culpa in contrahendo* sorumluluğu hakkında uygulanacak hukuku, sözleşmelere uygulanacak hukuku tespit eden Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hak-

hakkında doğru bilgiler verdiklerinin varsayılacağı; ancak, yanlış bilgi verilmesinin hukuki sonuçlarının sözleşmenin kuruluşuna ilişkin bir sorun olmaktan çok cezaî veya haksız fiil sorumluluğuna yol açan bir durum olarak değerlendirildiği, dolayısıyla Konvansiyonun uygulama alanı dışında kaldığı; birçok hukuk sisteminde düzenlenmiş olan bu konunun Konvansiyonun kapsamı dışında bırakılmasının ve kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken hukukun uygulanmasının daha uygun olacağı belirtilmiştir. Diğer yandan, Konvansiyonda, böyle bir yükümlülüğün öngörülmesi halinde, bunun ihlâl edilmesinin yol açacağı sonuçların da düzenlenmesinin gerekeceği; bu konuda iç hukuklarda yer alanlardan farklı, özellikle idari yaptırım veya sözleşme dışı sorumluluk temeline dayanan yaptırımların öngörülmesinin yerinde olmayacağı ifade edilmiştir. Son olarak, elektronik olmayan bir ortamda gerçekleştirilen ticari işlemler için öngörülmeyen bir yükümlülüğün, elektronik ortamda gerçekleştirilen işlemler için öngörülmesinin elektronik ticaretin gelişimine engel olacağı; kaldı ki, bazı durumlarda tarafların kimliklerini açıklamama konusunda meşru sebeplerinin olabileceği ifade edilmiştir. Bu konuda örnek olarak, internette açık artırma ile satış sitelerinde alıcılarla satıcıların, müzakerelerin veya artırmının tüm aşamalarında şifreli veya takma isimler kullandıkları; benzer şekilde ticari araçlara başvuru durumlarda potansiyel alıcıların, satıcıların kimliğini hiç öğrenmedikleri ifade edilmiştir (“Açıklayıcı Not”, paragraf 124- 126).

29 Konvansiyonun, “Bilgi Verme Yükümlülüğü” başlıklı 7. maddesine göre: “*Bu Konvansiyonun hiç bir hükmü, taraflara, kimliklerini, işyerlerini veya diğer bilgileri verme yükümlülüğü getiren hukuk kurallarının uygulanmasını engellemez ve bu bilgileri yanlış, eksik veya hatalı vermeleri yüzünden doğabilecek hukuki sonuçlardan onları muaf tutmaz*”.

30 OĞUZMAN Kemal- ÖZ Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Bası, İstanbul, 2005, s. 323- 324; TEKİNAY-AKMAN-BURCUOĞLU-ALTOP, *TEKİNAY Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, İstanbul, 1993, s. 978- 979; EREN Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 8. Bası, İstanbul, 2003, s. 1086; KOCAYU-SUFPAŞAOĞLU-HATEMİ-SEROZAN-ARPAÇI, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme*, 4.Bası, İstanbul 2008, s. 9.

kında Kanun (MÖHUK) m. 24 çerçevesinde³¹ tespit edecektir³². Bu madde uyarınca tespit edilen hukukta, müzakere aşamasında tarafların birbirlerine, işyerlerinin bulunduğu yeri veya diğer bilgileri bildirme yükümlülüğü öngörülmüşse, sözleşmenin Konvansiyonun uygulama alanına girmesi, tarafların söz konusu yükümlülükten ve bunun ihlâli halinde uygulanması gereken yaptırımdan muaf tutulmalarına yol açmayacaktır.

b- Birden Fazla İşyerinin Varlığı Halinde

19.- Sözleşme taraflarından birinin birden fazla işyeri varsa, bunlardan hangisinin sözleşme açısından işyeri olarak kabul edilmesi gerektiğini yine o taraf bildirebilir. Böyle bir bildirim yapılmışsa, o yerde işyerinin bulunmadığı karşı tarafça ispat edilmediği sürece bildirimde belirtilen işyeri esas alınır (m.6/ paragraf 1).

Taraflardan birinin birden fazla işyeri varsa ve bunlardan hangisinin esas alınacağını belirtmemişse, işyerinin tespitinde maddenin ikinci paragrafında yer alan hükümden yararlanılacaktır. Buna göre:

³¹ 12.12.2007 Tarih ve 26728 Sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5718 Sayılı MÖHUK, sözleşmelere uygulanacak hukuku tespit eden 24. maddesinde, öncelikle taraflara uygulanacak hukuku seçme yetkisi tanımakta, bu yetkinin kullanılmadığı durumlarda ise sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukukun uygulanmasını öngörmektedir. Maddede, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun, karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeninin, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde ise işyerinin, bulunmadığı takdirde yerleşim yerinin, karakteristik edim borçlusunun birden fazla işyerinin bulunması halinde sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyerinin bulunduğu yer hukuku olduğu konusunda bir karineye de yer verilmektedir.

³² Aynı yönde bkz. AKINCI Ziya, *Tarafların Yetkili Hukuku Belirlemeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, Ankara, 1992, s. 60. Doktrinde, işlem hukukunun (*lex causae*), *culpa in contrahendo*'dan sözleşmenin sona ermesine kadar olan aşama da dâhil olmak üzere, sözleşmenin bütününe uygulanması gerektiği ifade edilmektedir (NOMERŞANLI, s. 302, 321). Nitekim Avrupa Birliği mevzuatında yer alan, 11.07.2007 tarihli, Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma II Tüzüğü de, 12. maddesinde, sözleşme öncesi müzakerelerden kaynaklanan akit dışı borç ilişkisine uygulanacak hukuku, sözleşmeye uygulanan veya sözleşme geçerli olarak kurulacak olsa idi uygulanacak olan hukuk olarak tespit etmiş; bu hukukun belirlenemediği durumlarda uygulanmak üzere, diğer kriterlere yer vermiştir (Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) Journal officiel n° L 199 du 31/07/2007 p. 0040 – 0049). Tüzük hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTEKİN GELGEL Günseli, *Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi*, İstanbul, 2006.

“Taraflardan biri işyerini belirtmezse ve birden fazla işyeri varsa, sözleşme ile en yakın ilişkiye sahip olan işyeri esas alınır. Bu işyeri, sözleşmenin imzalanmasından önce veya imzalandığı sırada taraflarca bilinen veya göz önünde bulundurulmuş koşullar dikkate alınarak belirlenir”.

Bu paragrafın ilk cümlesinde yer alan hükmün asıl amacı, birden fazla işyerine sahip olan tarafın özel bir işlem için işyerini açıklamamış olması halinde, bunlardan hangisinin esas alınacağını belirlemektir. Yoksa birden fazla işyerinin bulunmasına rağmen bunlardan hangisinin esas alınacağı bildirilmiş ise işyeri bu paragrafta göre değil ilk paragraftaki hükme göre belirlenecek, yani bildirimde belirtilen işyeri esas alınacaktır. Bu nedenle cümlede “veya” yerine “ve” kelimesi kullanılmıştır³³.

Eğer, birden fazla işyerinden en az ikisi sözleşme ile yakın bağlantılara sahip ise (örneğin, internet üzerinden kurulan bir satış sözleşmesinde, sipariş konusu ürünün satıcının farklı yerlerde bulunan depolarından gönderilmesi gerekiyorsa), sağlayıcının bu iki yerden birisini belirtmesi gerekecektir. Böyle bir durumda, birinci paragraf uyarınca bu bildirim, ancak belirtilen yerde işyerinin bulunmadığı ispatlanmak suretiyle geçersiz hale getirilebilir³⁴.

Eğer bir taraf, yaptığı bildirimde birden fazla işyeri bildirmişse, onun açısından işyeri ikinci paragrafta uygun olarak belirlenir³⁵. Dolayısıyla, bu iki işyerinden sözleşme ile en yakın bağlantılara sahip olanı esas alınır.

Görüldüğü gibi, işyeri ister tek, isterse birden fazla olsun, tarafların bu yerin tespiti konusunda yapacakları bildirim pratik açıdan çok önem taşımaktadır. Her şeyden önce böyle bir bildirim, işyerinin tespiti konusundaki zorlukları bertaraf etmekte, diğer yandan, ancak karşı taraf bu yerde işyerinin bulunmadığını ispat ettiği takdirde bu bildirim etkisiz hale gelmektedir.

c- İşyerinin Bulunmaması Halinde

20.- Tarafların buldukları yerin tespitine ilişkin 6. maddenin üçüncü paragrafında,

“Eğer gerçek bir kişinin işyeri yoksa mutad meskeni dikkate alınır”.

³³ “Rapor”, paragraf 100.

³⁴ “Rapor”, paragraf 98.

³⁵ “Rapor”, paragraf 100.

hükmü yer almaktadır. Özellikle, satıcı veya sağlayıcının muhatabı olan gerçek kişinin tacir sıfatına sahip olmadığı, dolayısıyla bir işyerinin bulunmadığı durumlarda, onun mutad meskeninin bulunduğu yerin esas alınması, hayatın olağan akışına da uygun olacaktır. Mutad mesken gerçek kişilere özgü bir kavram olduğundan bu hükmün tüzel kişilere uygulanması mümkün değildir.

Çalışma Grubu'nda, sanal şirketler gibi, Konvansiyondaki işyeri tanımına uyan bir işyerine sahip olmayan tüzel kişilerin de bulunabileceği kabul edilmesine rağmen, Konvansiyon anlamında iş yerine sahip olmayan bu tür tüzel kişilerin yaptıkları işlemlerin, Konvansiyonun uygulama alanına girmemesi gerektiği kabul edilmiş, böylece bu tür tüzel kişilikler açısından işyeri kavramının yerini alacak bir kriterin tespitine gerek görülmemiştir³⁶. Dolayısıyla, Konvansiyonun tanımladığı şekliyle işyerine sahip bulunmayan şirketlerin taraf olduğu ilişkiler açısından Konvansiyonun uygulanması söz konusu olmayacaktır.

d. İşyerinin Tespitinde Dikkate Alınamayacak Unsurlar

21.- İşyerinin tespitine ilişkin 6. maddede, bazı unsurların bu konuda dikkate alınmayacağı özellikle belirtilmiştir. Uygulamada işyerinin tespitinde dikkate alınıp alınmayacağı konusunda tereddüt doğabilecek bu unsurlarla ilgili böyle bir düzenleme getirilmiş olması, açıklığı sağlamak açısından yerinde olmuştur. Bu unsurlar şu şekilde belirtilmiştir:

aa. Teknolojik Materyalin Bulunduğu Yerler

22.- Maddenin 4. paragrafında yer alan hükme göre:

“ a) Taraflardan birinin sözleşmenin kurulması ile ilgili olarak kullandığı bilgi sisteminin temelini oluşturan teknolojinin veya materyalin bulunduğu yerler veya b) diğer tarafların bu sisteme erişebilecekleri yerler tek başına bu yerin işyeri olarak kabulü için yeterli değildir”.

Bu hüküm çerçevesinde, web sitesi aracılığıyla faaliyet gösteren bir tacirin işyerinin, bu siteyi barındıran veya ona erişimi sağlayan *serverın* (sunucu) bulunduğu yerde olduğu söylenemeyecektir.

23.- Konvansiyonun hazırlık çalışmalarında, bu hükme, m. 4/h anlamında işyeri olmayan tüzel kişiler açısından istisna getirilmesi ve bu durumda olan

³⁶ “Rapor”, paragraf 103; “Açıklayıcı Not”, paragraf 118.

tüzel kişiler için söz konusu sistemin bulunduğu yerin işyeri olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştü. Bu görüşte olanlara göre, bir işletmenin sahip olduğu teknolojik araçlar, o işletmenin aktifinin önemli bir parçasını oluşturmaktadır. Bu nedenle bu araçların bulunduğu yerin, işyerinin tespiti açısından dikkate alınması, söz konusu işletmeler açısından da öngörülebilir bir durumdur. Diğer yandan, işyeri olmayan gerçek kişiler için bu yerin tespitine olanak sağlayan tamamlayıcı bir kural kabul edilmişken (m.4/ paragraf 3), aynı durumda olan tüzel kişiler için böyle bir kurala yer verilmemesi bir eksiklik olarak görülebilir. Bu eksikliğin, bilgi sisteminin dayanağını oluşturan teknolojik materyalin bulunduğu yerin işyeri olarak kabulüne olanak sağlayan bir kural ile giderilmesi mümkündür³⁷⁻³⁸.

Bu görüşlere şu gerekçelerle karşı gelinmiştir: Bir sanal şirket ile belirli bir yer arasında bağlantıyı teorik olarak sağlayabilecek çok sayıda kriterden hangisinin dikkate alınacağını belirlemek çok zordur. Teknolojik araçların bulunduğu yer, bu kriterlerin en önemlisi olmayıp sadece diğerleri arasında dikkate alınabilecek kriterlerden birisidir. Ayrıca, işyeri kavramının unsurları üzerinde uzlaşma sağlanmışken (m. 4/h), bu unsurların bulunmadığı durumlarda işyerinin tespitine yarayacak kriterleri belirlemek, maddenin kendi içinde çelişkili bir durum yaratırdı. Bu gerekçelerle Konvansiyonda kabul edilen işyeri tanımının sanal şirketlerin niteliği ile bağdaşmayacağı, dolayısıyla bu tür şirketlerin Konvansiyonun uygulama alanı dışında kalacağı kabul edilmiştir³⁹.

24.- Nitekim, Avrupa Birliği Konseyi ve Parlamentosu tarafından hazırlanan 8.6.2000 tarihli Elektronik Ticaret Yönergesi'nde⁴⁰ de, bilgi toplumu hiz-

³⁷ "Rapor", paragraf 105.

³⁸ Bu görüş, OECD Vergi Anlaşması Modeli (*Model Tax Convention on Income and on Capital*, Paris 2003) m.5' de yer alan işyeri kavramının yorumu konusunda etkili olmuş, belirli hallerde makine ve teçhizatın işyeri olarak kabul edilmesi gerektiği, web sitesini barındıran ve siteye ulaşımı sağlayan *server*ın bir makine olduğu, fiziksel olarak bir yere konulduğu, bu yerin *server*ı çalıştıran işletmenin "işe ilişkin sabit bir yeri" olarak kabul edilebileceği belirtilmiştir (YALTI, s. 122- 123' den naklen). Bu şerhten önce açıklanan TÜBİTAK-Bilten Raporu'nda ise, *server*ların coğrafi anlamda sabit olmadığından işyeri kavramına dahil edilemeyeceği; zaten işyeri kavramının, internet ortamında yapılan faaliyetleri vergilendirmek için uygun bir kriter oluşturmadığı belirtilmiştir (YALTI, s. 143' den naklen).

³⁹ "Rapor", paragraf 106.

⁴⁰ *Directive 2000/31/CE du Parlement Européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur* ("directive sur le commerce électronique") (JOCE, n ° L 178 du 17 juillet 2000, p.1).

metleri sağlayan gerçek veya tüzel kişilerin (sağlayıcı) “yerleşik” sayılabilmesi için, bir ekonomik faaliyeti sabit bir yerde ve belirsiz bir süre için yerine getirmeleri gerektiği belirtilmiş; ancak bu hizmetin yerine getirilmesinde kullanılan teknik ve teknolojik unsurların bulunduğu ve kullanıldığı yerlerin sağlayıcının işyeri olarak kabul edilemeyeceği vurgulanmıştır (m. 2/ c). Bu nedenle, bir internet sitesi aracılığıyla hizmet veren bir şirketin işyeri, bu şirketin fiilen ekonomik faaliyetini yerine getirdiği yer olup, ne bu siteye destek sağlayan teknolojik aracın bulunduğu, ne de bu siteye erişilebilen yerler Yönerge kapsamında işyeri olarak kabul edilebilir⁴¹.

bb. Ülkesel Alan Adlarının ve Elektronik Posta Adreslerinin Kullanılması

25.- Altıncı maddenin 5. paragrafına göre,

“ Taraflardan birinin bir ülke ile ilgili alan adını veya elektronik posta adresini kullanması, onun işyerinin bu ülkede olduğuna karine teşkil etmez”.

Bu paragraf ile ilgili olarak yapılan görüşmelerde, bazı ülkelerde alan adı (*domain name*) tahsis edilirken, başvuruda bulunan kişilerin sunduğu bütün bilgi ve belgelerin ve özellikle bu kişilerin söz konusu ülkede bulunup bulunmadığının sıkı bir şekilde kontrol edildiği; dolayısıyla, bu sistemin uygulandığı ülkeler açısından, işyerinin, alan adının bağlantılı olduğu ülkede bulunduğunun kabul edilebileceği belirtilmiştir⁴².

Ancak, gerek alan adlarının ülkesel düzeyde tahsisi ile ilgili kuralların ve uygulamaların birbirinden çok farklı olması; gerekse bu konuda izlenen yöntemlerin şeffaflığı ve güvenilirliği konusunda tespitite bulunmanın mümkün olmaması, böyle bir karinenin kabul edilmesine engel olmuştur⁴³.

Gerçekten de, bütün ülkesel (*.tr; .fr; .de* uzantılı) alan adlarının tahsisi açısından yetkili kurumların alan adı talebinde bulunan kişinin işyerinin veya mutad meskeninin söz konusu ülkede bulunup bulunmadığını aynı derecede etkin olarak kontrol ettiklerini söylemek mümkün değildir. Örneğin, Türkiye ile ilgili alan adları (*.tr* uzantılı) konusunda yetkili kurum olan Ortadoğu Teknik Üniversitesi (ODTÜ), alan adı tahsis ederken Türkiye ile bağlantının

⁴¹ Yönerge paragraf 19.

⁴² “Rapor”, paragraf 111.

⁴³ “Rapor”, paragraf 112; “Açıklayıcı Not”, paragraf 119.

varlığını aramaktadır⁴⁴. Ancak, diğer ülke alan adlarının tahsisi konusunda bu şekilde bir denetimin bulunduğunu kesin olarak söylemek mümkün değildir. Bu nedenle, tüm ülkesel alan adları açısından ortak bir kural tespit ederek, bu alan adına sahip kişilerin işyerlerinin alan adının ilgili olduğu ülkede bulunduğunu karine olarak kabul etmek yerinde olmayacaktı.

26.- Ülkesel elektronik posta adresleri ise alan adlarına nazaran bu konuda çok daha esnek bir bağlantı oluşturmaktadır. Örneğin, dünya çapında bireysel elektronik posta hizmeti veren “yahoo” kuruluşunun tahsis ettiği elektronik posta adreslerinde, “yahoo” kelimesinin arkasına gelen *.fr*, *.de* gibi ülkesel uzantılar, söz konusu adresi alan kişilerin işyerlerinin veya yerleşim yerlerinin bu ülkelerde olduğunu kesinlikle göstermemekte, zaten adres tahsis edilirken bu konuda bir kontrol de gerçekleştirilmemektedir.

Bu şekilde, ülkesel alan adlarının veya elektronik posta adreslerinin kullanılmasının, bunları kullanan kişilerin söz konusu yerde işyerlerinin bulunduğu dair karine teşkil etmesinin önlenmesi yerinde olmuştur. Diğer yandan madde, mahkemenin veya hakemin *sadece* alan adına veya posta adresine dayanarak tarafların işyerlerinin bulunduğu yer hakkında sonuca ulaş-

⁴⁴ ODTÜ tarafından gerçekleştirilen alan adı tahsis işlemleri, prensip olarak, başvuru sahibinin ilgili alan adı üzerinde hak sahibi olduğunu kanıtlayan belgeleri ibraz etmesi üzerine gerçekleştirilmektedir. Örneğin, *.com.tr*, *.info.tr*, *.biz.tr* gibi ticari faaliyette bulunan veya ticari bir amaç için internette yer almak isteyen gerçek veya tüzel kişilere tahsis edilecek alan adları, başvuru sahibinin bir meslek örgütüne veya resmi bir kuruluşa bağlı olarak faaliyet göstermesi halinde bu örgütlerden alınacak belgeler (örneğin, ilgilinin bağlı olduğu ticaret sicilinden alınacak faaliyet belgesi, ticari sicil belgesi, oda sicil kayıt sureti, ticaret sicili gazetesinde yayımlanmış olan ticaret unvanı ilâm gibi) veya Türk Patent Enstitüsünden alınmış marka tescil belgesi gibi belgeler üzerine başvuru sahibine tahsis edilmektedir. Benzer şekilde, *.gov.tr*, Türk devlet kurum ve kuruluşlarına; *.edu.tr*, T.C. Yüksek Öğretim Kurumu'na bağlı üniversitelere, *.k12.tr*, T.C. Millî Eğitim Bakanlığı'na bağlı ilköğretim, lise ve dengi okullara, *.av.tr*, Türkiye Barolar Birliği'ne kayıtlı avukatlara tahsis edilen alan adları olduğundan, söz konusu alan adlarını kullanan kişi ve kuruluşların Türkiye'de faaliyette buldukları söylenebilecektir.

