



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Türkiye
Barolar Birliği

FARUK EREM

ÖDÜLLERİ





TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
FARUK EREM ÖDÜLLERİ

ANKARA 2005

Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 75

TBB Faruk Erem Ödülleri

ISBN: 975-6689-74-9

© Türkiye Barolar Birliği

Birinci Baskı: Şubat 2005

Türkiye Barolar Birliği
Karanfil Sokağı 5/62
06650 Kızılay - ANKARA
Tel: (312) 425 30 11 Faks: 418 78 57
web: www.barobirlik.org.tr
e-posta: admin@barobirlik.org.tr
yayin@barobilik.org.tr

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık
Düş Atelyesi (0312.215 70 37)

Baskı
ŞEN MATBAA
(0312. 229 64 54 - 230 54 50)

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
FARUK EREM ÖDÜLLERİ

İÇİNDEKİLER

Önsöz.....VII

2000 YILI ÖDÜL KAZANANLAR

Haluk Günuğur.....3
Ali Akın Anal.....99
Fethi Şengil.....151
Özge Umut Eker.....181

2002 YILI ÖDÜL KAZANANLAR

Selma Batır.....261
Cüneyd Altıparmak.....295

2003 YILI ÖDÜL KAZANANLAR

Halil Volkan Arıkan.....355
Ali Akın Anal.....425

ÖNSÖZ

Türkiye Barolar Birliği'nin kurucu başkanı, seçkin bilim adamı, örnek hukukçu, hocaların hocası, güzel insan Prof. Dr. Faruk Erem'in yokluğunu hiçbir biçimde unutamadık. Bitmez enerjisi ve sonsuz insan sevgisiyle yarattığı "*sinerji-yi*" yakalamamız asla mümkün olamamaktadır. 1993 yılında TBB Disiplin Kurulu üyeliğiyle başlayan ve Genel Sekreterlik, Başkanlık görevleriyle sürmekte olan çalışmalarım nedeniyle, yakından tanıma fırsatı bulduğum Türkiye Barolar Birliği'nin her noktasında, onun emeğini ve izlerini görmek; yaydığı ışığı ve aydınlığı yakalamak mümkün olmaktadır.

Türk hukuk tarihine altın harflerle ismini kazınmış olan sevgili hocamız, Cumhuriyet'in en önemli devrimlerinden olan "*Laik Hukuk Devrimi*"nin de anıt isimlerinden birisi olma başarısını göstermiştir. Çağdaş Türk Ceza Hukuku dalında kimler ürün verdi, kimler emek verdi, kimler katkı sundu ve yine kimler eser bıraktı, diye sormak gerekirse, Prof. Dr. Faruk Erem tüm bu soruların yanıtlarındaki birinci seçeneklerden birisi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Böylesi özgün bir insanın hatıralarını yaşatmak onu gelecek nesillere bütün yönleriyle tanıtılabilmek için TBB yönetimi olarak neler yapabiliriz düşüncesinden hareketle, 1999 yılında Denizli'de yapılan 25. Genel Kurul'a bir öneri götürülmüş ve "*Her yıl TBB'nin ilk başkanı Av. Faruk Erem anısına, tüm hukukçuların katılabileceği, hukukun her hangi bir dalında, ödüllü yarışma düzenlenmesi*"ne karar verilmiştir. Bu karar doğrultusunda çıkarılan "*Faruk Erem Ödül Yönergesi*" gereği 2000 yılından başlayarak yarışmalar düzenlenmiştir.

Yarışmalarla ilgili olarak oluşturulan ilk seçici kurul 7 Kasım 2000 günlü toplantısında birinciliğe uygun gördüğü eser yanında, ayrıca mansiyon almaya hak kazanan eserleri de belirlemiştir. Birinciliği Prof. Dr. Haluk Günugur, mansiyonları da Ali Akın Anal ve Fethi Şengil kazanmış ayrıca, Ö. Umud Eker jüri özel ödülüne layık görülmüştür.

Bu tarihten itibaren yarışmalar sürdürülmüş ve dereceye girenlere ödülleri verilmiştir.

Yarışmaların nasıl düzenleneceğini belirleyen "*Faruk Erem Ödül Yönergesi*"nin 8. maddesinde "*Ödül kazanan ve yayımlanması uygun görülen yapıtların yayım, gösterim ve çoğaltma hakkına Türkiye Barolar Birliği sahiptir*" hükmü doğrultusunda bu güne kadar ödül alan ve yayımlanması uygun görülen eserler bu kitapçıkta toplanmış ve Faruk Erem anısına bastırılmıştır.

Bu kitapçık sayın hocamızın hatırasını yaşatması yanında, genç, duyarlı, ilgili ve araştırmacı hukukçular içinde önemli bir kaynak kitap olma özelliği taşıyacaktır.

Yapıtın oluşmasında emeği geçenlere teşekkür eder, bu vesileyle hocamızın aziz hatırası önünde özlemle eğilirim.

Av. Özdemir ÖZOK

2000 Faruk Erem Ödülleri

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ

BİRİNCİLİK ÖDÜLÜ

Prof. Dr. Haluk Günugur

MANSİYONLAR

Ali Akın Anal

Fethi Şengil

JÜRİ ÖZEL ÖDÜLÜ

Özge Umut Eker



Prof. Dr. Haluk GÜNUĞUR

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ

PROF. DR. FARUK EREM'E ARMAĞAN

"ÜMANİZM"

"İnsanlıkta olmuş bitmiş bir şey yoktur, olmayacaktır da. Her insanda başka bir yüzyılda yaşayıp, başka bir yüzyıl için çalışmak vardır. Bizler sadece yirminci yüzyılın vatandaşı değiliz"...

Prof. Dr. Faruk Erem

**Ümanist Doktrin Açısından
Türk Ceza Hukuku**

maktadır. Buna bağlı olarak ve özellikle, “*sivil demokrasi*”nin uzantısındaki sivil toplum örgütleri şeklindeki yapılanmalar toplumda başlamaktadır.

Kurulan bu denge içinde, “*hukukun üstünlüğü*”ne dayalı, çağdaş ve çoğulcu demokratik rejimlerin iyi işleminin ön koşulu, bireyine temel hak ve özgürlüklerini hiç bir kısıtlama olmaksızın tanıyan bir “*hukuk devleti*”dir. Hukuk devletinin gerçekleşmesi, kaynağı ne olursa olsun, keyfi karar ve eylemlerin doğuracağı olası zararlara karşı bireyi ve demokratik kurumları koruyan bir sistemin toplumda süreklilik kazanıp yerleşmesiyle olabilir. Parlamentodan, dolayısıyla “*halk*”tan yönetme yetkisini alan siyasal iktidarın, sahip olduğu yetki ve güç bileşkesini, hukuku üstün kılarak, adil ve toplumsal yarar için kullanması gerekir. Bu olgu, siyasal iktidarı elinde bulunduranları, hukuk devletinin, içinde bireyin ve kurumların hak ve özgürlüklerinin de bulunduğu bir “*toplumsal barış*” için varolduğu bilincine ulaştıracaktır. O halde hukuk devleti kavramının özünde, hukuku üstün kılınması, hak ve adalete saygı ve toplumsal güven duygusunun kurumlaşmış olması yatmaktadır. Hukuk devletinde yasalar, ulusal iradeyi temsil eden yasama erki tarafından yine “*ulus adına*” yapılmaktadır. Bu yaklaşım, her demokratik toplum için geçerlidir. Hukukun üstünlüğünü yaşama geçiren hiç bir toplum, yasama erkini kullanan otoriteye kendine baskı yapılması, temel haklarının kısıtlanması, özgürlüklerinin kaldırılması ve adil olmayan yasaların çıkartılması yetkisini vermez. Yeter ki toplum bunun bilincine ulaşmış olsun. Kısacası “*hukuk devleti*”, yönetilenlere hak ve özgürlükleri adına hukuksal güvenceler veren, uygar ve demokratik sistemin adıdır.

İnsanın olduğu her yerde “*hukuk*”, hukukun olduğu her yerde “*insan*” vardır. Ya da en azından öyle olması gerekir. Kimi zaman insan hukuka sığınmış, kimi zaman ise hukuk, insan kısılcığında sıkışıp kalmıştır. Dolayısıyla, “*olan ile olması gereken*” sürekli zıtlıkların (diyalektik) çatışması içindedir. Biz bu çalışmamızda, varolan hukuku ve onun üstünlüğünü tartışacak, ancak kimi zaman da “*olması gereken hukuk ve onun üstünlüğü*”ne de yöneleceğiz.

Bütün bu değerlendirmelere ve katedilen uzun yola karşın, bireyin yaşadığı toplumda saygın biçimde yer alması kavgası, günümüzde de sürmektedir. Bir toplumda hukukun üstünlüğüne hizmet eden, özgür seçimler ile oluşan yasama organı, çok partili demokrasi, kuvvetler ayrılığı, sosyal diyalog, yönetenlerin denetimi ne ölçüde önemli kavramlar ise, bireylerin dil, din, cinsiyet, düşünce ve anlatım özgürlüğüne saygı duyulması, herkesin hiç bir ayrıcalık olmaksızın yasalar önünde eşit olması da yine o bireyin ve toplumun gelişmesi bakımından o denli önemlidir.

Hukukun üstünlüğüne dayalı, çoğulcu bir demokrasiyle yönetilmek ve insan haklarına saygılı olmak, uygarlığın olmazsa olmaz koşuludur. Bu değerlendirme Türkiye için de geçerlidir. Aslında Türkiye’de hukukun üstünlüğünü sağlama ve demokratikleşme çabaları, bu ilkeler için yüzyıllarca kavga veren Batı toplumlarıyla kıyaslandığında, oldukça geç başlamıştır. Osmanlı dönemindeki toplumsal yapı ve gelenekler, Batı toplumlarının bu konudaki hızlı değişim sürecine ayak uydurulmasını geciktirmiştir. Her ne kadar Tanzimat Dönemi, Islahat Fermanı, I ve II. Meşrutiyet deneyimleri ile bir ölçüde Batı toplumlarına bu konuda uyum sağlanmaya çalışılmışsa da, daha önemli yakınlaşmalar için Cumhuriyet dönemini beklemek gerekmiştir. Cumhuriyet’in kurulması sonrasında Atatürk devrimleri Türk toplumunun çehresini değiştirmeye başlamış, Avrupa ülkelerinden alınan bir çok yasa ile çağdaş toplum olma yolunda önemli bir süreç başlatılmıştır. Türkiye 1946 yılında yapılan seçimler ile çoğulcu demokrasiye geçmiş ve 50 yılı aşkın süredir bu geleneği sürdürmektedir. Ancak Türkiye’nin demokrasi, insan hakları, adalet ve hukukun üstünlüğü konularında önemli eksikleri olduğunu da kabul etmek gerekir.

Öte yandan Türkiye, Cumhuriyetle birlikte yüzünü Batı toplumlarına çevirmiş ve özellikle II. Dünya Savaşı sonrasında bu yaşlı kıtada kurulan tüm uluslararası örgütlere (bazılarına kurucu üye olarak) katılmıştır. Avrupa Konseyi, OECD, NATO, AGİT bu girişimlere örnek oluşturmaktadır. Ayrıca, yine II.

Dünya Savaşı sonrasında Avrupa Kıtası'nda kalıcı bir barışı hedefleyerek yola çıkan ve ileride bir Avrupa Birleşik Devletleri'ni kurmayı hedefleyen "*Avrupa Entegrasyonu*"nun dışında kalmamak amacıyla gerekli girişimlerde bulunmuştur. 40 yıla yakın süre "*ortak üye*" olarak kaldıktan sonra Türkiye, Avrupa Birliği, Devlet ve Hükümet Başkanlarının 1999 Aralık ayında gerçekleştirdikleri ünlü Helsinki Zirvesi'nde aldıkları kararlar, tam üyeliğe "*aday ülke*" olarak kabul görmüştür.

Avrupa Ailesi'nin bir bireyi olmak, gerçekleşmesi hiç de kolay olmayan bir süreçtir. Türkiye'nin bu hedefe ulaşmasının yolu, tüm kurum ve kuruluşları, hukuk sistemi ve birey de dahil, tüm toplum yapısıyla "*hukukun üstünlüğü*"ne dayalı, çoğulcu demokrasiyle yönetilen, hak ve adaletin egemen olduğu, insan haklarına ve temel özgürlüklere saygılı bir düzeye ulaşmasından geçmektedir. Bu süreçte Türkiye'nin önünde, uzun fakat "*ince olmayan*", yukarıda değindiğimiz değerlerle "*kalınlaşan*" bir yol bulunmaktadır. Bu yolda ilerlemek için anahtar kelime "*hukukun üstünlüğü*"dür...

İşte bu çalışmamızda, Avrupa Birliği'ne tam üye olarak katılsa da katılmasa da, Türkiye'nin yeni milenyumun hemen başında, "*uygar bir hukuk devleti*" olabilmek amacıyla yaşama geçirmek zorunda olduğu düzenlemeleri ele alıp inceleyecek ve "*hukukun üstünlüğü*"nü yaşama geçirmek bakımından gerek hukuksal, gerekse kurumsal düzeyde Türkiye'de yapılması gereken düzenlemelerle ilgili bazı önerilerde bulunmaya çalışacağız.

Çalışmamız üç temel bölümden oluşmaktadır; "*Giriş*"i izleyen birinci bölümde, "*Tarihsel Gelişim*" başlığı altında hukukun üstünlüğünün sağlanması bakımından, gerek insan hak ve özgürlükleri, gerekse siyasal iktidarın sınırlandırılması konularına değinilmiştir. İkinci bölümde kavramsal olarak "*Hukukun Üstünlüğü*" üzerinde durulmuş ve bu kavram karşısında hukuk devleti, kanun devleti, yasama, yürütme ve yargı erklerinin konumları ayrı ayrı inceleme konusu yapılmıştır. Üçüncü bölüm "*Türkiye'de Hukukun Üstünlüğünün Sağlanması*" başlığını taşımaktadır. Bu bölümde genel bir değerlendirme yapıldıktan

sonra, gerek TC Anayasası'nda, gerekse TC yasalarında hukukun üstünlüğünü sağlamak bakımından ne tür değişikliklere gitmek gerektiği üzerinde durulmuştur. Çalışmamız "Sonuç" bölümü ile tamamlanmıştır.

Bu çalışmada ileri sürdüğüm görüş ve önerilerin tamamının herkes tarafından kabul edilip benimseneceğini düşünmüyorum. Çok sesli ve çok renkli bir toplumda zaten "tek ve mutlak doğru" olamaz. Herkesin görüş ve değerlendirmelerine sonsuz saygı duyuyorum. Bu olgu doğanın bir parçasıdır. Ancak, bu çalışmada yaptığım değerlendirmelerin kendim için "doğru" olduğu inancındayım.

Yıllarını, "Ümanist Doktrin" açısından yaklaşarak "hukukun üstünlüğü" idealine adayan ve öğrencilerinden biri olmakla büyük onur ve gurur duyduğum, değerli hocam Prof. Dr. Faruk EREM'e bu çalışmayı adamak, aslında bir "cüret" in izlerini taşımakla eş anlamlıdır. Bunun bilincindeyim. Ancak yine o bilinci taşıyorum ki, değerli hocamın bana ve bizlere miras bıraktığı meşalenin, "hukukun ve ümanizmin bir toplumda en üstün güç ve değer" olduğudur. O'nun yaktığı ışık hiç sönmeyecek, daha da parlayacak. Işık taşıyan eller değişebilir, ancak taşıdıkları ışık sonsuzdur, ölümsüzdür. Bize emanet edilen misyonu gelecek nesillere taşıyabilirsek, sonuç alınacağı kesindir. En azından ben o inançtayım...

İşte bu düşüncelerle elinizdeki bu çalışmaya "Ümanizm" simgesini verdim.

"Ümanizm, yalnızca tek bir toplumun tekelinde olması imkansız bir kavramdır. Bu açıdan ayırıcı değil birleştiricidir. 'Açık cemiyet', yani bir kısım insanları dışarıda bırakmayan² cemiyet anlayışıyla Bergson, insanlık kanunlarını izah edebilmişti. Fert hürriyetlerinin teminatı sorumlu bir hürriyetin teminatıdır.

² Bernard Shaw, *Şeytanın Öğrencisi* adlı yapıtında şu değerlendirmeyi yapmaktadır; "Hemcinsimiz yaratıklara karşı işleyebileceğimiz en büyük günah, onlardan nefret etmek değil, onlara karşı kayıtsız kalmak ve dışlamaktır; insanlık dışı olmak işte budur", Corillon C.'den naklen, "Bilim ve İnsan Hakları", *İnsan Haklarının Gelişimi* (içinde), TÜBA yay., Ankara 1999, s. 86.

Eğer demokrasi, ferdi sorumluluklar esasına dayanan bir düzen ise ancak 'demokratik ceza hukuku insanidir'... (Prof. Dr. Faruk Erem, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Ankara, 1964, s. 1).

BÖLÜM 1

TARİHSEL GELİŞİM

A. Uluslararası Düzeyde

a. Hukukun Üstünlüğünü Sağlamak Amacıyla, İnsan Hak ve Özgürlükleri Yolundaki İlk Girişimler

"Hukukun üstünlüğü" (suprematie de droit / supremacy of law), insan haklarına saygılı çoğulcu demokratik toplumların kurulmasıyla ortaya çıkmış ve günümüze kadar içeriği giderek geliştirilmiş bir kavramdır. Mülkün temeli olan *"adalet"* in varolduğu her siyasal toplum ya da gelişmiş ve örgütlenmiş yapıyla her devlet, kendi varoluşunu ve bu varoluşun sürekliliğini sağlayan düzenin bir *"hukuk düzeni"*³ olduğunun bilincindedir. Bu bilinçten hareketle devletler, hukuka dayanan düzeni daha da ileriye götürerek çağdaş kurumların güvencesinde insanın, insan olması nedeniyle sahip olması gereken hak ve özgürlüklere giderek önem ve değer vermeye başlamışlardır. Özünde *"insan"* ve *"toplum"* olan hukuk kurallarına saygı ve bu saygınlığın toplum bilincinde şekillenip yaygınlaşması, hukuk yaratan ve uygulayanların *"hukukun üstünlüğü"* ne olan saygınlıklarıyla doğru orantılı olarak gerçekleşecek ve gelişecektir.

Devlet yönetiminde *"hukukun egemen kılınması"* nın sağlanması, bir yandan kişinin siyasal iktidar karşısında korunması, öte yandan yine o kişinin, temel hak ve özgürlükleri elde etme kavgası oldukça eski tarihlere kadar uzanmaktadır. Bu yoldaki ilk girişimlere 18. yy'ın başlarında İngiltere'de rastlıyoruz.

³ Hukukun ne olduğu yolundaki felsefi yaklaşımlar için bkz., Ökçesiz H., *"Hukuk Felsefesi Yönünden İnsan Hakları"*, *İnsan Haklarının Gelişimi* (içinde), a.g.e., s. 27 vd.

Gerçekten, 1215'de İngiltere'de Kral "Yurtsuz John"un imzalamak zorunda kaldığı "Büyük Özgürlükler Bildirgesi" (Magna Carta Libertatum)⁴ günümüzde insan hak ve özgürlüklerinin bir belgeye bağlanması ve gücün (iktidarın) sınırlandırılması bakımından son derece önem taşımaktadır. Kimi hukukçular tarafından "özgürlük fermanı" olarak anılan bu belge⁵ yargı erkinin kral karşısında bağımsız hale getirilmesi bakımından da önem taşımaktadır. Bu temel belgeyi, yine İngiltere'de aynı amaçla yapılan başka belgeler de izlemiştir. Gerçekten, 1628 tarihli Petition of Rights,⁶ 1679 yılında kabul edilen Habeas Corpus Act, 1688 tarihli Bill of Rights⁷ ve 1701 tarihli Act of Settlement, bir yandan kişi hak ve özgürlüklerini sağlayan, diğer yandan kralın iktidarını sınırlayan son derece önemli belgeler olarak tarihe geçmiştir.⁸

İngiltere'de bu gelişmeler yaşanırken, Amerika ve Fransa'da da önemli girişimler ortaya çıkmaktadır. 1776 yılında Amerika'da bu amaçla iki önemli belgenin hazırlanıp yaşama geçirildiğini görüyoruz. Bunların ilki *Amerikan Bağımsızlık Bildirisi* ve ikincisi de yine aynı yılda Virginia Anayasası'nın başına konulmuş olan *Haklar Bildirgesi*'dir. Her iki belgede de ön plana çıkan unsurlar, insanların eşit yaratıldıkları, tanrı tarafından kendilerine devredilemez haklar verildiği, bu hakların başında da yaşam, özgürlük ve esenlik geldiği ilan ediliyordu. Bağımsızlık Bildirgesi gayet geniş ve genel bir anlatımla sadece kişi hak ve özgürlüklerinin prensiplerini ilan etmekle yetiniyor, bu hak ve özgürlükleri bir liste halinde teker teker sayan ve onları üstün hukuk kuralları olarak açıklayan bir Haklar Bildirgesi niteliği taşııyordu.⁹ Sonuç olarak Amerikan Haklar

⁴ Magna Carta Libertatum ile ilgili ayrıntılı bilgiler için bkz., Wiseman H.V., *Magna Carta Efsanesi* (çev., Kapani M), AÜHF, 40 Yıl Armağanı, s. 463-471, Magna Carta Libertatum metni için bkz., Çeçen A., *İnsan Hakları Rehberi*, Ankara 1999, s. 11-12.

⁵ Mumcu A., *İnsan Hakları Kamu Özgürlükleri*, Ankara 1992, s. 52.

⁶ Petition of Rights metni için bkz., Çeçen A., *a.g.e.*, s. 13-15.

⁷ Bill of Rights'ın İngilizce tam metni için bkz., Brownlie, I., *Basic Documents of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1971, s. 3 vd.

⁸ Bu belgeler ile ilgili ayrıntılı bilgiler için bkz., Davran, Z., "İnsan Haklarının Düşünsel Temelleri", *İnsan Haklarının Gelişimi* (içinde), *a.g.e.*, s. 22 vd.

⁹ Kapani M., *Kamu Hürriyetleri*, Ankara 1993, s. 44; Amerikan Bill of Rights'ın İngilizce tam metni için bkz., Brownlie I., *a.g.e.*, s. 11 vd.

Bildirgeleri ile, insanların doğuştan bir takım tabii haklara sahip buldukları, bunların devletten önce varolduğu ve dolayısıyla devlet iktidarının bu haklarla sınırlandırılması gerektiği yolundaki fikirler, hukuki formüllerle doktrin alanından uygulama alanına geçmişlerdir.¹⁰

Amerika'daki bu gelişmeleri, kısa bir süre sonra Kıta Avrupası'nda, "özgürlük, eşitlik ve kardeşlik" (Liberté, Egalité, Fraternité) sloganlarının ışığı altında yapılan Fransız ihtilali ve sonrasındaki girişimler izlemiştir. 1789 yılında gerçekleştirilen burjuva devrimi sonrasında hazırlanan "*İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi*" bu alanda gerçekleştirilen en önemli belge niteliğini taşımaktadır. "*Hakların güvence altına alınmadığı bir toplumun anayasasının bile olamayacağı*" bu bildiri ile hüküm altına alınmıştır.¹¹ 1789 Bildirisi, hukukun üstünlüğü yolunda, monarşik gücü ortadan kaldıran ve kişinin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alan çok önemli bir belgedir. Bu özelliğiyle de tarihte, bu konudaki belgelerin başında gelmektedir. Dolayısıyla 1789 Bildirisi'nin üzerinde biraz ayrıntılı biçimde durmakta yarar vardır. Aslında bu belge bir "ilk" değildir. Üstelik Fransız Bildirisi "*orijinal*" bir belge niteliği de taşımamaktadır. Kaldı ki "*içerik*" bakımından da İngiliz ve Amerikan bildirilerine büyük bir yenilik ve değişiklik de getirmemiştir. O halde Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi'ni diğerlerinden farklı kılan nedir? Kapani'ye göre bu sorunun yanıtını, Bildirinin ifade gücünde, üslubun daha berrak, daha çekici oluşunda, ve genel olarak kullanılan formüllerin daha evrensel bir nitelik taşımasında aramak gerekir.¹²

17 maddeden oluşan Bildirinin içeriği incelendiğinde, kapsadığı ilkelerin iki gruba ayrıldığı görülmektedir. Bunların ilki kişi hak ve özgürlükleriyle ilgilidir. İkinci grupta yer alan ilkeler ise, ulusal egemenlik, vatandaşların doğrudan ya da temsilciler aracılığıyla hukuk normlarının belirlenmesine

¹⁰ *ibid*, s. 45.