Ancak ODTÜ, alan adı tahsisinin belgelere dayalı olmasına yöneltilen eleştiriler üzerine başvuru sırasında herhangi bir belge ibrazına gerek olmayan ve *ilk gelen alır* kuralı çerçevesinde tahsis edilmesi öngörülen *.web.tr*, *.gen.tr* gibi yeni alan adları da oluşturmuştur. Bu alan adlarının başvuru sahiplerine tahsisi için herhangi bir belge istenmeyeceğinden, bu alan adını kullanan kişi veya kuruluşların, sırf alan adlarının *.tr* uzantılı olmasına dayanarak, Türkiye'de faaliyet gösterdiklerini söylemek mümkün olmayacaktır (ODTÜ'nün *.tr* uzantılı alan adlarının tahsisine ilişkin kuralları hakkında bkz. “*tr*” Alan Adları- Politika- lar, Kurallar ve İşleyiş, Sürüm 4.5, NIC-tr, “*tr*” Alan Adı Yönetimi, Şubat 2005).

masını önlemekte, yoksa alan adını veya posta adresini, diğer unsurlarla birlikte bu yerin tespiti için kullanmasına engel olmamaktadır⁴⁵. Dolayısıyla, her somut olayda, söz konusu ülkesel alan adının tahsisine ilişkin kurallar çerçevesinde, işyerinin o ülkede olduğu veya olmadığı, diğer unsurlarla birlikte değerlendirilecektir.

4- İyiniyetin Rolü

27.- Konvansiyon, tarafların işyerlerinin farklı devletlerde bulunması halinde Konvansiyonun uygulama alanı bulacağını kabul etmiş (m. 1/ paragraf 1) ancak, işyerlerinin farklı devletlerde bulunduğu taraflarca bilinmediği durumlarda Konvansiyonun uygulanmayacağını hüküm altına almıştır (paragraf 2) . Buna göre:

“ Tarafların işyerlerinin farklı devletlerde bulunması olgusu, sözleşmeden veya taraflar arasında gerçekleştirilen işlemlerden veya tarafların sözleşmenin kurulmasından önce veya kurulması sırasında birbirlerine verdikleri bilgilerden anlaşılmadıkça dikkate alınmaz”.

Konvansiyonun konusunu oluşturan sözleşmeler, elektronik iletiler aracılığıyla kurulan veya ifa edilen sözleşmeler olduğundan, sözleşmenin kuruluşu sırasında tarafların yüz yüze gelmeleri söz konusu değildir. Eğer kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken hukukta, tarafların işyerlerinin bulunduğu yeri muhataba bildirme yükümlülüğü de öngörülmemişse⁴⁶, işyer-

⁴⁵ “Rapor”, paragraf 113; “Açıklayıcı Not”, paragraf 117, 120.

⁴⁶ Bkz. yukarıda paragraf 18’ de yapılan açıklamalar. Konvansiyonun uygulama alanı dışında bırakılan tüketici sözleşmelerinde tacirlerin, diğer bazı bilgiler yanında işyerlerinin bulunduğu yeri de sözleşmenin kurulmasından önce tüketiciye bildirmeleri zorunludur. Bu zorunluluk, Türk Hukukunda, 4822 Sayılı Kanun (RG 14.3.2003- 25048) ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna eklenen m. 9/A, f.2’ ye dayanarak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılan Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (RG 13.6.2003-25137) ile öngörülmüştür. Yönetmeliğe göre, satıcı veya sağlayıcı, sözleşmenin akdinden önce, isim, ünvan, açık adres, telefon ve varsa diğer erişim bilgilerini tüketiciye vermekle yükümlüdür (m. 5/ a bendi). Bu bilgilerin verilmesi o kadar önemlidir ki, tüketici bu bilgileri doğru ve eksiksiz olarak edindiğini yazılı olarak teyit etmedikçe sözleşme akdedilemeyecektir (m.6). Bu düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. FALCIOĞLU Mete Özgür, *Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu*, Ankara, 2004, s. 221 vd.; İNAL Emrehan, *E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması*, İstanbul, 2005, s. 178 vd.; GEZDER Ümit, *Mükayeseli Hukuk Açısından İnternette Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, İstanbul, 2004, s. 198 vd.

lerinin farklı ülkelerde bulunduğu taraflarca bilinmesi mümkün olmayabilecektir. Benzer şekilde, sözleşmeden veya taraflar arasında o ana kadar gerçekleştirilen işlemlerden de işyerlerinin bulunduğu yer konusunda bilgi edinmek mümkün değilse, Konvansiyonun uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Buna göre, örneğin, taraflar birbirlerine işyerlerinin bulunduğu yer hakkında bilgi vermemişlerse ve her iki taraf da işyerlerinin aynı devlette bulunduğu varsayımıyla hareket etmişse, her ne kadar gerçekte işyerleri farklı devletlerde bulunduğu için Konvansiyonun uygulanması mümkün olsa da, tarafların bunu dikkate almaları mümkün olmadığından Konvansiyon uygulanmayacaktır.

28.- Bu hükmün amacı, taraflar açısından hukuki güvenliği ve öngörülebilirliği sağlamak, böylece sözleşme yapıldığı sırada işyerlerinin aynı ülkede bulunduğu zannıyla hareket eden, dolayısıyla bu devlet hukukunun uygulanacağını düşünen tarafların, sonradan muhatabın işyerinin farklı bir ülkede olduğunun anlaşılması durumunda Konvansiyonun uygulanması ihtimali ile karşı karşıya kalmalarını önlemektir⁴⁷.

29.- Konvansiyonda, işyerlerinin farklı devletlerde olduğunun bilinip bilinmediği konusunda ispat yükünün kime ait olduğu belirtilmemiştir. Ancak, işyerlerinin farklı devletlerde bulunması halinde normal olarak Konvansiyonun uygulanması gerektiğinden, bunun aksini ileri süren, yani işlemin Konvansiyonun uygulama alanı dışında kaldığını iddia eden tarafın ispat yükü altında olduğunu kabul etmek uygun olacaktır⁴⁸.

Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında Avrupa Birliği Yönergesi'nde de (*Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance*, J.O. n° L 144 du 04/06/1997, p.19- 27), sözleşmenin kuruluşundan uygun bir süre önce, satıcı veya sağlayıcının kimliğini ve önceden ödeme yapılması gereken sözleşmelerde adresini tüketiciye bildirmesi zorunlu kılınmıştır (m. 4, 1, a).

47 "Açıklayıcı Not", paragraf 67. Aynı hükmün yer aldığı Viyana Konvansiyonu m. 1/ paragraf 2 ile ilgili olarak bkz. TOKER, s. 53.

48 Viyana Konvansiyonu m. 1/ paragraf 2 açısından aynı yönde yapılan değerlendirme için bkz. HEUZE Vincent, *Traité des contrats*, sous la direction de Jacques Ghestin, LGDJ Paris, 2000, s. 97.

5- Tarafların İşyerlerinin Âkit Devletlerde Bulunmasının Zorunlu Olmaması

30.- Konvansiyonun uygulama alanına ilişkin m.1/ paragraf 1 hükmünde, tarafların işyerlerinin bulunduğu devletlerin bu Konvansiyona taraf devletler olması şartı aranmamıştır. Konvansiyonun hazırlık çalışmalarında, bu maddenin, iki metin arasında paralellik sağlanması amacıyla, Viyana Konvansiyonundaki madde⁴⁹ ile aynı olması, dolayısıyla, Konvansiyonun uygulanabilmesi için, tarafların işyerlerinin bulunduğu devletlerin âkit devletler olmasının aranması gerektiği ileri sürülmüştü. Ancak Çalışma Grubu'nda, Konvansiyonun uygulama alanının genişletilmesi ve onun öngördüğü yeknesaklığın daha iyi sağlanması amacıyla bu koşulun aranmamasının daha iyi olacağı görüşü hâkim olmuş⁵⁰; böylece, tarafların işyerlerinin bulunduğu devletlerin ikisi de Konvansiyona taraf olmasa dahi Konvansiyonun uygulanması mümkün hale gelmiştir.

Diğer yandan tarafların vatandaşlıkları da, Konvansiyonun uygulama alanının tespitinde belirleyici bir unsur olarak görülmemiştir. Dolayısıyla, Konvansiyon, uygulama alanına ilişkin koşullar gerçekleştiği takdirde âkit olmayan devletlerin vatandaşlarına da uygulanabilecektir⁵¹.

C- Kanunlar İhtilafı Kurallarına Göre Uygulanması Gereken Hukukun Âkit Bir Devletin Hukuku Olması

31.- Konvansiyonun uygulanabilmesi, *lex forin*in kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken hukukun (*lex causae*) âkit bir devletin hukuku olmasına bağlıdır⁵². Eğer, *lex causae* âkit olmayan bir devletin hukuku ise Konvansiyonun uygulanması söz konusu olmayacaktır.

49 Viyana Konvansiyonu'nun uygulama alanına ilişkin 1. maddesine göre:

“Bu Konvansiyon, işyeri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki satım sözleşmelerine,

a) bu devletler âkit devletler ise veya

b) kanunlar ihtilafı kuralları âkit bir devletin hukukunun uygulanmasını öngörüyorsa uygulanır....”.

50 “Rapor”, paragraf 17; “Açıklayıcı Not”, paragraf 63. Çalışma Grubu, uygulama alanını daraltacak bu tür koşulların ilâve edilmesi halinde, bu koşullara uyan işlemlere Konvansiyonun, uymayan işlemlere Konvansiyon dışında kalan düzenlemelerin uygulanması gerekeceği; bunun da uluslararası sözleşmelerde elektronik iletilerin kullanılması konusunda iki farklı rejimin geçerli olmasına yol açacağı; böylece Konvansiyonun amaçladığı yeknesaklığın tam olarak sağlanamayacağı düşüncesiyle bu öneriyi reddetmiştir.

51 “Açıklayıcı Not”, paragraf 69.

52 “Rapor”, paragraf 19; “Açıklayıcı Not”, paragraf 60, 278.

Bu durumda, Konvansiyonun uygulama alanı, uyuşmazlığın âkit veya âkit olmayan bir devletin mahkemesinde görülmesine göre değişmeyecektir. Gerçekten de, dava âkit bir devletin mahkemesinde açılırsa, hâkim, *lex forin* kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulaması gereken hukukun kendi hukuku veya diğer bir âkit devletin hukuku olması halinde Konvansiyon hükümlerini bu hukukun bir parçası olarak uygulayacaktır⁵³.

Benzer şekilde, uyuşmazlığın âkit olmayan bir devletin mahkemesinde çözümlenmesi halinde de, Konvansiyonun uygulanması mümkündür. Tabii ki, Konvansiyonun hiç bir hükmü, Konvansiyonu onaylamayan devletlere onun uygulanmasını sağlama konusunda bir yükümlülük getirmemektedir. Ancak, Konvansiyonun düzenlediği konularla ilgili bir uyuşmazlığın âkit olmayan bir devletin mahkemesinde görülen bir davaya konu olması halinde, bu mahkeme, kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken hukuk âkit bir devletin hukuku ise, o hukukun bir parçası olarak Konvansiyon hükümlerini uygulayacaktır⁵⁴.

Türk Hukuku açısından bu konuyu şu şekilde açıklamak mümkündür. Türkiye Cumhuriyeti henüz bu Konvansiyonu imzalamamıştır. Ancak, Konvansiyon yürürlüğe girdikten sonra, bu Konvansiyonun Türk mahkemeleri tarafından da uygulanması ihtimal dahilinde olacaktır. Şöyle ki, Konvansiyon sözleşmenin kurulması, ifası ve şekli ile ilgili hükümler içermektedir. Dolayısıyla, sözleşmenin kurulmasına yönelik beyanların (icap, icaba davet, kabul) varlığı ve geçerliliği konularında MÖHUK m. 32; sözleşme öncesi bilgi verme yükümlülüğü, sözleşmeden doğan edimlerin ifası gibi sorunlar açısından MÖHUK m. 24 ve sözleşmenin şekli bakımından MÖHUK m. 7 uyarınca uygulanması gereken hukuk bu Konvansiyona taraf devletlerden birinin hukuku ise, Konvansiyonun ilgili hükümleri bu hukukun bir parçası olarak, henüz Türkiye Cumhuriyeti tarafından onaylanmadığı bir dönemde dahi, Türk mahkemeleri tarafından uygulanabilecektir.

D- Âkit Devletlere Tanınan Çekinme Koyma Yetkisi

32.- Konvansiyonun genel olarak bu şekilde tespit edilen geniş uygulama alanı, âkit devletlerin talebi halinde onlar açısından sınırlandırılabilir. Gerçekten de, Konvansiyonun 19. maddesi, âkit devletlere, Konvansiyonun uy-

⁵³ “Açıklayıcı Not”, paragraf 65.

⁵⁴ “Açıklayıcı Not”, paragraf 66.

gulama alanını daraltma imkânı tanımaktadır. Buna göre, âkit devletler, Konvansiyonun sadece,

a) *1.maddenin 1. paragrafında öngörülen devletler âkit devletler olduğu takdirde, veya*

b) *taraflar uygulanması konusunda anlaşmış oldukları takdirde, uygulanacağını öngörebilirler.*

Böylece, Viyana Konvansiyonunun uygulama alanına ilişkin 1. maddesinde yer alan koşullardan ilki⁵⁵ bu maddenin (a) bendine alınmış olmaktadır. Ancak, Viyana Konvansiyonu bu koşulu tüm âkit devletler için ararken söz konusu Konvansiyon, âkit devletlere bu çekinceyi koyma konusunda yetki tanımakta ve sadece bu çekinceyi koyan devletler açısından uygulama alanının bu şekilde sınırlanması mümkün olmaktadır.

Konvansiyonun düzenlediği konularla ilgili bir uyuşmazlığın bu çekinceyi kullanan âkit devletlerden birinin mahkemesinde görülmesi halinde, Konvansiyonun uygulanabilmesi için tarafların işyerlerinin bulunduğu devletlerin âkit devletler olması şartı aranacak, bunun yanında kanunlar ihtilafı kurallarının âkit bir devlet hukukuna yetki vermesi şartı aranmayacaktır⁵⁶.

Uyuşmazlığın bu çekinceyi koymayan bir âkit devlet mahkemesinde (veya âkit olmayan bir devlet mahkemesinde) görülmesi halinde, *forun* kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken hukukun, bu çekinceyi koyan bir âkit devletin hukuku olması halinde yine tarafların işyerlerinin âkit devletlerde olması aranacaktır. Uygulanacak hukukun bu çekinceyi koymayan bir âkit devletin hukuku olması halinde ise söz konusu şart aranmadan Konvansiyonun uygulanması mümkün olacaktır⁵⁷.

33.- Bu maddede yer alan ikinci seçenek (b bendi), Konvansiyonun uygulama alanına ilişkin 1. ve 2. maddelerinde öngörülen koşullar gerçekleşmemesine rağmen, tarafların iradesi ile Konvansiyonun uygulanmasına imkân

⁵⁵ Bkz. yukarıda dipnot 49.

⁵⁶ "Açıklayıcı Not", paragraf 278. Notta, *forun* kanunlar ihtilafı kurallarından bağımsız olarak Konvansiyonun uygulama alanını önceden belirlemeye imkân veren bu tür çekincelerin, hukuki güvenliği tercih eden devletlerin Konvansiyona katılımını kolaylaştıracağı belirtilmiştir ("Açıklayıcı Not", paragraf 279).

⁵⁷ "Açıklayıcı Not", paragraf 278.

sağlamaktadır⁵⁸. Bu çerçevede, örneğin, işyerleri aynı devlette bulunan tarafların, aralarındaki sözleşmenin bu Konvansiyon hükümlerine tâbi olacağını kararlaştırmaları halinde, Konvansiyon uygulanma imkânı bulacaktır. Benzer şekilde, taraflar, ikinci maddede Konvansiyonun uygulama alanı dışında bırakılmış olan konularda (tüketici sözleşmeleri, borsada gerçekleştirilen işlemler, kambiyo senetlerine ilişkin işlemler gibi⁵⁹) Konvansiyonun uygulanacağı konusunda anlaşılırsa, Konvansiyon hükümleri yine uygulama alanı bulabilecektir.

34.- Ancak, Konvansiyon tek başına bir hukuk sistemi oluşturmadığından, uygulama alanı dışında kalan konulara uygulanması konusunda tarafların yaptığı anlaşmayı bir hukuk seçimi olarak kabul etmek olanaksızdır. Böyle bir anlaşma ancak, Konvansiyonda yer alan hükümlerin, taraflar arasındaki sözleşmenin hükmü haline getirilmesi (*incorporation*) olarak değerlendirilebilir⁶⁰. Bu nedenle, böyle bir durumda Konvansiyonda yer alan hükümlerin uygulanma kabiliyeti, *lex causaenın* emredici hükümlerine aykırı olma koşuluyla bağlıdır⁶¹.

35.- Türk Hukukuna göre hukuk seçimi, sözleşmelere uygulanacak hukuku belirleyen MÖHUK m. 24 çerçevesinde mümkün olduğundan, Konvansiyonun, bu madde kapsamına giren konularla ilgili düzenlemeleri açısından (sözleşmenin kuruluşu ve ifası, irade sakatlıkları) hukuk seçimi söz konusu olabilecektir. Taraflar hukuk seçimi yapmak yerine, (uygulama alanına girmemesine rağmen) Konvansiyon hükümlerinin uygulanacağını kararlaştırmışlarsa, bu durum, hâkimin sözleşmeye uygulanacak hukuku MÖHUK m. 24/ f. 4'de yer alan objektif kriterlere göre tespit etmesine yol açar ve bu şekilde bulunan uygulanması gereken hukukun emredici hükümlerine aykırı olmamak üzere Konvansiyon hükümleri uygulama alanı bulur⁶².

⁵⁸ "Rapor", paragraf 37.

⁵⁹ Bkz. aşağıda paragraf 40-44.

⁶⁰ Viyana Konvansiyonu açısından yapılan aynı yönde değerlendirme için bkz. HEUZE, 114-115. Incorporation hakkında bkz. EKŞİ Nuray, *Kanunlar İhtilafı Alanında Incorporation*, MHB, 1999- 2000, S. 1-2, Prof.Dr. Aysel ÇELİKEL'e Armağan, İstanbul, 2001, s. 263- 291.

⁶¹ AUDIT Bernard, *Présentation de la Convention*, in, *La Convention de Vienne sur la vente internationale et les incoterms, Actes du Colloque des 1^{re} et 2 décembre 1989*, LGDJ, Paris, 1990, s. 30.

⁶² Bu konuda doktrinde ileri sürülen bir görüş, taraflarca, (kaynaklarından biri de uluslararası konvansiyonlar olan) *lex mercatorianın* seçilmesini MÖHUK m. 24 /f.1 anlamında hukuk seçimi olarak değerlendirmektedir (SARGIN Fügen, *Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara 2002, s. 194). Bu görüş benimsendiği takdirde, tarafların Konvansiyon hükümlerinin uygulanacağına dair yaptıkları an-

Sözleşmenin şekil bakımından geçerliliği konusunda uygulanması gereken hukuku tespit eden MÖHUK m. 7 ise dolaylı olarak hukuk seçimine imkân tanımaktadır. Şöyle ki, bu maddeye göre, sözleşmenin şekil bakımından geçerliliği, MÖHUK m. 24 uyarınca sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun (*lex causae*) veya sözleşmenin yapıldığı yer hukukunun öngördüğü şekil koşullarına uyulmasına bağlıdır. MÖHUK m. 24 taraflara hukuk seçimi yapma yetkisi tanıdığından bu şekilde seçilen hukuk sözleşmenin şekil bakımından geçerliliği konusunda da uygulanacaktır. Ancak, hukuk seçimi yerine taraflar Konvansiyonun uygulanması konusunda bir anlaşma yapmışlarsa, Konvansiyonun sözleşmenin şekli konusundaki düzenlemeleri (m. 8-10, m. 12), MÖHUK m. 24/ f. 4 uyarınca uygulanması gereken hukukun veya sözleşmenin yapıldığı yer hukukunun şekil konusundaki hükümlerinin emredici nitelik taşıması halinde uygulama alanı bulabilecektir.

36.- Konvansiyon, üye devletlere, yapacakları bir bildiri ile belirli konularda Konvansiyonun uygulanmayacağını öngörme yetkisi de tanımaktadır (m. 19/ paragraf 2). Böylece, üye devletlerce belirlenen spesifik konuların Konvansiyonun uygulama alanı dışında bırakılması mümkün olabilecektir.

37.- Konvansiyonun uygulama alanına ilişkin 1. ve 19. madde hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, Konvansiyonun geniş bir uygulama alanına sahip olmasının amaçlandığı, ancak üye devletlerin bu uygulama alanını kendileri açısından sınırlandırmalarına olanak tanıdığı görülmektedir. Bu şekilde âkit devletlere, 19. maddede belirtilen çekincelerden kendileri açısından uygun gördüklerini kullanarak Konvansiyonun uygulanmasını bu yönlerden sınırlandırma imkânı verilmiş olmaktadır⁶³.

E- Diğer Uluslararası Konvansiyonların Kapsamına Giren Hukuki İşlemler

38.- Konvansiyon, Birleşmiş Milletler bünyesinde sözleşmeler konusunda imzalanan bazı uluslararası konvansiyonlara atıf yaparak, elektronik iletilerin bu konvansiyonların uygulama alanına giren sözleşmelerin kurulması veya ifası aşamasında kullanılması halinde de Konvansiyon hükümlerinin uygulanacağını kabul etmiştir.

laşma bir hukuk seçimi olarak kabul edilecek, dolayısıyla MÖHUK m. 24/ f.4 de yer alan objektif kritere göre belirlenen hukukun emredici hükümlerine aykırı olsa dahi Konvansiyon hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

⁶³ “Rapor”, paragraf 41.

Bu konuyu düzenleyen 20. maddede, âkit devletlerin taraf oldukları veya olacakları ve bu maddede sayılan uluslararası konvansiyonların⁶⁴ kapsamına giren sözleşmeler açısından da Konvansiyonun uygulanacağı belirtilmiştir (paragraf 1). Ancak âkit devletler, kendileri açısından, bu paragrafta belirtilen anlaşmaların tamamına veya bir kısmına Konvansiyonun uygulanmayacağını bildirme imkânına sahiptirler (m. 20/ paragraf 4).

Diğer yandan, birinci paragrafta belirtilenler dışında, âkit devletlerin taraf oldukları veya olacakları diğer uluslararası konvansiyonların kapsamına giren sözleşmelerin kurulması veya ifası açısından da bu Konvansiyon uygulanacaktır (m. 20 / paragraf 2)⁶⁵.

39.- Bu maddenin amacı, Konvansiyon hükümleri ile Birleşmiş Milletler bünyesinde hazırlanan diğer konvansiyonlarda yer alan kurallar arasındaki ilişki konusunda doğabilecek şüpheleri ortadan kaldırmak olup, bu konvansiyonların değiştirilmesi gibi bir amaç gözetilmemiştir. Bu hüküm sayesinde, maddede belirtilen konvansiyonların yorumundan kaynaklanabilecek, elektronik ticaretin gelişimine yönelik hukuki engelleri ortadan kaldırmak ve bu konvansiyonların kapsamına giren işlemlerin elektronik yoldan gerçekleştirilmesi halinde, onların uygulanmasını kolaylaştırmak mümkün olacaktır⁶⁶.

64 Maddede sayılan Konvansiyonlar şunlardır:

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Konvansiyon (10.6.1958, New York),

Uluslararası Mal Satımlarında Zamanaşımına İlişkin Konvansiyon (14.6.1974, New York) ve buna ilişkin Protokol (11.4.1980, Viyana),

Uluslararası Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (11.4.1980, Viyana),

Uluslararası Ticarete Taşıma Terminali İşletenlerin Sorumluluğu Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (19.4.1991, Viyana),

Bağımsız Garantiler ve Stand-by Akreditifler Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (11.12.1995, New York),

Uluslararası Ticarete Alacakların Devri Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (12.12.2001, New York).

65 Ancak, âkit devletler, bu hükmün kendileri açısından uygulanmayacağını bildirebilirler. Bu durumda, maddede belirtilmeyen diğer uluslararası konvansiyonlar çerçevesinde kurulan veya ifa edilen sözleşmelere bu Konvansiyon uygulanmayacaktır. Diğer yandan, böyle bir bildirim yapan devlet, Konvansiyonun, sadece özel olarak belirttiği, taraf olduğu veya olacağı belirli bir konvansiyon (veya konvansiyonlar) kapsamına giren sözleşmelere uygulanacağını da belirtebilir (m. 20/ paragraf 2, 3).

66 "Rapor", paragraf 49.

F- Konvansiyonun Uygulama Alanı Dışında Kalan Konular

Konvansiyonun uygulama alanı dışında kalan konular, 2. maddesinde şu şekilde belirtilmiştir:

1- Kişisel, Ailevi veya Evsel İhtiyaçlarla Yapılan Sözleşmeler

40.- Maddenin kapsamı dışında bırakılan sözleşmelerden ilki, (a) bendinde “*Kişisel, ailevi veya eve ait ihtiyaçları gidermek amacıyla yapılan sözleşmeler*” olarak ifade edilmiştir.

Bu tanımın, ilk bakışta sadece tüketici sözleşmelerini öngördüğü söylenebilirse de, Konvansiyona ilişkin açıklamalarda, aile hukuku, miras hukuku gibi alanlarda kurulan sözleşmesel ilişkilerin de (evlilik sözleşmesi gibi) bu kapsamda düşünülmesi gerektiği belirtilmiştir⁶⁷.

Bu tür sözleşmesel ilişkilerin Konvansiyonun kapsamı dışında bırakılma gerekçesi, Konvansiyonun bazı hükümlerinin bu ilişkilere uygulanmasının mümkün olmaması şeklinde ifade edilmiştir. Bu bağlamda, bir elektronik iletinin, muhatabı tarafından erişilebilir olduğu anda (içeriği fiilen öğrenilme dahi) alınmış varsayıldığını kabul eden m. 10/ paragraf 2 hükmü örnek olarak verilmiştir. Gerçekten de, bu hükmün tacir olmayan kişilere uygulanması onların aleyhine sonuçlara yol açabilecektir. Zira, tacirlerden farklı olarak, bu kişilerden elektronik posta adreslerini düzenli olarak kontrol etmeleri beklenemez. Diğer yandan, bu kişilerin kendilerine gelen bir mesajın meşru bir ticari mesaj mı, yoksa talep edilmeden gönderilen bir mesaj (*spam*) mı olduğunu anlamaları her zaman mümkün olmayabilir. Bu nedenlerle kişisel, ailevi veya evsel ihtiyaçlarla hareket eden kişilere, ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişilerle aynı özen yükümlülüğünü yüklemek adil olmayacaktır⁶⁸.

41.- Benzer bir hüküm içeren ve genel olarak sadece tüketici sözleşmelerini kapsayacak şekilde yorumlanan Viyana Konvansiyonu m. 2/a ilgili olarak yapılan değerlendirmelerde, tüketici sözleşmelerinin günümüzde bir çok ül-

⁶⁷ “Açıklayıcı Not”, paragraf 74. Bu açıklamada, Viyana Konvansiyonu’nda yer alan benzer hükmün (m. 2/a) genel olarak tüketici sözleşmelerini öngördüğü ve bu şekilde anlaşıldığı da ifade edilmiştir.

⁶⁸ “Açıklayıcı Not”, paragraf 71- 72.

kede emredici nitelikte özel hükümlerle düzenlendiği, bu hükümlere aykırılık halinde Konvansiyon yerine söz konusu hükümlerin uygulanmasının gerekeceği⁶⁹, bunun da Konvansiyonun yeknesaklığı sağlama amacına aykırılık teşkil edeceği; diğer yandan, tüketicinin korunması alanında mevzuatlarda yer alan düzenlemelerin birbirinden farklı olmasının bu alanda yeknesak bir düzenleme yapılmasına engel olduğu belirtilmiştir⁷⁰.

Tüketici sözleşmelerinin kapsam dışı bırakılmasına ilişkin bu gerekçeler, konumuzu oluşturan elektronik sözleşmeler açısından da geçerlidir. Gerçekten de, ulusal veya uluslararası düzeyde yapılan yasal düzenlemelerde tüketicinin korunmasını sağlamaya yönelik emredici nitelikte hükümlere yer verilmektedir⁷¹. Konvansiyon hükümleri emredici nitelik taşımadığından⁷² tüketicileri korumaya yönelik bu tür hükümlere aykırı nitelik taşıyan Konvansiyon hükümlerinin mahkemelerce uygulanması mümkün olmayacaktır. Böylece, iç hukuklarda emredici hükümlerle düzenlenen bu konularda Konvansiyonun amaçladığı yeknesaklık sağlanamayacaktır.

42.- Konvansiyonda yer alan tüketici sözleşmesinin tanımında, Viyana Konvansiyonunda olduğu gibi, sadece alıcının sözleşmeyi hangi amaçlarla yaptığı dikkate alınmış, onun sıfatı veya satılan malların niteliği göz önünde bulundurulmamıştır⁷³. Bu nedenle, örneğin bir tacirin işyerinde ihtiyaç duyduğu bir ürünü veya hizmeti temin etmek üzere sözleşme yapması halinde, söz konusu ürün veya hizmet onun mesleği (uzmanlık alanı) ile ilgili olmasa bile, yapılan sözleşme tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilecek ve Konvansiyonun uygulama alanı dışında kalacaktır.

43.- Ancak, Viyana Konvansiyonundan farklı olarak bu Konvansiyonda, alıcının kişisel veya ailevi ihtiyaçlar için mal veya hizmet temin ettiğini satıcının bilmediği veya bilemeyeceği durumlarda Konvansiyonun uygulanmasına imkân tanıyan bir hükme yer verilmemiştir. Satıcı veya sağlayıcının, alı-

⁶⁹ AUDIT, s. 21; TOKER, s. 80.

⁷⁰ TOKER, s. 81.

⁷¹ Tüketicinin Korunması Hakkında 4077 Sayılı Kanun, Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında Avrupa Birliği Yönergesi gibi düzenlemelerde (bu düzenlemeler hakkında bkz. yukarıda dipnot 46), Konvansiyonun kapsamına giren bazı konularla ilgili (sözleşmenin şekline, tarafların bilgi verme yükümlülüğüne, işyerinin bulunduğu yerin tespitine ilişkin) hükümler yer almaktadır.

⁷² Bkz. aşağıda paragraf 45.

⁷³ AUDIT, s. 21; TOKER, s. 81, özellikle dipnot 261.

cının sözleşme yapma amacı hakkında bilgi sahibi olmadığı durumlarda dahi Konvansiyon yerine tüketici sözleşmelerine özgü düzenlemelerin uygulanmasına imkân veren bu hüküm ile Viyana Konvansiyonuna nazaran tüketicinin korunması amacı daha iyi sağlanmış olmaktadır.

İki Konvansiyon arasındaki bu farklılık, Viyana Konvansiyonunun hazırlandığı dönemde tüketicilerin daha çok yerel pazarlardan alışveriş yaptıkları, dolayısıyla tüketici sözleşmelerinin “uluslararası” nitelik taşımasının çok ender bir olasılık olduğu, m. 2/a hükmünün de bu varsayım çerçevesinde düzenlendiği; oysa günümüzde kullanılan (internet gibi) iletişim araçları sayesinde tüketicilerin yabancı ülkelerde bulunan satıcılardan mal almaları olasılığının ve buna bağlı olarak tüketicilerin uluslararası planda korunması ihtiyacının daha da arttığı gerekçeleriyle açıklanmıştır⁷⁴. Diğer yandan, Konvansiyonun, nitelik olarak tüketici sözleşmelerine uygun düşmeyen hükümlerinin varlığı karşısında, bu sözleşmelerin tamamen kapsam dışı bırakılmasının daha uygun olacağı ifade edilmiştir⁷⁵.

Tüketici sözleşmelerinin kapsamının tespiti çerçevesinde “tüketici” kavramının yorumu konusunda iki kriter kullanılmaktadır. Subjektif kriter, sözleşmenin taraflarının sıfatını esas almakta ve taraflardan birinin tüketici, diğerinin tacir sıfatını taşıdığı durumlarda tüketici sözleşmesinin bulunduğunu kabul etmektedir. Bu kritere göre tüketici, mesleki bir sıfatı bulunmayan (*non professional*) ve bu sıfatı bulunan diğer bir kişiden mal veya hizmet temin eden, dolayısıyla, muhatabına nazaran (sözleşme konusu malın nitelikleri hakkında bilgi sahibi olma veya en azından sözleşme yapma alışkanlığı bakımından) daha zayıf ve deneyimsiz konumdaki kişi olarak görülmektedir. Objektif kriter ise, tarafların sıfatı yerine sözleşmenin yapılaş amacını esas almakta, mesleki olmayan (kişisel, ailevi, özel kullanıma yönelik) bir ihtiyacı gidermek için yapılan sözleşmeleri tüketici sözleşmesi olarak kabul etmektedir. Bu kriter, tacirlerin ticari işletmeleri için gerekli olan, fakat kendi faaliyet (uzmanlık) alanları dışında kalan ürün veya hizmetlerin temini için yaptıkları sözleşmelerin tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilmesine yol açabilmektedir (GUILLE-MARD Sylvette, *Le “cyberconsommateur” est mort, vive l’adhérent*, Journal de droit international, 2004, I, s. 12-18. Bu kriterler ve karşılaştırmalı hukukta kullanılan diğer kriterler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OZANOĞLU Hasan Seçkin, *Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım)*, Prof. Dr. M. Kemal OĞUZMAN’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 664 vd. Tüketici kavramı hakkında ayrıca bkz. GEZDER, s. 61 vd.; İNAL, s. 174 vd.).

⁷⁴ “Açıklayıcı Not”, paragraf 77.

⁷⁵ “Açıklayıcı Not”, paragraf 77. Ayrıca bkz. yukarıda paragraf 40’da yapılan açıklamalar.

2- Finansal İşlemler ve Kıymetli Evrak

44.- Konvansiyonun 2. maddesine göre, Konvansiyon ayrıca,

“b. Borsada gerçekleştirilen işlemlere; kambiyo işlemlerine; bankalar arası ödeme sistemlerine, bankalar arası ödeme anlaşmalarına veya menkul kıymetler veya diğer finansal araçlara dayalı ödeme veya kompensasyon sistemlerine; araçlar nezdinde bulunan menkul değerler veya diğer araçlar veya finansal aktiflerle ilgili teminatların devrine,

c. Poliçelere, bonolara, taşıma senetlerine, konişmentolara, depo teslim makbuzlarına, hamiline veya lehdarına malın teslimini veya belirli bir miktar paranın ödenmesini isteme yetkisi veren devredilebilir belge veya araçlara uygulanmaz”.

Finansal hizmetlerle ilgili işlemlerin Konvansiyonun uygulama alanı dışında bırakılmasının gerekçesi; finansal hizmetler sektörünün, kendine özgü, iyi hazırlanmış düzenlemelere tâbi olduğu; elektronik ticarete bağlı sorunların da sektörün dünya çapında etkin bir şekilde işleyişini sağlayacak şekilde bu kurallarla düzenlendiği; dolayısıyla Konvansiyon hükümleri yerine sektörün ihtiyaçlarına göre hazırlanmış bu kuralların uygulanmasının daha uygun olacağı şeklinde açıklanmıştır⁷⁶.

Kıymetli evrak ile ilgili olarak da, bu evrakın çoğaltılabileceği, bu nedenle, onun orijinal veya tek olduğunu garanti edecek mekanizmalara ihtiyaç bulunduğu, bu sorunun çözümü için, hukuki, teknik ve ticari açılardan değerlendirme yapılmasına ihtiyaç bulunduğu, bunun ise henüz gerçekleştirilemediği belirtilmiştir. Çalışma Grubunda, kıymetli evrakın yol açtığı sorunların ve özellikle, orijinal olduklarının kanıtlanması sorununun, sadece kağıt belge ile elektronik form arasında paralelliğin sağlanması ile çözümlenemeyeceği, Konvansiyon m. 9/ paragraf 4 ve 5’ de yer alan hükümlerin bu tür belgeler için yeterli olmadığı görüşü hâkim olmuştur⁷⁷.

⁷⁶ “Rapor”, paragraf 61.

⁷⁷ “Rapor”, paragraf 136; “Açıklayıcı Not”, paragraf 80- 81.

G- Tarafların Konvansiyonun Uygulanmasını Bertaraf Etme İmkânı

45.- Konvansiyonun 3. maddesinde, “İrade Serbestisi” başlığı altında,

“Taraflar bu Konvansiyonun uygulanmasını bertaraf edebilirler veya hükümlerine aykırı davranabilir veya sonuçlarını değiştirebilirler”.

şeklinde bir hüküm yer almaktadır.

Viyana Konvansiyonu m. 6 hükmüne paralel olan bu hüküm, Konvansiyonda yer alan hükümlerin emredici nitelik taşımadığını göstermekte ve taraflara, normal olarak Konvansiyonun uygulama alanına giren bir hukuki işleme Konvansiyonun uygulanmayacağını kararlaştırma veya münferit hükümlerine aykırı hareket edebilme imkânı tanımaktadır.

46.- Tarafların bu konudaki iradelerinin nasıl açıklanması gerektiğine dair Konvansiyonda bir hüküm yer almadığından, bu iradenin açıkça veya üstü kapalı olarak ifade edilebilmesi mümkün olmalıdır. Örneğin, taraflar, sözleşmelerine Konvansiyon hükümlerinden farklı hükümler koymuşlarsa⁷⁸ veya *lex contractus* olarak âkit olmayan bir devletin hukuk sistemini seçmişlerse, Konvansiyonun uygulanmasını üstü kapalı olarak bertaraf etmiş sayılmalıdırlar. Diğer yandan taraflar, âkit bir devletin hukuk sistemini *lex contractus* olarak seçmelerine rağmen, bu seçimin, o devletin taraf olduğu uluslararası anlaşmaları kapsamadığını belirten bir ibareye yer vermek suretiyle de bu iradelerini ortaya koyabilirler⁷⁹. Bunun da ötesinde, taraflar açıkça Kon-

⁷⁸ “Açıklayıcı Not”, paragraf 89.

⁷⁹ Viyana Konvansiyonu m. 6 ile ilgili olarak, tarafların bir dava esnasında sadece âkit bir devletin iç hukukuna dayanarak iddia ve savunmada bulunmuş olmalarının da üstü kapalı olarak Viyana Konvansiyonu’nun bertaraf edilmesi anlamına gelebileceği ileri sürülmüştür (WITZ Claude, *L’application de la Convention de Vienne en France*, in, *Les ventes internationales, Journée d’étude en l’honneur du professeur Karl H. NEUMAYER*, CEDIDAC, Lausanne, 1998, s. 9). Ancak, özellikle Alman ve İtalyan mahkemelerinin bu konuda süreklilik kazanmış içtihadına göre, tarafların Viyana Konvansiyonu yerine millî bir hukuk sistemine dayanarak iddia ve savunmada bulunmaları, Konvansiyonun uygulanmasını bertaraf ettikleri anlamına gelmez. Bu sonuca ulaşılabilmesi için, tarafların Konvansiyonun uygulanabilir olduğunun bilincinde olmaları ve buna rağmen (Konvansiyon dışında kalan) millî hukuk hükümlerinin uygulanması konusunda ısrar etmeleri gerekmektedir. Ancak bu son durumda Viyana Konvansiyonu’nun zmnî olarak bertaraf edildiği sonucuna ulaşılabilir (WITZ Claude, *Les vingt-cinq ans de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, *Journal du Droit International*, janvier-février-mars 2006, n. 1, (“*Les vingt-cinq ans de la Convention*”), s. 14).

vansiyonun ismini belirterek, aralarındaki hukuki ilişki açısından onun hükümlerinin uygulanmayacağını da beyan edebilirler⁸⁰.

Bu şekilde, taraflar, âkit bir devletin hukukunu (bu devletin taraf olduğu uluslararası anlaşmaları bertaraf etmeksizin) seçmişlerse, Konvansiyon hükümleri, o hukuk sisteminin bir parçası olarak ve uluslararası sözleşmelere özgü nitelikleri dolayısıyla *lex specialis* sıfatıyla diğer kurallara nazaran öncelikli olarak uygulama alanı bulacaktır⁸¹.

Ancak, tarafların Konvansiyonun kısmen veya tamamen bertaraf edilmesi konusundaki iradelerinin kesin olarak ortaya konulmadığı durumlarda, Konvansiyon hükümlerinin uygulanması lehine yorum yapılmalıdır⁸². Gerçekten de, Konvansiyonun uygulanması prensip olarak tarafların iradesine bağlı değildir. Konvansiyonun birinci maddesinde öngörülen koşullar gerçekleştiği takdirde asıl olan Konvansiyon hükümlerinin uygulanmasıdır. Konvansiyonun üçüncü maddesi ile taraflara, kısmen veya tamamen Konvansiyonun uygulanmasını bertaraf etme imkânı tanınmaktadır. Bu iradenin, ister açık ister zımni, net bir şekilde ortaya konulmadığı durumlarda, asıl kural olan Konvansiyonun uygulanması lehine yorum yapılması gerekecektir.