¹¹ Catlin G. A., *History of Political Philosophers*, London 1950, s. 303; Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi'nin İngilizce tam metni için bkz., Brownlie I., *a.g.e.*, s. 8 vd.

¹² Kapani M., *a.g.e.*, s. 46.

katılımları, kuvvetler ayrılığı gibi anayasal prensipleri düzenlemektedir. Bu siyasal prensipler, 1789 Fransız İhtilali'ni yapanlarca, hukukun üstünlüğü insan hak ve özgürlüklerinin sağlanması ve korunması için gerekli ve vazgeçilmez koşullar olarak kabul edilmekte idi. Özgür olma hakkı, mülkiyet hakkı, kişi güvenliği, düşünce, söz, yazı ve vicdan hürriyetleri gibi klasik hak ve özgürlükler, siyasal ilkelere birlikte bildiride sıralanmıştır.¹³

b. Siyasal İktidarın Kaynağı ve Sınırlandırılması

Hukukun üstünlüğü yolunda atılan en önemli adımlar olan "*insan hak ve özgürlüklerinin güvenceye alınması*" ve siyasal iktidarı elinde bulunduran güçlerin kişilere karşı kullandıkları "*yetkilerin sınırlandırılması*" konularını, İngiltere, Amerika ve Fransa'daki uygulamalarla ele aldıktan sonra, "*sınırlandırılan iktidarın kaynağı*" ile ilgili doktrin tartışmasına da "*tarihsel perspektif*" içinde kısaca değinmekte yarar vardır.

aa. Mutlakiyetçi Görüş

Yasama, yürütme ve yargı erkinin kralların elinde bulunduğu dönemde Hobbes ve Bodin, krallar tarafından hiçbir kısıtlama olmadan kullanılan söz konusu yetkilerin kaynağını "*tanrı*" olarak nitelendirmektedir. Gerçekten bu mutlakiyetçi düşünüşe göre; krallar iktidarlarını doğrudan Tanrı'dan alırlar ve bu iktidar yeryüzünde hiçbir kısıtlama tanımaz, tam ve mutlaktır. Egemenlik devlet içinde en üstün otoritedir, bölünme ve parçalanma kabul etmez.¹⁴ Bu açıdan ele alındığında, iktidarın insan hak ve özgürlükleri için sınırlandırılmasına gerek yoktur. Hükümdarın egemenliğinin tek ölçüsü, "*Tanrı iradesine karşı gelmemektir*". Bu noktada "*ilahi eğilim*" ağır basmakta ve mutlakiyetçi yaklaşımın temelini oluşturmaktadır.

¹³ *Ibid*, s. 47, ayrıca bu konuda bkz., Bazin, L., "Fransa'da İnsan Haklarının Evrimi: Laiklikle bağları" *İnsan Haklarının Gelişimi* (içinde), a.g.e., s. 53-69.

¹⁴ Bodin'in "tanrısal iktidarın kralları devri" ile ilgili görüşlerinin ayrıntıları için bkz., *ibid*, s. 28-29.

bb. Tabii Hukuk Görüşü

Başta Locke olmak üzere, tabii hukuk görüşünü savunanlara göre, insanlar devletten önce ve onun hukukundan üstün bir takım "*tabii haklar*"a sahiptir. Devlet, kendinden önce var olan bu haklarla bağlıdır ve bu haklara saygılı olmak zorundadır. Medeni toplumların tüm yasalarından önce gelen bu tabii hakları insanlar "*akıl ve hikmet*" yoluyla bulup çıkarırlar. Bunların başında da "*yaşam ve özgürlük hakkı*" gelir. İnsanların hür ve özgür yaşadıkları bu tabii hukuk ortamında noksan olan olgu, kimi durumlarda hakem rolünü oynayacak düzenleyici belli bir "*otorite*"nin bulunmamasıdır. Bu ise kimi sorunları beraberinde getirecektir. İnsanları aralarında bir bağit yaparak tabii ortamdan çıkıp "*siyasal topluluk*" haline dönüşmeye iten temel neden de bu boşluktur.¹⁵ Eğer otorite (devlet), kendine tanınan bu üstün iktidarı amacından saptırarak kullanırsa, bu durumda devlet akti bozmuş olur ve "*bağit ortadan kalkar*". Halkın artık devlete itaat etmek zorunluğu yoktur ve tabiat halinde yaşarken sahip olduğu tüm hak ve özgürlükleri geri alır. Locke, bunu "*direnme hakkı*" olarak adlandırır. Locke'ye göre, egemenliğin asıl kaynağı halktır. Halk belli bir koşula bağlı olarak ve bir bağit ile egemen yetkilerini ve yetkilerin kullanımını devlete bırakmaktadır.¹⁶

Tabii hukuk doktrini savunucuları ve özellikle İngiliz filozofu Locke ve Blackstone, Amerikan Haklar Bildirisi ile Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi'nin hazırlanmasında son derece etkili olmuşlardır.

cc. Toplumsal Sözleşme ve Genel İrade Görüşü

J. J. Rousseau tarafından savunulan bu görüş de, "*tabii görüş*"ün çıkış noktası olarak kabul ettiği tabiat halini esas alır. Ancak, insan hak ve özgürlüklerinin kaynağının açıklanmasında, Rousseau'daki "*Toplumsal Sözleşme*" kavramının

¹⁵ Bu bağit daha sonra J. J. Rousseau'da "*Toplumsal Sözleşme*" (Contrat Social) olarak karşımıza çıkacaktır.

¹⁶ Locke'nin görüşlerinin ayrıntıları için bkz., Kapani, M., a.g.e., s. 32-33.

niteliği, tabii görüş taraftarlarından oldukça farklıdır. İnsanlar bir araya gelip Toplumsal Sözleşme'yi yaparak diğer insanlarla birleşir ve siyasal oluşumu (devleti) kurarken yine de kendilerine saygı ve itaat etmek durumundadırlar. Bu olgu onların eskiden olduğu gibi özgür kalmalarını sağlar. Böyle bir toplumda her üye tüm haklarıyla birlikte kendini sosyal çevre ile bütünleştirmelidir. Bu bütünleşme sonucunda kişilerin öz benlikleri topluluk içinde eriyecek ve bir "kollektif benlik ve genel irade" ortaya çıkacaktır. Genel iradenin ne olduğu sorusunu Kapani; "çoğunluğun iradesi" olarak yanıtlamaktadır.¹⁷ Genel irade topluluk içinde egemen gücü elinde tutmaktadır. Bu güç mutlak, bölünmez, devredilemez ve sınırlandırılmaz.

dd. Bireyselci (Ferdietçi) Görüş

Tabiat halinde insanların tek tek haklara sahip olamayacağı, "hak"ın ancak toplumsal temas halinde söz konusu olabileceği ve başkalarına karşı ileri sürülebileceği şeklindeki eleştirilerden hareketle bireyselci (ferdietetçi) doktrinin temsilcisi Duez, her hakkın ve hukukun kaynağının "insan" olduğunu savunmuştur.¹⁸ Gerçek olan, hür ve sorumlu olan tek varlık insandır. Devlet ya da diğer siyasal toplulukların kendilerine özgü varlık ya da hakları yoktur. Bunlar sanal kurumlardır. Gerçek olan insandır ve her siyasal toplumun amacı da insandır. Devlet insanların ortak gereksinme ve çıkarlarını sağlamak için kurulmuştur.

Protogoras'ın ünlü, "Herşeyin ölçüsü insandır" sözü, yalnızca hukukun insan için yapılmış olduğunu değil, "ümanizm"i de ifade eder,¹⁹ fakat bunun manası insanı tanrılaştırmak değil, ölçüyü insanda bulmaktır. İnsanın vicdanı hem genel bir yasa-yı belirtir, hem insanlığı bir erk sayar, hem de kendi yasasını kendi koyar. İnsan özgürdür ve "vicdan" da bu özgürlüğün bilincidir.²⁰ O halde hukukun kaynağı da "insan"dır.

¹⁷ *ibid* s. 35.

¹⁸ Duez P., *Esquisse d'une définition réaliste des droit publics individuels, Mélanges Carrée de Malberg*, Paris, 1933, s. 119.

¹⁹ *ibid*, s. 3.

²⁰ Fichte-Hançerlioğlu, Erem F., den naklen, *ibid*, idem.

B. Türkiye'deki İnsan Haklarının Sağlanması ve İktidarın Sınırlandırılması

Türkiye'de insan haklarının sağlanması ve iktidarın sınırlandırılması amacıyla atılan adımları iki ayrı dönemde değerlendirmek gerekir. Bu dönemler; Saltanat rejiminin egemen olduğu Osmanlı Devleti dönemi ve millet egemenliğinin geçerli olduğu Cumhuriyet dönemidir.

a. Osmanlı Dönemi

aa. Sened-i İttifak (1808)

1808 tarihli Sened-i İttifak,²¹ padişahın yetkilerini sınırlayarak "*Ayan*"a yetkiler tanıyan ve bu yetkileri padişaha kabul ettiren bir belgedir. Osmanlı tarihinde ilk kez padişah otoritesi bir belge ile sınırlandırılmış olmakta ve "*keyfi*" davranışların önlenmesi yolunda önemli bir adım atılmış olmaktadır.²² Hükümdar ile beyler arasında imzalanması bakımından Sened-i İttifak, bir anlamda Magna Carta Libertatum'a benzetilebilir. Ancak bu belge yine de bir "*Haklar Beyannamesi*" niteliğinde değildir.²³ Bu belgenin temel amacı, merkezi yönetimi güçlendirmek ve Osmanlı Devleti'ne yerleşik bir kamu düzeni getirmektir. Bu açıdan bakıldığında Sened-i İttifak'a "*can ve mal güvenliğini sağlayan belge*" gözüyle bakılabilir.²⁴ Öte yandan bu belge, vergi toplarken haksızlık ve eziyet yapılmamasını da bir koşul olarak öngörmekteydi.²⁵ Bu hüküm, kimi hukukçular tarafından, temel haklara ilişkin bir hüküm olarak değerlendirilmektedir.²⁶ Öte yandan, Sened-i İttifak, Türkiye'de "*hukuk devleti*" yolunda atılmış ilk adım olarak da değerlendirilmektedir.²⁷

²¹ Bu belgenin tam metni için bkz., Duman, İ. H., 1982 *Anayasası'nda İnsan Haklarına Saygılı Devlet*, İstanbul 1997, s. 435-437.

²² Soysal, M., 100 *Soruda Anayasanın Anlamı*, İstanbul 1987 s. 26; Onar, S., *İdare Hukuku*, İstanbul 1945, s. 141.

²³ Arsel, İ., *Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları*, Ankara 1965, s. 17.

²⁴ Aldıkaçtı, O., *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İstanbul 1978, s. 38.

²⁵ "Fukaranın ve reayanın vergilendirilmesinde haddi itidale riayet hususuna dikkat edilecektir."

bb. Tanzimat Fermanı (1839)

3 Kasım 1939 tarihli “*Gülhane Hatt-ı Hümayunu*”, bir başka adıyla, Tanzimat Fermanı ile Osmanlı Devleti’nde bir dönem kapanmış ve bir diğer dönem başlamıştır. Bu yeni döneme “*Tanzimat Dönemi*” adı verilmektedir. Tanzimat Fermanı ile getirilen özelliklerin başında, müslim ve gayrimüslimlere “*eşit hak ve ayrıcalıklar*” tanınmış olmasıdır. Yine bu dönemde islam hukuk kuralları yanı sıra, Batı hukuku kural ve kurumları da uygulamaya konulmuştur.²⁸ Tanzimat döneminde Osmanlı tebaasına şer’i hukuk dışında bir takım yeni haklar verilmiş olması bu özelliğin bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁹

Tanzimat Fermanı ile Osmanlı Devleti’nin sınırları içinde kişi dokunulmazlığı, ırz, namus, can ve mal güvenliğinin sağlanması öngörülmüştür. Öte yandan Ferman, müslümanlarla, müslüman olmayanlar arasında vergi yükümlülüğü ve askerlik hizmeti bakımından eşit uygulama yapılmasını da hükme bağlamıştır. Ferman, eşitlik ilkesinin yanı sıra, “*yargı*” alanında da kimi düzenlemeler getirmiştir.³⁰

Bazı siyasi hakları da içeren Ferman’ın yürürlüğe girmesiyle birlikte Batılı anlamda “*insan hakları doktrininin*” ilk uygulamaları ülkemizde gündeme gelmiştir denilebilir.³¹ Buna karşın Tanzimat Fermanı, sınırlı haklar listesi olarak kabul edilmektedir.³² Bununla birlikte Ferman’da yer alan hakların, bir “*hak*” olmaktan çok, bir “*lütuf*” olarak verildiği belirtilmektedir.³³ Tanzimat Fermanı’ndaki haklar, bu haklara saygı göstermeyenlerin, “*Allah’ın lanetine uğrayacağı*” tehdidi ile güvence

²⁶ Akıllıoğlu, T., *İnsan Hakları-I; Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, Ankara 1995, s. 125.

²⁷ Okandan, R. G., *Anme Hukukumuzun Ana Hatları*, İstanbul 1957, s. 58.

²⁸ Gözübüyük, A.Ş., *Anayasa Hukuku-Anayasa Metni*, Ankara 1998, s. 106.

²⁹ Daver, B., “*Türkiye’de Siyasal Haklar*”, *Türkiye’de İnsan Hakları* (içinde), AÜHF yayını, Ankara 1970, s. 47.

³⁰ Akıllıoğlu, T., *a.g.e.*, s. 47.

³¹ Daver, B., *a.g.m.*, s. 47.

³² Elöve, M. E., *Anayasa Hareketlerimizin Şeması*, İstanbul 1960, s. 9.

³³ Daver, B., *a.g.m.*, s. 47.

altına alınmaya çalışılmıştır.³⁴ Padişah ise bu Fermanın özüne ve bu öze uygun olarak çıkartılacak yasalara bağlı kalacağına ant içmiştir. Ferman bu ant ve Allah'ın lanetine uğrama temennisi dışında, herhangi maddi bir yaptırımı öngörmemiştir.³⁵

cc. İslahat Fermanı (1856)

28 Şubat 1956 tarihli İslahat Fermanı, getirdiği "eşitlik ilkesi ve özellikle gayrimüslim Osmanlı vatandaşlarına tanıdığı yönetime katılma, eğitim hakları ile dikkati çeken bir Ferman'dır."³⁶ Gerçekten, bu Ferman ile müslüman olan ve olmayan vatandaşlar arasındaki din, vergi, askerlik, eğitim, devlet hizmetine alınma alanlarında varolan farklılıkların giderilmesi amaçlanmıştır. Osmanlı ülkesinde vatandaş olarak yaşayan farklı etnik köken ve dine mensup insanlar, bu Ferman ile birlikte, özgür biçimde öğrenim yapma hakkına kavuşmuşlardır. Buna karşılık Osmanlı Devleti, vatandaşlarının benzer bir eğitim görmesi için gerekli girişimlerde bulunma hakkını saklı tutmuştur.³⁷

Yine ilk defa bu Ferman ile hapisanelerde "işkence ve eziyet etme" yasağının getirilmiş olması, Osmanlı'nın temel hak ve özgürlükler alanındaki gelişmesi açısından önemlidir. Buna karşın Ferman, öngörülen temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla herhangi bir sistem getirmemiştir. Tanzimat Fermanı'nda olduğu gibi, burada da yaptırım "Tanrı korkusu" dur.

Bu dönemde çıkarılan "Hatt-ı Hümayunlar", devlet ve devleti temsil edenlerin yetkileri üzerindeki keyfilikleri önleyen bir hukuk düzeninin kurulması yönünde atılmış adımlardır. Bu dönem, siyasal sistemde değişiklik yapılması yönünde gelişen düşünce akımının başladığı bir dönem olması açısından da büyük önem taşımaktadır.³⁸

³⁴ Savcı, B., *Türkiye'de İnsan Haklarının Gelişimi*, Ankara 1959, s. 6.

³⁵ Arsel, İ., *a.g.e.*, s. 21.

³⁶ Gözübüyük, A. Ş., *a.g.e.*, s. 107.

³⁷ Savcı, B., *a.g.e.*, s. 4.

³⁸ Gözübüyük, A. Ş., *a.g.e.*, s. 108.

dd. Kanun-u Esasi (1876)

İlk Osmanlı Anayasası olan 1876 Kanun-u Esasi, I. Meşrutiyet döneminin de başlangıcı olmuştur. Bu belge, 1831 Belçika ve 1875 Fransa Anayasaları'ndan esinlenilerek hazırlanmıştır.

Bu Anayasa'daki temel anlayış, her ne kadar padişahın iktidarını bir ölçüde sınırlandırmak ise de, bu çağdaş anlamda egemen yetkilerin saltanattan halka geçmesi anlamına gelmemektedir. Gerçekten, Osmanlı'da genel kabul gören düşünce doğrultusunda, kaynağı "*Tanrı*"da olan egemenliğin, sahibinin Osmanlı sülalesi olduğu, ve babadan oğula (ekber evlada) geçtiği Anayasa'nın 3. maddesinde belirtilmiştir.³⁹

1876 Anayasası daha önceki fermanlarda öngörülen temel hak ve özgürlükleri yeniden düzenlemiştir. "*Osmanlıların Genel Hakları*" (Tebaa Devleti Osmaniyenin Hukuki Umumiyesi) başlığı altında; kişi dokunulmazlığı, yasalar önünde eşitlik, kamu görevlerine girebilme hak ve olanağı, can ve mal güvenliği, ticaret ve şirket kurma özgürlüğü, din, öğrenim ve basın özgürlükleri, dilekçe hakkı, vergilerin ancak yasalarla toplanabilmesi ilkesi, konut dokunulmazlığı, işkence ve angaryanın yasaklanması yer almaktadır.⁴⁰ Bu haklar arasında, dilekçe hakkı, vergi ödeme yükümlülüğü, kamu hizmetlerine girme hakkı, "*siyasal nitelikteki haklar*" olarak öngörülmüştür.⁴¹ 1876 Anayasası'nın "*düşünce özgürlüğü*"ne yer vermemiş olması bir eksiklik olarak kabul edilmelidir.⁴² Bu Anayasa'ya getirilen bir başka eleştiri de, "*içerdiği hakların soyut deyimlerle belirtilmiş olması*"dır. Gerçekten, Anayasa'daki hakların somutlaştırılması, ancak daha sonra çıkartılacak yasal düzenlemelerle yapılacaktı. Bu ise padişah iradesi ile olmaktaydı. Sonuç olarak, Anayasa metninde yer alan hakların tanınması, "*sultanın takdiri*"ne bağlıydı.

³⁹ Kanun-u Esasi'nin 3. maddesinde şu hüküm yer almaktadır: "Saltanatı seniyei Osmaniyeye, hilafeti kübrayı islamiyeyi haiz olarak, sülalei ali Osmanlıdan usulü kadimesi veçhile ekber evlada aittir." Kanun-u Esasi hakkında ayrıntılı bilgiler için bkz., Arsel, İ., *a.g.e.*, s. 22-40.

⁴⁰ Dever, B., *a.g.e.*, s. 48.

⁴¹ *İbid*, idem.

⁴² Aldıkaçtı, O., *a.g.e.*, s. 63.

Bu Anayasa'daki bir başka önemli düzenleme de 113. maddede yapılmıştır. Gerçekten bu madde ile, "hükümetin güvenliğini bozdukları, polis soruşturması ile kanıtlanan kişileri ülke dışına sürme yetkisi" padişaha bırakılmıştır. Nitekim padişah, bu madde ile kendine tanınan yetkileri sık sık kullanarak, diğer hak ve özgürlüklerin anlamını yitirmesine neden olmuştur.⁴³ Bir başka deyişle, Kanunu Esasi de önceki fermanlar gibi hak ve özgürlükleri güvence altına almamıştır.

1876 Anayasası, ilanı ile birlikte "sultan iradesiyle" askıya alınmış ve 1909 yılına kadar uygulanmamıştır. 1909 yılında, bu Anayasa, yapılan kimi değişiklikler sonrasında yürürlüğe konulmuştur. Yapılan değişiklikler arasında, temel hak ve özgürlükler alanında önemli düzenlemeler yer almaktadır. Bunlar arasında; kişisel özgürlüğün her türlü saldırıdan korunması, yasaların öngördüğü durumlar dışında kimsenin hiç bir nedenle tutuklanamaması ve cezalandırılmaması, basına sansür konulamaması,⁴⁴ haberleşmenin gizliliği, Anayasa'daki diğer özgürlükler arasına girmiştir. Bu şekilde kişi özgürlükleri bir ölçüde güvence altına alınmış olmaktadır. Anayasa, 1909 değişikliği ile, Osmanlı uyruğunda bulunanlar için "toplama özgürlüğü"nü de tanımıştır.⁴⁵

1909 değişikliklerinin belki de en önemlisi, 113. madde hükmünden, padişaha tanınan, "ülke dışına sürme yetkisi"nin çıkartılmış olmasıdır. Bütün bu gelişmelere karşın, 1909 sonrasında uygulama yasaları çıkartılmadığından, temel hak ve özgürlükler alanında bir gelişme sağlanamamıştır.⁴⁶

b. Cumhuriyet Dönemi

Osmanlı Devleti dönemindeki fermanlar ve Kanuni Esasi de öngörülen temel hak ve özgürlüklerle ilgili düzenlemelerden sonra, Cumhuriyet'in kurulması sırasında ve sonrasında kabul edilen anayasalarda, temel hak ve özgürlüklerin düzenleniş biçimine bakmakta yarar vardır.

⁴³ Duman, İ. H., *a.g.e.*, s. 26.

⁴⁴ "Matbuat kanun dairesinde serbesttir. Hiç bir veçile kableltab teftiş ve muayeneye tabi tutulamaz".

⁴⁵ Gözübüyük, A. Ş., *a.g.e.*, s. 115.

⁴⁶ Akıllıoğlu, T., *a.g.e.*, s. 131.

aa. 1921 Anayasası⁴⁷

TBMM, kuruluşundan kısa bir süre sonra, 21 Ocak 1921 tarihinde 85 sayılı “Teşkilatı Esasiye Kanunu” adı altında bir Anayasa kabul ederek, “ulus egemenliğine” dayanan yeni bir Türk Devleti kurmuştur. Yalnızca 24 maddeden oluşan bu Anayasa’da hak ve özgürlüklerden hiç söz edilmemektedir. Bunun nedeni, bu Anayasa’nın, öncelikle, çökmekte olan bir imparatorluktan, yeni ve ulus egemenliğine dayalı bir devlet yaratma misyonunu üstlenmiş olmasıdır. 1921 Anayasası’nın yürürlükte kaldığı 3 yıllık süre içinde, 1909 yılında yenilenen Kanuni Esasi’nin temel hak ve özgürlüklerle ilgili hükümlerinin yürürlükte olduğu kabul edilmiş ya da öyle varsayılmıştır.⁴⁸

1921 Anayasası’nın temel hak ve özgürlüklerle ilgili herhangi bir hükmü içermemesine karşın, “egemenliğin kayıtsız şartsız ulusa ait olduğunu” hüküm altına alan 1. maddesiyle, “siyasal hak anlayışı” da etkilenmiştir. Bu anlayış içinde vatandaşın seçme ve seçilme hakları da bulunmaktadır.⁴⁹

Egemenliğin Türk tarihinde ilk kez “ulusa” ait olduğunun bu belgeyle kabul edilmesi kolay olmamıştır. O dönemde toplanan mecliste kimi tutucu çevreler ve hocalar ciddi bir direnç göstermişlerdir. Ancak Atatürk ve Millet Meclisi’ndeki yakın arkadaşları, daha Ulusal Kurtuluş Savaşı’nın başlarında sahip oldukları “millet egemenliği” fikrini Anayasa’ya koydurmayı başarmışlardır. Atatürk ünlü “Söylev”inde, bu konuda Meclis’te yaptığı konuşmayı aynen aktarmaktadır;

“... Hakimiyet ve saltanat hiç kimse tarafından, hiç kimseye ilim icabıdır diye, müzakere ile, münakaşa ile verilmez. Hakimiyet ve saltanat, kuvvetle, kudretle ve zorla alınır. Osman oğulları zorla Türk milletinin hakimiyet ve saltanatına vazi’ülyet olmuşlardı; bu tasallutlarını altı asırdan beri idame eylemişlerdir. Şimdi de Türk mil-

⁴⁷ Her ne kadar 1921 Anayasası, Cumhuriyet kurulmadan önce kabul edilmişse de, TBMM tarafından “Türk Ulusu” adına kabul edilen bu Anayasa Osmanlı dönemi içinde değil, Cumhuriyet dönemi içinde incelenmiştir.