47.- Tarafların, üçüncü maddenin verdiği imkândan yararlanarak Konvansiyonun uygulanmasını bertaraf ettikleri durumlarda, Konvansiyonun düzenlediği konularla ilgili olarak doğabilecek hukuki sorunlar, *lex forin*in kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken hukuk çerçevesinde çözümlenecektir.

80 Benzer hüküm içeren Viyana Konvansiyonu m. 6 ile ilgili olarak bu yönde yapılan yorumlar için bkz. HEUZE, s. 91- 92; TİRYAKİOĞLU, s. 115; WITZ Claude, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale, Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, Paris, 1995, (“*Les premières applications*”), s. 44.

81 Viyana Konvansiyonu açısından yapılan bu tespitler için bkz. AUDIT, s. 29; LEFEBVRE, s. 38; TİRYAKİOĞLU, s. 115.

82 HEUZE, s. 93; WITZ, *Les premières applications*, s. 44; WITZ, *Les vingt-cinq ans de la Convention*, s. 14.

II- KONVANSİYONDA YER ALAN MADDİ İÇERİKLİ HÜKÜMLER

A- Konvansiyonun Yorumlanmasında Dikkate Alınması Gereken Hususlar

48.- Konvansiyonun “Yorum” başlıklı 5. maddesinde, Konvansiyonda yer alan hükümlerin yorumlanmasında ve Konvansiyonun uygulama alanına girmesine rağmen açıkça düzenlenmeyen konularda esas alınması gereken prensipler belirlenmiştir. Bu hükme göre:

- “1. *Bu Konvansiyonun yorumunda, onun uluslararası niteliği, uygulanmasında yeknesaklığın sağlanması ve uluslararası ticarete iyiniyete saygının temini gerekleri dikkate alınır.*
2. *Konvansiyonun uygulama alanına giren ancak açıkça düzenlenmeyen sorunlar, onun esinlendiği genel prensipler; bu prensiplerin bulunmaması halinde uluslararası özel hukuk kuralları gereğince uygulanması gereken hukuka göre çözümlenir”.*

49- Konvansiyona ilişkin Raporda bu madde ile ilgili herhangi bir açıklayıcı bilgi yer almamaktadır. Ancak, benzer bir hüküm içeren Viyana Konvansiyonu’nun 7. maddesine ilişkin olarak yapılan değerlendirmelerde, Konvansiyonun uluslararası niteliğinin dikkate alınmasından kastedilenin, yorumcunun, belirli bir konuda Konvansiyon hükümlerini yorumlarken o hükümleri aynı konuda iç hukuklarda yer alan hükümlere benzetmemesi, iç hukuktaki yorum kurallarını esas almaması; diğer yandan, Konvansiyonun yorumunda hazırlık çalışmalarının, UNCITRAL tarafından yapılan yayınların, Konvansiyonun farklı dillerdeki versiyonlarının dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir⁸³.

Konvansiyonun uygulanmasında yeknesaklık sağlanması açısından ise, hâkimin, karşılaştırmalı hukukta yer alan doktriner görüşleri ve mahkeme kararlarını araştırarak karar vermesi gerektiği; aynı konuda farklı yorumların varlığı halinde Konvansiyonun amacının sağlanamayacağı ve *forum shoppinge* yol açılacağı belirtilmiştir⁸⁴. İyiniyete saygı gereğinin ise Konvansiyonun yorumundan çok taraflar arasındaki ilişkiler açısından dikkate alınması gereken bir unsur olduğu kabul edilmektedir⁸⁵.

⁸³ AUDIT, s. 32; MOUSSERON-RAYNARD-FABRE-PIERRE, s. 223.

⁸⁴ AUDIT, s. 32; ZUPPI Alberto L, *La jurisprudence sur la Convention de Vienne en Amérique latine*, in, *Les ventes internationales, Journée d'étude en l'honneur du professeur Karl H. NEUMAYER*, CEDIDAC, Lausanne, 1998, s. 36.

⁸⁵ AUDIT, s. 32.

50.- UNCITRAL tarafından hazırlanan Elektronik Ticaret Model Kanununun 3. maddesinde benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir⁸⁶. Bu maddenin resmî yorumunda, Viyana Konvansiyonu m. 7 hükmünden esinlenerek hazırlanmış ve mahkemelerin ve diğer resmî makamların uymaları gereken, Kanunun yeknesak bir şekilde uygulanmasını sağlayacak yorum kurallarını ortaya koymayı amaçladığı ifade edilmiştir⁸⁷.

Maddede sözü edilen, Kanunun esinlendiği genel prensipler (sınırlayıcı olmamak üzere) şu şekilde belirtilmiştir: a) Elektronik ticareti kolaylaştırmak, b) yeni teknolojik araçlarla kurulan hukuki işlemleri geçerli kılmak, c) yeni bilgi teknolojilerinin uygulanmasını teşvik etmek ve geliştirmek, d) hukukun yeknesaklığını sağlamak, e) ticari uygulamaları desteklemek⁸⁸.

51.- Konvansiyonun gerek başlangıç bölümünde yer alan açıklamaların, gerekse hükümlerinin bütün olarak değerlendirilmesi durumunda, Model Kanun açısından ortaya konulan bu prensiplerin Konvansiyon için de aynen geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Gerçekten de, Konvansiyonun amacı, uluslararası ticari sözleşmelerde elektronik iletilerin kullanılmasının önündeki engelleri bertaraf etmek ve bu konuda âkit devletler açısından yeknesak bir düzenleme oluşturmaktır.

Diğer yandan, Konvansiyonda yer alan yeknesak kurallar, *teknolojik tarafsızlık (neutralité technologique)*⁸⁹ ve *fonksiyonel eşitlik (équivalence fonctionnelle)* prensipleri⁹⁰ çerçevesinde tarafların uygun teknolojileri seçmeleri konusundaki serbestilerine saygı gösterilmesi esasına dayanmaktadır. Böylece elektronik iletişim araçlarının kullanılması teşvik edilirken, diğer iletişim araçlarının kullanılmasına da engel olunmamaktadır.

⁸⁶ Model Kanunun “Yorum” başlıklı 3. maddesine göre, “*Bu kanunun yorumunda, onun uluslararası kaynaklı olması, uygulanmasında yeknesaklık sağlanması ve iyiniyete saygı gerekleri dikkate alınır.*”

Bu kanunun uygulama alanına giren fakat açıkça düzenlenmeyen konular, onun esinlendiği genel prensiplere göre çözümlenir.”

⁸⁷ “Model Kanun Rehberi”, paragraf 41.

⁸⁸ “Model Kanun Rehberi”, paragraf 43.

⁸⁹ Teknolojik tarafsızlık ilkesi hakkında bkz. aşağıda paragraf 53.

⁹⁰ Fonksiyonel eşitlik prensibi, kağıt belge kullanılmasının amaçlarının ve yerine getirdiği fonksiyonların analiz edilmesini ve elektronik ticaret teknikleri ile bu amaçların nasıl elde edileceğinin veya bu fonksiyonların nasıl yerine getirileceğinin tespit edilmesini gerektirir. Bu amaçla ortaya konulan kriterlere uyan elektronik iletiler, aynı fonksiyonları yerine getiren kağıt belgelerle eşit düzeyde hukuki korumaya lâyık olacaktır (“Açıklayıcı Not”, paragraf 51. Prensip hakkında ayrıca bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 39).

52.- Konvansiyonun esinlendiği bu genel prensiplerle çözümlenmesi mümkün olmayan konularda hâkim, -Konvansiyonda kanunlar ihtilafı kurallarına yer verilmediğinden- kendi hukukunda yer alan kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken hukuku tespit edecek ve bu hukuk sisteminde yer alan kurallar çerçevesinde sorunu çözümleyecektir.

B- Elektronik İletilerin Geçerliliği

53.- Konvansiyonun başlangıç bölümünde ifade edilen ve birçok maddesine yansımış olan ayırım *yasağı* veya *teknolojik tarafsızlık (neutralité technologique)* ilkesi, tarafların kendileri açısından uygun görünen teknolojileri seçmeleri konusundaki serbestilerine saygı gösterilmesi esasına dayanmaktadır. Bu ilke, bir yandan, kâğıt belge üzerinde düzenlenen hukuki işlemlerle elektronik ortamda düzenlenen hukuki işlemlerin hukuki etki bakımından eşit değerlendirilmesini gerektirmekte; diğer yandan, elektronik iletilerin hazırlanmasında, saklanması veya iletilmesinde kullanılan teknolojiler arasında bir farklılık gözetilmesine, herhangi bir özel teknolojik yöntemin öngörülmesine engel olmaktadır⁹¹.

54.- Ayırım yasağı ilkesi, sözleşmenin kurulmasına yönelik işlemler açısından Konvansiyonun “Elektronik İletilerin Hukuki Bakımdan Tanınması” başlıklı 8. maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir:

“Bir sözleşmenin veya iletinin elektronik araçlarla gerçekleştirilmiş olması, sırf bu yüzden onun geçerliliğini veya icra edilebilirliğini (force exécutoire) ortadan kaldırmaz”⁹².

Benzer bir içeriğe sahip olan Model Kanun m. 11 hükmü, bir icap veya kabulün veri mesajları aracılığıyla gerçekleştirilebileceğini kabul etmekte ve bir sözleşmenin veri mesajı aracılığıyla kurulmuş olmasının, sırf bu sebeple onu geçerlilikten ve icra edilebilirlikten yoksun hale getirmeyeceğini ifade

⁹¹ “Model Kanun Rehberi”, paragraf 46; “Açıklayıcı Not”, paragraf 47-48.

⁹² Bu hükümde, bazı elektronik iletilerin bir sözleşme ile sonuçlanmayabileceği düşüncesiyle sözleşme ve elektronik ileti kavramlarına ayrı ayrı yer verilmiştir. Konvansiyonun 4. maddesinde, “ileti” kavramı, sözleşmenin kurulması veya ifası ile ilgili olarak tarafların gerçekleştirmek zorunda oldukları her türlü irade açıklaması olarak tanımlandığından (a bendi), sözleşmenin kurulmasına yönelik beyanlar (icap-kabul) yanında sözleşmenin kuruluşundan önce veya sonra gerçekleştirilen tüm irade açıklamaları açısından da söz konusu hüküm uygulama alanı bulacaktır.

etmektedir⁹³. Bu maddenin amacı, çeşitli hukuk sistemlerinde sözleşmelerin elektronik araçlarla kurulması konusundaki hukuki belirsizlikleri azaltarak elektronik ticaretin gelişimini sağlamak, olarak açıklanmıştır⁹⁴.

55.- Konvansiyon, bir yandan bu hükmüyle bir hukuki işlemin elektronik iletilerle gerçekleştirilmesi ile diğer yöntemler (özellikle kağıt belge) kullanılarak gerçekleştirilmesi arasında hukuki sonuçları bakımından fark gözetmezken, diğer yandan aynı maddenin ikinci paragrafında, tarafların elektronik iletişim araçlarını kullanmaya zorlanamayacaklarını ifade etmiştir:

“Bu Konvansiyonun hiçbir hükmü, taraflardan birini elektronik iletileri kullanmaya veya kabul etmeye zorlamaz, ancak buna rıza gösterdiği onun davranışlarından çıkarılabilir”.

Gerçekten de, Konvansiyonun amacı, sözleşme taraflarının mutlaka elektronik iletişim araçlarını kullanmalarını sağlamak değil, onların bu araçları tercih etmeleri halinde doğabilecek hukuki sorunları gidermektir. Bu nedenle, Konvansiyon, uygulama alanına giren sözleşmelerin taraflarını, sözleşmelerini kurarken veya ifa ederken elektronik ileti kullanmaya zorlamaktadır⁹⁵. Ancak, tarafların elektronik ileti kullanılmasına yönelik rızalarının mutlaka açıkça veya özel bir şekilde verilmesi de gerekli görülmemiş; bu rızanın tarafların davranışlarından çıkarılması yeterli kabul edilmiştir. Böylece, örneğin, üzerinde mesleki amaçla kullanılan elektronik posta adresinin bulunduğu kartvizitin muhataba verilmesi; potansiyel bir müşterinin, siparişini vermek üzere bir işletmenin veya özel bir kişinin web sitesine girmeye davet edilmesi veya internet veya elektronik posta aracılığıyla malla-

93 “m.11- Sözleşmelerin Kurulması ve Geçerliliği

Tarafların aksini kararlaştırmadıkları durumlarda, bir icap ve kabul veri mesajları aracılığıyla açıklanabilir. Bir sözleşmenin geçerliliği veya bağlayıcılığı, sırf onun kurulması için bir veri mesajının kullanılmasından etkilenmez”.

Model Kanunun aynı prensibi yansıtan 5. maddesi, “Bir bilginin veri mesajı şeklinde olması, sırf bu nedenle onun hukuki etkisini, geçerliliğini veya bağlayıcılığını ortadan kaldırmaz” şeklinde bir hüküm içermektedir.

94 “Model Kanun Rehberi”, paragraf 76. Bu belirsizlikler, icap veya kabulün bir insan müdahalesi olmaksızın bilgisayarlar aracılığıyla açıklandığı durumlarda, tarafların irade açıklamalarının bulunup bulunmadığı konusundaki şüphelerden kaynaklanmaktadır. Bunun yanında, iletişim şekli ve kağıt belgenin yokluğundan kaynaklanan belirsizlikler de yer almaktadır.

95 Elektronik Ticaret Model Kanunu da, tarafların aksine anlaşmaları olmadıkça icap veya kabulün veri mesajı ile açıklanabileceğini kabul etmiş (m. 11), böylece, kağıt belge kullanmak isteyen tarafları, elektronik araçları kullanmaya zorlamamıştır (“Model Kanun Rehberi”, paragraf 79).

rın reklamının yapılması gibi durumlarda muhatabın elektronik ileti kul-
lanmasına rıza gösterildiği kabul edilebilecektir⁹⁶.

C- Sözleşmenin ve Diğer Hukuki İşlemlerin Şekline İlişkin Hükümler

56.- Konvansiyon, hukuki işlemlerin veya sözleşmelerin geçerli olabilmesi için belirli şekil kurallarına uyulmasını aramamaktadır. Dolayısıyla, Türk Hukuk sistemi gibi bir çok hukuk sisteminde geçerli olan şekil serbestisi prensibi Konvansiyon açısından da kabul edilmiştir. Bu serbesti Konvansiyonun 9. maddesinde şu şekilde açıklanmıştır:

“Bu Konvansiyonun hiçbir hükmü, bir sözleşmenin veya iletinin özel bir şekilde yapılmasını veya tespit edilmesini gerektirmez”.

Ancak, maddenin sonraki paragraflarında kanunen bir hukuki işlemin yazılı şekilde yapılmış olmasının veya imzalanmış olmasının veya o hukuki işlemin aslının (orijinalinin) sunulmasının gerekli görüldüğü durumlarda, bu koşulların elektronik ortamda nasıl gerçekleşeceğine dair hükümlere yer verilmiştir.

57.- Bu düzenlemelerde yer alan “kanun” kelimesi mevzuatta yer alan hükümleri ve mahkeme kararlarını kapsamaktadır⁹⁷.

Hangi ülkenin hukuk sistemindeki kanunların dikkate alınacağı belirlenirken, *lex fori*nin şekil konusundaki kanunlar ihtilafı kuralları esas alınacaktır. Hâkimin hukukunda yer alan hukuki işlemin şekli konusundaki kanunlar ihtilafı kuralı, söz konusu işlemin geçerliliğini belirli şekil kurallarına uyulmuş olmasına bağlayan bir hukuk sistemine yetki verebilir.

Türk Hukuku açısından konuyu ele alırsak, MÖHUK m. 7, bir hukuki işlemin şekil bakımından geçerliliğini, yapıldığı yer hukukunun veya o hukuki

⁹⁶ “Açıklayıcı Not”, paragraf 132.

⁹⁷ “Rapor”, paragraf 125. Konvansiyonda geçen kanun kelimesinin, hem Roma-germen hukuk sistemine dahil ülkelerde olduğu gibi, âkit bir devlet tarafından onaylanan anlaşmalar veya konvansiyonlar da dahil olmak üzere parlamento tarafından kabul edilen yasal düzenlemelerin tamamını ifade ettiği; diğer yandan bazı *common law* ülkelerinde olduğu gibi, içtihatın kaynaklanan kuralları da kapsamına aldığı; ancak, *lex mercatoria* gibi, bir devletin hukuk sisteminin parçası haline gelmemiş kuralların bu kapsamda değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir (“Açıklayıcı Not”, paragraf 139- 140. Aynı açıklamalar Model Kanun açısından da yapılmıştır. Bkz. “Model Kanun Rehberi”, paragraf 68).

işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun öngördüğü şekilde yapılmış olmasına bağlamaktadır. Bu iki hukuk sistemi de hukuki işlemin geçerliliğini belirli şekil kurallarına uyulmasına bağladığı takdirde, söz konusu işlem bu iki hukuk sisteminden en azından biri ile öngörülen şekil kurallarına uygun olarak yapılmadığı takdirde geçerli olmayacaktır.

Konvansiyonda bu şekilde hukuki işlemin şekli konusunda uygulanması gereken hukukun öngördüğü yazılı şekil ve imza gereklerinin ve bir belgenin ibraz edileceği makamın hukuku ile öngörülen orijinal (asıl) belge şartının elektronik ortamda nasıl gerçekleştirilebileceği ayrı ayrı incelenmiştir. Bu sisteme uygun olarak aşağıda şekil konusunda öngörülen bu koşullar ayrı başlıklar altında ele alınarak incelenecektir.

1- Yazılı Şekil Şartı

58.- Hâkimin hukukunda (*lex fori*) yer alan kanunlar ihtilafı kurallarına göre hukuki işlemin şekli konusunda uygulanması gereken hukukun, o hukuki işlemin geçerliliğini yazılı şekil şartına bağlaması halinde, bu şartın elektronik ortamda nasıl gerçekleşmiş sayılacağı maddenin ikinci paragrafında şu şekilde açıklanmıştır:

“Kanunen bir sözleşmenin veya iletinin yazılı şekilde yapılması zorunlu ise veya yazılı şekilde yapılmaması halinde hukuki sonuçlar öngörülüyorsa, içerdiği bilginin, daha sonradan incelemek (tespit etmek) amacıyla erişilebilir olması koşuluyla, elektronik bir ileti de bu koşulu gerçekleştirmiş sayılır”.

59.- Görüldüğü gibi, maddenin elektronik ortamda yapılan bir hukuki işlemin yazılı şekilde yapılmış sayılması için aradığı koşul, işlemin içerdiği bilgiye daha sonradan erişilebilir olmasıdır. Yazılı şekil şartının neden bu koşula bağlandığı konusunda Konvansiyona ilişkin Açıklayıcı Notta ve benzer hüküm içeren Elektronik Ticaret Model Kanununa ilişkin Rehberde yer alan açıklamalardan yararlanmak mümkündür.

Bu belgelerde, öncelikle çeşitli hukuk sistemlerinde yazılı şeklin yerine getirdiği fonksiyonların neler olduğu örnek olarak sayılmış⁹⁸ ve bu fonksiyon-

⁹⁸ Burada örnek olarak sayılan fonksiyonlar şunlardır: İspat fonksiyonu; tarafları, yaptıkları işlemin sonuçları hakkında düşünmeye sevk etmek; herkes tarafından okunabilir bir belge temin etmek; değiştirilemez bir belge sağlamak ve bir işlemin izini sürekli olarak saklamak;

ların tamamını kapsayacak bir tanım vermenin mümkün olmayacağı; her hukuk sisteminde yazılı şeklin unsurlarının ve fonksiyonlarının birbirinden farklı olabileceği düşüncesiyle, yazılı şeklin en temel unsurları olarak “okunabilir ve çoğaltılabilir olma” özellikleri üzerinde durulmuştur. Ancak, subjektif bir kriter olan okunabilirlik yerine, objektif bir nitelik taşıyan “sonradan referans olarak kullanılmak üzere erişilebilir olma” kriterinin kullanılması daha uygun görülmüştür. “Erişilebilir” kelimesi, bilginin okunabilir, yorumlanabilir ve okunabilirliği sağlayacak olan programın korunuyor olmasını gerektirmektedir⁹⁹.

60.- Konvansiyona taraf devletlerin iç hukuklarında yer alan ve elektronik iletilerin kullanımını yasaklayan şekil kurallarının bulunması halinde, m. 19 uyarınca üye devletler bu konuları Konvansiyonun kapsamı dışında bırakabileceklerdir¹⁰⁰.