⁴⁸ Daver, B., a.g.m., s. 51.

⁴⁹ İbid, s. 52.

leti, bu mütecevizlerin hadlerini ihtar ederek, hakimiyet ve saltanatını isyan ederek kendi eline bilfiil almış bulunuyor. Bu bir emri vakidir. Burada içtima edenler, Meclis ve herkes, bu meseleyi böyle görürse, fikrimce muvaffak olur. Aksi takdirde, yine hakikat usulü dairesinde ifade olunacaktır. Fakat ihtimal bazı kafalar kesilecektir".⁵⁰

bb. 1924 Anayasası

Cumhuriyet'in kurulması sonrasında, 20 Nisan 1924 tarihinde kabul edilen ve 1960'lı yıllara kadar yürürlükte kalan, 491 sayılı "Teşkilatı Esasiye Kanunu", "doğal hukuk" anlayışıyla hazırlanmış, TC'nin ilk anayasasıdır.⁵¹ Kuvvetler birliği ve meclis hükümeti sistemini uygulamaya koyan bu katı Anayasa'da, 20 madde insan hakları konusundaki hükümlere ayrılmıştır.

1924 Anayasası, "Türklerin Kamu Hakları" (Türklerin Hukuku Ammesi) başlıklı 5. bölümünde temel hakları toplu olarak sıralamıştır. Bu haklar arasında; yasa önünde eşitlik, kişi dokunulmazlığı, vicdan, düşünce, söz, basın, seyahat, çalışma, mülk edinme, malını ve hakkını kullanma, toplanma, dernek kurma özgürlükleri, can, mal, ırz, konut dokunulmazlığı, dilekçe verme, şikayet, kişi güvenliği ve işkence yasağı gibi hak ve özgürlükler sıralanmıştır. Ayrıca bu haklar arasında, "kadınların kamu hizmetlerine girebilme hakkı" da yer almaktadır. Bunların bir bölümü "siyasal haklar" niteliğinde olmakla birlikte, 1924 Anayasası bu konuda herhangi bir ayırım yapmadan hakları sıralamış, hangi hakların siyasal nitelikte olduğunun belirlenmesi, daha sonra çıkartılacak yasalara bırakılmıştır.

1924 Anayasası'nda, "sosyal ve ekonomik haklar"ın yer almadığı görülmektedir. Buna karşın, 1924 Anayasası'nın yürürlükte kaldığı süre içinde bu boşluk, çıkartılan yasalarla, bir ölçüde giderilebilmiştir. Bunlar arasında sosyal güvenliği ilgilendiren kimi önlemler, çalışma koşullarıyla ilgili düzenlemeler bulunmaktadır.⁵² 1924

⁵⁰ Atatürk, M. K., *Nutuk*, Türk Devrim Tarihi Enstitüsü yay., 1952, C. 11 (1920-1927), s. 690.

⁵¹ Özbudun, E., *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 1998, s. 11; Arsel, İ., *a.g.e.*, s. 104.

⁵² Talas, C., "Türkiye'de Sosyal ve Ekonomik Haklar", *Türkiye'de İnsan Hakları* (içinde), *a.g.e.*, s. 223.

Anayasası'nda yer alan hakların sınırlarının belirlenmesi yasama organının yetkisine bırakılmıştır.⁵³

1924 Anayasası'nın temel hak ve özgürlüklerin düzenleniş şekline getirilebilecek eleştiriler arasında, bu hak ve özgürlüklerle ilgili bir "güvence sistemi"nin öngörülmemiş olması sayılabilir. Öte yandan, bu Anayasa, temel hak ve özgürlükleri, yalnızca "Türk vatandaşlarına" ait hak ve özgürlükler olarak görmüştür.⁵⁴

İlerleyen yıllarda 1924 Anayasası kimi değişikliklere uğramıştır. Örneğin, 1934 yılında yapılan değişiklikle, "kadınlara seçme ve seçilme hakkı" verilmiş, 1928 yılında Anayasa'nın 2. maddesindeki, "Türkiye Devleti'nin Dini; Dini İslamdır" cümlesi metinden çıkartılmış ve 1937 yılında yapılan bir başka değişiklikle de, herkesin "din ve inanç özgürlüğü"ne sahip olduğu ve "devletin din kurallarına göre yönetilemeyeceği" ilkesi (laicité) Anayasa'ya konulmuştur.⁵⁵

cc. 1961 Anayasası

1961 Anayasası, "Başlangıç Kısmı"nda, "Anayasa ve hukuk dışı tutum ve davranışlarıyla meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı direnme hakkını"⁵⁶ kullanarak 27 Mayıs 1960 devrimini yapan Türk Milleti" deyimi ile ürünü olduğu devrimin anlamını Anayasa'ya taşımıştır.⁵⁷ Bu şekilde, başta Fransız olmak üzere

⁵³ Gözübüyük, A. Ş., a.g.e., s. 127.

⁵⁴ *İbid*, idem.

⁵⁵ Arsel, İ., a.g.e., s. 87.

⁵⁶ "Direnme Hakkı" konusunda Leon Duguit; "İktidarın hukuka aykırı tasarrufları ve davranışları karşısında, idare edilenlerin bu iktidarı zorla değiştirebilecek bir 'hukuki kuvvet'e sahip oldukları, bunu yaparken de hukukun üstünlüğünü yeniden kurmaktan başka bir şey yapmamış olacağını" söyler. Hauriou; "zulme karşı direnme hakkının, iktidarın kötüye kullanılması ve keyfi girişimlere karşı vatandaşlara 'meşru müdafâ' olanağı sağlayan bir hak olduğunu"; "Le Fur ise bu" "hakkın, idare edilenlere ait bulunması gereken 'kontrol hakkı'nın devamı olduğunu ve her ne kadar bu hak, ayaklanma şeklinde ortaya çıkabilir ve bu nedenle kuvvet kullanımı gibi tehlikeli durumlar yaratabilirse de, böyle bir müdahalenin meşru olduğunu ve bu nedenle de hukukun üstünlüğünü sağlamaya hizmet ettiğini" ileri sürerler. Arsel, İ., a.g.e., s. 113; Ayrıca Locke'nin bu konudaki görüşleri için bkz., supra s. 15.

bazı filozof ve hukukçuların zulme karşı direnme hakkı, Türk Anayasa hukukunun gündemine girmiştir. Aynı Anayasa'nın 156/2. maddesi çerçevesinde, "*Başlangıç hükümleri de maddelerle aynı hukuksal değere sahip olduğundan*", kimi hukukçular, 1960 Devrimi'nin haklılığını şüpheye düşürecek yaklaşımlardan doğan her türlü girişimi, "*anayasayı ihlal eden fiiller*" arasında görmüştür.⁵⁸ Buna karşılık kimi hukukçular, bu tür bir düzenlemenin, toplumu sürekli biçimde huzursuzluk içinde tutacak bir görünüm olduğunu ileri sürmektedirler.⁵⁹ Ancak bir noktanın altını da çizmek gerekir; her devirde ve her yerde iktidarlar için en büyük tehlike, en büyük korku, sık sık sokağa fırlayan bilinçsiz ve kurallara karşı gelen kafalar değil, ülkesini düşünen, yargılama yeteneğine sahip, iktidara kuşku ve güvensizlikle bakabilen beyinlerin sayısıdır.

1961 Anayasası'nda temel hak ve özgürlükler geniş, ayrıntılı ve sistemli olarak, çağdaş klasik demokrasilerdeki hak ve özgürlüklerin hemen hepsini kapsayacak bir biçimde düzenlenmiştir.⁶⁰ Bu düzenleme; "*Kişinin Hakları ve Ödevleri*", "*Sosyal ve Ekonomik Haklar, Özgürlükler ve Ödevler*", "*Siyasi Haklar ve Ödevler*" başlıklı bölümlerle yapılmıştır. 1961 Anayasası'nın "*Temel Haklar ve Ödevler*" bölümünün, "*Genel Hükümler*"inde ise temel haklar sistemine ilişkin ortak kurallara yer verilmektedir.⁶¹

1961 Anayasası, kişi dokunulmazlığı, özel yaşamın gizliliği, haberleşme özgürlüğü, seyahat ve yerleşme, vicdan ve din, düşünce, bilim ve sanat, basın, gazete, dergi, kitap ve broşür yayınlama, basın dışı haberleşme araçlarından yararlanma özgürlüklerini, düzeltme ve cevap, toplantı ve gösteri yürüyüşleri, dernek kurma, hak arama ve ispat haklarını düzenlemekte, kişi güvenliğini ve doğal yargı yolunu sağlayacak, kişiyi keyfi cezalara karşı koruyacak hükümler getirmekteydi.⁶²

⁵⁷ Aldıkaçtı, O., *a.g.e.*, s. 185.

⁵⁸ Kili, S., "1961 Anayasası ve Devlet Anlayışı", *27 Mayıs 1960 Devrimi, Kurucu Meclis ve 1961 Anayasası* (içinde), İstanbul, 1998, s. 55.

⁵⁹ *İbid*, idem.

⁶⁰ Soysal, M., *a.g.e.*, s. 102.

⁶¹ Akilloğlu, T., *a.g.e.* s. 132.

⁶² Duman, İ. H., *a.g.e.*, s. 398-419.

Düzenlenen bu hakların yanında, 1961 Anayasası ile “*ekonomik ve sosyal haklar*” ilk kez bir anayasa konusu olmaktadır. Sosyal güvenlik, sağlık ve konut gereksinmelerinin karşılanması, ailenin, ananın ve çocuğun korunması, öğrenimin sağlanması gibi haklar böylece Anayasa’ya girmiş olmaktadır.

1961 Anayasası, “*siyasal hakları*” sistemli ve ayrıntılı olarak gösteren ilk anayasamızdır.⁶³ Anayasa’da, vatandaşlık, seçme ve seçilme, siyasal parti kurma ve partiye üye olma, kamu hizmetlerine girme, askerlik, vergi ödevi ve dilekçe hakkı gibi, vatandaşın devlet yönetimine katılmasına sağlayıcı hükümler yer almaktadır.⁶⁴

1961 Anayasası’nın 2. maddesi, Türkiye Cumhuriyeti’nin “*insan haklarına dayanan*”, milli, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğunu göstermektedir.⁶⁵ Temel hak ve ödevlerin düzenlenmesinde, insan onuruna ve kişi özgürlüğüne öncelik veren yaklaşımda, “*özgürlük asıl, sınırlama istisnadır*”.⁶⁶ 1961 Anayasası’nda özgürlükler konusundaki temel yaklaşımı; sınırlamanın istisna, özgürlüğün asıl olmasıdır. Anayasa’da, özgürlük ve otorite dengesi, özgürlükten yana kurulmuştur.⁶⁷

Hakların sınırlandırılmasında ana ilke, sınırlamanın “*Anayasa’nın sözüne ve ruhuna uygun olarak ve ancak yasa ile*” yapılabilmesidir. Ancak yine Anayasa’ya göre, yasa bile temel hak ve özgürlüklerin “*öz*”üne dokunamazdı. Özün ne olduğu konusunda ise son karar Anayasa Mahkemesi’ne aitti.

Öte yandan, 1961 Anayasası’nın özelliklerinden biri, temel hak ve özgürlükleri yalnız Türkler’in hakları değil, Türkiye Cumhuriyeti toprakları üzerinde yaşayan herkesin yararlanacağı haklar olarak görmüş olmasıdır. Bunun yanı sıra, bu Anayasa’nın güvenceli bir özgürlük düzeni getirmiş olduğu da vurgulanmalıdır. Temel hak ve özgürlükler, Anayasa

⁶³ Daver, B., *a.g.m.*, s. 53.

⁶⁴ Soysal, M., *a.g.e.*, s. 103.

⁶⁵ Cumhuriyetin nitelikleri için bkz., Arsel, İ., *a.g.e.*, s. 158 vd.; Akıllıoğlu, T., *a.g.e.*, s. 132.

⁶⁶ Soysal, M., *a.g.e.*, s. 83.

⁶⁷ Duman, İ. H., *a.g.e.*, s. 23.

Mahkemesi, İkinci Meclis, Yüksek Hakimler Kurulu, İdarenin Yargısal Denetimi gibi kurumlarla koruma altına alınmıştır. Ayrıca 1961 Anayasası ile meslek kurumları, sendikalar, siyasi partiler gibi topluluklar ile üniversiteler, radyo ve televizyon yönetimi gibi özerk kuruluşlar yoluyla “çoğulcu toplum düzeni” yaratılmıştır.

1961 Anayasası, olumlu yanlarına karşın eleştiri de almıştır. Bu eleştiriler sonucunda, Anayasa’da ilki 1969 ve sonuncusu da 1974 yılında olmak üzere 7 değişiklik yapılmıştır. Yapılan değişikliklerle, Anayasa’nın temel haklar ve özgürlüklerle ilgili düzenlemelerine genel ve özel nitelikte kısıtlamalar getirilmiştir. Genel kısıtlama ilkesi, tüm özgürlüklere uygulanabilecek kısıtlamaları gösterir. Buna göre, temel hak ve özgürlükler; devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, Cumhuriyet’in, ulusal güvenliğinin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlak sağlığının korunması amacıyla kısıtlanabilecektir.⁶⁸

Öte yandan, Anayasa’da yer alan hak ve özgürlüklerden hiçbiri, “*insan hak ve özgürlüklerini ortadan kaldıracak şekilde*” kullanılamayacaktır.⁶⁹ Ayrıca getirilen özel nitelikli kısıtlamalar da bulunmaktadır. Bu kısıtlamalara örnek olarak; gazetelerin toplatılması (m. 22), dernek ve sendika kurma hakları (m. 29 ve 46), tutukluların mahkemeye çıkartılma süresi (m. 30), memurların sendikalara üye olmalarının yasaklanması (m. 119) verilebilir.⁷⁰

BÖLÜM 2

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ

A. Hukukun Üstünlüğü Kavramı

Bir toplumda “*hukukun üstünlüğüne olan inanç*”, gerek hükümet edenler, gerek uygulayıcılar, gerekse bu uygulama-

⁶⁸ Gözübüyük, A. Ş., *a.g.e.*, s. 141.

⁶⁹ Kapani, M., *a.g.e.* s. 126.

⁷⁰ *İbid*, idem.

lardan doğan sorunları çözecek yargıçlar tarafından, gerektiği şekilde anlaşılır ve etkin biçimde yaşama geçirilebilirse hukukun en üstün otorite olarak kabul gördüğü, gerçek anlamda bir “*hukuk devleti*”nden söz edebilmek olasıdır.

İnsanlık çağlar boyu, içeriği net biçimde tanımlanamasa dahi, hukuku uygulayacak “*ideal bir hükümet*” arayışı içinde olmuş ve bu tür yönetimlerin niteliklerini belirlemeye çalışmıştır. Halka güven ve huzur veren, dürüst ve adil davranan yürütme erki ideal sayılmış, keyfi ve sorumsuz davranan, kuvvet kullanan hükümetler ise zalim ve despot olarak damgalanmıştır.⁷¹ Bu sorunun aşılması, hükümet olanların, yönettikleri toplumların, beklentilerine yakın ve bu konuda son derece duyarlı bir tutum sergilemeleriyle gerçekleşebilir. Bunun için de “*hukukun her türlü siyasi görüşten ayrılması gerekir*”.⁷²

Aynı değerlendirmeleri “*yasa koyucu*” için de yapmak gerekir. Gerçekten yasa koyucu, yapılacak hukuksal düzenlemeleri kişilerin ve sivil toplum örgütlerinin beklentileri doğrultusunda çıkarırsa, bundan “*toplumsal barış*” adına ciddi kazanımlar elde edilebilir. Aksine, yasa koyucu, toplumsal beklentilere yanıt vermeyen ve hatta kimi durumlarda bu beklentilere ters düşen düzenlemeleri kabul etme eğilimine girerse, bu durumda özellikle örgütlenmiş toplulukların etkin olduğu toplumlarda ciddi dirençle karşılaşacaktır. Bu durumlarda hukukun üstünlüğünden değil, sadece “*üstünlerin hukuku*”ndan sözedilebilir.

Kaldı ki, hukuk bilincini sadece yasa koyucularda da aramamak gerekir. Bu yasaları uygulayacak yürütme erki içinde yer alan, kamu ajanlarının da aynı bilinçle hareket etmeleri gerekir. Aksi halde, ne kadar iyi hazırlanmış olursa olsun hukuk düzenlemeleri, uygulamacıların elinde, özünü yitiren, uygulanmayan ve hatta “*rafa kaldırılan*” belgeler olmaya mahkumdur.

⁷¹ Jackson, R. M., Ünal, Ş.‘den naklen, *Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku*, Ankara 1997, s. 80-81.

⁷² Lucas, J. R., *On Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1980, s. 4.

Çağdaş toplumlarda modern devlet yönetimi ilkesi, geçtiğimiz yüzyılın ikinci yarısında, kaçınılmaz biçimde ve her gün daha belirgin olarak bir gerçekle yüz yüze geldi. Bu gerçek, “*Ekonomik ve Sosyal Demokrasi*”dir. Bu deyimden, toplumun sivil ekonomik ve sosyal aktörlerinin, parlamenter demokrasiye ve “*yasama erki*”ne bir ölçüde katıldıkları ve bu düzeyde belirlenecek hukuk normları konusunda görüşlerini, bu normlar çıkarılmadan önce yasa koyucuya ilettikleri demokrasi modelini anlamak gerekir. Gerçekten Batı topluluklarında ve AB ülkelerinde, artık “*klasik demokrasi*”ler toplumun sosyo-ekonomik içerikli sorunlarını çözmekte yetersiz kalmakta ve yapılacak hukuk düzenlemeleri, ilgili kesimlerin görüşleri doğrultusunda belirlenmektedir. Bu yaklaşım, bütünüyle politik nitelikteki yasama erkini tamamlayan ekonomik ve sosyal komite ve konseylerin oluşturulmasıyla daha belirgin hale geldi. Ekonomik ve sosyal gerçekler, zaman dinamiği içinde devamlı bir değişim ve gelişim süreci gösterirler. Bu olgu, sosyo-ekonomik ve toplumsal sorunların her devlet için, her süreçte geçerli olduğunu kanıtlar. Bu ekonomik ve sosyal sorunlar, ilgili çeşitli toplum kesimleri ve grupları tarafından savunulmakta, giderek güncelleştirilerek tartışma masasına konulmaktadır. Ekonomik ve sosyal demokrasi anlayışı ve uygulamalarıyla çağdaş toplumlar “*hukukun üstünlüğü*” yolunda oldukça önemli bir yol katetmiş ve “*toplumsal barış*”a bu yolla önemli katkılar sağlanmıştır.⁷³ Ünlü bir Latin atasözü unutulmamalıdır; “*Adalet eker, barış biçer.*”

Nitekim Ünal, bu konuda daha da ileri giderek, şu değerlendirmeyi yapmaktadır: “*Hükümet bir konuda düzenleme yapıyorsa, bireyin o alandaki özgürlüklerini kısıtlıyor demektir. Çoğulcu ve katılımcı bir demokratik toplumda birey, kendini yakından ilgilendiren konularda yapılacak düzenlemeler hakkında bilgi sahibi kılınmalı ve mümkünse kendine, çalışmalarına katılma fırsatı verilme-*

⁷³ Gerçekten, Avrupa Birliği düzeyinde yürürlüğe konulacak yasal düzenlemelerin, ilgilendirdiği sosyo-ekonomik kesimlerin görüşleri alınmadan oluşturulmaması, Topluluğun temel ilkelerinden biridir. Ekonomik ve Sosyal Demokrasi konusunda ayrıntılı bilgiler için bkz., Günuğur, H., “*Ekonomik ve Sosyal Demokrasi Kavramı*” *Mercek*, MESS yay., İstanbul Nisan 1988, s. 74-85.

lidir. Bu yapıldığı takdirde zor kullanmaya gerek kalmayacak ve kişi yasalara gönüllü olarak uyacaktır.”⁷⁴

Yukarıdaki değerlendirmeler ışığında “*hukukun üstünlüğü*” kavramının bir tanımını verebilmek pek kolay olmasa gerekir. Buna karşılık bu kavram kapsamında yer alan unsurları sıralayarak hukukun üstünlüğünü açıklamaya çalışabiliriz. Her şeyden önce şunu belirlemekte yarar vardır ki hukukun üstünlüğü, bir toplumdan diğerine farklılıklar gösteren bir kavram değildir. Demokratik, çağdaş, hukuk devletlerinde, hukukun üstünlüğünden aynı anlamlar çıkartılmakta ve bu kavram kapsamında aynı unsurların bulunduğu görülmektedir. Bu unsurlar;

1. Çoğulcu demokrasi ve çok partili parlamenter sistem,
2. Özgür irade ile seçme ve seçilme hakkı,
3. Liderler sultanından kurtarılmış, siyasi partiler içi demokrasi,
4. İnsan hak ve hürriyetlerinin kısıtlamasız uygulandığı, azınlık haklarının güvenceye alındığı bir anayasal sistem,
5. Düşünce özgürlüğünde engellerin olmaması,
6. Vatandaşlar arasında dil, din, ırk ve mezhep ayrımı yapılmaması ve yasaların herkese eşit uzaklıkta bulunması,
7. İşkencenin kesinlikle yasaklanması,
8. Hak arama özgürlüğünün eşit, adil olması,
9. Ekonomik hakların, özellikle sendikalaşma ve grev haklarının güvence altında olması,
10. Rüşvet, yolsuzluk ve kara para ile mücadele için “*siyasi ahlak yasası*” dahil gerekli hukuk düzenlemelerinin yapılmış olması,
11. Adil yargılama,
12. Savunma hakkının kutsallığı,
13. Kişinin suçsuzluğunun asıl olması,
14. Kanunsuz suç ve ceza olmaması,

⁷⁴ Ünal, Ş., a.g.e., s. 83.

15. Yargı bağımsızlığı,
16. Hakim güvenceleri,
17. Yasama ve yürütme erkinin yargısal denetimi.

Yukarıda belirtilen unsurlar kısıtlayıcı (tadadi) nitelikte değildir. Ancak bir ülkede hukukun üstünlüğünden söz edebilmek için bu unsurların tamamının “*minimum unsurlar*” olması gerekir.

Bu unsurların tamamını içine alan bir tanıma ulaşmak olanaksız olmakla birlikte, hukukun üstünlüğünün yine de bir tanımını vermek gerekirse ;

“Hukukun üstünlüğü, adil, hak ve nispet ölçülerine dayalı çağdaş demokratik toplumlarda, kişilerin özgür biçimde yaşamaları için konulmuş, yazılı olan ya da olmayan kurallar bütünüdür.”

a. Hukukun Üstünlüğü ve Hukuk Devleti

“*Hukuk devleti*” kavramı ile hukukun üstünlüğü kavramı arasında son derece yakın bir bağ vardır. Gerçekten hukuk devleti, “*hukukun üstünlüğünü*” egemenliğinde bulunan toprak üzerinde yaşama geçiren devlettir. Bu devlette hukukun üstünlüğü sağlanmamışsa, o devlete hukuk devleti diyebilmek ne ölçüde hatalı ise, hukuk devleti olarak nitelendirilecek bir devlette, “*hukukun üstünlüğü*” kuralının olmadığını söyleyebilmek de olanaksızdır. Aralarındaki bu yakın ilişki nedeniyle, önce hukuk devleti kavramına açıklık getirmekte yarar vardır.