2- İmza Koşulu

61.- Konvansiyonun 9. maddesinde, yazılı şekil şartı ve imza şartı ayrı ayrı ele alınmış ve ikisinin gerçekleşme koşulları birbirinden farklı değerlendirilmiştir. Ancak, şekil konusunda uygulanması gereken hukuk sisteminde imza, yazılı şeklin zorunlu bir unsuru olarak kabul ediliyorsa¹⁰¹, yazılı şekil şartının gerçekleşmiş sayılması için, her iki paragrafta öngörülen koşulların da yerine getirilmiş olması gerekecektir.

62.- Maddenin üçüncü paragrafında, hukuki işlemin şekli konusunda uygulanması gereken hukuka göre, sözleşmenin veya iletinin imzalanmış olması gerekiyorsa veya imzanın bulunmaması halinde yaptırım öngörülüyorsa, bu koşulun ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı düzenlenmiştir. Bu hükümde ön-

tarafardan her birinin aynı belgenin bir örneğini almasına imkân verecek şekilde belgenin çoğaltılmasını sağlamak; imza aracılığıyla belgede yer alan verilerin imza sahibine ait olduğunu belgelemek; resmi makamlar ve mahkemeler tarafından kabul edilebilir bir şekilde belgenin sunulmasını sağlamak; yazılı belgeyi hazırlayan kişinin niyetini ortaya koymak; verilerin arşivlenmesine imkân tanımak; muhasebe, vergi gibi amaçlarla daha sonradan gerçekleştirilecek kontrolü kolaylaştırmak; tarafların hak ve yükümlülüklerinin varlığını tespit etmek (“Açıklayıcı Not”, paragraf 144; “Model Kanun Rehberi”, paragraf 48).

⁹⁹ “Açıklayıcı Not”, paragraf 146; “Model Kanun Rehberi”, paragraf 50.

¹⁰⁰ “Rapor”, paragraf 126.

¹⁰¹ Türk Hukukunda, BK m.13, imzayı yazılı şeklin zorunlu bir unsuru olarak kabul etmektedir. Bu hükme göre, bir sözleşmenin yazılı olarak yapılması gereken hallerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması gerekmektedir.

görülen koşulların gerçekleşmesi halinde ilgili kanunlarla öngörülen imza koşulu da yerine gelmiş sayılacaktır.

Bu koşullar şunlardır:

a- El yazısı ile İmzanın Fonksiyonlarını Yerine Getiren Bir Yöntemin Kullanılmış Olması

63.- Konvansiyonun 9. maddesinde aranan koşullardan ilki, “ *tarafları teşhis edecek ve onların elektronik iletide yer alan bilgilere ilişkin iradelerini açığa koyacak bir yöntem*”in kullanılmış olmasıdır (a bendi).

Görüldüğü gibi madde, fonksiyonel eşitlik yaklaşımı içerisinde, el yazısı ile imzanın yerine getirdiği fonksiyonların elektronik ortamda kullanılan araçlarla gerçekleştirilmesi halinde imza koşulunun yerine getirildiğini kabul etmektedir. Bu şekilde elektronik imza, belirli bir teknolojik yöneme bağlı olarak tanımlanmadığından¹⁰², el yazısı ile imzanın fonksiyonlarını elektronik ortamda yerine getirecek her türlü teknolojik yöntemin bu amaçla kullanılması mümkün olabilecektir.

Elektronik imzanın sadece belirli bir teknik kullanılarak gerçekleştirilebileceğinin öngörülmemesi ve belirli fonksiyonları yerine getiren tekniklerin kullanılması halinde elektronik imza koşulunun gerçekleşmiş sayılacağı kabul edilmesi yerinde bir yaklaşımdır. Zira, bu sayede, bir yandan, şu an henüz bilinmeyen ancak gelecekte ortaya çıkacak bazı tekniklerin elektronik imza için kullanılmasına imkân tanınması, böylece teknolojik gelişmelerin dikkate alınması mümkün olmakta; diğer yandan, bugünkü koşullara göre el yazısı ile imzanın fonksiyonlarını yerine getirdiği düşünülen bir yöntemin zaman içinde bu özelliğini yitirmesi riski bertaraf edilmektedir.

64.- Bu madde (ve onun esin kaynağını oluşturan Model Kanun m. 7) hazırlanırken, karşılaştırmalı hukukta imza konusunda çok farklı sistemlerin bu-

¹⁰² Elektronik ortamda imzanın atılmasını sağlayacak çok farklı teknikler mevcuttur. Örneğin, el yazısı ile imzanın tarayıcıdan (*scanner*) geçirilerek bilgisayara aktarılması ve bilgisayarda oluşturulan metinlerin altında kullanılması; retina veya parmak izinin optik okuyucu aracılığıyla bilgisayara aktarılması; tek anahtarlı veya çift anahtarlı şifreleme yöntemleri ile oluşturulan elektronik imzalar (sayısal-dijital imza) gibi (Yöntemler için bkz. “Açıklayıcı Not”, paragraf 150; KESER BERBER Leyla, *Elektronik İmzanın Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı Hükümlerinin Değerlendirilmesi*, <http://hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/eimza-tasarilestiri.htm>, paragraf 1; İNAL, s. 140 vd.).

lunabileceği, bu bağlamda, el yazısı ile imza yerine farklı yöntemlerin öngörülebileceği veya el yazısı ile imzaya farklı hukuki etkiler tanınabileceği¹⁰³ kabul edilmekle birlikte; bunların tamamını kapsayacak kuralları ve yöntemleri düzenlemeye çalışmanın, teknolojik gelişmelerin gerisinde kalacak bir sistem oluşturulmasına yol açacağı gerekçesiyle, imzanın iki temel koşulu ön plana çıkarılmıştır: Belgeyi hazırlayan kişiyi teşhis etmek ve o kişinin belgenin içeriğini onayladığını tespit etmek. Bu iki koşul gerçekleşmişse, imza elektronik ortamda da atılsa el yazısıyla imzaya eşdeğer kabul edilecektir.

65.- Konvansiyonda ve Model Kanunda elektronik imzanın tanımı açısından esas alınan fonksiyonel eşitlik yaklaşımı, 15.01.2004 yılında kabul edilen 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu¹⁰⁴ tarafından da benimsenmiştir. Gerçekten de Kanunun 4. maddesi, güvenli elektronik imzayı, münhasıran imza sahibine bağlı olan ve onun tasarrufunda bulunan araçlarla oluşturulan; imza sahibinin teşhisini ve imzalanmış elektronik veride herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlayan imza olarak tanımlamış¹⁰⁵, bu konuda belirli bir tekniğin kullanılmasını zorunlu kılmamıştır¹⁰⁶.

b- Kullanılan Yöntemin Güvenilirliği

66.- Konvansiyonda aranan ikinci koşul, elektronik imza için kullanılan yöntemin güvenilir bir yöntem olması veya ilk koşulda öngörülen fonksiyonları yerine getirdiğinin ispatlanmış olmasıdır. Bu koşul (b) bendinde şu şekilde ifade edilmiştir:

¹⁰³ Örneğin, bazı hukuk sistemlerinde, belirli bir miktarın altındaki satım sözleşmelerinden doğan edimlerin mahkemeye başvuruyla talep edilebilmesi için imzalanmış olmasının gerektiği, ancak bu durumda kullanılan imzanın geniş yorumlandığı ve bir kaşe veya antet ile imza koşulunun yerine getirilmiş sayıldığı; bazı hukuk sistemlerinde ise geleneksel el yazısı ile imza yanında imzanın şahitler tarafından onaylanması gibi bir güvenlik unsurunun da arandığı belirtilmiştir (“Açıklayıcı Not”, paragraf 152; “Model Kanun Rehberi”, paragraf 54).

¹⁰⁴ RG 23.01.2004-25355.

¹⁰⁵ Türk Hukukunda el yazısı ile imzanın temel fonksiyonlarının, imza atan kişinin teşhis edilmesini sağlamak, onun belgenin içeriğini onayladığını göstermek ve belgenin imzalandığı andaki şekliyle korunduğunu, değiştirilmediğini tespit etmek olduğu kabul edilmektedir (OĞUZMAN-ÖZ, s. 117; EREN, 237- 239; ŞENOCAK Zarife, *Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması*, AÜHFD, 2001/II, s. 125; İNAL, s. 137 vd.; SAĞLAM İpek, *Elektronik Sözleşmeler*, İstanbul, 2007, s. 149 vd.).

¹⁰⁶ Ancak her ne kadar bu maddede açıkça belirtilmese de, Kanunda yer alan elektronik imzanın işleyişine ilişkin kuralların sadece sayısal (dijital) imza öngörülerek hazırlanmış olduğu, dolayısıyla, Kanunun diğer teknikleri bir tarafa bırakarak sadece sayısal imza ile ilgili düzenleme getirdiği doktrinde ileri sürülmektedir (KESER BERBER, paragraf 1-2).

“i) Elektronik iletinin oluşturulmasının veya iletilmesinin gerekçeleri ve ilgili tüm koşullar ve bu konuda yapılan tüm anlaşmalar dikkate alındığında yeterli güvenilirliğe sahipse veya,

ii) Bizzat veya diğer delillerle birlikte, a bendindeki fonksiyonları yerine getirdiği ortaya konulmuş bir yöntem ise” (m. 9/ paragraf 3, b bendi).

67.- Görüldüğü gibi Konvansiyon, elektronik imza için kullanılan yöntemin güvenilirlik derecesinin belirlenmesinde somut koşulların dikkate alınmasını gerekli görmüştür. Buna göre, elektronik iletinin oluşturulma veya iletilme gerekçeleri, ilgili tüm koşullar ve taraflar arasında bu konuda yapılan anlaşmalar çerçevesinde güvenilirlik derecesi tespit edilecektir.

Kullanılan yöntemin güvenilirliğini tespitite kullanılan bu subjektif unsurlar, Model Kanun m. 7/ 1, b hükmünde de aynen yer almaktadır. Model Kanun Rehberinde ve Konvansiyona ilişkin Açıklayıcı Notta, bu bağlamda dikkate alınacak hukuki, teknik ve ticari unsurlar sınırlayıcı olmamak üzere sayılmış¹⁰⁷ ve bir veri mesajının göndericisi ve alıcısı arasında yapılan, kullandıkları yöntemin güvenilir olduğuna dair anlaşmanın tek başına yeterli olmayacağı vurgulanmıştır¹⁰⁸.

68.- Maddede, kullanılan yöntemin güvenilir olmasına alternatif olarak öngörülen koşul, bu yöntemin, a bendinde yer alan koşulları yerine getirdiğinin ispatlanmasıdır. Bu koşulu koymakla UNCITRAL, taraflardan birinin, a bendinde yer alan koşulları taşıyan, yani imza atan kişinin kimliğini ve onun belgede yer alan bilgileri onayladığını teşhis etmeye imkân veren imzasının, sırf bu imzanın atılmasında kullanılan yöntemin güvenilir olmadığı gerekçesiyle

¹⁰⁷ Bunlar: 1- Taraflardan her birinin kullandığı materyalin mükemmellik derecesi, 2- Tarafların ticari faaliyetlerinin niteliği, 3- Tarafların kendi aralarında ticari işlemleri gerçekleştirme sıklığı, 4- İşlemin niteliği ve kapsamı, 5- İmzanın belirli bir yasal rejimde fonksiyonu ve statüsü, 6- İletişim sistemlerinin kapasitesi, 7- İletişim sistemlerin operatörleri tarafından sunulan doğrulama yöntemleri, 8- Bir aracı tarafından iletilen doğrulama yöntemleri serisi, 9- Ticari uygulamaların ve geleneklerin izlenmesi, 10- İzin verilmeyen mesajlara karşı sigorta mekanizmalarının varlığı, 11- Veri mesajında yer alan bilginin önemi ve değeri, 12- Diğer teşhis yöntemlerinin kullanılabilirliği ve onların uygulanmasının yol açacağı masraflar, 13- Teşhis yönteminin, söz konusu sektörde veya alanda kabul edilip edilmeme derecesi (gerek yöntemin kararlaştırıldığı gerekse yöntemin iletildiği andaki), 14- Diğer tüm faktörler (“Açıklayıcı Not”, paragraf 162; “Model Kanun Rehberi”, paragraf 58).

¹⁰⁸ “Model Kanun Rehberi”, paragraf 60.

geçersiz olduğunu iddia etmesine engel olmak istemiştir¹⁰⁹. Aynı şekilde mahkemelerin de, imza atan kişinin kimliği ve imzanın doğruluğu konusunda bir uyumsuzluk bulunmayan durumlarda, sadece kullanılan yöntemin güvenilir olmadığı gerekçesiyle bir sözleşmeyi geçersiz sayması istenmemiştir. Zira böyle bir ihtimalde, sözleşmesel yükümlülüklerinden kurtulmak isteyen taraf, kendisinin veya muhatabının imzasının güvenilir olmayan bir yöntem kullanılarak atıldığını iddia etmek suretiyle bu amacına ulaşabilirdi. Bunu önlemek için (ii) bendinde, elektronik imza için kullanılan yöntemin, güvenilirlik derecesi ne olursa olsun, imza atan kişiyi teşhis etmeye ve onun elektronik iletide yer alan bilgiyi onayladığını göstermeye yarayan bir yöntem olması halinde, atılan elektronik imzanın el yazısı ile imzaya eşdeğer sayılacağı kabul edilmiştir¹¹⁰.

3- Orijinal (Asıl) Belge Koşulu

a- Genel Olarak

69.- Çeşitli hukuk sistemlerinde, özellikle usulî nitelikteki hükümlerle bir belgenin aslının (orijinalinin) mahkemeye veya resmî makamlara sunulmasını öngören düzenlemelere rastlanmaktadır. Bu durum, 4. paragrafta,

“Kanunen bir iletinin veya sözleşmenin orijinal şeklinde saklanması veya erişilebilir olması öngörüldüğü veya orijinal şekilde olmaması hali için hukuki sonuçlar öngörüldüğü takdirde..”

şeklinde ifade edilmiştir.

70.- Kanaatimizce, bir belgenin aslının sunulması gereği, bu belgenin düzenlendiği yer hukuk sisteminden değil, onun sunulacağı (ibraz edileceği) makamın ait olduğu hukuk sisteminden kaynaklanabileceğinden maddede yer alan “kanunen” ibaresinin, mahkemenin veya resmî makamın tâbi olduğu hukuk sistemi olarak anlaşılması gerekmektedir.

Özellikle mahkemenin bağlı olduğu hukuk sisteminin ispat konusundaki kuralları, bir hukuki işlemin düzenlendiği belgenin suretinin değil aslının mahkemeye sunulması halinde söz konusu işleme dayanarak talepte bulunulabileceğini kabul edebilir. Delillerin ispat gücü ve mahkemeye sunulma şekille-

¹⁰⁹ “Açıklayıcı Not”, paragraf 164.

¹¹⁰ “Açıklayıcı Not”, paragraf 164.

ri usul hukukuna ilişkin konular olduğundan ve usulî konularda hâkimin hukukunun (*lex fori*) uygulanması gerektiğinden, bu tür düzenlemeler açısından hâkim kendi hukukunda yer alan kurallarla bağlıdır. Diğer resmî makamlar da ait oldukları devletin hukuk sisteminden kaynaklanan bir yetkiyi kullandıkları için, bu yetkiyi söz konusu devletin koymuş olduğu kurallara uygun olarak kullanmak zorundadırlar. Dolayısıyla, resmî bir makamın düzenleyeceği bir hukuki işleme dayanak teşkil eden belgelerin ne tür belgeler olduğunu, bu makamın ait olduğu devletin hukuk sistemi belirler.

Örneğin, Türk Hukukunda, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 322 uyarınca, senedin aslını saklayan taraf hâkimin talep etmesi halinde bunu mahkemeye ibraz etmek zorundadır. Bu madde, senet yabancı bir ülkede düzenlenmiş olsa ve o yer hukukuna göre senedin aslının mahkemeye ibrazı zorunlu olmasa dahi, Türkiye’de yapılacak yargılamalarda taraflar açısından söz konusu olabilecek bir yükümlülük öngörmektedir.

Aşağıda, önce elektronik ortamda düzenlenen belgeler açısından asıl-suret ayırımına gerek olup olmadığı incelenecek, daha sonra bu belgelerin aslının nasıl elde edilebileceği konusunda Konvansiyonda yer alan düzenlemelere değinilecektir.

b- Elektronik Ortamda Belgenin Aslına (Orijinaline) Duyulan İhtiyaç

71.- Kâğıt belgeler açısından kullanılan ve belgenin düzenlendiği şekliyle mahkemeye veya yetkili makamlara ibrazını sağlama amacı taşıyan yukarıda açıkladığımız nitelikteki hükümlerin elektronik ortamda düzenlenen belgeler açısından uygulanmasının yerinde olup olmadığı üzerinde düşünülmesi gereken bir konudur. Zira elektronik ortamda düzenlenen bir belge, belgeyi düzenleyen kişi tarafından birden çok kişiye gönderilebilmekte; belgenin alıcısı (muhatabı) zorunlu olarak bu belgenin sadece bir örneğini almaktadır. Dolayısıyla kâğıt belgelerin orijinali açısından söz konusu olan, tek olma özelliği elektronik belgelerde yer almamaktadır.

72.- Bu konu, gerek Konvansiyonun, gerekse benzer bir hükme yer veren Elektronik Ticaret Model Kanunu’nun görüşmeleri sırasında tartışılmış ve orijinal kavramının, bir bilginin ilk kez tespit edildiği dayanağa (kâğıt, karton, manyetik ortam gibi) vurgu yaptığı, oysa bir elektronik mesajın alıcısının, zorunlu olarak onun bir örneğini aldığı, bu nedenle, elektronik mesajın orijinalinden bahsetmenin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Ancak, orijinal

kavramına elektronik ortamda da ihtiyaç duyulabileceği, zira uygulamada bir belgenin orijinal olup olmadığının tespitinin önem taşıdığı uyumsuzluklar bulunduğu; bir belgenin aslının sunulması gereğinin elektronik ticaretin önünde önemli bir engel oluşturacağı gerekçesiyle bu konunun ayrı bir madde ile düzenlenmesinin yerinde olacağı belirtilmiştir¹¹¹.

Çeşitli hukuk sistemlerinde orijinalinin sunulması gerekli görülen belgelere örnek olarak, uluslararası ticari satım sözleşmeleri kapsamında düzenlenen belgeler (çeki -ağırlık- sertifikası, zirai sertifikalar, nitelik veya nicelik sertifikaları, gözetim raporları, sigorta poliçeleri gibi) verilmiştir¹¹². Bu belgeler her ne kadar tedavül eden veya bir hakkı devretmeye yarayan nitelikte değilseler de, onların ilk hazırlandıkları şekilde yani değiştirilmeden iletilmeleri, uluslararası ticari işlemlere katılan diğer tarafların onların içeriğine güven duymaları açısından önem taşımaktadır. Eğer orijinal belge kavramının elektronik ortamda kullanılması mümkün olmasaydı, uluslararası mal satımı için elektronik ticarete başvurmak çok zor olurdu. Zira bu belgeleri hazırlayanlar, mallar her satıldığında veri mesajlarını tekrar göndermek zorunda kalırlardı veya taraflar elektronik araçlar yanında kağıt belgeleri de kullanmaya zorlanırlar; böylece elektronik ticaretten beklenen faydanın sağlanması mümkün olmazdı¹¹³.

73.- Konvansiyonda orijinal belge kavramı ile ilgili düzenleme getirilmesinde, Model Kanundaki düzenlemelerin de gerekçesini oluşturan bu hususların etkili olduğu söylenebilir. Ancak, Konvansiyonun ilk taslak metinlerinde bu hususlar dikkate alınmamış ve Konvansiyonun, sadece sözleşmelerin kurulmasına ilişkin düzenlemeler getirdiği, ispata ilişkin konuları kapsamına almadığı gerekçesiyle ispat ile ilgili bir kavram olan “orijinal belge” kavramına yer verilmemişti. Daha sonraki taslak çalışmalarında ve nihai metinde bu kavrama yer verilmesinin asıl gerekçesi, Konvansiyonun, New York Konvansiyonu kapsamına giren tahkim anlaşmalarına da uygulanmasının mümkün hale getirilmiş olmasıdır (m. 20)¹¹⁴.

¹¹¹ “Açıklayıcı Not”, paragraf 166; “Model Kanun Rehberi”, paragraf 62.

¹¹² “Açıklayıcı Not”, paragraf 167; Model Kanun Rehberi, paragraf 63. Karşılaştırmalı hukukta orijinal kavramı, özellikle kıymetli evrak gibi bir hakkı veya malvarlığı değerini temsil eden ve devri ile bu mal veya hakların devrine yol açan belgeler açısından önem taşımaktadır. Ancak, bu belgeler gerek Konvansiyonun, gerekse Model Kanunun uygulama alanı dışında tutulmuştur.