Her ne kadar “*hukuk devleti*” kavramı üzerinde hukukçular arasında tam bir fikir birliği bulunmasa da, hukuk devleti içinde aşağıdaki unsurların varlığı kuşku götürmez.⁷⁵

1. Hukuk devletinde, bütün devlet gücü, Anayasa ile belirlenmiştir.

2. Hukuk devletinde, devlet gücünün hukuki sınırları temel insan hak ve özgürlükleriyle çizilmiştir.

⁷⁵ Kölz, A., ve Huber, H., Ünal, Ş.,’den naklen *ibid*, s. 80-81. Burada öngörülen unsurlar tarafımızdan genişletilmiştir.

3. Hukuk devletinde, devletin güçleri ayrı ellerde toplanır, yani güçler bölünmüştür (Kuvvetler Ayrılığı İlkesi).

4. Hukuk devletinde, kişilere eşit işlem yapılır.

5. Hukuk devletinde tüm idari birimler yasalarla bağlıdır (Yasallık İlkesi). Keyfi işlem yapılamaz. Yürütme erki "*idari yargı*" denetimindedir.

6. Hukuk devletinde, vatandaşların devlete karşı yargısal korunması vardır. İç hukuk yollarının tükendiği durumlarda vatandaş, kendi devletini uluslararası yargı organları (Avrupa İnsan Hakları Divanı) önüne götürebilir.

7. Hukuk devletinde, kamu erkinin kullanılması hukuksal sorumluluk doğurur ve zarar gören kişiler lehine, devlet aleyhine tazminat yükümlülüğü ortaya çıkar.

8. Hukuk devletinde, demokrasinin vazgeçilmez unsuru olan "*çok partili parlamenter sistem*" geçerlidir.

9. Hukuk devletinde, yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi geçerlidir.

10. Yasalara aykırı davrananların özel (olağanüstü) mahkemeler önünde değil, normal mahkemelerde yargılanmaları gerekir.

Görüleceği gibi, yukarıda belirtilen "*hukuk devletinin unsurları*", bir anlamda, bir devlette "*hukukun üstünlüğü*" kavramını da açıklamaktadır. Bir başka deyişle, hukuk devleti için geçerli olan tüm bu unsurlar, o devlette hukukun en üst otorite olarak kabul edilmesi bakımından da geçerlidir.

b. Hukukun Üstünlüğü ve Kanun Devleti

Hukuk devleti ile hukukun üstünlüğü kavramları arasındaki paralellığe karşılık, "*kanun devleti*" ile "*hukuk devleti ve o devlette uygulanan hukukun üstünlüğü ilkesi*" arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Bu fark, hukuk gibi, yasaların da üstünde olan ya da olması gereken, kimilerine göre soyut, kimilerine göre "*somut*" nitelik taşıyan "*hak ve adalet bilinci*"nde şekillenmektedir. Kanun devletinde, kanunların mutlak egemenliği söz konusu-

dur. Bu tür bir devlette, kimi durumlarda kanun koyucuların “siyasal yaklaşımlarla” çıkardıkları hukuksal düzenlemeler, kanun adı altında geçerli olmaktadır. Bu tür düzenlemeler, özellikle anayasal denetiminin bulunmadığı devletlerde, yürürlükte kalmaya devam edecektir. Oysa bu tür yasaların toplumsal bilincin çoğunluğunu temsil ettikleri, her zaman söylenebilir mi? Ancak istisna olsa bile bu düzenlemeler “toplumsal hak ve adalet bilinci” ne karşın yine de uygulanacaklardır. Böyle durumlarda her ne kadar “kanun devleti” geçerli olsa da, bir “hukuk devletinden ve hukukun üstünlüğü”nden söz edebilmek pek de olası değildir.

Kimi zaman sadece yasa koyucuların çıkarlarına hizmet eden⁷⁶ kanunların “mükemmel” olduğunu söyleyebilmek güçtür, oysa, bu çalışmanın sonuç bölümünde de değindiğimiz şekliyle, toplumda herkesce paylaşılan kısacası ortak olan “hukuk bilinci”nin varlığı, o toplumu “mükemmel”e götürebilecek en güçlü silahtır.

Parlamento çoğunluğuna sahip tek parti ya da bir koalisyon-
dan oluşan iktidarın kabul edeceği yasaların, hukukun üstünlü-
ğünün egemen olduğu bir hukuk devletinde, tüm beklentileri
karşılatabileceğini düşünebilmek güçtür. Hele çoğunluğun,
parlamentoda azınlığa baskı yaparak çıkardığı yasalar söz
konusu ise. Yürütmenin, kendini yasama erki yerine koyarak
çıkardığı hukuksal düzenlemeler, örneğin; “Kanun Hükmündeki
Kararnameler” (KHK) için de aynı değerlendirmeyi yapmak ge-
reker. Bu konuya ileride, “Türkiye’de hukukun üstünlüğü” başlığı
altında dönecektir.

Bu durumlarda bir kanun devletinden sözedilebilir, ancak
bir hukuk devletinden söz edilemez. Çünkü hukukun üstün-
lüğünün egemen olduğu devletlerde, toplumun her kesimince
paylaşılan “hak ve nısfet ölçüsü ile adalet duygusu”, salt yasalarla
yönlendirilen kanun devletinde de olabilir (bu durumda ka-
nun devleti kavramı ile hukuk devleti kavramı örtüşür) ama
olmayabilir de (bu durumda hukuk devletinden ve hukukun
üstünlüğünden söz etmek olanaksızdır).

⁷⁶ Örneğin; milletvekilleri maaşlarının artırılması amacıyla çıkarılan hukuksal düzenlemeler.

Hukukun üstünlüğü kavramının kesinlikle “kanunların üstünlüğü” şeklinde anlaşılması gerektiği, Almanya’da Nasyonal Sosyalist yönetimin uygulamalarıyla acı bir şekilde ortaya çıkmıştır. Bu yönetim, şekli anlamda “kanunlara dayanarak” bir zulüm, baskı ve keyfilik rejimi kurmuştur. Hukuk güvenliği, yürürlükteki kanunların muhtevalarına bakılmaksızın uygulanmasını gerektirmekle beraber, bu durum, şekli anlamda kabul edilmiş olan kanunların muhtevalarının haksız ve adaletsiz olabileceği gerçeğini ortadan kaldırmaz. Bu nedenle, “kanun kanundur, acı ve zulme bakılmaksızın uygulanmalıdır” şeklindeki katı, pozitivist anlayış, yüzyıl sonra da olsa, kanunların üstünde bir “tabii hukuk” bulunduğu anlayışını gündeme getirmiştir.⁷⁷

Devletin “aristokrasi” tarafından yönetilmesi gerektiğini öneren Eflatun’a karşın, öğrencisi Aristo, insanları, insanların değil “hukukun yönetmesi” gerektiğini ileri sürmüştür. Aristo’ya göre kanunlar genel ilkeleri içerdiği için, her olayda adil sonuçlar alınmayabilir. Fakat kanunların genelinden kaynaklanan bu sakınca, uygulamada, yöneticilerin kişisel hırs ve arzularından arındırılmış tarafsız uygulamaları sayesinde giderilebilir.⁷⁸

B. Uluslararası ve Ulusal Düzeyde Hukukun Üstünlüğü

Hukukun üstünlüğü, tek bir toplumun ya da devletin tekelinde olması olanaksız bir kavramdır. Bu açıdan hukukun üstünlüğü “evrensel” bir boyut ve nitelik taşır. Bir çok uluslararası hukuk belgesinde hukukun üstünlüğü amacına yönelik hükümler bulabilmek olasıdır. Bu hukuk belgelerinden alıntılar yaptıktan sonra ulusal planda hukukun üstünlüğü kavramının incelenmesine geçeceğiz.

a. Uluslararası Düzeyde

İkinci Dünya Savaşı sonrasında, taslağı Washington DC’de bulunan Dumberton-Oaks Şatosu’nda hazırlanan ve daha sonra

⁷⁷ Radbruch, G., Ünal, Ş.,’den naklen *ibid*, s. 84.

⁷⁸ *ibid*, s. 81.

San Francisco Konferansı'nda⁷⁹ kesinleşen Birleşmiş Milletler⁸⁰ Antlaşması'nın "önsöz"ünde şu cümle yer almaktadır;

*"Adaletin korunması ve antlaşmalarla, uluslararası hukukun diğer kaynaklarından doğan yükümlülüklerle saygı gösterilmesi üye devletlerin yükümlülüğüdür."*⁸¹

1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde⁸² aynı yolda hükümlere rastlamak olasıdır. Bu beyannameye göre;

"Kişilerin zulüm ve baskıya karşı son çare olarak direnmek⁸³ zorunda kalmaması için, insan haklarının bir hukuk rejimi içinde güvence altına alınması temel bir zorunluluktur."

Aynı şekilde, 1950 tarihli Avrupa İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korumasına İlişkin Sözleşmesi'nde⁸⁴ de aşağıdaki hüküm yer almaktadır;

"Aynı inanç ve idealleri paylaşan, siyasi gelenekler, özgürlükler ve hukukun üstünlüğüne saygı konularında ortak mirasa sahip bulunan Avrupa Devletleri ..."

İnsanlığın ortak mirası olan insan hakları ve temel özgürlükler daha sonra imzalanan bir çok sözleşme ile geliştirilmiştir.⁸⁵

1990 tarihli Yeni Bir Avrupa İçin Paris Şartı⁸⁶ önsözü, şu hükmü içermektedir;

⁷⁹ San Francisco Konferansı ve sonrasında gelişmeler için bkz., Moskowitz M., *The Politics and Dynamics of Human Rights*, Oceana Publication, New York 1968, s. 81 vd.

⁸⁰ Birleşmiş Milletler Antlaşması ve işleyişi ile ilgili ayrıntılı bilgiler için bkz., Gönübol M., *Milletlerarası Teşkilatlanma*, Ankara, 1975, s. 171 vd.; *Uluslararası Politika*, Ankara 1993, s. 533 vd.; Çelik, E., *Milletlerarası Hukuk*, C. 1, İstanbul 1975, s. 415 vd.; Pazarcı, H., *Uluslararası Hukuk Dersleri II*, kitap, Ankara 1989, s. 117 vd.; Meray, S., *Devletler Hukukuna Giriş*, II. C., Ankara 1962, s. 161 vd.; Eroğlu, H., *Devletler Umumi Hukuku*, Ankara 1984, s. 145.

⁸¹ BM Antlaşması'nın tam metni için bkz., Çeçen, A., *a.g.e.*, s. 35 vd.

⁸² İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin tam metni için bkz., Çeçen, A., *a.g.e.*, s. 81 vd.; Aynı Bildirgenin İngilizce metni için bkz., Brownlie, I., *a.g.e.*, s. 106 vd.; İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile ilgili ayrıntılı bilgiler için bkz., Kuçuradi İ., "İnsan Hakları Düşüncesinin Işığında İnsan Hakları Belgeleri", *İnsan Haklarının Gelişimi* (içinde), *a.g.e.*, s. 73 vd.; Uluslararası düzeyde insan haklarının korunması ile ilgili ayrıntılı bilgiler için bkz., Donnelly J., *Universal Human Rights in Theory and in Practice*, Cornell University Press, London 1989, s. 201 vd.

“İnsan hakları ve temel hürriyetler, tüm insanların doğumlarıyla birlikte kazandıkları vazgeçilmez haklardır ve kanunlarla garanti altına alınmıştır. Bunların korunması ve geliştirilmesi devletin başta gelen görevidir. Bunlara saygı, zorba bir devlete karşı asıl güvenceyi oluşturur. Bunlara uyulması ve tam olarak uygulanması özgürlüğün, adaletin ve barışın temelidir. Demokratik yönetim düzenli olarak yapılan hür ve adil seçimlerde anlamını bulan halk iradesine dayalıdır. Demokrasinin temelinde insana saygı ve hukukun üstünlüğü yatar. Kimse hukukun üstünde değildir.”

Yine 1990 tarihinde gerçekleştirilen AGİK⁸⁷ Kopenhag Toplantısı'nda kabul edilen Sözleşme de insan hakları ve temel özgürlükler, adalet, barış ve hukuk devleti bağlamında önemli düzenlemeleri kapsamaktadır. Gerçekten bu Sözleşme'de aşağıdaki şu hükümler dikkatleri çekmektedir;

“Sözleşme'ye katılan devletler, insan hakları ve temel özgürlüklerin korunmasının ve geliştirilmesinin devletin başta gelen görevlerinden olduğu inancını belirtir ve bu hak ve özgürlüklerin tanınmasının adalet ve barışın temeli olduğunu doğrular. Bu devletler, hukuk devletinin temellerini oluşturan adalet ilkelerini desteklemeye ve geliştirmeye kararlıdır. Hukuk devletinin yalnızca demokratik düzenin kurulmasında ve yaşama geçirilmesinde düzeni ve tutarlılığı sağlayan bir biçimsel yasallığı değil, insanın yüce değerlerinin tanıtımına ve tam olarak kabul edilmesine dayalı adaleti ve güvenceyi ifade ettiği görüşündedirler. Demokrasi hukuk devletinin bir ögesidir.”

⁸³ “Direnme hakkı” (teşkilatlanmamış müeyyideler) ile ilgili ayrıntılı bilgiler için bkz., Kapani, M., *a.g.e.* s. 301-317; ayrıca bkz., supra s. 15 ve 24.

⁸⁴ Bu Sözleşme ile ilgili ayrıntılı bilgiler ve Sözleşme'nin tam metni için bkz., Çeçen, A., *a.g.e.*, s. 423 vd.; Mumcu, A., *a.g.e.*, s. 105 vd.; Bazı hukukçular bu Sözleşme için, “özgürlükçü ortak kültürel mirasın bir izdüşümü ve Avrupa'nın Anayasası'dır” demektedirler, Selçuk, S., *Demokrasiye Doğru*, Ankara, 1999, s. 154. Ayrıntılı bilgiler için bkz., *a.g.e.*, s. 129-165.

⁸⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgiler için bkz., Drzewicki, K., “The UN Charter and the Universal Declaration of Human Rights”, in *An Introduction to the International Protection of H. R. Turcu*, 1997, s. 65 vd.

⁸⁶ Paris Şartı ile ilgili ayrıntılı bilgiler için bkz., *ibid.*, s. 641 vd.; Çavdar, O. A., *İnsan Haklarının Gelişimi*, *a.g.e.*, s. 9.

⁸⁷ Önceleri “Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı” (AGİK) olarak tanımlanan bu konferanslar dizisi, daha sonra, 5-6 Aralık 1994 Budapeşte Zirvesi'nde alınan kararlar doğrultusunda bir örgüt kimliğine kavuşmuş ve adı “Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı” (AGİT) olarak değiştirilmiştir.

Kopenhag Sözleşmesi'nin önemi, hukuk devleti ile ilgili olarak, sadece yukarıda değinilen cümleleri kapsamaması değildir. Sözleşme aşağıdaki somut ilkeleri de hukukun üstün olduğu bir devlet yapısı için saptamaktadır. Bu ilkeler araştırma konumuz olan hukukun üstünlüğü ve insan haklarına dayalı demokratik hukuk devleti kavramı açısından son derece önemli somut ilkeler olduğundan aşağıda ana başlıklar halinde sıralanmıştır;

1. Özgür iradeyi, gizli oyla yansıtan özgür seçimlerle oluşan parlamentoların varlığı,
2. Yürütme erkinin seçilmiş parlamento ve seçmenler önünde sorumlu olduğu bir yönetim biçimi,
3. Hükümetin ve kamu otoritelerinin anayasa ve yasalara uyma yükümlülüğü,
4. Devlet ile iç içe girmeyen siyasi partiler (açık ayrılık) aracılığıyla, temsili demokrasinin yürütülmesi,
5. Yargı erkinin yasalara uygun davranması,
6. Askeri güçlerin ve polis sivil otoritelerin denetimi altında faaliyet göstermeleri,
7. İnsan hakları ve temel özgürlüklerin, uluslararası hukuka uygun olarak anayasa ve yasalarla güvence altına alınması,
8. Yasaların yayımlanmadan uygulanamaması ve bu yasaların herkes için ulaşılabilir olması,
9. Yasalar önünde herkesin, en ufak ayrımcılık olmaksızın eşit olması,
10. Tüm yönetsel kararlara karşı, yargı yolunun açık olması,
11. Tüm yönetsel kararların gerekçeli olması,
12. Yargı ve yargıç bağımsızlığının güvence altına alınması,
13. Savunma bağımsızlığı ve avukatların özgür çalışma olanaklarına kavuşturulması,
14. Ceza usulünde mahkeme öncesi ve sonrasında şeffalık ilkesinin uygulanması,
15. Suç işlediği savı ile tutuklanan herkesin en kısa sürede bu konuda karar verecek yargıç önüne çıkarılması,
16. Adil ve halka açık duruşma isteme hakkının sağlanması,

17. Suç işleyen kişinin, kendini bizzat ya da avukatı aracılığıyla savunma hakkının ve mali olanaksızlık nedeniyle avukat tutamayanlar için bir avukatın yardımından ücretsiz yararlandırılmayı isteme hakkının tanınması,

18. Hiçbir kimsenin suçun unsurlarını açık ve belirgin biçimde tanımlayan bir yasayla öngörülmüş olmadıkça, bir suç işlediği savıyla suçlanamaması ve yargılanamaması,

19. “Suçsuzluğun asıl olduğu”nun her devlet tarafından tanınması,

20. İnsan haklarına ilişkin uluslararası hukuk belgelerinin, ulusal düzeyde “*hukuk devleti*”ne katkısının önemini kabul eden devletlerin, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi,⁸⁸ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi⁸⁹ ve diğer ilgili uluslararası belgelere, eğer henüz yapmamışlarsa katılmaları,

21. Avrupa İnsan Hakları Divanı’na, ilgili devlet vatandaşlarının bireysel başvuru hakkını tanımaları.

Bu ilkeler ışığında net biçimde ortaya çıkan gerçek odur ki, AGİT, güvenlik konularının yanında, “*insancıl boyutu*”,⁹⁰ artık ulusal düzeyden, “*evrensel düzeye*” taşınmış olmakta⁹¹ ve bu şekilde, “*güvenlik ve insan hakları*” bu örgüt bünyesinde aynı potaya konulmaktadır.⁹²

AGİT çerçevesinde bu gelişmeler yaşanırken, Avrupa Parlamentosu, AB mevzuatında “*insan hakları*” ile ilgili yazılı kurallar bulunmamasının rahatsızlığı içinde ve bu boşluğu doldurmak amacıyla, 28 maddeden oluşan “*Temel Haklar ve*

⁸⁸ Bu Sözleşme için bkz., Çeçen, A., *a.g.e.*, s. 98 vd.

⁸⁹ Bu Sözleşme için bkz., *ibid.*, s. 87 vd.

⁹⁰ “İnsancıl boyut” ile ilgili ayrıntılı bilgiler için bkz., Ghebali, Y. V., “Yeni Bir Avrupa İçin Paris Şartı”, *NATO Dergisi*, 5/1990, s. 1-6.

⁹¹ Stoel, M., “Kriz Önleme ve Barışın Tesisi: Agik için Zor Görevler”, *NATO Dergisi*, 3/1994, s. 7-12.

⁹² Bu çerçeve içinde iki kurum oluşturulmuş ve bu kurumlara AB destek vermiştir. Bunların ilki, “İnsan Hakları ve Demokratik Kurumlar Bürosu”, ikincisi ise “Ulusal Azınlıklar Yüksek Komiserliği”dir. Öte yandan, Orta ve Doğu Avrupa’nın yeni demokrasileri başta olmak üzere, ülkeler arasındaki sınırları pekiştirmek ve ulusal azınlıklar arasında yaşanan gerginlikleri azaltmak amacıyla bir “İstikrar Paktı” (Stability Pact) yaşama geçirilmiştir.

Özgürlükler Bildirgesi" hazırlamıştır.⁹³ 12 Nisan 1989 tarihli Bildirge, "insan onuruna ve temel haklara saygıya dayalı ortak bir hukuk geleneğinin temel öğelerini ortaya koymaktadır."⁹⁴ Bu bildiri ile Avrupa Parlamentosu;

"Örgüt içindeki temel hakların; Avrupa Topluluklarını kuran temel antlaşmalardan, üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden, yürürlükte bulunan kurumsal araçlardan kaynaklandığını ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı içtihatlarıyla geliştiğini, belirtmektedir."⁹⁵

Avrupa Parlamentosu'nda yaşanan bu gelişmelerden sonra, 28-29 Haziran 1991 tarihlerinde Lüksemburg'da toplanan AB Devlet ve Hükümet Başkanları Zirvesi;

"İnsan haklarına saygının, insan haklarının korunması ve geliştirilmesinin, hem Avrupa Siyasi İşbirliği'nin⁹⁶ hem de AB ile üçüncü ülkeler arasındaki ilişkilerin temel taşlarından olduğunu belirtmiştir.⁹⁷ Ayrıca AB Bakanlar Konseyi de, 28 Kasım 1991 tarihinde alınan "İnsan Hakları, Demokrasi ve Kalkınmaya İlişkin Karar" ile;

"AB kurumlarının insan hakları, demokrasi, hukukun üstünlüğü, kalkınma gibi ortak hedefleri kapsayan AB genel stratejisinin bir bütün olarak ele alınması gereğine olan inançlarını" dile getirmişlerdir.⁹⁸ Bu şekilde AB, bu konulara verdiği önemi bir kere daha vurgulamış olmaktadır.

Nihayet AB Devlet ve Hükümet Başkanları'nın 3-4 Haziran 1999 tarihinde Köln'de gerçekleştirdiği Zirve'de, Birlik düzeyinde geçerli olacak bir "İnsan Hakları Şartı" hazırlanması

⁹³ Bu Bildirge, genel hükümler ve son hükümler başlığı altında iki bölümden oluşmaktadır. Bildirgenin 22. maddesi "ölüm cezası"nın kaldırılmasını öngörmektedir. Bildirinin tam metni için bkz., JOCE (Journal Officiel des Communautés Européennes, Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi), 1989, C 120/51.

⁹⁴ Clapham, A., Human Rights and the European Community: A Critical Overview, European University Institute Publication, Florence, 1991, s. 192.

⁹⁵ Parliamentary Declaration of Fundamental Rights and Freedoms of 12 April 1989, JOCE (Journal Officiel des Communautés Européennes, AB Resmi Gazetesi) 1989, C 120/51.

⁹⁶ Avrupa Siyasi İşbirliği ile ilgili ayrıntılı bilgiler için bkz., Günuğur, H., "Avrupa Siyasi İşbirliği ve Türkiye", İKV yay., no: 107-108, İstanbul 1992, s. 27

⁹⁷ Duparc, C., Avrupa Topluluğu ve İnsan Hakları, AB Komisyonu yay., 1992, s. 49.

⁹⁸ İbid, s. 53.

yolunda ilke kararı almışlardır. Bu şekilde AB, hem Avrupa Konseyi, hem de üye devletlerde tek tek geçerli olan “*insan hakları*” ile ilgili düzenlemeleri “*tek bir belgede*” kesinleştirmek ve bu hakları güçlendirmek istemiştir. Bu belgede, yalnızca insan haklarıyla ilgili konular değil, aynı zamanda, temel haklarla ilgili “*yargılama yöntemleri*” de yeracaktır.⁹⁹ Helsinki Zirvesi’nden hemen önce yapılan Köln Zirvesi’nde alınan, “*AB Temel Haklar Şartı*”nın hazırlanması kararında;

“*Bu hakların korunmasının AB’nin kurulma nedenlerinden biri olduğu ve Birliğin meşruluğu bakımından vazgeçilemez bir ön koşul olduğu*” vurgulanmaktadır. Bu karar ve belgeler, AB’nin insan hakları ve bu hakların korunması konularına ne denli önem verdiğini ve “*Türkiye’deki insan hakları sorunu*”na karşı neden bu denli duyarlılık gösterdiğini de açık biçimde ortaya koymaktadır.

Öte yandan, 10 Aralık 1999 tarihinde Helsinki Zirve Toplantısı’nda “*aday ülke*” olarak kabul gördüğümüz Avrupa Birliği’ni kuran Roma Antlaşması’nı¹⁰⁰ değiştiren, 1992 tarihli Maastricht ve 1 Mayıs 1999 tarihinde yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşmaları; hukuk devleti, hukukun üstünlüğü ve insan hak ve özgürlükleri konularında son derece duyarlı hükümleri öngörmüştür. Gerçekten Amsterdam Antlaşması’nın¹⁰¹ “*préambule*”ünde şu hüküm yer almaktadır;

“*Üye devletler özgürlüğe, demokrasiye, insan haklarıyla temel özgürlüklere ve hukuk devletine saygı gösterilmesi ilkesine bağlılıklarını doğrulayarak*...”

⁹⁹ AB Köln Zirvesi kararları için bkz., *Conclusion de la Présidence* (Başkanlık Sonuç Bildirgesi) <http://ue.eu.int/fr/info/eurocouncil/index.htm> ayrıca; Türkçe metin için bkz., *İKV Bülteni*, “Köln Zirvesi”, İstanbul, Haziran 1999, s. 3. Bu kararlar ışığında, AB’ye üye devlet temsilcileri, AP ve ulusal parlamento üyeleri, Komisyon başkanından bir kurul oluşturulacak ve bu kurula Avrupa Toplulukları Adalet Divanı temsilcileri yargıçlar ile ESK ve Bölgeler Komitesi üyeleri görüşlerini sunacaklardır.

¹⁰⁰ Bu Antlaşma 1 Ocak 1957 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Roma Antlaşması’nın çevirisi için bkz., Günuğur, H., TOBB yayını, Ankara 1988.

¹⁰¹ Amsterdam Antlaşması için bkz., *Traité d’Amsterdam*, pub. off. de l’UE, Luxembourg 1999.

Aynı Antlaşma'nın 6. maddesi, bu ana ilkeyi biraz daha açmaktadır. Bu maddeye göre;

"Birlik,¹⁰² üye devletlerin ortak ilkeleri olan hürriyet, demokrasi, insan hakları ve temel özgürlüklere saygı ile hukukun üstünlüğü ilkeleri üzerine kurulmuştur."

Yine aynı Antlaşma'nın 11. maddesinde de hukuk devleti ilkesi bu kez *"ortak dış politika ve güvenlik politikası"* açısından da doğrulanmaktadır. Bu maddenin 1. fıkrasının 5. paragrafına göre;

"Birliğin ortak dış politika ve güvenlik politikasının amaçları arasında demokrasi, hukuk devleti, insan hakları ve temel özgürlüklere saygının geliştirilmesi ve güçlendirilmesi olacaktır."

Yine Amsterdam Antlaşması'na ekli üye devletlerin bir niyet bildirimini (déclaration d'intention) ile, yukarıda değindiğimiz Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi'ne ekli 6 No'lu Protokol'ün ölüm cezalarının kaldırılmasını öngördüğü anımsatılarak, bir hukuk devletinde *"ölüm cezaları"*nın bulunmaması ve eğer bu ceza hala yürürlükte ise, kaldırılması gereği üzerinde durulmuştur.

b. Ulusal Düzeyde

aa. Genel Olarak

Hukuk devleti ve hukuk devletinde olmazsa olmaz¹⁰³ koşul niteliğindeki *"hukukun üstünlüğü"* kavramı ile, yine hukuk devleti olmanın bir gereği olarak *"insan hak ve özgürlüklerine saygı ve bu hakların güvenceye alınması"* bakımından, yukarıda incelenen uluslararası düzeydeki hukuk belgelerinde öngörülen ilkeler, bu sözleşmelere taraf olan tüm devletler açısından *"ulusal düzeyde"* uygulanmak durumundadır. Hukukun temel ilkelerinden biri olan *"ahde vefa"* (pacta sunt servanda) kuralı bu yükümlülüğü getirmektedir. Bu hukuksal çerçeve içinde,

¹⁰² "Birlik" deyimini ile "Avrupa Birliği" kastedilmektedir.

¹⁰³ "Sine qua non".

özellikle uluslararası hukuk belgelerine imza koyan ve iç hukuk bakımından gerekli onay işlemlerini tamamlayan devletler hukukun üstünlüğü ve temel hak ve özgürlükler bakımından çağdaş hukuk devleti olmanın gereğini yerine getirmişlerdir.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi doğrultusunda, yasama, yürütme ve yargı erkleri bakımından, çağdaş hukuk devletlerinin ulusal düzeyde yapmak zorunda olduğu düzenlemelere kısaca değinmekte yarar vardır.

bb. Hukukun Üstünlüğü ve Yasama Erki

Hukukun üstünlüğü ilkesinin geçerli olduğu her devlette yasama organının göz önüne almak ve zorunlu biçimde uygulamak zorunda olduğu kimi kurallar vardır. Bu kurallara gereken saygının gösterilmemesi yasama organını, gerek kendi toplumu, gerekse uluslararası toplum önünde son derece güç durumda bırakır. Böyle bir durumda uluslararası düzeyde o devlete karşı ciddi bir güven bunalımı ve reaksiyon ortaya çıkar. Bunun doğal sonucu, uluslararası kamuoyunun o devlete karşı tutum alması, hatta söz konusu devletin dışlanmasıdır. Böyle bir ortamda, ulusal düzeyde de pek farklı bir tablo ortaya çıkmayacaktır. Gerçekten, yasama erkine olan toplumsal güvenin sarsılması, bir anlamda demokrasiye olan güvenin de sarsılması anlamına gelir ki, bu durumda toplumda marjinal ve anti-demokratik eğilimler etkinlik kazanır. O nedenle çoğulcu ve katılımcı demokrasilerin egemen olduğu ve demokrasi geleneğinin giderek pekiştiği toplumlarda yasama organına halkın güven ve inancı en üst düzeydedir.

Buna karşın yeni kurulan demokrasilerde, kimi zaman yasama erkini elinde bulunduran siyasal partiler sahip oldukları bu erki, toplumun ortak çıkarları yönünde değil, "ucuz" iç politika hesapları doğrultusunda kullanmaktadırlar. Bu tür yaklaşım sergileyen toplumlarda "siyasal hırs ve iktidar tutkusunu" çoğu kere "demokrasi ve hukuk devleti" uygulamalarının dışına düşülmesi sonucunu doğurmaktadır. Demokrasi ve hukukun çaresizlik içine sürüklendiği durumlarda, "askeri müdahaleler"

kaçınılmaz olmakta ve ordu, asli görevi olan ülke savunması yanında, ulusal politikaların da belirleyicisi olmaktadır.

İhtilaller bir solukta yapılabilir, kimi zaman bunalımları da çözebilir. Ama bunlar hep geçicidir. Çünkü ihtilaller, Malraux'un deyişiyle, "arkalarında yıllar süren dumanlar bırakır."¹⁰⁴ "Sün-gülerle, kılıçlarla iktidar olunabilir, ama üzerlerine oturulamaz."¹⁰⁵

Tarih, askeri gücün bu tür girişimlerinin örnekleriyle doludur. Türkiye bu tür girişimleri bir kaç kere yaşamıştır. Yunanistan gibi "demokrasinin beşiği" olarak bilinen bir ülkede de ordu, askeri bir darbe ile yönetime 1967 yılında el koymuştur. Türkiye'de askeri yönetimler iki, üç yıl kalıcı olurken, Yunanistan'da askeri yönetim 1974 yılına kadar 7 yıl süreyle ülkeyi anti demokratik biçimde yönetmiştir.¹⁰⁶

Askeri yönetimler, demokrasinin ve onun doğal sonucu olan çoğulcu parlamenter sistemin antitezidir. Bu tür yönetimlerde yasama erki de askeri yönetimin elinde olacaktır. Dolayısıyla "hukukun üstünlüğü"nden söz edebilmek bir yana, "kapıları açık" bir yasama organından bile söz edebilmek olanaksızdır.

Bu noktada bir adım daha ileri gitmek gerekir. Kapıları açık parlamentoların varlığı bile kimi rejimlerde hukukun üstünlüğünün geçerli olduğu bir hukuk devletinin bulunduğu anlamına gelmez. Gerçekten, parlamentosu bulunmasına karşın, bu parlamento bünyesinde muhalefetin olmadığı ve tek partinin iktidar tekeli elinde tuttuğu, Marksist demokrasi anlayışında da, hukuk devletinin varlığından söz edebilmek olanaksızdır. Kaldı ki kimi devletlerde çok partili demokrasiler bile aşağıda sıralayacağımız ilkelere uymuyorlarsa, bu demokrasilerin de hukukun üstünlüğü ilkesini uygulamaya koyduklarını söyleyebilmek güçtür.

¹⁰⁴ Selçuk, S., *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, Ankara 1998, s. 325.

¹⁰⁵ *ibid*, s. 322.

¹⁰⁶ Bu süre içinde Avrupa Konseyi'nden çıkarılmak durumunda kalmamak için, Yunan Askeri Cuntası Konseyi'den kendiliğinden çekilmiştir. Buna karşılık 12 Eylül 1980 askeri müdahalesi sonrasında Türkiye'nin, Avrupa Konseyi'ne verdiği "en kısa süre içinde demokrasiye dönme" güvencesi yeterli görülmüş ve Türkiye Avrupa Konseyi'nden çıkartılmayarak, ilişkiler bir bekleme sürecinde tutulmuştur.

O halde bir ülkede, içinde muhalefetin de yer aldığı bir parlamenter sistemin bulunması “*hukuk devleti*”nin ayırıcı özelliği değildir. Bu özellik, demokratik sistemlerde yasama erkinin hukuka saygılı olmasından geçer. Yasama organı tarafından çıkartılacak yasalarda aşağıdaki ilkelere gereken özen ve saygınlığın gösterilmesi gerekir;

1. Çıkartılacak yasaların insan hak ve özgürlüklerini kısıtlamaması¹⁰⁷,

2. Kişi, sınıf, ırk, dil, din, mezhep, cinsiyet farklılıkları göstermemesi,

3. Azınlıklara ve onların haklarına gereken özenin gösterilmesi,

4. Geçmiş kapsayan yasaların çıkartılmaması,

5. Siyasal partilerin ve parlamenterlerin, ellerinde bulundurdukları yasama erkini, parti çıkarları ya da kişisel çıkarlar için değil, toplumsal çıkarlar için kullanmaları,

6. Çıkartılacak yasaların ilgilendirdiği toplum kesimleri örgütlerinin görüş ve önerileri alınarak kabul edilmesi,¹⁰⁸

7. Parlamenterlerin hak, adalet ve nasafet duygularından asla ödün vermemeleri,

8. Yasa çıkarma tekelinin başkaca organlara verilmesine karşı tavır sergilemeleri,¹⁰⁹

İşte, hukukun üstünlüğünün geçerli olduğu tüm çağdaş hukuk devletlerinde yasama erki, kabul edeceği hukuk düzenlemelerinde, bu genel ilkeler doğrultusunda hareket etmek durumundadır.

¹⁰⁷ “Özgürlük asıldır. Hukuk insanı özgürleştirdiği oranda meşrudur”, Selçuk S., *Demokrasiye Doğru*, s. 164.

¹⁰⁸ “Ekonomik ve Sosyal Demokrasi” adını verdiğimiz ve tüm çağdaş toplumlarda geçerli olan bu uygulama için bkz., *supra* s. 29.

¹⁰⁹ Bu ilkeler sınırlayıcı (tadadi) nitelikte değildir.

cc. Hukukun Üstünlüğü ve Yürütme Erki

Hukukun üstünlüğü ilkesi, yalnızca yürütme erkinin görevini kötüye kullanmasına karşı uygun tedbirleri almakla değil, öncelikle toplumun huzur ve düzeni ile refahı için gereken ekonomik ve sosyal şartların sağlanmasıyla gerçekleştirilebilir.¹¹⁰ Bu açıdan bakıldığında, yasama erkinden farklı olarak, hükümetlerin yasaları uygulama yükümlülüğü (aynı zamanda "hakkı") bulunduğundan, bu uygulamanın bütünüyle objektif nitelik taşıması ve ayırım gözetici biçimde olmaması bir ülkede hukukun üstünlüğünün sağlanması bakımından zorunlu unsurlardan biri olmaktadır.

Yürütme erkinin, hukukun üstünlüğünün sağlanması için ne tür kurallarla bağlı olması gerekeceği konusunda, Uluslararası Hukukçular Kongresi, 1959 yılında Hindistan'ın Delhi kentinde toplanarak kimi saptamalar yapmıştır. Bu saptamalara şu şekilde değinebiliriz;

1. Yürütme erkinin, bireyin şahsını, mallarını ya da haklarını ihlal eden tüm tasarrufları yargısal denetime konu olmalıdır.

2. Yürütme erkinin bir tasarrufu nedeniyle zarara uğrayan bireyin, devlete ya da zarara neden olan yerel yönetimler aleyhine yargı yoluna başvurma hakkı olmalıdır.

3. Yürütme erkinin tasarruflarına karşı yargısal denetim, uzman idare mahkemeleri ya da normal mahkemeler tarafından yapılmalıdır.

4. Yürütme erkinin bir idari tasarrufu yapılmadan önce, bu tasarruftan etkilenecek ilgililere hak ve çıkarlarını savunma olanağı verilmelidir.

5. Yürütme erkinin tüm kararlarının, gerekçeli olması ve istem halinde taraflara bu gerekçelerin açık biçimde bildirilmesi gerekir.

6. Yürütme erki, yasama organının kimi yetkilerini kanun hükmündeki kararnamelerle (KHK)¹¹¹ kullanabilir. Ancak bu

¹¹⁰ Ünal, Ş., *a.g.e.*, s. 88.

¹¹¹ Bu uygulama Fransız hukukunda da bulunmaktadır. Yapılacak düzenlemeye "Décret-Loi" adı verilmektedir.

tür yetki devri minimum düzeyde olmalı ve kapsamı son derece dikkatli biçimde çizilmelidir. Bu tür düzenlemelere savaş hali, kıtlık ve ulusal felaket gibi durumlarda başvurulmalıdır. Ancak bu durumlarda bile hukukun üstünlüğü ilkesi, söz konusu yetki devrinin kapsam ve amacının dikkatle belirlenmesi için her türlü çaba gösterilmesini ve yetkinin kullanılma yöntemlerin net biçimde saptanmasını kapsar. Bu tür düzenlemelerden doğan sorunlara karşı yargı yolu kesinlikle açık olmalıdır. Yürütme erki tarafından çıkartılacak bu tür düzenlemelerin izlenmesi için yasama erki tarafından, ona bağlı olarak görev yapan, bir komite ya da komiser atanmalı veya bir kamu denetçiliği mekanizması (ombudsman) oluşturulmalıdır.

7. İnsan hakları ve temel özgürlükler alanında yasama yetkisinin, yürütme erki tarafından kararname yoluyla kullanılması hiçbir şekilde söz konusu olamaz.¹¹²

Hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti kavramları, yürütme erkinin kullanılmasında "*hukuka ve kişi haklarına saygı*"yı ön plana çıkarmaktadır. Hükümet uygulamalarında "*görülen lüzum üzerine*" şeklindeki gerekçe, artık gerekçe olmaktan çıkmış ve hukukun üstünlüğünün egemen olduğu çağdaş demokratik toplumlarda bu terkedilmiştir. İdarenin takdir yetkisi "*kamu yararı*" ile sınırlıdır ve asla "*keyfilik*" görünümü sergilememelidir.

İdarenin takdir yetkisinin sınırlandırılması ve belli kuralara bağlanması amacıyla üyesi bulunduğumuz Avrupa Konseyi bünyesinde çalışmalar yapılmış ve Bakanlar Komitesi'nde önemli kararlar alınmıştır. İdari makamların takdir yetkisini kullanırken dikkat etmesi gereken hususları belirleyen bu kararlara da kısa başlıklar halinde değinmekte yarar vardır;

1. İdare kendine tanınan "*yetki sınırları*" içinde kalmalıdır.
2. İdare yalnızca somut olayla ilgili önemli etkileri göz önüne almalı ve "*tarafsız*" kalmalıdır.
3. İdare yasalar önünde "*eşitlik ilkesi*"ni gözetmelidir.

¹¹² Ünal, Ş., a.g.e., s. 89.

4. İdari kararlar güdülen amaç ile kişi hakları, özgürlükleri ve çıkarları arasında “denge” kurulmalıdır.

5. İdari karar, olayın özellikleri göz önünde tutularak “*ma-kul bir süre*” içinde verilmelidir.

6. İdare, karar öncesinde her olayın özelliklerini inceleyerek, genel idari uygulamaları amacına uygun olarak yapmalıdır.¹¹³

dd. Hukukun Üstünlüğü ve Yargı Erki

Çağdaş bir toplumda hukukun üstünlüğünün sağlanması, kuvvetler ayrılığı sisteminde, en az yasama ve yürütme erkinin hukuk devleti ilkelerine uyumu kadar, hatta daha da önemlidir. Adaletin yanlı dağıtıldığı toplumlarda, dava taraflarının kendilerini güven içinde hissedebilmeleri olanaksızdır. Yargı yansız ve bağımsız değilse kime güveneceksiniz? Yargının güven vermediği bir toplumda, sistemin arıtma mekanizması çalışmıyor demektir. O zaman kirlenen sistemi arıtma işinin bizzat bireylerce yapılmasına kimse şaşırılmamalıdır.¹¹⁴ Kaldı ki, kimi durumlarda yargıcın baktığı davalarda bizzat “*idare*” taraf olmaktadır. Dolayısıyla, adil karar vermek durumunda olan yargıcın, yürütme erkinden bağımsız olarak yargısal kararını verebilmesi için her türlü güvenceye sahip olması gerekir. Adalet herkesin yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı organı önünde adil biçimde yargılanmasını gerektirir.

Olması gereken uygulama bu olmakla birlikte, yargı bağımsızlığı, içinde AB ülkeleri de dahil bir çok ülkede gerektiği gibi uygulanmamakta ve yargı, siyasal iktidarın etkisi altında kalabilmektedir. Bu saptamayı yapabilmek için yargıçların atanma ve yer değiştirme yöntemlerine bakmak yeterli olacaktır. İsviçre gibi ülkelerde yargıçları halk seçer. Ancak bu yöntem dahi, seçimlere siyaset karıştırılması nedeniyle eleş-

¹¹³ Bakanlar Komitesi'nin bu kararı için bkz., *Collection of Recommendations, Resolutions and Declarations of Committee of Ministers Concerning Human Rights*, Strasbourg, 1981, s. 81.

¹¹⁴ Selçuk, S., *Demokrasiye Doğru*, s. 125.

tirilmektedir. Kimi Avrupa ülkelerinde yargıçlar yasama ve yürütme organları tarafından atanmaktadır. Bu yöntem ise yargıçları, kendilerini atayan organlara bağımlı hale getirmektedir. Türkiye de dahil Fransa ve İtalya'da yargıçların atanma, meslekte ilerleme ve diğer özlük işleri "özel kurullar" tarafından yapılmaktadır. Ancak bu kurullarda siyasi iktidarın temsilcisinin bulunması (Adalet Bakanı) kimi endişeleri beraberinde getirmektedir. Buna karşılık yargıçların salt hakimlerden oluşan özel kurullar tarafından idaresini öngören "saf kooptasyon sistemi" ise hiç bir ülkede gerçekleştirilememiştir.¹¹⁵ Gerçek çağdaş demokrasilerde bile yargıçların atanma ve yer değiştirmeleri siyasal iktidarların doğrudan ya da dolaylı biçimde etkisi altında kalmaktadır. Dolayısıyla, mesleki kariyerini "Demokles'in Kılıcı" gibi elinde tutan bir siyasal iktidara karşı yargıcın objektif kalabilmesi zordur.

Hukukun üstünlüğü ilkesinin başlıca savunucusu yargı erkidir. Çünkü yargı "adalet dağıtım tekeli"ne sahiptir. Yasama ya da yürütme erkinin yaptığı hukuksal düzenlemeleri veya uygulamaları anayasa veya idari yargı yoluyla denetleyecek olan ve bunlardan doğan sorunları "hukuk kantarı"na vuracak olan "yargı erki"dir. Bu açıdan kuvvetler ayrılığı ilkesi içinde yargı erkine düşen görev, diğerlerine oranla çok daha anlamlıdır. Bağımsız yargı, bu nedenle hukukun üstünlüğünün egemen olduğu toplumların olmazsa olmaz unsurudur. Yasama veya yürütme organlarının hukuka tam olarak uymayan düzenleme ya da uygulamaları bulunabilir. Nitekim yargı bu yanlışlıkların giderilmesinde "adil hakem" rolü oynama gereğinden doğmuştur. Bir başka deyişle yasama ve yürütme erklerinin her ikisinin de yanlışlıkları, örneğin yasaların, anayasaya uygunluk denetimi, idarenin eylem ve işlemlerinde idari yargı denetimi gibi, gereğinde "hukuk yolu"yla düzeltilebilir. Oysa yargı erkinin "yanlış yapma lüksü" yoktur. Alt mahkemelerde alınan kararların denetimi de yine yargı erkinin bir parçası olan üst mahkemeler tarafından yapılır. O nedenle yargı, kuvvetler ayrılığı ilkesi içinde, hukukun üstünlüğünü sağlamak bakımından, güçler dengesinde ayrıcalıklı bir yere ve öneme sahiptir.

¹¹⁵ Ünal, Ş., a.g.e., s. 92.

Öte yandan yargıcın her türlü siyasal etkiden uzak olarak yargı erkini kullanması, yargıca keyfi karar verme olanağını da sağlamaz. Yargıç, yasalar, hukukun genel ilkeleri ve bu kurallarda boşluk olduğu durumlarda, "hak ve nısfet ölçüsü" ile vicdani açıdan sınırlıdır.

Uluslararası Hukukçular Komisyonu tarafından Lagos'da 1962 yılında düzenlenen bir konferansta yargı erki ve hukukun üstünlüğü başlığı altında aşağıdaki öneriler yapılmıştır;

1. Hukuk mesleği mensupları, her ülkede sade vatandaşlık görevlerinin üstünde, kendi ülkelerinde yargı bağımsızlığının gerçekleştirilmesi olanaklarını araştırmak gibi çok özel bir görevle yükümlüdür.

2. Yargıçların atanma, terfi ve görevden alınmalarının yasa veya yürütme organları tarafından yapıldıkları bilinmektedir. Bu organların görevlerini iyi yaptıkları evrensel olarak kabul görmediğinden, bu görevlerinde kalmaları önerilemez.

3. Bütün yasaların her ülkede normal mahkemeler tarafından uygulanması gerekir.

4. Yargısal görevlerin (özellikle ceza yargısı alanında) yeterli hukuk eğitimi görmemiş deneyimsiz kişiler ya da idarenin denetimine tabii memurlar tarafından üstlenilmiş olması, hukukun üstünlüğü ilkesiyle bağdaşmaz.¹¹⁶

Bağımsız yargı, hukukun üstünlüğünün vazgeçilemez ve devredilemez güvencesidir.

BÖLÜM 3

TÜRKİYE'DE HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜNÜN SAĞLANMASI

Hukukun üstünlüğü kavramına yukarıdaki bölümlerde açıklık getirdikten ve bu kavramın uluslararası hukuk belgelerinde düzenleniş biçimine ve uluslararası toplumun üyesi

¹¹⁶ *ibid*, s. 93.

olan devletler bakımından uygulanmasına değindikten sonra, bu konuyu Türk Hukuku açısından ele alacağız.

A. Genel Olarak

Türkiye’de hukukun üstünlüğünün sağlanması ve insan hakları ve özgürlüklerine dayalı “sosyal hukuk devleti”ne ulaşılabilmesi için anayasa ve yasalarda kimi hukuk kuralları öngörülmüştür. Ancak bu kuralların çağdaş toplum düzeyini yakalayabilmek bakımından yeterli olup olmadığı tartışmalıdır. Kaldı ki, ne denli çağdaş kurallar getirilirse getirilsin, bunları uygulayacak olan “insan faktörü” gerektiği şekilde bilinçlendirilemez ise sonuç almak son derece zordur.