¹¹³ “Açıklayıcı Not”, paragraf 167; “Model Kanun Rehberi”, paragraf 63.

¹¹⁴ *Report of the Working Group on Electronic Commerce on the work of its forty-fourth session* (Vienna, 11- 22 October 2004) s. 31 ([http:// www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)). Bu konuda bkz. yukarıda paragraf 38 ve dipnot 64.

Gerçekten de, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1958 yılında imzalanan New York Konvansiyonu¹¹⁵, tanıma veya tenfiz talebinde bulunan tarafın, tahkim anlaşmasının aslını veya aslına uygunluğu onaylanmış bir suretini mahkemeye sunmasını gerekli görmektedir (m. IV-1,b). Konvansiyona orijinal belge ile ilgili bir hüküm konulmadığı takdirde, elektronik ortamda yapılan tahkim anlaşmalarının ispat gücü konusunda şüphe duyulacağı ve tarafların, en emin yöntem olarak kağıt belge kullanımını tercih edecekleri gerekçesiyle Konvansiyonda bu konuda bir düzenleme yapılması gerekli görülmüştür¹¹⁶.

74.- Çalışma Grubunda bu maddenin sadece tahkim anlaşmalarına uygulanması yönünde öneriler olduysa da, diğer alanlarda da “orijinal belge” kavramına ihtiyaç duyulabileceği ve bu konuda yaşanacak sorunların elektronik ticaretin gelişimine engel olabileceği gerekçesiyle bu öneriler kabul edilmemiştir¹¹⁷. Dolayısıyla, her ne kadar maddenin konuluş amacı, tahkim anlaşmalarına özgü bir durumu düzenlemek olsa da, diğer konularda orijinal belge kavramına gereksinim duyulduğunda yine bu maddede öngörülen koşullar çerçevesinde değerlendirme yapılacaktır.

c- Elektronik Belgenin Orijinal (Asıl) Olarak Kabul Edilebilmesi İçin Gereken Koşullar

75.- Konvansiyonda elektronik ortamda düzenlenen iletilerin, iki koşulla orijinal (asıl) belge olarak kabul edilebileceği öngörülmüştür. Bu koşullar şu şekilde tespit edilmiştir:

- a) *Elektronik ileti olarak veya diğer bir şekilde, ilk kez nihai olarak oluşturulduğu andan itibaren içerdiği bilgilerin bütünlüğünü sağlayacak güvenilir bir garantiye sahip olması,*
- b) *İçerdiği bilginin erişilebilir olması gerekli görülen durumlarda, bu bilginin, ilgili kişiye (bu bilgiye erişmesi gereken kişi) sunulabilir olması (m. 9/paragraf 4).*

¹¹⁵ Türkiye tarafından 1991 yılında onaylanmıştır (RG 25.9.1991-21002).

¹¹⁶ “Rapor”, paragraf 53, 130.

¹¹⁷ “Rapor”, paragraf 132.

Diğer yandan, bu paragraflarda yer alan kuralların usul hukukuna müdahale etme amacı taşımadığını ortaya koymak üzere 9. veya 2. maddeye, mahkemelerin veya kamusal makamların müdahalesini gerektiren sözleşmeleri uygulama alanı dışında tutan bir hüküm konulması önerilmiştir. Ancak bu öneri, kamu düzenine ilişkin konuların, ilgili devletler ta-

76.- İlk koşulda öngörülen bilgi bütünlüğünün sağlanmasından kastedilen, bilginin bütün olarak kalmış ve değiştirilmemiş olmasıdır. Ancak, iletinin gönderilmesi, saklanması veya ilân edilmesi sırasında gerçekleşebilecek değişiklikler ve ilâveler bu anlamda bütünlüğü bozmayacaktır (m.9/ paragraf 5). Nitekim Konvansiyona ilişkin Açıklayıcı Notta, veri mesajına yapılan zorunlu ilâvelerin onun bütünlüğünü etkilemeyeceği; örneğin, bir veri mesajının orijinal olduğunu belgelemek için eklenen “orijinal” sertifikasının veya bir veri mesajının iletilmesini sağlamak için onun başına ve sonuna eklenen verilerin, orijinal kağıt belge açısından ilâve bir yaprak (faks mesajlarında gönderen ve alıcıya ait bilgilerin yer aldığı kapak sayfası gibi) veya onun gönderilmesi için kullanılan zarf veya pul gibi değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹¹⁸.

77.- Bilginin bütünlüğünün sağlanması konusunda aranan güvenilirlik derecesinin yeterli olup olmadığının, bilginin oluşturulma amacı ve ilgili tüm koşullar dikkate alınarak belirlenmesi gerekmektedir (paragraf 5/ b). Bu maddedeki unsurlar, elektronik imzada kullanılan yöntemin güvenilirliği için aranan unsurlara benzemektedir. Bu nedenle, güvenilirlik derecesinin yeterli olup olmadığının tespitinde, elektronik imza açısından kullanılan kriterlerden yararlanması düşünülebilir¹¹⁹.

78.- Aynı hükümde yer alan, “ilk kez kesin olarak oluşturulduğu an” ibaresi ile ilgili olarak Model Kanunda bu ibarenin belgenin önce kağıt formda hazırlandığı sonra bilgisayara aktarıldığı durumları da kapsayacağı, böyle bir durumda, belgenin “kağıt” formda nihai olarak hazırlandığı şekilde korunmasının önemli olduğu, yoksa bilgisayara aktarıldığı anın bu anlamda esas alınmayacağı belirtilmiştir¹²⁰.

D- Elektronik İletilerin Gönderildiği ve Alındığı Yerin ve Zamanın Tespitine İlişkin Hükümler

79.- Konvansiyonun 10. maddesi, çeşitli hukuki sorunların çözümlenmesinde dikkate alınması gereken unsurlar olarak, elektronik iletilerin gönderildiği

rafından 18. madde çerçevesinde yapılacak bir bildirim ile Konvansiyonun uygulama alanı dışında bırakılabileceği; dolayısıyla, âkit devletlerin, bu tür sözleşmeler için bu çekinceyi kullanabilecekleri gerekçesiyle dikkate alınmamıştır (“Rapor”, paragraf 134).

¹¹⁸ “Açıklayıcı Not”, paragraf 170. Benzer bir hükmün yer aldığı Model Kanun m. 8 ile ilgili olarak yapılan benzer açıklamalar için bkz. “Model Kanun Rehberi”, paragraf 67.

¹¹⁹ Bu kriterler hakkında bkz. yukarıda paragraf 66-67.

¹²⁰ “Model Kanun Rehberi”, paragraf 66.

ve alındığı yeri ve zamanı tespit etmeye yarayan kurallar içermektedir. Bu sorunlar bağlamında, icap ve kabulün elektronik iletiler yardımıyla gerçekleştirildiği durumlarda sözleşmenin ne zaman ve nerede kurulduğunun tespiti; ifa işleminin elektronik iletilerle gerçekleştirildiği durumlarda ifa yerinin ve zamanının tespiti; ihbar, ihtar gibi tek taraflı hukuki işlemlerin elektronik iletiler aracılığıyla gerçekleştirildiği durumlarda, bunların süresi içinde gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti gibi örnekler vermek mümkündür.

Konvansiyonun 10. maddesine ilişkin açıklamalarda, elektronik iletilerin gönderildiği ve alındığı zamanın tespitine ilişkin düzenlemenin gerekçesi olarak, bu hukuki sorunlardan ilki, yani sözleşmenin kurulduğu anın tespiti konusunda yaşanabilecek güçlüklerin giderilmesi ihtiyacı üzerinde durulmuştur. Gerçekten de UNCITRAL, hazır olmayanlar arasında sözleşmenin kurulduğu anın tespitine ilişkin bir hükme, bu konu iç hukuklarda farklı şekillerde düzenlendiği¹²¹ ve getirilecek bir hükmün sözleşmeye uygulanacak hukukun ilgili hükmü ile çelişkiye yol açabileceği gerekçesiyle bilinçli olarak yer vermemiş; onun yerine iç hukuklarda ve uluslararası konvansiyonlarda bu konuda esas alınan “gönderme”, “ulaşma/varma” gibi kavramların elektronik ortamda ifade ettikleri anlamı açıklamaya yönelik hükümler koymanın daha uygun olacağı görüşünü benimsemiştir¹²².

Bu çerçevede, maddenin ilk iki paragrafında elektronik iletilerin gönderilme ve alınma zamanını, üçüncü paragrafta ise bu iletilerin gönderildiği ve alındığı yeri tespit etmeye yarayan karinelere yer verilmiştir.

1- Elektronik İletinin Gönderildiği An

80.- Onuncu maddenin ilk paragrafında, bir elektronik iletinin ne zaman gönderilmiş sayılacağına ilişkin bir karine yer almaktadır. Buna göre:

“Bir elektronik iletinin gönderildiği an, bu iletinin, gönderene veya onun adına iletiyi gönderen kişiye bağlı bir bilgi sistemini terk ettiği andır”.

81.- Bu hükümde yer alan “gönderen” ve “bilgi sistemi” kavramları Konvansiyonun 4. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, bir elektronik iletinin

¹²¹ Karşılaştırmalı hukukta, bu konuda açıklama, gönderme, ulaşma veya öğrenme anının esas alındığı görülmektedir.

¹²² “Açıklayıcı Not”, paragraf 175.

göndericisi, “...elektronik iletiyi gönderen veya bu iletiyi saklamadan önce oluşturan kişi veya adına bu işlemler yapılan kişi olup, bu ileti için aracı olarak hareket eden kişi değildir” (d bendi).

Bilgisayarlar tarafından otomatik olarak, doğrudan insan müdahalesi olmaksızın oluşturulan veri mesajları açısından¹²³ gönderenin kim sayılması gerektiği konusunda maddede bir düzenleme yer almamaktadır. Benzer bir hüküm içeren Elektronik Ticaret Model Kanununa¹²⁴ ilişkin resmî yorumda, bu durumda veri mesajının, bilgisayarın adına kullanıldığı kişiden gönderilmiş sayılması gerektiği belirtilmiştir¹²⁵.

Konvansiyonda “bilgi sistemi” kavramı ise, “...veri mesajlarını oluşturmak, göndermek, almak, saklamak veya diğer bir şekilde işlemek için kullanılan sistem” olarak tanımlanmıştır. Bu sistem duruma göre bir iletişim ağı, bir elektronik posta kutusu veya faks olabilecektir¹²⁶.

82.- Konvansiyonun hazırlık çalışmalarında bu madde ile ilgili olarak yapılan görüşmelerde, bir bilginin gönderene ait bir sistemden çıkması ile diğer bir sisteme girmesinin bir olayın iki farklı görünümünü oluşturduğu, zira bir iletinin bir sistemi diğer bir sisteme girdiği anda terk ettiği, bu nedenle bir iletinin gönderilme anının gönderene ait bilgi sistemini terk ettiği an yerine, muhatabın bilgi sistemine girdiği an olarak kabul edilmesinin daha yerinde olacağı belirtilmiştir. Bu görüşün pratik bir gerekçesi olarak, veri mesajlarının iletilmesine ilişkin protokollerin, genellikle mesajın muhatabın sistemine ne zaman ulaştığını gösterdikleri, ancak gönderenin bilgi sistemini ne zaman terk ettiğini bildirmediği belirtilmiştir¹²⁷. Nitekim, Elektronik Ticaret Model Kanunu’nda bu görüş doğrultusunda, bir veri mesajının gönderilme anının, onun gönderene ait olmayan bir bilgi sistemine girdiği an olduğu (m. 15/ a) kabul edilmiştir¹²⁸.

¹²³ Bu konuda bkz. aşağıda paragraf 98- 99.

¹²⁴ Elektronik Ticaret Model Kanununda da (m. 2 / c), gönderen, veri mesajını gönderdiği veya saklamadan önce oluşturduğu kabul edilen kişi olarak tanımlanmış ve mesaj için aracılık yapan kişinin gönderen olarak kabul edilemeyeceği vurgulanmıştır.

¹²⁵ “Model Kanun Rehberi”, paragraf 35.

¹²⁶ “Açıklayıcı Not”, paragraf 101. Konvansiyondaki “bilgi sistemi” kavramına ilişkin tanımın aynen yer aldığı Elektronik Ticaret Model Kanunu m. 2/ f ile ilgili olarak yapılan açıklamalarda da benzer ifadelerle yer verilmiştir (“Model Kanun Rehberi”, paragraf 40).

¹²⁷ “Rapor”, paragraf 141.

¹²⁸ “Model Kanun Rehberi”nde (paragraf 101), bu bilgi sisteminin, muhataba veya aracılık yapan üçüncü bir şahsa ait olabileceği ifade edilmiştir.

Bu görüşlere karşın, elektronik olmayan ortamlar için kullanılan gönderme kavramına paralel şekilde, bir iletinin gönderenin kontrol alanını terk ettiği anda gönderilmiş sayılacağına ilişkin bir karinenin kabul edilmesinin daha yerinde olacağı ileri sürülmüş ve hüküm bu şekilde kabul edilmiştir¹²⁹.

83.- Bu hükme, gönderenin bilgi sistemini hiç terk etmeyen ileteler (gönderenin idare ettiği bir web sitesinde ilân edilen bilgilerde olduğu gibi) olabileceği düşüncesiyle bir istisna getirilmesine ihtiyaç duyulmuş¹³⁰ ve paragrafın ikinci cümlesinde, “..eğer, elektronik ileti, gönderene veya onun adına iletiyi gönderen kişiye bağlı bir bilgi sistemini terk etmemişse, alındığı anda gönderilmiş sayılır” şeklinde bir hükme yer verilmiştir.

2- Elektronik İletinin Alındığı An

84.- Onuncu maddenin ikinci paragrafında, elektronik iletinin alındığı an, muhatap tarafından bu iletinin gönderileceği bilgi sisteminin (elektronik adres) belirtilmiş olup olmamasına göre farklı şekilde tespit edilmiştir.

Maddedeki kuralı açıklamadan önce, Konvansiyonda tanımlanan “muhatap” kavramını incelemek yerinde olacaktır.

85.- Konvansiyonda, bir elektronik verinin muhatabı (*destinataire; addressee*), göndericinin elektronik iletiyi gönderme niyeti taşıdığı kişi olarak tanımlanmış ve bu ileti için aracılık eden kişinin muhatap olarak kabul edilmeyeceği belirtilmiştir (m. 4/ e bendi). Elektronik Ticaret Model Kanunu’nda da (m. 2 /d) muhatap, gönderenin düşüncesinde veri mesajını aldığı varsayılan kişi olarak tanımlanmış ve bu mesaj için aracılık yapan kişinin muhatap sayılmayacağı özellikle vurgulanmıştır. Her iki tanımda da, gönderenin, elektronik iletiyi göndermek istediği kişi esas alındığından, mesajın bu kişiye iletilmesi esnasında söz konusu mesaja ulaşmış olan, o mesajı kopyalayan, ileten kişiler muhatap kavramına dahil olmayacaklardır.

86.- Bu şekilde tanımlanan muhatabın kendisine gönderilen elektronik iletiyi ne zaman almış sayılacağı konusunda, onun gönderene bu amaçla belirlediği bir elektronik adresi önceden bildirmiş olup olmamasına göre farklı kurallar kabul edilmiştir. Buna göre,

¹²⁹ “Açıklayıcı Not”, paragraf 177; “Rapor”, paragraf 142.

¹³⁰ “Rapor”, paragraf 143.

“Bir elektronik iletinin alındığı an, bu iletinin muhatap tarafından, onun belirlediği bir elektronik adreste¹³¹ erişilebilir olduğu andır. Muhatabın diğer bir elektronik adresine gönderilmiş olan elektronik ileti, muhatabın, ona bu adreste erişebildiği ve bu adrese gönderildiğini öğrendiği tarihte alınmış sayılır. Bir elektronik ileti, muhatabın elektronik adresine ulaştığı anda onun tarafından erişilebilir hale gelir”¹³².

Bu şekilde bir ayırım yapılmasının gerekçesi, risklerin ve sorumlulukların gönderen ile muhatap arasında adil bir şekilde dağılımını sağlamak olarak açıklanmıştır. Bu bağlamda, normal olarak birden çok elektronik adrese sahip olan taraflardan beklenenin, bunlardan birisini belirli nitelikteki mesajları almak için tespit etmeleri ve çok ender kullandıkları adresleri ticari amaçla kullanmamaları olduğu; aynı şekilde özel ticari amaçlı elektronik iletilerin (örneğin, bir icabın kabul edildiğine dair mesajın) bu tür iletileri işlemek üzere kullanılmayan bir elektronik posta adresine (örneğin, tüketici şikâyetlerini almak için kullanılan) gönderilmemesi gerektiği; özellikle büyük ticari işletmelerin tüm elektronik posta adreslerini aynı dikkatle incelemelerinin mümkün olmadığı belirtilmiştir¹³³.

¹³¹ *Elektronik adres kavramı, bir kişinin elektronik mesajları almak için kullandığı bilgi sisteminin bir parçasını veya bu sistemde yer alan bir aygıtı (l'emplacement) ifade etmektedir. Çalışma Grubu, bu kavramın Konvansiyon metninde değil, ona ilişkin resmî yorumda veya açıklayıcı notlarda tanımlanmasının daha uygun olacağı gerekçesiyle, 4. maddede elektronik adres tanımına yer vermemiştir (“Rapor”, paragraf 157). Bu gerekçeye uygun olarak Konvansiyona ilişkin Açıklayıcı Notta (paragraf 185) elektronik adres kavramı tanımlanmış ve bu kavramın “bilgi sistemi” kavramından farklı olmadığı, kullanılan teknolojiye göre bir iletişim ağını, bir elektronik posta kutusunu, bir faksı veya bir kişinin elektronik mesajları alabilmek için kullandığı, bir bilgi sisteminin özel bir parçasını veya bu sistemde yer alan özel bir aygıtı ifade ettiği belirtilmiştir. Aynı belgede, elektronik adres ve bilgi sistemi kavramlarının, erişim sağlayıcı veya telekomünikasyon kurumları gibi elektronik ileti ulaşımında aracılık hizmetleri veya teknik altyapı desteği sağlayan kuruluşlarla karıştırılmaması gerektiği de ayrıca belirtilmiştir (paragraf 186).*

¹³² *Elektronik Ticaret Model Kanunu da, bir veri mesajının alındığı anı, muhatabın bu mesajları almak üzere bir bilgi sistemi belirtmiş olup olmamasına göre farklı şekillerde tespit etmiştir. Buna göre, eğer muhatap, veri mesajlarını almak üzere bir bilgi sistemi belirlemiş ise, veri mesajının bu sisteme girdiği an; veri mesajının, muhatap tarafından belirlenmiş olan bilgi sistemi dışında bir sisteme gönderilmesi halinde bu mesajın muhatap tarafından tespit edildiği an; eğer muhatap bilgi sistemi belirlememiş ise, mesajın muhatabın bilgi sistemine girdiği an onun alındığı an olarak kabul edilecektir (m. 15/ paragraf 1).*

¹³³ *“Açıklayıcı Not”, paragraf 188. Doktrinde de, tacirin, ticari amaç taşımayan elektronik posta adreslerinin, “info”, “şikâyet”, “danışma” gibi muhatabın dikkatini çekecek şekilde düzenlendiği, ticari amaçlı elektronik postaların bu tür adreslere gönderilmemesi gerektiği belirtilmektedir (FALCIOĞLU, s. 169).*

87.- Muhatabın belirlediği bilgi sisteminden kastedilen, onun, gönderen ile arasındaki hukuki ilişkide kullanılmak üzere açıkça belirlediği sistemdir. Örneğin, icabı yapan kişinin, kabul cevabının hangi elektronik posta adresine gönderilmesi gerektiğini açıkça belirtmiş olması halinde olduğu gibi. Yoksa, elektronik posta adresinin veya faks numarasının antette veya benzeri belgede yer alıyor olması, muhatabın açıkça belirlediği adres olarak değerlendirilemez¹³⁴.

88.- Konvansiyonun hazırlık çalışmalarında bu hükme ilişkin görüşmelerde, şirketler veya bireyler tarafından bilgi sistemlerinin bütünlüğünü, güvenliğini ve kullanım olanaklarını korumak için (örneğin, istenmeyen mesajları bloke etmek veya virüsün yayılmasını önlemek için) alınan tedbirlerin iletilerin kaybolmasına yol açtığı, bu nedenle, iletilerin alındığı ana ilişkin genel bir kural koymaktan kaçınılması gerektiği ifade edilmiştir¹³⁵.