Türkiye’de hukukun üstünlüğünün ne şekilde sağlanması gerekeceği yolunda değerlendirmeler yapmak ve kimi öneriler sunmak pek de kolay olmasa gerektir. Ancak bu konuda önümüzde son derece önemli bir model vardır. Bu model, Avrupa Birliği’ne tam üye olma yolunda artık “aday ülke” olan Türkiye’nin, diğer aday ülkeler¹¹⁷ gibi hukukun üstünlüğü açısından yapması gereken hukuksal düzenlemeleri kapsayan bir “uyum şablonu”dur. Gerçekten, Avrupa Birliği devlet ve hükümet başkanlarının, 10-11 Aralık 1999 tarihlerinde gerçekleştirdiği Helsinki Zirvesi’nde¹¹⁸ Türkiye’nin tam üyeliği yolunda aldığı ilke kararı ve ilk aşamada kendine “aday ülke” statüsü verilmesi, Türkiye’nin Avrupa standartlarında “hukukun üstünlüğü”nü yaşama geçirmesini zorunlu kılmaktadır. Türkiye’de bir çok

¹¹⁷ Polonya, Macaristan, Çek Cumhuriyeti, Slovenya, Estonya, Kıbrıs Rum Yönetimi, Malta, Litvanya, Letonya, Slovakya, Romanya ve Bulgaristan.

¹¹⁸ Helsinki Zirvesi ile ilgili değerlendirmeler için bkz., Günüşur H., “Lüksemburg’dan Helsinki’ye Uzun Kalın Yol”, *Türkiye-AB Derneği Bülteni* no: 18, Mart 2000, Ankara s. 1 vd.; Günüşur H., “Helsinki Kararları ve Tam Üyelik Sürecinde Ulusal Egemenlik Yetkilerinin Kısmen Devri ve AB Hukukunun Önceliği Sorunu”, *İGEME Dergisi*, S. 3, Ankara Ocak-Mart 2000, s. 45 vd.; Özütker U., “Helsinki Devlet ve Hükümet Başkanları Zirvesi Sonrasında Türkiye-AB İlişkileri”, *İGEME Dergisi*, S. 3, Ankara Ocak-Mart 2000, s. 8 vd.; Ayrıca, Demirel S., İrtemçelik M.A., Günüşur H., Aygün S., Bozer A., Ekbölüm B., Eser K., Fogg K., Kohen S., Özütker U., Tigrel, A.’nın Helsinki Zirve Kararlarıyla ilgili görüşleri için bkz., Helsinki Zirvesi Ardından Türkiye-AB İlişkileri, *Panel Kitapçığı*, Türkiye-AB Derneği yay., Ankara 2000.

siyasi kişi ve çevre, hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir hukuk devleti olabilmek için Türkiye'nin bu düzenlemeleri, Avrupa istediğinden değil, kendiliğinden ve "kendi insanı" için yapması gerektiğini savunmaktadır.¹¹⁹ Ancak, gerçeği söylemekten kaçmamalıyız ki, AB'ye tam üyelik sürecine girilmese ve devletin hukukun üstünlüğü ve insan hakları konusunda "uluslararası yükümlülüğü", şimdilerde olduğu gibi net biçimde ortaya çıkmasa, bu düzenlemeler kimbilir daha kaç yıl sonra Türkiye tarafından yaşama geçirilebilirdi. Bu nedenle, Helsinki kararları sonrasında, AB'ye tam üyelik sürecinin başlamış olması, aşağıda değineceğimiz ve hukukun üstünlüğünün, insan haklarının ve hukuk devleti olmanın gereklerinin bir an önce yerine getirilmesine önemli bir katkı sağlayacak ve ivme kazandıracaktır.

Avrupa Birliği'ne tam üyelik ciddi bir "hukuk reformu"nu beraberinde getirecektir. Bu reformun temel ilkeleri, ünlü Kopenhag Kriterleri adı altında AB siyasi liderleri tarafından 1993 yılında Kopenhag'da belirlenmiştir. Türkiye'de hukukun üstünlüğü konusundaki değerlendirmelere geçmeden önce Kopenhag Kriterleri'ne kısaca değinmekte yarar vardır.

AB'ye tam üye olacak aday ülkelere 1993 yılından bu yana uygulanan Kopenhag Kriterleri'ni üç başlık altında toplayabiliriz.

- **Siyasal Kriterler:** Siyasal içerikli "hukuksal düzenlemeler" olarak da nitelendirebileceğimiz bu kriterler; demokrasi, hukukun üstünlüğü, insan hak ve özgürlükleri, azınlık hakları ve bu kavramları sağlıklı biçimde uygulamaya koyacak kurumların varlığıdır. Siyasal kriterlerin yaşama geçirilmesi, Türkiye'nin AB ile tam üyelik görüşmelerine başlayabilmesi için gerekli ve yeterlidir.¹²⁰

- **Ekonomik Kriterler:** Özgür rekabet ve piyasa ekonomisi ile Avrupa Para Birliği ve EURO'ya uyum için gerekli düzen-

¹¹⁹ Demirel, S., *ibid*, s. 25-26.

¹²⁰ Yalnızca Türkiye değil, tüm aday ülkeler bu kriterlere uymak zorundadır. AB'ye tam üyeliğe aday 12 ülkedeki uygulamalar için bkz., *Demokrasi ve İnsan Hakları*, İKV yay. no: 147, İstanbul 1997, s. 17-21.

lemeleri yapmaktır. Bu kriterlere uyum sağlanmış olması, tam üyelik görüşmelerine başlayabilmenin ön koşulu değildir. Katılma görüşmeleri sürecinde de ekonomik kriterlere uyum sağlanabilir. Ancak tam üyelik öncesinde bu kriterlerin tamamının Türkiye tarafından yerine getirilmesi gereklidir.

• **Hukuksal Kriterler:** AB hukuk normları (mevzuat) bütünü anlamına gelen "*Acquis Communautaire*" e her aday ülkenin uyum sağlaması, "*teknik hukuk düzenlemeleri*" olarak nitelendirebileceğimiz bu mevzuatı kendi hukuk düzenine aktarması gereklidir. AT Adalet Divanı kararları (yargısal içtihatlar) da dahil yüz bin sayfayı bulan bu mevzuatın Türkçe'ye çevrilmesi, yasa, tüzük ve yönetmeliklerle ulusal mevzuat haline dönüştürülmesi Türkiye'nin "*ev ödevi*" olarak da nitelendirilebilir. Bu düzenlemelerin yapılması yetmez, "*etkin biçimde uygulanması*" da zorunludur. Dolayısıyla, TBMM ve Hükümet'in bir şantiye görünümü içinde çalışması ve en kısa süre içinde bu yasal düzenlemeleri kabul etmesi ve uygulamaya koyması gereklidir.

Kısacası, siyasal içerikli hukuksal kriterler, ekonomik kriterler ve teknik hukuk kriterlerine göre öncelikle gerçekleştirilmelidir. Bu nedenle, siyasal nitelik taşıyan, ancak hukuksal sonuçlar doğuracak olan düzenlemeler, Türkiye'de bir an önce yaşama geçirilmelidir. Bunların başında, TBMM tarafından yapılacak "*anayasa değişiklikleri*" gelmektedir. AB ülkelerinin anayasalarının tamamında yer alan, "*ulusal egemenlik yetkilerinin devri ve/veya diğer üye devletlerle ortaklaşa kullanımı*" ile AB hukuku veya uluslararası hukukun, ulusal hukuklara üstünlüğünün tanınması, Anayasamızda yapılacak birinci öncelikli düzenlemeler arasında yer almaktadır. Bu düzenlemeler karşısında Türk Anayasası'nın konumuna aşağıda değinilecektir.

Hukukun üstünlüğünü sağlamak bakımından Türkiye'de yapılması gereken düzenlemelere önce Anayasa, daha sonra da yasalar açısından yaklaşmak gerekir.

B. Anayasa ve Hukukun Üstünlüğü

a. TC Anayasası'nın Genel Çerçevesi

Türkiye Cumhuriyeti'nin, "kuvvetler ayrılığı" ilkesinin uygulandığı bir devlet olduğu, 1982 Anayasası'nın "başlangıç" bölümünde öngörülmüştür. Dolayısıyla yasama, yürütme ve yargı erkleri birbirlerinden bağımsız oldukları, bu güçlerin birinin diğerine üstünlüğünün söz konusu olmadığı, aralarında bir işbölümü ve işbirliği olduğu, üstünlüğün ancak anayasa ve yasalarda olduğu, yine Anayasa'nın başlangıç bölümünde hüküm altına alınmıştır. Her ne kadar 1982 Anayasası, "hukukun üstünlüğü" deyimine açık biçimde yer vermiyorsa da bu kavramın ayrılmaz bir parçası olan kuvvetler ayrılığı ilkesinin, hukuk devleti kavramının, temel hak ve özgürlüklerin 1982 Anayasası'nın güvencesi altında olduğu öngörülmüştür.

1982 Anayasası'nın 1. maddesi, devletin şeklini bir "Cumhuriyet" olarak belirlemekte ve hemen arkasından 2. maddede Cumhuriyet'in nitelikleri sıralanmaktadır. Buna göre;

"Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk Milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik¹²¹ ve sosyal bir hukuk devletidir."

Anayasamızda "egemenliğin aidiyeti" 6. maddede düzenlenmiştir. Buna göre;

"Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir."

Türk Milleti egemenliğini Anayasa'nın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanır."

Anayasamız, "egemenliğin aidiyeti" ile ilgili bu genel kuralı koyduktan sonra, "egemenliğin kullanımı" ile ilgili ilkeleri 7, 8 ve 9. maddelerde belirlemiştir. Söz konusu maddeler şöyledir;

¹²¹ "Laiklik kavramı" için bkz., Esen, B. N., "Vicdan Hürriyeti ve Laiklik", *Türkiye'de İnsan Hakları* (içinde) AÜHF Yayını, no: 256, Ankara 1970, s. 11-29; Bu konudaki tartışmalarda Erdoğan Teziç, Bülent Tanör, Çetin Özek ve Necip Bilge'nin görüşleri için bkz., a.g.e., s. 30-39.

Madde 7

Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'nindir. Bu yetki devredilemez.

Madde 8

Yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.

Madde 9

Yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.

Hukukun üstünlüğünün sağlandığı, bir çok çağdaş devlet anayasasında, egemenliğin aidiyeti ve kullanımı ile ilgili benzer hükümler, belki farklı cümlelerle ve fakat aynı özde yer almaktadır. Ancak kimi uluslararası bağitlar nedeniyle egemenliğin kısmen de olsa devri, özellikle Kıta Avrupası ülkelerinde söz konusudur. Buna karşılık TC Anayasası egemenlik devri konusuna yabancıdır. Bu konuya Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne tam üyeliğinin getireceği hukuk düzenlemeleri başlığı altında yeniden döneceğiz.

Öte yandan temel hak ve özgürlükler, sosyal hukuk devleti, adalet gibi kavramlar; *"Devletin temel amaç ve görevleri"* başlığını taşıyan Anayasa'nın 5. maddesinde öngörülmüştür. Egemenliğin aidiyeti ve kullanımıyla ilgili olarak yukarıda değindiğimiz maddelerin yanısıra, *"Kanun önünde eşitlik"* (m. 10), *"Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü"* (m. 11), Anayasa'nın *"Genel Esaslar"*ını düzenleyen 1. Kısmı'nda yer almaktadır. Çağdaş ve modern anayasaların önemli bir bölümünde başlangıçta yer alan *"hukukun üstünlüğü"* ilkesi, 1982 Anayasası'nın hiçbir yerinde bulunmamaktadır. Buna karşılık *"sosyal hukuk devleti, temel hak ve özgürlükler, adalet"* gibi kavramlar Anayasamız'da yer almaktadır. Hukukun üstünlüğü kavramının ayrılmaz parçası olan *"temel hak ve özgürlükler"* Anayasamız'ın 12-74. maddeleri arasında yer almaktadır. Toplam 63 maddeden oluşan Anayasa'nın bu II. Kısmı, 4 bölüme ayrılmaktadır. Bu bölümler şunlardır;

1. Genel Hükümler (m. 12-16)
2. Kişinin Hakları ve Ödevleri (m. 17-40)
3. Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler (m. 41-65)¹²²
4. Siyasi Haklar ve Ödevler (m. 66-74)¹²³

Anayasa'nın III. Kısım "kuvvetler ayrılığı" ilkesi çerçevesinde, "yasama, yürütme ve yargı organları", görev ve yetkileriyle ilgili hükümleri öngörmekte, IV. Kısım'da "mali ve ekonomik hükümler" yer almakta, V. Kısım'da "çeşitli hükümler" başlığı altında inkılap¹²⁴ kanunlarını düzenlemekte, VI. Kısım'da "geçici hükümler" öngörülmektedir.¹²⁵ Anayasa'nın VII. Kısım, 3 maddeden oluşan "son hükümler" başlığını taşımaktadır.

b. Anayasa'da Yapılması Gerekli Düzenlemeler

aa. Egemenlik ve Kullanımı ile İlgili Düzenlemeler

Yukarıda değindiğimiz 1982 Anayasası'nın genel ilkelerinin, Avrupa Birliği (AB) ve Birliğin "uluslarüstü hukuk sistemi" ile uyum içinde olduğunu söyleyebilmek güçtür. Bu nedenle, ciddi bir anayasa revizyonu gereklidir. Bu revizyon sadece AB'ye tam üye olarak katılmak bakımından değil, "hukukun üstünlüğü"nü Türkiye'de yaşama geçirmek bakımından da son derece önemlidir. Buna karşılık, eğer Türkiye, Avrupa Birliği'ne

¹²² "Tanrı'nın günü sefaletle pençeleşen kitleleri, herşeyden önce insan haysiyetine yaraşır bir düzeye kavuşturmak lazımdır. İşte anayasalarda, program-hükümler olarak adlandıracağımız Sosyal ve Ekonomik Haklar bu hedefi güderler", Kapani, M., "Dünya ve Türkiye'de İnsan Haklarına Genel Bakış", *Türkiye'de İnsan Hakları* (içinde), a.g.e., s. 9; Sosyal ve ekonomik haklarla ilgili ayrıntılı bilgiler için bkz., Talas, C., *ibid*, s. 217-233; Yine sosyal ve ekonomik haklar içinde Anayasa'da düzenlenen (m. 42) eğitim ve öğrenim hakkı ile ilgili ayrıntılı bilgiler için bkz., Soysal, M., *ibid*, s. 245-256.

¹²³ "Siyasal Haklar kavramı"nın doktrin tartışmaları ve tarihsel gelişimi için bkz., Daver, B., a.g.m., s. 41-64. Bu konudaki tartışmalarda Erdoğan Teziç, Bülent Tanör, B. Nuri Esen, Münci Kapani, A. Taner Kışlalı, Çetin Özek'in görüşleri için bkz., a.g.e., s. 65-72.

¹²⁴ Anayasa "devrim" kelimesi yerine, "inkılap" kelimesini kullanmaktadır.
¹²⁵ Geçici 1. maddeye göre; "Anayasa'nın, halkoylaması sonucu kabul ve ilan edilmesiyle birlikte Milli Güvenlik Konseyi Başkanı, Cumhurbaşkanı sıfatını kazanarak, yedi yıllık bir dönem için, Anayasa ile Cumhurbaşkanı'na tanınan görevleri yerine getirir ve yetkileri kullanır". Anayasa'nın halk oylaması sonucunda kabul edilmesiyle birlikte, bu hüküm çerçevesinde Milli

tam üye olacaksa (ki bu konuda “siyasi karar” verilmiştir), anayasal revizyon kaçınılmaz olmaktadır. Anayasa’da öngörülen “egemenlik kavramı ve bunun kullanımı” ile ilgili bazı saptamalara girmek ve bu açıdan, AB’ye üye devletlerin anayasalarından örnekler vermek gerekir inancındayız.

AB Ülkelerinde Egemenlik Kısıtlamaları ve AB Hukukunun Önceliği

AB’ye tam üyelik, uluslararası değil, “uluslarüstü”¹²⁶ (supranational) bir örgüte ve hukuk sistemine katılmak anlamına gelir. Gerçekten bu örgüt, klasik uluslararası hukukta olduğu gibi, üye devletlerin egemen eşitliği üzerine değil, “ulusal egemenlik yetkilerinin bir bölümünün örgüte devri” olgusu üzerine kuruludur. Üye devletlerden devraldığı bu egemenlik parçaları ile kendine bir “egemen yetki alanı” yaratan AB, devraldığı bu yetkileri kullanarak tüm üye devletleri, doğrudan ya da dolaylı biçimde bağlayıcı hukuk normları koymaktadır. Bu hukuk normları içinde, “tüzükler” (Règlements) doğrudan bağlayıcı

Güvenlik Konseyi Başkanı 7 yıllık bir süre için Cumhurbaşkanı olmuştur. Tarihte ilk defa bir anayasa kabulü ile Cumhurbaşkanı seçilmiş olmaktadır. Her ne kadar, şekli hukuk açısından bu uygulama usulüne uygunsuz da, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü kavramı açısından, gerek Türkiye’de, gerekse uluslararası düzeyde son derece eleştiri almıştır. Bu uygulamanın “demokrasi kavramına ters düştüğü” açıktır. Bu değerlendirme, özellikle geçici 2. maddede öngörülen ve tamamı askerlerden oluşan Milli Güvenlik Konseyi üyelerinin altı yıllık bir süre için “Cumhurbaşkanlığı Konseyi üyeleri” haline dönüştürülmesidir. Askeri yönetimden, çoğulcu demokrasiye geçişte, bir süre için Türkiye’de demokrasi “askeri güdüm”de kalmış olmaktadır. Öte yandan, 12 Eylül sonrasında çoğulcu demokrasiye geçilmesi sonrasında da kimi siyasilere parlamento yolunun kapatılması da “yasaklı demokrasi” deyimini Türk siyaset sahnesine taşımıştır. Özellikle çağdaş ve klasik Batı demokrasileri tarafından ciddi biçimde eleştirilen “Türk usulü” (à la turque) bu demokrasi uygulaması nedeniyle, AB (o tarihlerdeki adıyla Avrupa Toplulukları) Türkiye ile ilişkilerini askıya almıştır. 1982 Anayasası’nın, geçici nitelikte de olsa, demokrasi, adalet, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü kavramları ile uzaktan yakından ilintisi olamaz. Hukukun üstünlüğü kavramı içinde “Milli Güvenlik Kurulu” konusuna, AB’ye tam üyeliğin gerektirdiği hukuk düzenlemeleri başlığı altında ileride bkz., infra s.81 değinilecektir.

¹²⁶ Uluslarüstülük kavramı için bkz., Constantinesco V., *Compétence et Pouvoir dans les CE*, LGDJ, Paris, 1974, s. 56; Arsava, F., *Avrupa Toplulukları Hukuku ve Bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar*, SBF

kaynaklar, “yönergeler” (Directives) ve “kararlar” (Décisions) ise dolaylı biçimde bağlayıcı kaynaklardır. AB karar organı olan Bakanlar Konseyi (Conseil des Ministres), bu hukuk normlarını “oybirliği” ile değil, “oyçokluğu” ile belirlemektedir. Dolayısıyla, bir üye devlet, belirlenecek hukuk normlarına (tüzük, yönerge ve karar) ulusal çıkarları nedeniyle karşı oy kullansa bile, bu şekilde oyçokluğu ile belirlenecek hukuk normları kendini bağlayacaktır.¹²⁷ İşte, ilk kez AB örneği ile gündeme gelen “uluslarüstü hukuk”, bu noktada çarpıcı biçimde karşımıza çıkmaktadır. Bir başka deyişle, AB’de egemenlik yetkileri artık “ortaklaşa” kullanılmaktadır.

Egemen yetkilerin devri ve AB hukuk alanının yaratılması aşağıdaki tablolarda şematik olarak gösterilmektedir. Bu üç tablonun ilki, AT kurulmadan önce devletlerin egemenlik alanlarını, ikinci tablo AT kurulduktan sonra kısıtlanan egemenlik alanlarını ve üçüncü tablo ise, AT’den AB’ye geçilmesi sonrasında daha da kısıtlanan ulusal egemenlik alanlarını ve merkezde yer alan, giderek genişleyen “AB egemenlik alanını” göstermektedir.

AB kurucu antlaşmalarının hiçbirinde, örgütün “uluslarüstü” nitelikte olduğu yazılı değildir. Ancak, Topluluk Adalet Divanı’nın aldığı bir çok kararda örgütün bu özelliğinin altı çizilmiştir. Costa-Enel,¹²⁸ Nold,¹²⁹ Handelsgesellschaft,¹³⁰ Simmenthal I,¹³¹ Leonasio,¹³² Walt Wilhelm,¹³³ Politi,¹³⁴ Marimex¹³⁵ ve Van Gend et Loos¹³⁶ davalarında Divan’ın verdiği kararlarda

yayını, Ankara, 1985, s. 9-10; Günuğur H., “Certains Problèmes Juridiques qu’Entrainera L’Adhésion de la Turquie à la CE”, *Turkish Yearbook of Human Rights*, vol 7-8, Ankara, 1987; Zurcher A.J., *The Struggle to United Europe*, New-York Univ. Press, 1998, s. 72 vd.; Wiginy P., “L’Europe Politique”, in *les Nouvelles*, ed. Larcier, Bruxelles 1969, s. 101.

¹²⁷ Üye devletlere tanınan oylar için bkz., *Topluluğu Kuran Antlaşma*, m. 148.

¹²⁸ Bu dava için bkz., *RJC*, (AB Adalet Divanı Kararlar Dergisi), 1964, s. 1158 vd.

¹²⁹ Bu dava için bkz., *RJC*, 1974, s. 491 vd.

¹³⁰ Bu dava için bkz., *RJC*, 1970, s. 1135 vd.

¹³¹ Bu dava için bkz., *RJC*, 1978, s. 629 vd.

¹³² Bu dava için bkz., *RJC*, 1972, s. 296 vd.

¹³³ Bu dava için bkz., *RJC*, 1969, s. 15 vd.

¹³⁴ Bu dava için bkz., *RJC*, 1971, s. 1039 vd.

¹³⁵ Bu dava için bkz., *RJC*, 1972, s. 89 vd.

¹³⁶ Bu dava için bkz., *RJC*, 1963, s. 23 vd.

"örgütün, üye devletlerden devraldığı egemen yetkiler üzerine kurulduğu ve uluslarüstü nitelik taşıdığı"nın altı ısrarla çizilmiştir. Hatta, Handelsgesellschaft, Simmenthal I, Leonasio, Walt Wilhelm davalarındaki kararlarında Divan, "AB tüzüklerinin üye devletlerin anayasalarının bile üstünde hukuksal değer taşıdığı"nı açıkça hükme bağlamıştır.¹³⁷ AB Bakanlar Konseyi hukuk düzenlemelerini (tüzükler, yönergeler ve kararlar) oybirliği ile değil, daha çok "oyçokluğu" ile belirlemektedir. Ancak bu düzenlemeler bir kere kabul edildiğinde, oylama aşamasında karşı oy kullanan devletler tarafından da zorunlu biçimde uygulanmak durumundadır. Entegrasyon hukukunun doğal sonucu olan bu sisteme uyum sağlamak bakımından üye devletlerin tamamı, adaylık başvurusu öncesinde ya da sonrasında, "egemenlik yetkilerinin devri"ni öngören hükümleri anayasalarına koydular.¹³⁸ AB'nin "derinleşme süreci"nde, sonradan kabul edilen hukuk belgelerine (örneğin; Tek Avrupa Senedi, Maastricht ve Amsterdam Antlaşmaları) uyum için anayasalarında yeterli egemenlik devri bulunmayan devletler, yeni anayasal düzenlemeler yapma gereğini duydular.¹³⁹ Üye devletler, bununla da yetinmeyerek, "ulusal hukuk AB hukuku çatışması" halinde uygulanacak hukuk normu için AB hukukuna ya da iç hukuk karşısında uluslararası hukuka "öncelik" tanıdılar. Bu amaçla anayasalarında gerekli düzenlemeleri öngördüler. Üye devletlerin kabul ettikleri "egemen yetkilerin devri ile öncelik olgusu"nu anayasalardan örnekler vererek saptamakta yarar vardır.

Fransa

Öncelik (m. 55)

Uluslararası anlaşmalar yayımlanmalarıyla birlikte, ulusal yasalardan önce uygulanır.

¹³⁷ Günüğü, H., *Avrupa Topluluğu Hukuku*, EKO yay., Ankara 1996 s. 77.

¹³⁸ Bu düzenlemeler için bkz., *İbid*, s. 81-120.

¹³⁹ Maastricht Antlaşması'nı onaylamadan önce Fransa, 5. Cumhuriyet Anayasası'na bir madde eklemiştir. Bu değişiklik için bkz., *Fransa Cumhuriyeti Resmi Gazetesi (JORF)* 26.6.1992, s. 8406. Bu değişikliğin yorumu için bkz., Bréhier, T., "De Maastricht à la Révision de la Constitution", *Le Monde*, 11.4.1992, Paris; Jacques, J. P., "Commentaire de la Décision du Conseil Constitutionnel" no: 92/308, RTDE, 1992, s. 251 vd.

Egemenlik yetkilerinin kullanımı. (m. 88/1 ve 88/2)

5. Cumhuriyet, AB'ye üye devletlerle birlikte kimi yetkileri ortaklaşa kullanır.

Fransa, Avrupa ekonomik ve parasal birliği ve dış sınırlardan girişle ilgili kuralların belirlenmesi için gerekli "yetki devri"ne rıza gösterir.

İtalya

Öncelik (m. 10)

İtalya hukuk düzeni uluslararası hukukun genel kurallarına öncelikle uyar.

Egemenlik kısıtlamaları. (m. 11)

İtalya, karşılıklılık koşulu ile ulusal egemenlik kısıtlamalarını kabul eder.

Almanya

Öncelik (m. 25)

Uluslararası hukuk kuralları yasaların önünde yer alır ve ulusal topraklar üzerinde yaşayanlar bakımından doğrudan hak ve yükümlülükler doğurur.

Egemenlik haklarının devri (m. 24)

Federasyon, yasa yoluyla uluslararası kuruluşlara egemenlik haklarını devreder.

Yunanistan

Öncelik (m. 28/1)

Uluslararası hukuk kuralları kendine aykırılık taşıyan her ulusal yasa hükmünün üstünde yer alır.

Egemen yetkilerin devri. (m. 28/2)

Önemli bir ulusal çıkara hizmet etmek amacıyla ve öteki devletlerle işbirliğini geliştirmek bakımından, bir anlaşma yoluyla Anayasa'da belirlenen yetkilerin uluslararası kuruluşların karar organlarına devri mümkündür.

İspanya

Egemen yetkilerin devri. (m. 93)

Anayasa'dan kaynaklanan yetkilerin bir uluslararası kuruluş devri yasa ile yapılır. Uluslararası kuruluşların kararlarının yürürlüğe konulması için gerekli güvence verilir.

Portekiz

Öncelik (m. 8/3)

Portekiz'in taraf olduğu uluslararası örgütlerin yetkili organları tarafından kabul edilen normlar iç hukuk düzeninde doğrudan doğruya yürürlüğe girer ve öncelikle uygulanır.

İngiltere

Yetki devri ve doğrudan uygulanma. (m. 2/1)

İngiltere'de yazılı anayasa bulunmadığı için, egemen yetkilerin devri ve öncelik konuları "*Avrupa Toplulukları Senedi*" (European Communities Act) ile düzenlenmiştir.¹⁴⁰ Bu Senet'in 2/1. maddesine göre;

Antlaşmalardan ya da antlaşmaların uygulanmasından doğan haklar, yetkiler, sorumluluklar, yükümlülükler ve kısıtlamalarla, yine antlaşmaların uygulanması sonucunda doğan davalar ve yargısal prosedür, herhangi bir iç hukuk belgesine gerek olmaksızın, bu Senet hükümlerine göre Birleşik Krallık (İngiltere) tarafından tanınır ve uygulanır.

¹⁴⁰ Bu Senet ile ilgili ayrıntılı bilgiler için bkz., Forman, J., "The European Communities Act", *Common Market Law Review*, vol X, 1973, s. 39 vd.; Myles G., *The Legal Order of International Law*, European Community Law and the National Law of Ireland and the United Kingdom, pub. Loksley Press, Belfast, 1979, pr. 47-48.

Egemen yetkilerin devri ve AB hukukunun önceliği sorunu diğer üye devletlerin anayasalarında da düzenlenmiştir. Ayrıntılarına girmeden bu anayasaların ilgili maddelerine gönderme yapmakla yetineceğim. Belçika Anayasası m. 25/bis (Egemenlik yetkilerinin devri), Hollanda Anayasası m. 93-94 (Öncelik ve yetki devri), Lüksemburg Anayasası m. 49/bis (Egemenlik yetkilerinin devri), İrlanda Anayasası m. 29 (Öncelik), Danimarka Anayasası m. 20 (Egemenlik yetkilerinin devri).

Türk Anayasası'nda Yapılması Gerekli Egemenlik Kısıtlamaları, Uluslararası Hukukun Önceliği Sorunu ve Bu Konudaki Öneriler

AB'ye üye devletlerin anayasalarında yer alan "egemenlik devri" konusundaki düzenleme ile yukarıda değindiğimiz TC Anayasası'nın hükümleri arasında son derece ciddi bir fark bulunmaktadır. Gerçekten TC Anayasası egemenlik yetkilerinin "kısmen de olsa" devri konusunda en ufak bir hükmü kapsamamakta, herhangi bir kısıtlamayı da kabul etmemektedir. Üstelik üye devletler hukukunda, "ulusal hukuk-AB hukuku" (ya da uluslararası hukuk) çatışması halinde öncelik AB hukukuna verilirken, TC Anayasası'nın 90/5 maddesine göre uluslararası hukuk belgelerini (usulüne göre yürürlüğe konulan milletlerarası antlaşmaları) sadece "yasa hükmünde" kabul etmektedir.

Bu nitelikte katı bir anayasa, tam üye olacağımız Avrupa Birliği'ne üye devletlerin hiç birinde yoktur. Anayasamızın bu yapısı ile AB'ye tam üye olması halinde "hukuksal kaos" yaşanması kaçınılmazdır. Gerçekten, AB'ye tam üye olduğunda yasama, yürütme ve yargı yetkileri bir ölçüde kısıtlanacaktır. Bu duruma örnekler bulmak hiç de zor değildir.

Yasama yetkisi açısından bakıldığında, AB'ye tam üye bir Türkiye'nin parlamentosu tarafından kabul edilen bir yasa hükmü, AB Bakanlar Konseyi'nin, "üstelik oyçokluğu ile" çıkardığı bir tüzüğe aykırı olursa, ulusal yasa yerine AB tüzüğü uygulanacaktır. Amsterdam Antlaşması ile değişik Roma Antlaşması'nın 189. maddesine göre tüzükler, kendine aykırı olan tüm ulusal mevzuatı yürürlükten kaldırır, bu mevzuatın

yerini alır ve doğrudan uygulanır. Hatta tüzükler; yasalar bir yana, ulusal anayasalar ile çatışırsa, anayasalar değil tüzükler uygulanır. Bu durumda egemenlik yetkisini kullanan Türk Parlamentosu'nun yasa çıkarma yetkisi, ancak AB Bakanlar Konseyi'nin çıkardığı hukuk normlarına aykırılık taşımadığı sürece geçerli olacaktır. Buradaki yetki devri kesindir. Oysa Anayasa'da yasama yetkisinin devredilemeyeceği (m. 7) açıkça vurgulanmaktadır.

Yürütme yetkisi ve görevi açısından bakıldığında da aynı tablo ile karşılaşılacaktır. Gerçekten, AB'de ortak piyasa organizasyonuna dahil ürünlerde (örneğin şeker) taban fiyatları AB Tarım Bakanları Konseyi tarafından yine "oyçokluğu" ile belirlenmektedir. Oysa ülkemizde bu yetki Bakanlar Kurulu'na aittir. Tam üye olduğunda Bakanlar Kurulu'nun bu yetkisi elinden alınacak ve AB Konseyi'ne geçecektir. Bu durumda Anayasa'nın 8. maddesinde öngörülen yürütme görev ve yetkisi ile ilgili hüküm geçerliliğini yitirecek ve bu yetki, "AB Bakanlar Kurulu'nun yetkileri saklı kalmak üzere, TC Hükümeti'ne ait olacaktır" şekline dönüşecektir. Burada da yetki devri kaçınılmazdır.

Yargı yetkisi açısından da durum farklı değildir. AB'ye tam üye olduğunda, Lüksemburg'da bulunan AB Adalet Divanı'nın vermiş olduğu ve temyiz yolu kapalı olan yargısal kararlar, gerek Türkiye Cumhuriyeti'ni, gerekse onun uyruğunda bulunan gerçek ve tüzel kişileri tüm yönleriyle bağlayacaktır. Bu yargı yetkisi "zorunlu yetki" niteliğinde olup, gerçek ve tüzel kişiler bakımından "cebri icra" konusu olurlar. Tam üyelik sonrasında Türk icra makamları, Türk mahkemelerinde verilmeyen ve temyizi olanaksız olan bu kararları icra etmek zorunda kalacaktır. Öte yandan, tam üye olunmasından önce Divan tarafından verilmiş olan eski kararlarla oluşan "içtihatlar" dahi AB müktesebatının parçası olmaları nedeniyle, sonradan üye olacak Türkiye hakkında ya da bir TC vatandaşı ile ilgili olarak alınacak yargısal kararlarda da kaynak oluşturacaktır. Dolayısıyla, Anayasa'nın 9. maddesinde öngörülen yargı yetkisi, AB Adalet Divanı'nın sahip olacağı yargı yetkisinin alanı kadar daralacaktır.

Sonuç olarak, TC Anayasası, bu hali ile egemenliğin birer parçası olan yasama, yürütme ve yargı yetkileri açısından AB hukukunun temel kuralları ile taban tabana zıt bir görüntü sergilemektedir. Bu yapıya sahip bir anayasa ile AB'ye tam üye olunması son derece güçtür. Gerekli değişiklikler yapılmadan tam üye olunması halinde, AB'nin "uluslarüstü dokusu"na uyum sağlanabilmesi olanaksızdır. Bu nedenle TC Anayasası'nın 6, 7, 8 ve 9. maddelerinin aşağıdaki şekilde değiştirilmesi gerekir;¹⁴¹

Madde 6

Mevcut Hali

"Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir.

Türk Milleti egemenliğini Anayasa'nın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanır."

Değişiklik Önerisi

"Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir.

Türk Milleti egemenliğini Anayasa'nın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle bizzat veya üyesi olduğu uluslararası ya da uluslarüstü kuruluşlarla karşılıklılık koşuluyla ortaklaşa kullanır."

Madde 7

Mevcut Hali

"Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'nindir. Bu yetki devredilemez."

¹⁴¹ Bu anayasa değişiklikleri için bkz., Günuğur, H., "Anayasa Değiştirilmeli", *Milliyet*, 17 Nisan 1987; Aynı konuda bkz., Günuğur, H., "Anayasa Değiştirilmeden AT'ye Girilemez", *Dünya Gazetesi*, 22 Aralık 1988, Günuğur, H., "Tam Üyeliğin Gerektireceği Anayasa Değişikliği, Egemen Yetkiler Devri ve AB Hukukunun Önceliği", *TR-AB Derneği Yayını*, no: 18, Ankara Mart 2000.

Değişiklik Önerisi

“Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi’nindir. Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası kuruluşların kural koyan organlarının bu alandaki yetkileri saklıdır.”

Madde 8 Mevcut Hali

“Yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.”

Değişiklik Önerisi

“Yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir. Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası kuruluşların karar organlarının bu alandaki yetkileri saklıdır.”

Madde 9 Mevcut Hali

“Yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.”

Değişiklik Önerisi

„Yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır. Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası ya da uluslararası kuruluşlarının yargı organlarının bu konudaki yetkileri saklıdır.”

Öte yandan, uluslararası antlaşmaların iç hukuk karşısındaki konumu ile ilgili 90/5 maddenin de uluslararası hukuka iç hukukun önünde yer verilmesi amacıyla yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Her ne kadar, Anayasa’nın ilgili fıkrasının, ikinci cümlesinde *“bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiasıyla*

Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı" yazılıysa da, bu cümle uluslararası anlaşmaların iç hukukta yasaların önünde olması anlamına gelmemektedir. Uluslararası antlaşmaların iptali için Anayasa Mahkemesi'ne gidilememesi, devletin "uluslararası sorumluluğu" bakımından önemlidir. Bu madde ile ilgili önerimiz aşağıdadır;¹⁴²

Madde 90/5, birinci cümle

Mevcut Hali

"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş antlaşmalar kanun hükmündedir."

Değişiklik Önerisi

"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş antlaşmalar kanunlardan önce uygulanır."

AB ülkelerinin yukarıda ayrıntılı biçimde incelediğimiz anayasaları da dahil tüm çağdaş anayasalar, ulusal hukuk-uluslararası hukuk çatışması halinde "uluslararası hukuka öncelik tanımaktadır." TC Anayasası, henüz bu çizgiye gelememiş dünyadaki nadir anayasalardan biridir. Dolayısıyla Anayasamız, sadece AB'nin uluslarüstü nitelikteki hukuk sistemi ile çatışmakla kalmamakta, aynı zamanda uluslararası hukukun çağdaş düzenlemeleriyle de ters düşmektedir.

Eğer bir antlaşma hükmü uluslararası yasa olarak doğrudan uygulanabiliyorsa, o zaman ortaya, bu antlaşma hükümlerine uygun olmayan yasa hükümlerinin hukuksal statüsü sorunu çıkar. Ulusal yasalara dönüştürülen bir antlaşma hükmü, aynı hukuksal değerde bir "ulusal yasa" statüsünü alacak ve Lex posterior derogat lege priori (daha sonra yürürlüğe giren yasa eskisinin yerini alır) kuralı geçerli olacaktır. Ancak söz konusu hüküm "uluslararası yasa" olarak uygulanan bir hüküm

¹⁴² Bundan yıllarca önce yazdığımız bir makalede bu konuyu işlemiştik. Bu makale için bkz., Günuğur, H., "Uluslararası Hukuka Öncelik Verilmeli", *Milliyet*, 18 Mayıs 1992.

ise o zaman statüsü bu denli açık olmamakta ve ulusal hukuk tarafından tanımlanması gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Hollandalı yargıcı Pieter van Dijk'in de belirttiği gibi, "*İster monist ister dualist sistemler açısından ele alınsın, bir antlaşmanın etkinliği, ancak belli bir süre sonra ulusal yasalar bağlamında 'öncelik' alabilmesine bağlıdır.*"¹⁴³ Bu açıdan ele alındığında ulusal yasalar bir antlaşma hükümlerinin ihlali anlamına geliyorsa, uygulamanın yapıldığı devlet uluslararası hukuk açısından "*sorumlu*" olur. Uluslararası hukukun en önemli kurallarından biri olan, "*devlet, bir ihlali haklı göstermek için ulusal hukukundaki bir hükme sığınamaz*" ilkesi¹⁴⁴ bu noktada devreye girer.

Yukarıda yaptığımız değerlendirmeler ışığında, Avrupa Birliği'ne tam üye olunmasa dahi, uluslararası hukuka iç hukukun önünde yer vermek ve bunu bir anayasa hükmü ile öngörmek, Türkiye'nin uluslararası bağitları nedeniyle günümüzde zorunlu hale gelmiştir.¹⁴⁵ Gerçekten Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı yetkisi ve bu mahkemeye vatandaşlarının bireysel başvuru haklarını tanıyan "*Türkiye, bu Mahkeme'nin yargısal kararlarının iç hukuk ile çatışması halinde, hangi anayasal hukuk kuralı sayesinde söz konusu kararları öncelikle uygulamak zorunda kalacaktır*" sorusunun, bugün Türk hukukunda gerçekçi bir yanıtı yoktur. Burada son derece ciddi bir "*hukuksal boşluk vardır*". Bu boşluğun anayasa değişikliği ile giderilmesi gerekir.

AB ile bütünleşme Türkiye'de bir hükümet değil "*devlet politikası*"dır. TBMM'de grubu bulunan tüm siyasal partiler ve dışarıda kalan CHP bu bütünleşme sürecinden yanadır. Şimdi Türkiye'nin önünde son derece önemli bir süreç başlamıştır. Bu süreçte olumlu siyasal ve ekonomik gelişmeler göstermek gerekli ancak yeterli değildir. Bu gelişmeleri anayasal ve yasal düzeyde yapılacak hukuksal düzenlemelerle pekiştirmek zorunlu hale gelmiştir.

¹⁴³ Dijk V. P., "Uluslararası İnsan Hakları Normlarının Ülke Uygulamalarındaki Gelişimi", *İnsan Haklarının Gelişimi* (içinde) a.g.e., s. 101.

¹⁴⁴ Antlaşmalar Hukuku Konusunda Viyana Konvansiyonu, m. 27.

¹⁴⁵ Karşı görüş Aybay R., *İnsan Haklarının Gelişimi*, a.g.e., s. 137.

bb. Diğer Düzenlemeler**Madde 13****(Temel Hak ve Hürriyetler)**

Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması"nı düzenleyen 13. maddedenin başlığı ve içeriği değiştirilmelidir. Gerçekten madde bu haliyle, "kısıtlayıcı nitelik taşımaktadır". Oysa Anayasa dili açısından bu hükümde, "kısıtlama" ögesinin yerine "hürriyetleri koruma" ögesi ön plana çıkartılırsa daha anlamlı olur inancındayız. Öte yandan maddenin içeriğinde kimi deyimler oldukça soyuttur. Örneğin; "genel ahlak" ya da "genel aşayış". Anayasalarda son derece yoruma açık bu deyimlerden, olabildiğince kaçınmak gerekir.

Madde 15 ve 17**(Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması ve Kişi Dokunulmazlığı Maddi ve Manevi Varlığı)**

Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması (m. 15) ve kişi hakları ve ödevleri (m. 17) ile ilgili maddelerde yer alan ve yaşama hakkının istisnası olarak öngörülen "öldürme fülleri" ile ilgili hükümler Anayasa'dan çıkartılmalıdır. Ölüm cezalarını insancıl bulmayıp, bu tür cezaya zaten karşı olduğumuzdan, bu cezayı yaşama hakkının istisnası olarak kabul eden bir anayasa hükmüne de karşı olmamız doğaldır. Kaldı ki, AB'ye tam üyeliğin söz konusu olduğu bir dönemde, ulusal mevzuatta "ölüm cezaları"nı savunabilmek olanaksızdır.¹⁴⁶ Yine aynı fıkrada yeralan, "yetkili mercilerin verdiği emirlerle adam öldürme halleri" de hukuk devleti kavramı açısından oldukça düşündürücüdür.

¹⁴⁶ Bu konuda daha ileride yapacağımız değerlendirmelere gönderme yapmakla yetiniyoruz. Bu konudaki değerlendirmeler için bkz., *infra* s. 83 (dipnot).

Madde 26, 27, 28**(Düşünceyi Açıklama, Bilim, Sanat ve Basın Özgürlüğü)**

Düşünce özgürlüğü, bütün insan hakları içinde, insanın bedeni üzerindeki haklarından,¹⁴⁷ genellikle en büyük öneme sahip olanıdır.¹⁴⁸ Bu denli öneme sahip bir hak için Anayasa'da öngörülen çerçeve yeterli değildir. Sadece düşünce değil, düşünceyi açıklama ve yayma, bilim ve sanat, basın ve yayımla ilgili özgürlükleri kapsayan bu maddeler yeniden düzenlenmelidir. Bu maddeler mevcut yazılım şekliyle özgürlükten çok "kısıtlama" niteliği taşımaktadır. Özgürlüklerin sınırsız olamayacağı doğaldır. Bu konuda Muammer Aksoy şu değerlendirmeyi yapmıştır;

*"Eğer bir gün, demokrasi artık Türkiye'de de, geniş halk kitlelerine mevyelerini sunan ve geniş halk kitleleri tarafından gerçekten savunulan bir rejim haline gelirse, o zaman zayıf bir fidan olmaktan çıkar ve küçük tehlikelere kolayca göğüs gerebilir. İşte o zaman örgütlenme hürriyeti alanında da bütün kısıtlamalar kalkabilir, düşünce özgürlüğü alanında devrimleri korumak için getirilen kısıtlamalar lüzumsuz hale düşebilir ve ben her iki alanda da sınırsız bir özgürlüğü ancak o zaman kabul edebilirim."*¹⁴⁹

Buna karşılık Mümtaz Soysal, düşünce özgürlüğü ile ilgili olarak şu değerlendirmeyi yapmaktadır;

"Düşünce suçu ancak bir başka suçun parçası olarak görüldüğünde kabul edilebilir. Sağ veya sol düşünce bakımından, düşünce tek başına bir suç değildir. Çok muhafazakar bir kimsenin çıkıp, -teokratik düzen kurulmalıdır- sözünü bir camideki topluluğa söyleyebilmesi

¹⁴⁷ Beden üzerindeki hakların başında "yaşama hakkı" gelmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgiler için bkz., Erem, F., "Adam Öldürmek Cürümleri, Ankara 1982, s. 2-3.

¹⁴⁸ Aksoy, M., "Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü", *Türkiye'de İnsan Hakları* (içinde), a.g.e., s. 126. Muammer Aksoy aynı makalesinde şu değerlendirmeyi de yapmaktadır: "Bir toplumda düşünce özgürlüğünün önemli ölçüde kısıtlanması halinde, artık o rejime klasik (Batılı) anlamda demokrasi diyebilme imkanı kalmaz", *ibid*, idem; Uğur Alacakaptan bu konuda şu değerlendirmeyi yapmaktadır "Bütün eleştirilecek yanlarına rağmen, Türkiye'de fikir suçu yoktur, fikri açıklama ve savunma suçu vardır" Alacakaptan, U., *ibid*, s. 83.

¹⁴⁹ *ibid*, s. 214.

mümkün olmalıdır. Aynı şekilde sol düşüncedeki bir kişinin çıkıp, -Türkiye’de zorla düzen değişmelidir- sözünü kullanabilmesi düşünce özgürlüğündeki tutarlılık yönünden bence suç sayılmamalıdır.”¹⁵⁰

Hiç bir anayasa bireye “özgürlükleri yok etme özgürlüğünü vermez”. Ancak 26, 27 ve 28. maddeler yakından incelendiğinde, gerek içerik, gerek kaleme alınış şekli açısından hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü kavramlarıyla bağdaşmaz niteliktedirler. Örneğin; maddede yer alan “*kanunla yasaklanan dil*” kavramını bir hukukçu olarak anlamakta güçlük çekmekteyiz. Ne demektir, “*kanunla yasaklanmış dil*”? Bir hukuk devletinde, “*dili yasalar yasaklayabilir mi*”? Dil, din, ırk ve cinsiyet ayrımı yapılamayacağı yine anayasa hükmü değil midir? Her devletin bir resmi dili vardır. Resmi yazışmalar bu dilde olabilir. Ancak bu olgu, örneğin bir bilim adamına, yazacağı bir makaleyi mutlaka o ülkenin resmi dilinde yazma yükümlülüğünü getiremez. Kaldı ki, yasak dil kavramı, zıt anlamıyla “*yasak olmayan diller*”i gündeme getirmektedir. Bir ülke dilinin “*yasaklı*”, bir diğerinin “*yasaksız*” olduğu bir hukuk devletinde düşünülebilir mi? Antidemokratik gördüğümüz, hukukun üstünlüğü kavramına taban tabana zıt olan bu düzenlemenin Anayasa’dan hızla çıkartılması gerekir. Kaldı ki, bu maddelerde yapılacak düzeltmeler sadece bu konuyla da sınırlı değildir.

Demokratik bir toplumda, bireylerin devlet gibi düşünme hakları ve özgürlükleri vardır. Demokrasi kültürel tekellikliği reddeder, başlıkları tanır, benimser hem de korur.¹⁵¹

Madde 34

(Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme)

Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını içeren bu maddenin ilk fıkrasında, bu tür etkinlikler için “*izin alma koşulu*”nun aranmayacağı öngörülmüştür. Ancak uygulamada izin almadan yapılan bu tür etkinliklerin tamamı, yasal olmayan etkinlikler olarak değerlendirilmekte ve polis tarafından engellenmektedir. Bu durumda, hukuk devletinden değil, olsa

¹⁵⁰ Soysal, M., *ibid* s. 208.

¹⁵¹ Selçuk, S., *Demokrasiye Doğru*, Ankara 1999, s. 126.

olsa “polis devleti”nden söz etmek olasıdır. Bu tür etkinliklerin sınırı olabileceğini kabul etmekle beraber, idari makamlara sınırsız takdir hakkı tanınmasını hukuk devleti adına kabul edebilmek pek olası görünmemektedir.