Bu konuda Çalışma Grubu'nda yapılan değerlendirmelerde, filtre veya virüs programı gibi güvenlik sistemlerinin, iletilerin muhataplarına ulaşmasına engel olduğu kabul edilmiş; ancak, bu nedenlerle mesajın kaybolması halinde riskin göndericiye yüklenmesi yönündeki teklif kabul edilmemiş; bu tür sistemlerin kullanılması durumunda, bloke edilen mesajın muhatap tarafından erişilebilir olmadığı kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır¹³⁶.

Bu gerekçelerle, elektronik iletinin muhatabın elektronik adresine ulaştığı anda onun tarafından erişilebilir olduğuna ilişkin karineyi tespit eden fıkradan sonra, bu karinenin, muhatabın bilgi sisteminin bütünlüğünü, güvenliğini veya kullanım olanaklarını korumak için kullandığı teknolojik tedbirler yüzünden erişilmesi mümkün olmayan veya elektronik adrese ulaşması engellenmiş veya çok geciktirilmiş olan iletiler için kullanılmayacağına dair bir hüküm konulması önerilmiştir. Ancak, Çalışma Grubunda, böyle bir

¹³⁴ "Model Kanun Rehberi", paragraf 102. Kanaatimizce, tacirlerin antet, kartvizit, fatura gibi ticari amaçla kullandıkları belgelerde elektronik posta adreslerine yer vermeleri, onların ticari yazışmaları için bu adreslerin kullanılmasına rıza gösterdikleri anlamına gelir. Ayrıca bireysel olarak her bir ticari ilişki için bu adreslerin kullanılmasına rıza gösterilmesini aramaya gerek yoktur. Benzer şekilde İNAL da, bir ticari işletmeye ait elektronik posta adresinin, o ticari işletmeye ait evrakta, reklamlarda, web sitesinde veya arama motorlarında açığa vurulmasının, bu adresin kullanılmasına yönelik rızanın varlığı anlamına geleceğini ifade etmektedir (İNAL, s. 111).

¹³⁵ "Rapor", paragraf 148.

¹³⁶ "Rapor", paragraf 149.

hükme gerek olmadığı görüşü benimsenmiştir. Böylece, maddede yer alan karinenin, güvenlik araçları veya diğer sebeplerle iletiye erişilmesine engel olunan durumlarda kullanılamayacağı kabul edilmekle birlikte, bu bilgilerin Konvansiyon yerine, ona ilişkin açıklayıcı notta veya resmî yorumda yer almasının daha uygun olacağı sonucuna ulaşılmıştır¹³⁷.

Nitekim Konvansiyona ilişkin Açıklayıcı Notta, bir elektronik iletinin *fiilen* erişilebilir olup olmadığının Konvansiyonun uygulama alanı dışında kalan, fiili bir olgu olduğu; ancak, güvenlik filtrelerinin kullanımına bağlı olarak muhatabın kendisine ulaşan elektronik iletleri öğrenemediği durumlarda, Konvansiyonun öngördüğü karinenin çürütülebileceği (muhatabın iletiye ulaşmak için gereken olanaklardan yoksun olduğunun ispatlanması suretiyle) ifade edilmiştir¹³⁸.

Sonuç olarak, muhatabın kullandığı koruyucu programlar yüzünden onun elektronik posta kutusuna ulaşamamış veya ulaşmasına rağmen öğrenmesi engellenmiş olan elektronik iletler açısından m. 10/ paragraf 2' de yer alan karinenin uygulanması söz konusu olmayacak; bu iletler muhataba ulaşmamış sayılacaktır.

89.- Maddenin ikinci cümlesinde, elektronik iletinin muhatap tarafından erişilebilir olduğu an, *muhatabın elektronik adresine ulaştığı an* olarak belirlenmiştir. Buna göre bir ileti, muhatabın elektronik adresine ulaştığı anda onun tarafından erişilebilir konumdadır, dolayısıyla bu anda elektronik ileti ona ulaşmış sayılacaktır.

İletinin muhataba ulaşma anının tespitinde onun anlaşılabilir (*intelligible*) olup olmaması önemli değildir. Gerçekten de, ticari örf âdet kuralları çerçevesinde, bazı şifreli mesajlar, muhatap tarafından anlaşılabilir veya kullanılabilir olmadan önce de alınmış sayılmaktadır. Aynı şekilde, bazı millî hukuk sistemlerinde mesaj, muhatabı tarafından anlaşılabilir olsa da olmasa da,

¹³⁷ "Rapor", paragraf 160. Elektronik Ticaret Model Kanununa ilişkin resmî açıklamada ise, muhataba ait bilgi sisteminin kötü işleyişinin onun açısından sorumluluk sebebi olarak kabul edilemeyeceği; özellikle, bilgi sisteminin çalışmadığı veya kötü çalıştığı veya iyi çalışmasına rağmen veri mesajını alabilecek durumda olmadığı durumlarda (sürekli meşgul bir faksta olduğu gibi) Model Kanun anlamında gönderme işleminin gerçekleşmemiş sayılacağı kabul edilmiştir. Bunun gerekçesi, muhatabın, bilgi sistemini sürekli olarak işler halde bulundurma gibi ağır bir sorumluluk altına sokulmasının istenmemesidir ("Model Kanun Rehberi", paragraf 104).

¹³⁸ "Açıklayıcı Not", paragraf 184.

muhatapın kontrolü altına girdiği andan itibaren alınmış sayılmaktadır¹³⁹. Diğer yandan, kâğıt belgelerde de, mesajın muhatapına ulaşma anı, mesajın onun tarafından anlaşılabilir olup olmamasına göre belirlenmediğinden ve Konvansiyon, elektronik veriler için kâğıt belgelere nazaran daha sıkı kurallar koymayı öngörmediğinden böyle bir koşulun aranmaması yerinde olmuştur¹⁴⁰.

3- Elektronik İletinin Gönderildiği ve Alındığı Yer

90.- Konvansiyon 10. maddesinde, elektronik iletilerin gönderildiği ve alındığı yerlerin tespitine ilişkin karinelere de yer vermektedir. Buna göre,

“3. Bir elektronik ileti, gönderenin işyerinin bulunduğu yerde gönderilmiş ve muhatapın işyerinin bulunduğu yerde alınmış sayılır. Bu işyerleri 6. maddeye göre belirlenir”.

91.- Bu madde, sözleşmelerin kurulmasına ilişkin kanun hükmünün veya başka bir kanunlar ihtilafı kuralı ile yetkili kılınan hukuk sisteminin, bir elektronik iletinin alındığı yerin tespitini gerekli kılabileceği düşüncesiyle konulmuştur¹⁴¹. Madde, bir elektronik iletinin muhataba ulaşmasını veya onun tarafından içeriğinin tespitini sağlayan bilgi sisteminin, işyerinin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede bulunması durumunda, bu iletinin alındığı yerin tespiti açısından yaşanabilecek sorunları gidermeyi amaçlamaktadır. Maddeye göre, bu tür durumlarda, elektronik iletinin alındığı yer olarak, bilgi sisteminin değil, muhatapın işyerinin bulunduğu ülkenin esas alınması gerekir. Zira muhatap ile onun elektronik iletiyi aldığı varsayılan yer arasında makul bir ilişkinin bulunması ve bu yerin gönderici tarafından kolaylıkla belirlenebilir olması gerekmektedir. Bu nedenle, muhataba gönderilen bir iletinin onun işyerinin bulunduğu yerde alınmış sayılacağı kabul edilmiş, böylece muhatapın bilgi sisteminin bulunduğu yerin esas alınması halinde gönderen açısından doğabilecek öngörülebilirliğin ortadan kalkması riski bertaraf edilmiştir¹⁴².

¹³⁹ “Açıklayıcı Not”, paragraf 182. Nitekim Türk doktrininde hâkim olan varma teorisine göre, hazır olmayanlar arasında gerçekleştirilen hukuki işlemlerde, irade beyanı muhatapın hâkimiyet alanına girdiği anda onun tarafından alınmış sayılır, muhatapın bu beyanın içeriğini öğrenmesi dahi bu açıdan önemli değildir (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 155-156; EREN, s. 235; OĞUZMAN-ÖZ, s. 66).

¹⁴⁰ “Açıklayıcı Not”, paragraf 182; “Model Kanun Rehberi”, paragraf 103.

¹⁴¹ “Açıklayıcı Not”, paragraf 196.

¹⁴² “Açıklayıcı Not”, paragraf 194.

Konvansiyona ilişkin Açıklayıcı Notta bu maddede öngörülen kuralın basit bir karine değil kesin bir kural olduğu, maddede yer alan “almış varsayılr” (*réputée avoir été*) ifadelerinin, muhatabın, işyerinin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede bulunan *server* (sunucu) dan yararlanmasına hukuki bir sonuç bağlanmasının (elektronik iletinin muhatabın elektronik adresinin bulunduğu bilgi sistemine ulaştığı yer olduğu gerekçesiyle) önlenmesi için özellikle seçildiği belirtilmiştir¹⁴³.

92.- Konvansiyonda böyle bir hükme yer verilmesi, kişilerin işyerlerinin bulunduğu yer dışında elektronik ileti gönderdikleri veya aldıkları durumlarda fiilen bu yerin tespitindeki güçlüklerin yol açacağı hukuki belirsizlikleri gidermek ve öngörülebilirliği sağlamak açısından da yerinde olmuştur.

Gerçekten de, normal posta ile gönderilen iletiler, genellikle muhataba ait yerlerde (işyeri, ev gibi) ona teslim edilmesine rağmen, bir elektronik iletiye, ilgilinin elektronik posta adresine ulaşabildiği herhangi bir yerden erişilmesi mümkündür¹⁴⁴. Dolayısıyla, kişiler sahip oldukları elektronik posta adreslerine, sadece işyerlerinden veya yerleşim yerlerinden ulaşmak zorunda değildirler. Özellikle, herkesin yararlanabildiği *hotmail.com*, *yahoo.com* vb. uzantılı bireysel elektronik posta adreslerine, bunların bağlı olduğu web sitelerine erişilebilen her yerden ulaşılabilir. İşyerleri tarafından, çalışanlarına tahsis edilen elektronik posta adreslerine de, işyerlerine ait web sayfaları aracılığıyla, farklı yerlerden erişim mümkün olmaktadır.

Bunun yanı sıra, taşınabilir bilgisayarların iş hayatında çok sık kullanıldığı da dikkate alındığında, kişilerin elektronik iletileri *fiilen* gönderdikleri veya kendilerine gönderilen elektronik iletilerin elektronik posta adreslerine *fiilen* ulaştığı yerlerin tespiti çok kolay olmayacaktır. Diğer yandan, elektronik iletilerin gönderildiği veya alındığı yer olarak bu işlemlerin fiilen gerçekleştiği yerlerin esas alınması, öngörülebilirliği ortadan kaldırır ve hukuki belirsizliğe yol açardı.

E- Web Siteleri Aracılığıyla Yapılan Sözleşme Yapma Tekliflerinin Niteliği

93.- Konvansiyonun 11. maddesinde, web siteleri gibi, bilgi sistemlerini kullanan herkes tarafından erişilebilir olan araçlarla gerçekleştirilen sözleşme

¹⁴³ “Açıklayıcı Not”, paragraf 195.

¹⁴⁴ “Rapor”, paragraf 163.

yapma tekliflerinin hukuki niteliğine ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Buna göre,

“Bir veya birden fazla elektronik ileti aracılığıyla gerçekleştirilen, özellikle belirli bir veya birden çok tarafa yöneltilmiş olmayan ve bilgi sistemlerini (bu sistemler aracılığıyla sipariş verilmesine imkân tanıyan interaktif uygulamalar dahil olmak üzere) kullanan herkesin erişebileceği nitelikteki sözleşme yapma teklifleri, bu teklifi yapan kişinin, kabul halinde teklifi ile bağlı olacağı düşüncesini açıkça ortaya koymadıkça, icaba davet olarak kabul edilmelidir”.

Bu hüküm, Viyana Konvansiyonu m. 14/ paragraf 2’ de yer alan ve belirsiz sayıdaki kişilere yapılan tekliflerin, teklifi yapan kişi açıkça aksini belirtmedikçe, icaba davet olarak kabul edilmesini öngören düzenleme ile paralellik sağlanması, böylece elektronik ortamda yapılan işlemlerle kağıt belge aracılığıyla yapılan işlemler arasında farklılık gözetilmemesi gerekçesiyle kabul edilmiştir¹⁴⁵.

Hükümün bu şekilde kabul edilmesinin diğer bir gerekçesi olarak, web sitelerinin potansiyel açıdan sınırsız erişilebilirliğinin, internet aracılığıyla yapılan tekliflerin hukuki değeri konusunda ihtiyatlı bir yaklaşımda bulunulmasını gerektirdiği; bu tekliflerin icap olarak kabul edilmesi halinde sayısız alıcılardan gelen teklifleri kabul etmek zorunda kalan ve stokları sınırlı olan satıcıların zarar göreceklere; bu riski bertaraf etmek için web sitesi aracılığıyla mal veya hizmet sunanların yaptıkları tekliflerin bağlayıcı olmadığını belirten ibarelere yer verdikleri, uygulamada durum böyle iken aksine bir kuralın kabulünün yerinde olmayacağı belirtilmiştir¹⁴⁶.

94.- Doktrinde, web sitelerinde yer alan, bu sitelerde satışa sunulan ürün veya hizmetlerle ilgili bilgilerin icap mı, icaba davet mi olduğu konusunda görüş birliği bulunmamakta, her iki görüşü de savunan yazarlar bulunmaktadır¹⁴⁷.

¹⁴⁵ “Açıklayıcı Not”, paragraf 198- 199.

¹⁴⁶ “Açıklayıcı Not”, paragraf 204.

¹⁴⁷ Bu görüşler hakkında bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 57 vd.; SÖZER, s. 94 vd.; İNAL, s. 126 vd.; FALCIOĞLU s. 190 vd.; GEZDER, s. 96 vd.; SAĞLAM, s. 116 vd.; ÖZSUNAY Ergun, *Uluslararası Çalışmaların ve Bazı Ulusal Düzenlemelerin Işığında Elektronik Ticaret ve E-Sözleşmelerin Temel Sorunları*, in *Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu*, 21-22 Mayıs 2001, İzmir, 2002, s. 130; KIRCA Çiğdem, *İnternette Sözleşme Kurulması*, BATIDER,

Kanaatimizce, bu konuda bir kategorileştirme çabasına girmek ve tüm web sitelerinde yer alan bilgileri kategorik olarak icap veya icaba davet olarak değerlendirmek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Onun yerine, her web sitesinde yer alan bilgilerin içeriğinden hareketle bir değerlendirme yapılması ve bu bilgilerin icapta bulunması gereken koşulları taşıması halinde icap, aksi takdirde icaba davet olarak kabul edilmesi daha yerinde olacaktır.

Bu çerçevede Türk Hukuku açısından bir değerlendirme yapıldığında, web sitesinde yer alan sözleşme yapma teklifinin, sözleşmenin tüm esaslı unsurlarını ve site sahibinin teklifi ile bağlı olma niyetini içermesi halinde bu teklifin icap olarak, bu unsurlardan birisinin bulunmaması halinde ise icaba davet olarak kabul edilmesi gerekecektir¹⁴⁸.

95.- Ancak, web siteleri potansiyel olarak dünyanın her yerinden erişilebilir nitelikte olduklarından ve çeşitli hukuk sistemlerinde icap ve icaba davet kavramlarının tanımı ve hukuki niteliği konusunda görüş ve uygulama farklılıkları bulunduğu¹⁴⁹, Konvansiyona üye ülkeler arasında yeknesaklığı sağlamak açısından böyle bir düzenlemeye yer verilmiş olması yerinde olmuştur.

96.- Konvansiyonun bu hükmü çerçevesinde, herkese yapılan sözleşme yapma tekliflerinin icap olarak kabul edilebilmesi için teklifi yapanın teklifi ile bağlı olma niyetinin açıkça ortaya konulmuş olması gerekmekte, bu niyetin açıkça anlaşılmadığı durumlarda bir icaba davetin varlığından bahsedilmesi gerekmektedir.

Buna göre, bir çok hukuk sisteminde son teklif verene malın satılacağı konusunda geri dönülmez bir icap olarak kabul edilen açık artırma veya benzeri işlemlerin web siteleri aracılığıyla gerçekleştirilmesi halinde bir icabın varlığından bahsedilecektir¹⁵⁰.

Aralık 2000, c.XX, S. 4, s. 102 vd.; BOZBEL Savaş, *İnternet Üzerinden Yapılan Hukuki İşlemler ve Bu Konudaki 97/7 Sayılı AB Yönergesi İle Alman ve İsviçredeki Düzenlemeler*, http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/internet_uzerinden_hukuki_islem.htm, s. 6.

¹⁴⁸ İcap ve icaba davet kavramları hakkında bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 179- 183; OĞUZMAN-ÖZ, s. 46 vd; TEKİNAY Borçlar Hukuku, s. 82 vd; EREN, 221 vd.; İNAL, s. 120 vd.

¹⁴⁹ Nitekim bu madde ile ilgili olarak yapılan görüşmelerde, bazı hukuk sistemlerinde icaba davet kavramının bulunmadığı, bu nedenle bunun yerine “icap değildir” şeklinde bir açıklamanın yapılmasının daha uygun olacağı ileri sürülmüştür. Bu görüşe karşı, icaba davet kavramının, uluslararası ticarete ilişkin yeknesak düzenlemelerde ve Viyana Konvansiyonu'nda kullanıldığı, bu Konvansiyonda da kullanılmasının sakıncaya yol açmayacağı belirtilmiştir (“Rapor”, paragraf 169).

¹⁵⁰ “Rapor”, paragraf 171.

F- Sözleşmelerin Otomatik Mesaj Sistemleri Aracılığıyla Kurulması

1- Genel Olarak

97.- Konvansiyonun bir çok maddesinde ifadesini bulan fonksiyonel eşitlik yaklaşımı, 12. maddede otomatik mesaj sistemleri açısından da benimsenmiştir. Buna göre, sözleşmelerin, otomatik mesaj sistemleri aracılığıyla da kurulması mümkündür. Bir sözleşmenin kuruluşunda böyle bir sistemin kullanılmış olması, sırf bu sebeple onun geçerliliğini veya bağlayıcılığını ortadan kaldırmaz. Bu prensip, maddede şu şekilde ifade edilmiştir:

“Bir otomatik mesaj sistemi ile bir gerçek kişinin veya otomatik mesaj sistemlerinin karşılıklı etkileşimi suretiyle kurulan bir sözleşme, bir gerçek kişinin sistemler tarafından yerine getirilen işlemleri veya bu işlemler sonucunda kurulan sözleşmeyi kontrol etmediği veya bu işlemlere müdahale etmediği gerekçesiyle geçerlilikten veya bağlayıcılıktan yoksun kılınamaz”.

98.- Konvansiyonun 4. maddesinde, *otomatik mesaj sistemi (système de messagerie automatisée; automated message system)*, bir faaliyeti (*action*) başlatmak veya veri mesajlarına veya diğer işlemlere kısmen veya tamamen cevap vermek için kullanılan ve bu işlemlerin gerçekleştirilmesinde bir gerçek kişinin müdahalesinin veya kontrolünün olmadığı bir bilgisayar programı, bir elektronik araç veya diğer bir otomatik araç olarak tanımlanmıştır.

Bu tanımda da görüldüğü üzere, otomatik mesaj sistemini ayırt edici unsur, iletişim zincirinin bir tarafında veya her iki tarafında insan müdahalesinin olmaması, böylece müzakerelerin veya sözleşmenin kurulmasına yönelik işlemlerin ilgili taraf(lar)ın bilgisayar(lar)ından otomatik olarak gönderilen mesajlar ile gerçekleştirilmesidir¹⁵¹.

Örneğin, bir web sitesinden bir ürün sipariş edilmesi halinde, satıcı siparişi bilgisayarı aracılığıyla alacağından ve teyit edeceğinden otomatik olarak gerçekleşen bir işlem söz konusu olacaktır.

99.- Otomatik mesaj sistemi en çok elektronik veri değişimi (*electronic data interchange- EDI*) olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sistemde bilgisayarlar

¹⁵¹ “Açıklayıcı Not”, paragraf 103- 104.

önceden programlanmış parametrelere göre kendilerine gelen mesajlara uygun cevaplar verebilmektedir¹⁵².

Örneğin, bir fabrika ve ona ürün temin eden sağlayıcı arasında EDI sistemi kurulmuşsa, fabrikadaki bilgisayar, kendisine gelen bir bilgi üzerine sağlayıcının bilgisayarına sipariş mesajını göndermektedir. Eğer sağlayıcının bilgisayarı, gelen sipariş mesajı, önceden programlanan verilere uygun olduğu için bu siparişi teyit eder ve ürünün gönderilmesi için gereken işlemleri başlatırsa, tamamen otomatik olarak gerçekleşen bir işlem söz konusu olacaktır. Eğer sağlayıcı, siparişin alınması ve gerekli işlemlerin yapılması için bir eleman tahsis etmişse, sadece işlemin fabrika tarafı açısından otomatikleşme söz konusu olacaktır¹⁵³.

100.- Bu şekilde işlemin her iki tarafında veya sadece bir tarafında otomatik mesaj sistemi kullanılması halinde, önceden programlanmış bilgisayarlar tarafından gönderilen mesajlar, bunları gönderen bilgisayarın kullanıcısı tarafından gönderilmiş olarak kabul edilmektedir. Nitekim, Elektronik Ticaret Model Kanununda da, gönderenin veya onun adına hareket eden bir kişinin programladığı bir bilgi sisteminden gönderilen veri mesajlarının, gönderenden geldiğinin kabul edileceği belirtilmiştir (m. 13/ 1-2). Doktrinde de, genel olarak kabul edilen görüş, bilgisayar programlarının, bu programları hazırlayarak kullanan kişilerin öngörülerini çerçevesinde işlemler yaptığı, bu nedenle yapılan bu işlemlerin söz konusu kişilere atfedilmesi gerektiği yönündedir¹⁵⁴. Nitekim, Konvansiyonu hazırlayan UNCITRAL, genel prensip olarak, bir bilgisayarın gönderdiği her türlü mesajdan, bu bilgisayarın hesabına programlandığı gerçek veya tüzel kişilerin sorumlu olması gerektiğini kabul etmektedir¹⁵⁵.

2- Sözleşme Hükümlerinin Muhataba Sunulması

101.- Konvansiyonun 13. maddesinde, elektronik ortamda müzakere edilen sözleşmelerde, satıcı veya sağlayıcının, sözleşme hükümlerini içeren elektro-

¹⁵² Elektronik veri değişimi hakkında bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 29 vd; SÖZER, s. 90 vd.; FALCIOĞLU, s. 59 vd.; SAĞLAM, s. 89 vd.

¹⁵³ "Açıklayıcı Not", paragraf 104.

¹⁵⁴ İNAL, s. 99 vd.; FALCIOĞLU, s. 240 vd.; JACCARD Michel, *Droit européen et comparé de l'internet, Rapport National Suisse*, <http://www.droit-technologie.org>, 28 novembre 2000, s.20; BOZBEL Savaş, *Internet Üzerinden Yapılan Hukuki İşlemler ve Bu Konudaki 97/7 Sayılı AB Yönergesi ile Alman ve İsviçre'deki Düzenlemeler*, <http://www.hukukcu.com>.

¹⁵⁵ "Açıklayıcı Not", paragraf 212- 213.

nik iletileri muhatabın tasarrufuna sunmasını öngören iç hukuk kurallarının olabileceği ve bu yükümlülüğün ihlâli halinde, söz konusu kurullarla öngörülen yaptırımların uygulanabileceği hatırlatılmaktadır. Hüküm şu şekilde ifade edilmiştir:

“Sözleşme Hükümlerinin Sunulması

Bu Konvansiyonun hiçbir hükmü, bir sözleşmeyi kısmen veya tamamen elektronik iletilerle müzakere eden tarafı, sözleşme hükümlerini içeren elektronik iletileri diğer tarafa sunma yükümlülüğü öngören hukuk kurallarının ve bu yükümlülüğün ihlâli halinde doğabilecek yaptırımların uygulanmasına engel olmaz”.

Bu hükme ilişkin olarak yapılan açıklamalarda, bir sözleşmenin klasik yöntemlerle müzakere edildiği durumlarda, tarafların daha sonradan tereddüt etmeleri veya bir uyuşmazlık ortaya çıkması halinde başvurabilecekleri, sözleşme hükümlerini içeren elle tutulur dayanaklarının (belgelerinin) olduğu; oysa müzakerelerde elektronik iletilerin kullanılması halinde, sözleşme hükümlerini içeren elektronik iletinin ancak geçici bir süre için ve sadece sözleşmenin kurulmasında kendisine ait bilgi sistemi kullanılan taraf açısından erişilebilir nitelikte olduğu; bu nedenle ve hukuki güvenliği, şeffaflığı ve öngörülebilirliği sağlamak amacıyla, elektronik ticarete ilişkin yeni yasal düzenlemelerde, halkın erişimine açık bilgi sistemlerini kullanarak mal veya hizmet sunan kişilerin, sözleşme hükümlerinin saklanmasına veya basılmasına (çoğaltılmasına) imkân verecek araçları da sunmaları gereğinin kabul edildiği ifade edilmiştir¹⁵⁶.

Bu tür yükümlülükler yer veren hukuk sistemlerinde bunların yaptırımı konusunda farklılıklar bulunduğu; örneğin, bazı hukuk sistemlerinde bu yükümlülüğün ihlâli idari para cezasını gerektiren bir fiil olarak kabul edilirken; bazılarında müşteriye, mahkemeye başvurarak hizmet sağlayıcının bu yükümlülüğüne uyması yönünde bir karar alma imkânı tanındığı; bazı hukuk sistemlerinde ise, bu yükümlülüğün ihlâlinin, müşterinin sözleşmeyi feshedebileceği sürenin uzatılmasına, bu sürenin hizmet sağlayıcının bu yükümlülüğünü yerine getirdiği tarihten itibaren başlatılmasına yol açtığı belirtilmiştir¹⁵⁷.

¹⁵⁶ “Açıklayıcı Not”, paragraf 216- 217.

¹⁵⁷ “Açıklayıcı Not”, paragraf 218.

Bazı iç hukuk sistemlerinde öngörülen böyle bir yükümlülüğe Konvansiyonda yer verilip verilmemesi konusunda yapılan değerlendirmelerde şu tespitlerde bulunulmuştur¹⁵⁸: Her şeyden önce, ne Viyana Konvansiyonunda ne de ticari sözleşmelere ilişkin diğer uluslararası düzenlemelerde böyle bir yükümlülük yer almaktadır. Eğer bu Konvansiyonda böyle bir yükümlülüğe yer verilirse, elektronik sözleşmelerin taraflarına, klasik yöntemlerle kurulan sözleşmelere nazaran ek yükümlülükler getirilmiş olacaktır ki, bu da Konvansiyonun, uluslararası sözleşmeler için iki farklı rejim uygulanmasına yol açmama şeklindeki amacına aykırılık oluşturacaktır. Diğer yandan, böyle bir yükümlülüğün etkin olabilmesi için uygun bir yaptırıma bağlanması gerekir. Bu yaptırım, sözleşmenin geçersizliği şeklinde olamaz; zira Konvansiyon sözleşmelerin geçerliliği konusunu düzenlememektedir. İç hukuklarda yer alan, sözleşme dışı sorumluluğa ilişkin yaptırımlar ise, Konvansiyonun uygulama alanı dışında kalacaktır.

Bu gerekçelerle Konvansiyonda, satıcı veya sağlayıcı açısından, sözleşme hükümlerini muhatabın saklamasına veya çoğaltmasına imkân veren araçları sunma yükümlülüğü öngörülmemiş; ancak, iç hukuk düzenlemelerinde, özellikle tüketicinin korunmasına ilişkin mevzuatlarda yer alan bu tür yükümlülüklerin uygulanabileceği hatırlatılmak istenmiştir.

3- Sistemin İşleyişinde Gerçekleşen Hataların Düzeltilebilmesi

102.- Konvansiyonun 14. maddesinde, elektronik ileti mübadelesinin bir tarafında bir gerçek kişinin, diğer tarafında ise otomatik mesaj sisteminin bulunduğu durumlarda, gerçek kişi tarafından yapılan hatanın düzeltilmesine imkân veren bir hüküm yer almaktadır. Böyle bir hükme yer verilmesinin gerekçesi, işlemin her iki tarafında da gerçek kişilerin bulunduğu durumlara nazaran taraflardan birinin yerine otomatik mesaj sisteminin devreye girdiği hallerde, yapılan bir hatanın fark edilmeme riskinin daha fazla olmasıdır. Aynı şekilde, gerçek kişiler arasındaki işlemlerde, bir iletinin (örneğin, sipariş formu) gönderilmesi konusunda yapılan hatanın, muhatabın bu iletinin gereklerini yerine getirmesinden (örneğin, sipariş edilen ürünü göndermesi) önce düzeltilmesi daha yüksek bir olasılık iken; muhatabın bir otomatik mesaj sistemi olduğu durumlarda, gerçek kişinin yaptığı hatanın düzeltilmemeye riski daha fazladır¹⁵⁹.

¹⁵⁸ “Açıklayıcı Not”, paragraf 219- 221.

¹⁵⁹ “Rapor”, paragraf 184; “Açıklayıcı Not”, paragraf 224 - 227.

103.- Bu gerekçelerle düzenlenen söz konusu hükme göre,

“1. Bir gerçek kişi, diğer tarafın otomatik mesaj sistemi ile gerçekleştirdiği bir elektronik iletide hataya düşerse (erreur de saisie) ve sistem ona bu hatayı düzeltme imkânı tanımazsa, bu kişi veya onun, adına hareket ettiği kişi, elektronik iletinin hatalı bölümünü geri alma hakkını (droit de retrait) aşağıdaki koşullarda kullanabilir:

- a) Hataya düşen taraf veya onun, adına hareket ettiği kişi, hatayı öğrenir öğrenmez diğer tarafı hatanın varlığı konusunda uyarır ve elektronik iletide bir hata olduğunu bildirirse ve*
- b) Hataya düşen taraf veya onun, adına hareket ettiği kişi, diğer taraftan temin etmiş olabileceği mal veya hizmetlerden maddi bir yarar veya karşılık elde etmemiş veya bunları kullanmamış olursa.*

2. Bu maddedeki hükümler, 1. paragrafta öngörülenler dışında, bir hatanın sonuçlarına uygulanması gereken hukuk kurallarını bertaraf etmez”.

104.- Maddede yer alan düzenleme, sadece bir gerçek kişinin karşı tarafın otomatik mesaj sistemi ile işlem yaptığı durumlarda, onun tarafından yapılan ve sistemin düzeltme imkânı vermediği hatalar açısından uygulanabilecektir¹⁶⁰. Diğer durumlarda gönderilen, hata içeren elektronik iletilerin, geri alınma veya iptal edilme koşulları iç hukuklara bırakılmıştır¹⁶¹. Diğer yandan madde, bilgisayar veya diğer bir makine tarafından gönderilen hatalı iletilerle değil, sadece bir gerçek kişi tarafından yapılan hatalarla ilgili

¹⁶⁰ Dolayısıyla sistem tarafından düzeltilmesi mümkün olan hatalar açısından maddede öngörülen hükümler uygulanmayacaktır (“Rapor”, paragraf 189- 190; “Açıklayıcı Not”, paragraf 233). Aslında bu madde, sistemin adına kullanıldığı kişiyi, elektronik sözleşmelerin müzakereleri aşamasında işlenen hataları ortaya çıkarmaya, böylece hatalı iletilerin gönderilmesine veya gönderilen hatalı iletilerin düzeltilmesine olanak sağlayacak araçları (örneğin, kişinin daha önce onayladığı tüm verileri görmesini sağlayan bir teyit (*confirmation*) sayfası açılması veya kişinin gönderdiği mesajı teyit etmek amacıyla ona bir mesaj gönderilmesi gibi) sunmaya teşvik etmektedir. Ancak, Konvansiyon, ihlâli halinde uygulanabilecek yaptırımların düzenlenmesindeki güçlükler yüzünden, bu tür araçları kullanma konusunda açık bir yükümlülük öngörmemiş, onun yerine hatayı işleyen kişinin başvurabileceği yolları düzenlenmekle yetinmiştir (“Açıklayıcı Not”, paragraf 232).

¹⁶¹ “Açıklayıcı Not”, paragraf 228.

bir düzenleme getirmektedir¹⁶². Söz konusu hatalı iletinin geri alınması, bu hatayı yapan kişiye değil, eğer bu kişi başkası adına hareket ediyorsa, adına hareket edilmiş olan kişiye aittir¹⁶³.

105.- Madde, her türlü hatayı değil, sadece otomatik mesaj sisteminin işleyişine özgü bir hata türü olan, iletiyi gönderen gerçek kişinin iletinin oluşturulmasında ve gönderilmesinde yaptığı hataları (*erreur de saisie; input error*) öngörmektedir. Bu hatalar genellikle kullanıcının, bilgisayarın bir tuşuna (örneğin *entre* tuşuna) irade dışı basması veya ekranda görülen “onay / kabul” butonlarını yanlışlıkla tuşlaması suretiyle gerçekleşmekte; böylece, kişi istemediği halde bir sözleşme ilişkisinin tarafı haline gelmektedir¹⁶⁴. Diğer konularda yapılan hataların sonuçları *lex forin*in kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken hukuk çerçevesinde değerlendirilecektir¹⁶⁵.

Madde, kapsamına giren hatalı elektronik iletileri geçersiz saymamakta, onun yerine bu hatayı işleyen tarafa onu geri alma (*retrait*) hakkı tanımaktadır. Diğer yandan, gönderilen iletinin tamamının değil sadece hatalı olan kısmının geri alınmasına imkân tanınmakta, böylece mümkün olduğu kadar sözleşmenin ayakta kalması sağlanmak istenmektedir¹⁶⁶. Ancak, hatalı olduğu için geri alınan kısım, sipariş edilen malların niteliği veya fiyatı gibi sözleşmenin esaslı unsurlarına ilişkin ise ve elektronik iletinin geri kalan bölümünde bu unsurları ortaya koyacak bilgiler yoksa sözleşme kurulmamış sayılacaktır. Eğer, geri alınan bölüm sözleşmenin esaslı unsurlarına ilişkin değilse sözleşme geçerli olarak kurulmuş olacak, ancak söz konusu geri alınan kısım hukuki sonuç doğurmayacaktır¹⁶⁷.

¹⁶² Otomatik mesaj sistemleri tarafından yapılan hataların, bu sistemlerin hesabına kullanıldığı kişilere yüklenmesi gerektiği genel olarak kabul edilmekle birlikte, Elektronik Ticaret Model Kanunu hazırlanırken, bazı koşullarda (örneğin, sistemin, hesabına kullanıldığı kişinin makul olarak öngöremeyeceği şekilde hatalı mesajlar göndermesi durumunda) bu prensibin yumuşatılması gerektiği; bu nedenle, çeşitli faktörler (kişinin, bilgisayar programı veya sistemin programlanmasına ilişkin diğer teknik yönler üzerinde ne ölçüde kontrole sahip olduğu gibi) dikkate alınarak bu sorumluluğun derecesinin belirlenmesinin daha uygun olacağı belirtilmiştir. Ancak, Konvansiyon hazırlanırken, çok karmaşık olan bu sorunun iç hukuklarda farklı şekillerde çözüme kavuşturulabileceği; dolayısıyla, mevcut durumda, yeknesak kurallar oluşturulmasının yerinde olmayacağı, onun yerine içtihat yoluyla bir çözüm bulunmasının daha uygun düşeceği kabul edilmiştir (“Açıklayıcı Not”, paragraf 230).

¹⁶³ “Açıklayıcı Not”, paragraf 229.

¹⁶⁴ “Açıklayıcı Not”, paragraf 234.

¹⁶⁵ “Açıklayıcı Not”, paragraf 235, 250.

¹⁶⁶ “Açıklayıcı Not”, paragraf 240.

¹⁶⁷ “Açıklayıcı Not”, paragraf 241.

106.- Maddede, geri alma hakkının kullanılması iki koşula bağlanmıştır. İlk koşul, hatayı fark eden gerçek kişinin, derhal diğer tarafı hatadan ve elektronik iletinin hatalı bölümü ile bağlı olmak istemediğinden haberdar etmesidir. İkinci koşul ise, hataya düşen tarafın diğer taraftan maddi bir menfaat veya mal veya hizmet olarak bir karşılık elde etmemiş veya bunları kullanmamış olmasıdır.

İkinci koşul, elektronik ticaretin niteliğinden kaynaklanan bir riski bertaraf etmek için özellikle öngörülmüştür. Şöyle ki, normal olarak sözleşmesel bir yükümlülüğü sona eren taraftan, bu sözleşmeden elde ettiği menfaatler sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenebilecektir. Ancak, elektronik ticarete ilişkin işlemlerin kurulması ve söz konusu mal veya hizmeti satın alan kişinin parasal veya maddi sonuçları elde etmesi çok kısa sürelerde gerçekleşmekte; işlemin geri alınması halinde de, önceki durumun tesisi mümkün olmamaktadır. Örneğin, bir takım bilgilerin elde edilmesini veya bir programın yüklenmesini öngören bir sözleşmede, söz konusu bilgiler elde edildikten veya program kullanıldıktan veya çoğaltıldıktan sonra, sözleşme öncesi duruma geri dönülmesi, yani elde edilen bilgilerin veya programların etkisiz hale getirilmesi mümkün değildir. Bu tür durumlarda, hataya düşen tarafın, elde ettiği avantajları koruyarak elektronik iletini geri alması hakkaniyete aykırı olacağından¹⁶⁸ geri alma hakkının kullanılmasına izin verilmemiştir.

107.- Konvansiyonun hazırlık çalışmalarında, geri alma hakkına ilişkin bu maddenin çok muğlak olduğu ve bir iletini gönderen tarafın uzun süre sonra onu geri aldığını bildirmesinin hukuki güvenliği ihlâl edeceği, bu nedenle geri alma hakkının en son kullanılabilir zamanın da belirtilmesi gerektiği (örneğin, siparişin teyidinden veya sözleşmenin gerçekten kurulmuş sayıldığı andan önce gibi) ileri sürülmüştür. Ancak, Çalışma Grubunda, bir şahsın, kendisine gönderilen malları teslim aldıktan sonra da hatasını (örneğin, sipariş vermek istediğinden farklı bir tipte veya miktarda malı teslim aldığı anda) fark etmesinin mümkün olabileceği; süre sınırlaması konulması halinde, böyle bir durumda her türlü başvuru hakkının sona ereceği gerekçesiyle ve iç hukuklarda bu konuya ilişkin sürelerin kamu düzeninden olduğu gözönüne alınarak hatanın düzeltilmesi için süre sınırlaması getirilmesi fikri benimsenmemiştir¹⁶⁹.

¹⁶⁸ "Açıklayıcı Not", paragraf 248- 249.

¹⁶⁹ "Rapor", paragraf 199; "Açıklayıcı Not", paragraf 245.

Ancak, bu hakkın sonsuza kadar da kullanılamayacağı, zira, maddede yer alan geri alma hakkının kullanılması için gereken koşulların süre bakımından da bir sınırlama içerdiği vurgulanmıştır. Gerçekten de, maddede, bir yandan hatanın “derhal” karşı tarafa ihbar edilmesi istenirken diğer yandan hataya maruz kalan tarafın, diğer taraftan maddi bir menfaat veya mal veya hizmet olarak bir karşılık elde etmesi halinde geri alma hakkının kullanılamayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla, geri alma hakkı en son, bu tür menfaatler elde edilinceye kadar kullanılabilir¹⁷⁰.

SONUÇ

108.- UNCITRAL tarafından elektronik ticaretin uluslararası planda gelişmesine engel olabilecek unsurları ortadan kaldırmak ve bu açıdan gerekli olan hukuki güvenliği ve öngörülebilirliği sağlamak amacıyla hazırlanan ve bu çalışmamızda temel unsurları ile incelediğimiz Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması Hakkında Konvansiyonun bu amacına ulaşabilmesi, devletlerin Konvansiyona katılım konusunda gösterdikleri isteğe bağlı olacaktır.

Türkiye Cumhuriyeti'nin, sözleşmeler hukuku alanında Türk Hukuk sisteminin temel prensiplerine (irade serbestisi, şekil serbestisi, elektronik imza açısından fonksiyonel eşitlik yaklaşımı gibi) paralel hükümler içeren bu Konvansiyonu onaylaması, iç hukukumuz açısından çelişkili sonuçlara yol açmayacak; aksine, ülkemizde halen yapılmakta olan elektronik ticaret konusundaki yasal düzenleme çalışmalarına yön vermek açısından yararlı olacaktır.

Diğer yandan, Konvansiyonun onaylanması, son yıllarda hızlı bir gelişme gösteren elektronik ticaretin ülkemiz açısından da yaygınlaşmasını, Türkiye'deki gerçek veya tüzel kişilerin yabancı ülkelerdeki muhatapları ile elektronik ticarete ilişkin işlemleri öngörülebilir ve güven duyulan bir ortam içinde gerçekleştirmelerini sağlayacaktır.

170 “Açıklayıcı Not”, paragraf 246.