Madde 66 (Türk Vatandaşlığı)

Bu madde “Türk vatandaşlığı”nı düzenlemektedir. Maddenin 1. fıkrasında aynen şu hüküm yer almaktadır. “Türk devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk’tür”. Bu fıkra mevcut hali ile vatandaşlığı değil, “Türklüğü” tanımlamakta ve madde başlığı ile ciddi bir çelişki oluşturmaktadır. Gerçekten madde başlığı “Türklük” olmuş olsaydı, bu fıkra Türk’ün kim olduğunu net biçimde tanımlamış olurdu. Oysa madde “Türklük”le ilgili değil, “Türk vatandaşlığı” ile ilgilidir. Hiçbir art niyet gütmeksizin açıkça belirtmek gerekir ki, bu maddenin 1. fıkrası şu şekilde düzenlenmelidir; “Türk devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk vatandaşdır.”

Aynı maddenin 2. fıkrasında da bir anlatım noksanlığı göze çarpmaktadır. Gerçekten bu fıkraya göre; “Türk ananın veya Türk babanın çocuğu Türk’tür.¹⁵² Yabancı babadan ve Türk anadan doğan çocuğun vatandaşlığı kanunla düzenlenir”. Bu hükümdeki boşluklar şunlardır;

1. Yabancı babadan ve Türk anadan doğan çocuğun (bir tek bu durumdaki çocuk) statüsü neden kanunla düzenlenmeye bırakılmıştır?
2. Bu durumdaki çocuk Türk anadan doğduğuna göre, ilk cümle çerçevesinde bu çocuk zaten Türk değil midir ?
3. Buna karşılık Türk babadan ve yabancı anadan doğan çocuk için neden kanunla düzenlenme öngörülmemektedir ?
4. Bu ayrımcılığın temel amacı nedir ?
5. Türk ananın veya Türk babanın çocuğunun statüsü neyle düzenlenir?

¹⁵² Bu fıkrada da çocuğa “vatandaşlık” değil “etnik kimlik” verilmektedir. O nedenle, bu hüküm dahi, madde başlığıyla çelişmektedir.

Yukarıda değindiğimiz sakıncalar giderilerek Türk vatandaşlığını düzenleyen anayasa maddesi yeniden kaleme alınmalıdır.

Madde 76/1
(Milletvekili Seçilme Yeterliği)

Milletvekili seçilme yaşını düzenleyen 76. maddenin 1. fıkrası, 30 yaşı alt sınır olarak kabul etmiştir. Çağdaş hukuk sistemlerinde bu sınır 20, en çok 25'tir. 18 yaşın rüşt yaşı olarak kabul edildiği bir ülkede, parlamentoya seçilme yaşını 30'un altına çekmek gereklidir.

Madde 83
(Yasama Dokunulmazlığı)

Yasama dokunulmazlığının temel amacı, yasama görevinin gerektiği şekilde yerine getirilmesine yardımcı olmaktır. Yoksa dokunulmazlık, kişisel eylemlerden dolayı milletvekiline bir ayrıcalık sağlamak değildir ve olmamalıdır. Dolayısıyla, Anayasa'nın 83. maddesinde düzenlenen yasama dokunulmazlığı yalnızca 1. fıkra ile¹⁵³ sınırlı kalmalı, bunun dışındaki durumlarda tutuklama, sorgulanma ve yargılanmayı yasaklayan hükümler maddeden çıkartılmalıdır.

Madde 87
(TBMM'nin Görev ve Yetkileri)

Yukarıda 15 ve 17. maddelerle ilgili olarak söylediklerimiz burada da geçirlidir. TBMM'nin "ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar verme yetkisi" bu maddeden çıkartılmalıdır.

¹⁵³ Mecliste ileri sürülen fikirlerin dışarıda tekrarlanmasından dolayı sorumlu olmamak.

Madde 118 (Milli Güvenlik Kurulu)

Milli Güvenlik Kurulu'nu düzenleyen Anayasa'nın 118. maddesi yeniden düzenlenmelidir. Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu sivil bir demokraside silahlı kuvvetlerin asli görevi ülke savunmasıdır. Ancak mevcut yapısı ile Milli Güvenlik Kurulu, ülkenin makro politikalarının düzenlenmesinde en az yürütme erkinin sivil politikacıları kadar etkin olmaktadır. Türkiye'nin tam üye olarak katılacağı AB tarafından aldığı en önemli eleştirilerin başında bu yapılanma gelmektedir. Dolayısıyla, ülkenin savunulmasında ve laik ve çağdaş demokrasinin korunmasında etkin ve üstün çabalar harcamaktaysa da "*sivil demokrasi*" kavramının uzantısında Milli Güvenlik Kurulu'nda sivil sayısının artırılması ve Genel Sekreterliğin sivileştirilmesi gerekli görülmektedir. Öte yandan, Milli Güvenlik Kurulu kararlarının, Anayasa'nın 118. maddesinin, 3. fıkrasındaki son cümlede, "*MGK kararları Bakanlar Kurulu'nda öncelikle dikkate alınır*", şeklindeki hükmün, değiştirilmesi ve öncelikle dikkate alma yerine, "*Milli Güvenlik Kurulu Bakanlar Kurulu'na öneriler sunar*" şeklinde bir cümlenin konulması uygun olacaktır. Bir başka deyişle Milli Güvenlik Kurulu, politika belirleyici değil, öneride bulunan bir kurum niteliğinde olmalıdır.¹⁵⁴

Madde 143 (Devlet Güvenlik Mahkemeleri)

Anayasa'nın 143. maddesinde öngörülen Devlet Güvenlik Mahkemeleri bundan bir süre önce sivilleştirilmiştir. Ancak bugünkü yapısı dahi "*doğal mahkeme ve doğal yargıç*" kavramlarına

¹⁵⁴ Bizim de üyesi olduğumuz DPT bünyesinde kurulan AB Özel İhtisas Komisyonu tarafından hazırlanan rapora karşı Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği'nin görüş ve önerilerini kapsayan raporda da bu önerimiz kabul görmüştür. Milli Güvenlik Kurulu raporunda, Kurul'daki sivil üye sayısının artırılmasına olumlu yaklaşılmakta, eşitliğin siviller lehine bozulması halinde Kurul kararlarının yürütme organı için zaten "öneri niteliğinde olacağı", ancak genel sekreterin asker kökenli olması gerektiği vurgulanmaktadır. DPT bünyesinde hazırlanan raporun basına sızan ayrıntıları için bkz., "Meclise AB Raporu" *Hürriyet Gazetesi*, 16 Mayıs 2000.

uygun değildir. Bu nedenle, hukukun üstünlüğüne katkıda bulunacağına inandığımız DGM'nin kaldırılmasının anayasa revizyonu içinde yararlı olacağı inancını taşıyoruz.

Madde 150

(Anayasa Mahkemesine İptal Davası Açılması)

Anayasa'nın 150. maddesinde hangi kişi ve kurumların Anayasa Mahkemesi'ne dava açma hakları olduğu kısıtlı biçimde sayılmıştır. Bu kişi ya da kurumların daha kapsamlı olmasında, anayasal yargının daha sağlıklı biçimde işlemesi açısından yarar vardır. Bu çerçevede içinde, aşağıdaki kurumlara da Mahkemeye dava açma hakkı tanınabileceği görüşünderiz;

- TBMM'de bulunan tüm parti grupları,
- Yargıtay ve Danıştay başsavcıları,
- Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı,
- Kendi alanlarını ilgilendiren konularda üniversiteler ve Sayıştay

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'ne başvurunun, "*yürütme-yi durdurma etkisi*" Anayasa'da hüküm altına alınmış değildir. Bu durum daha çok Anayasa Mahkemesi kararlarıyla bir "*ıçtihat hukuku*" halini almıştır. Ancak, bu uygulamanın bir anayasa hükmü olarak öngörülmesi yararlı olacak ve Anayasa bu uygulamaya uygun hale getirilecektir.

Geçici Madde 1 ve 2

(Milli Güvenlik Konseyi Başkanının, Cumhurbaşkanı ve Konsey Üyelerinin de Cumhurbaşkanlığı Konseyi Üyesi Olması)

Geçici 1. madde ile, 12 Eylül sürecinin antidemokratik yapısını sergileyen bu madde ile Milli Güvenlik Konseyi Başkanı (Kenan Evren), Anayasa'nın halk oylamasında kabulü ile 7 yıl süreyle "*otomatik*" olarak Cumhurbaşkanı seçilmiştir. Belki de dünyanın hiç bir yerinde görülmeyen ve çağdaş ve demokratik

hukuk devleti anlayışıyla taban tabana zıt bu uygulama ile Türkiye, askeri yönetimden demokrasi sürecine geçişin diyetini askeri müdahalenin liderini 7 yıllık bir süre için “Cumhurbaşkanı” seçerek ödemek zorunda bırakılmıştır. Türk halkına anayasa referandumunda seçme hakkı bırakılmamıştır. Bir başka deyişle, anayasa halkoyu ile reddedilse “askeri yönetim devam edecek, anayasa kabul edilse, devletin başına bir asker gelecekti. Her iki yaklaşım biçimi de demokratik değildi.”¹⁵⁵ O tarihteki bu uygulama ile Türk insanının iradesine “ipotek konulmuştur”. İlgili madde-deki “seçim” kelimesine karşın, burada bir seçim değil, Anayasa onayı ile Cumhurbaşkanı “atanması” söz konusudur. Üstelik bu atamayı, kerhen de olsa, başka seçeneği bulunmayan “Türk halkı” yapmak zorunda bırakılmıştır. Böyle bir uygulamanın Türk Anayasa hukukunda ve siyasi tarihinde başkaca örneği yoktur. Hatta dünyanın hiç bir demokratik ülkesinde.

Geçici 2. madde ile de MGK üyeleri, Cumhurbaşkanlığı Konseyi üyeleri haline dönüştürülmüşler ve kendileri için kimi görevler icad edilmiştir. Bu hükmü de demokratik hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırabilmek olanaksızdır.

Artık pratik açıdan bir anlamı kalmayan ve fakat demokratik bir hukuk devletinin Anayasası’nda, “hukuksal değeri kalmasa bile”, hala bulunması bir “demokrasi ve hukuk ayıbı”dır. Bu nedenle bu ve benzeri hükümlerin Anayasa’dan çıkartılması gerekir.

Geçici Madde 15

(Bazı Karar ve Tasarruflara Karşı Anayasal Yargı Denetimi Yolunun Kapatılması)

Bu madde ile, Milli Güvenlik Kurulu’nun, askeri yönetim dönemindeki hükümetlerin ve Danışma Meclisi’nin karar ve

¹⁵⁵ Eğer Anayasa’nın kabulü ile “otomatik” Cumhurbaşkanı seçilme, demokratik bir yol olsaydı, ayrı yolu, yukarıda değindiğimiz 1924 Teşkilatı Esasiye Kanunu’nun (bkz., *Supra* s. 23), TBMM’de kabulü sırasında Atatürk denerdi. Üstelik Meclis’te de tartışma götürmez bir gücü ve etkinliği vardı. Ama Atatürk, 1982 Anayasası ile yaşanan bu “facia”dan neredeyse 60 yıl önce, bu tür küçük hesaplara girmemiş ve 1924 Teşkilatı Esasiye Kanunu’na sığınmamıştır. Bu “ileri görüşlülük ve özgüven”in simgesidir. Zaten kişileri “lider” yapan da bu tür nitelikleridir. ...

tasarruflarından dolayı haklarında “*cezai, mali ve hukuki*” sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla bir yargı mercine başvurulamayacaktır. Bir dönemde yapılan ve hukuki olmayan ya da sakat olan karar ve tasarrufları yargısal denetim dışına çıkartan bu hüküm de tamamen antidemokratik bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. 2000’li yıllara gelindiğinde bir demokratik hukuk devletinin anayasasında, geçici dahi olsa böyle bir hükmün yer almaması gerekir.

Kaldı ki, aynı maddenin son fıkrası, bu dönemde çıkartılan kanun, KHK ve Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufları yargısal denetim dışında tutmuş ve hatta anayasaya aykırılığının dahi ileri sürülemediğini hükme bağlamıştır. Bu hüküm her ne kadar Anayasa’da “*geçici maddeler*” arasında yer almaktaysa da, günümüzde dahi bu karar ve uygulamalar hakkında anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülemediğinden, aslında bu hüküm “*kalıcı*” bir nitelik taşımaktadır. Bu nitelikte “*kalıcı*” bir hükmün Anayasa’da hala yerini koruması hukukun üstünlüğü, hukuk devleti ve demokrasi kavramlarıyla bağdaşmaz. Böyle bir hükmün anayasaya konulması, anayasa koyucunun bu dönemde yapılan düzenlemelerin “*Anayasa’ya aykırı*” olduğu ya da olabileceği yolundaki kuşkuvarının da bir göstergesidir. Yapılacak bir anayasa reformu ile bu hükmün de anayasadan çıkartılması ve bu dönemde yapılan düzenlemeler için yargı denetim yolunun açılması gerekmektedir. Bu şekilde, hukukun üstünlüğü ve demokratik hukuk devleti olma yolunda önemli bir yol katedilecektir.

cc. Anayasa’da Yapılması Gerekli Yeni Düzenlemeler

1982 Anayasası’nın, aradan geçen yirmi yıla yakın süre boyunca, giderek kabuğunu yırtmaya çalışan Türk toplumu için artık yeterli olmadığı ve geliştirilmesi gerektiği açıktır. Bu çerçevede içinde daha önce anayasada bulunmayan kimi kurum ve düzenlemelerin “*hukuk devleti*” kavramı içinde Anayasa’ya eklenmesi tarafımızdan zorunlu görülmektedir. Bunlara sadece başlıklar halinde değinmekle yetineceğiz;

Kadın - Erkek Eşitliğinin Öngörülmesi

Türkiye'nin uluslararası düzeyde aldığı en büyük eleştirilerin başında, ülkede kadın hakları ve eşitliği konusunda gerekli düzenlemelerin bulunmaması ve kadınların Türk toplumunda gerekli ve yeterli haklarla donatılmamış olmasıdır. Ülke vizyonunu değiştirmeye de yardım edecek bu tür bir düzenleme "*Anayasa hükmü*" olarak konulmalıdır.

Ekonomik ve Sosyal Demokrasi Kavramı

Yukarıda da değindiğimiz gibi,¹⁵⁶ hukukun üstünlüğü ve egemenliğini yaşama geçiren toplumlar, "*klasik demokrasi*" kavramına yeni ve çağdaş bir boyut getirmişlerdir. Bu boyut, toplumun sosyo-ekonomik aktörlerinin ekonomik ve sosyal iktidarın kullanılmasına edimli biçimde katılmalarını sağlayan "*ekonomik ve sosyal demokrasi*" uygulamasıdır. Toplumun işçi-işveren ve diğer meslek mensuplarının en üst düzeydeki temsilcilerinden oluşan ve ana misyonu yürütme erkine öneriler sunmak olan, Ekonomik ve Sosyal Konsey bir anayasal kurum olarak doğmalıdır. Bu şekilde uygulamada¹⁵⁷ ortaya çıkan çarpıklıklar en üst düzeydeki hukuk normu sayesinde giderilebilecek ve "*sosyal adalet ve sosyal barış*" sağlanacaktır.

Kamu Görevlilerine Toplu Sözleşme ve Hak Grevi Gibi Sendikal Haklar Tanınması

Önemli ekonomik sorunlara karşın "*kamu hizmetini*" yerine getirmeye çalışan kamu görevlilerinin Türk toplumunda gerekli haklarla donatıldığını söyleyebilmek olanaksızdır. Bu çerçevede içinde kamu görevlilerine kimi haklarının verilmesi ve adil bir çalışma ortamına kavuşturulması amacıyla Anayasa'ya sendikal haklarının konulması gereklidir. Tam üye olacağımız AB ülkelerinin çoğunda kamu personeli bu tür haklara sahiptir.

¹⁵⁶ Bkz., *Supra*, s. 29.

¹⁵⁷ ESK uygulamada siyasi iktidarın temsilcilerin çoğunlukta olduğu bir yapıdadır. Dolayısıyla, bu kurumdan çıkacak öneriler yürütme erkinin ipoteği altındadır. Avrupa Birliği'ndeki ülkelerde yürütme erkleri bu organda yer almamaktadır.

"Savunma Hakkı"nın Yargı Erki ile İlgili Bölüme Konulması

Savunma hakkı, yargılama sürecinin "*hüküm*" kadar önemli bir parçasıdır. Anayasa'nın "*yargı*" başlığını taşıyan 3. kısmının, 3. bölümünde yer alan hükümler arasında, hakimler, savcılar bakımından düzenlemeler öngörülmüş, yine yargılama erkinin bir parçası olan "*yüksek mahkemeler*" anayasal güvence altına alınmıştır. Buna karşılık, yargılama sürecinin olmazsa olmaz parçası olan "*savunma*" ile ilgili, bu bölümde en ufak bir düzenleme yapılmamış ve bu hakkı temsil eden "*avukatlık kurumu*"nun en üst düzeydeki temsilciliği Türkiye Barolar Birliği'nden hiç söz edilmemiştir. Dolayısıyla yargı erki bakımından, "*iddia-savunma-hüküm*" üçgenindeki dengenin sağlanarak, anayasanın "*yargı*" başlığını taşıyan bölümünde bu boşluğun giderilmesinin gerekli olduğu inancını taşıyoruz.

"Sivil Toplum Örgütlerinin" Anayasal Güvenceye Kavuşturulması

Çağdaş demokrasi ve hukukun üstünlüğü ilkesi, uygar toplumlarda "*sivil ve katılımcı demokrasi*" ilkesinden geçmektedir. Bu bağlamda sivil toplum örgütlerine önemli görevler düşmektedir. Bu açıdan bakıldığında sivil toplum kuruluşlarının Türk toplumundaki yeri ve önemi anayasada öngörülmesi ve devletin bu kuruluşların etkinliklerine destek verdiği hüküm altına alınmalıdır.

C. Yasalar ve Hukukun Üstünlüğü

a. Terörle Mücadele Kanunu, Siyasi Partiler Kanunu

Düşünce ve düşünceleri açıklamayı kısıtlayıcı ve uygulamada yürütme erkine esnek yorum olanağı veren, başta Terörle Mücadele Yasası ve Siyasi Partiler Yasası olmak üzere, ilgili mevzuattaki hükümlerin yeniden düzenlenmesi gereklidir.¹⁵⁸

¹⁵⁸ Terörle Mücadele Yasası'ndaki düzenlemeler İçişleri Bakanlığı'nın, Siyasi Partiler Yasası'ndaki düzenlemeler de Başbakanlığın koordinatörlüğünde yürütülmektedir. Her iki yasa da henüz TBMM'ye sunulmamıştır. Yapılan

b. TCK, CMUK, Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu

Kişi dokunulmazlığı, özgürlük ve güvenliğinin asgari düzeyde kısıtlanmasını hedefleyecek şekilde, yaşama hakkı, ölüm cezaları, kolluk görevlerindeki aşırılıklar, işkence,¹⁵⁹ güvenlik soruşturmaları, gözaltı uygulamaları, tutukluluk halleri gibi konularda Türk Ceza Yasası, Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası, Polis Vazife ve Selahiyetleri Yasası başta olmak üzere, ilgili mevzuatta AB standartlarında gerekli düzenlemeler en ivedi biçimde yapılmalıdır. Bu çerçevede, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının Cumhuriyet savcılar tarafından gözönünde tutulmasını sağlayacak değişiklik CMUK'da yapılmalıdır.¹⁶⁰

c. Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu, Radyo Televizyon Üst Kurulu Kanunu

Düşünsel özgürlükler çerçevesinde din ve vicdan, bilim ve sanat, kitlesel iletişim özgürlükleri alanında yine Polis Vazife ve Selahiyetleri Yasası, Video ve Müzik Eserleri Yasası ve RTÜK Yasaları başta olmak üzere, ilgili mevzuatta gerekli düzenlemeler en ivedi biçimde yapılmalı, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun oluşum biçimi ve yetkileri gözden geçirilmeli, radyo ve TV kuruluşlarının bağımsızlıkları güçlendirilmeli, medya ile ilgili kurulların daha geniş ve değişik kesimlerin temsilcilerinden oluşturulması sağlanmalıdır.¹⁶¹

temaslarda ilgili yasaların ancak 2002 yılı sonuna doğru TBMM'ye sunulmaya hazır hale geleceği ifade edilmiştir.

¹⁵⁹ Bir hukuk devletinde işkenceyi savunabilmek olanaksızdır. Türkiye'nin Avrupa'da en çok eleştirildiği konuların başında "işkence iddiaları gelmektedir. 9. Cumhurbaşkanı Demirel, Başkan Bill Clinton'ın Türkiye ziyareti birlikte yaptıkları bir basın toplantısında, bir basın mensubunun "Türkiye'de işkence var mıdır?" sorusuna karşı, "yoktur diyemem" yanıtını vermiştir. O halde bu konuda alınacak çok uzun bir yol vardır. Bu konu daha çok yasa uygulayıcıları bakımından önemlidir. Bu konuda Uğur Alacakaptan şu yorumu yapıyor; "Anayasa'yı, yasa'yı yorumlayıp uygulayacak kimseler, hatta daha ileri giderek, toplumun üyeleri, yeni düzeni içlerinde duyamıyor ya da buna gayret göstermiyorlarsa, kısacası düşünce sistemlerini değiştiremiyorlarsa, şu ya da bu Anayasa, şu ya da bu yasa ile elde edilebilecek pek az şey vardır" Alacakaptan, U., *a.g.m.*, s. 81 İnsan hakları karşısında işkence konusunda bkz., Akhan, O., "İşkence ve İnsan Hakları", *İnsan Haklarının Gelişimi* (içinde), *a.g.e.*, s. 43 vd.

d. Basın Suç ve Cezalarıyla İlgili Kanun ve Bu Konuda TCK'da Yapılacak Düzenlemeler

Basın ve haberleşme hürriyetinin temelinde “*düşünce hürriyeti*” yatmaktadır. Bu hürriyet, bireyin düşündüklerini dilediği şekil, zaman ve yerde, uygun gördüğü araçlarla aleniliğe kavuşturmayı ya da uygun gördüğü takdirde bunları ifade etmemeyi de kapsamaktadır.¹⁶² Basın suçlarının kapsamını ve öngörülen cezaların düzeyini azaltmak amacıyla Basın Yasası¹⁶³ ve TCK'da gerekli değişikliklerin yapılması, Basın Yayın Genel Müdürlüğü'nün bu konuda yaptığı bilinen inceleme sonuçlarının ışığında, Adalet Bakanlığı bünyesinde oluşturulacak özel bir komisyon aracılığıyla ilgili yasaların bu amaçla gözden geçirilmesi ve varılacak sonuçlara göre gerekli değişikliklerin yapılması gerekir. Bu değişikliklerin temel hedefi, şiddet ile suçu ve terörü teşvik etmemiş, aleni hakaret içermemiş, üniter devlet yapısını bozmayı kastetmemiş yazı ve yayınlardan dolayı gazeteci ve yazarların mahkum edilmelerini engellemek olmalıdır. Bu bağlamda halen hapiste bulunan ve yukarıda değinilen suçlar dışında mahkum olan gazeteci ve yazarlar için af yasası çıkartılmalıdır.¹⁶⁴

e. Sendikalar, Toplu İş Sözleşmesi, Grev, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri ve Dernekler Kanunu

Sendikalar, Toplu İş Sözleşmeleri, Grev, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Yasası, Dernekler Yasası ve bunlarla ilgili mevzuat,

¹⁶⁰ TCK ve CMUK ile ilgili düzenlemeler Adalet Bakanlığı'nın, PVSK ise İçişleri Bakanlığının kordinasyonunda yapılmaktadır. TCK ve CMUK 2001, PVSK ise 2002 yılı sonuna kadar TBMM'ye sunulmaya hazır hale gelecektir.

¹⁶¹ SVMEK ile ilgili düzenlemeler İçişleri Bakanlığı'nın, RTÜK ile ilgili düzenlemeler Devlet Bakanlığı'nın, Basın Kanunu ile ilgili düzenlemeler Basın, Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü'nün koordinatörlüğünde yürütülmektedir. Çalışmaların ne zaman tamamlanacağı tam olarak bilinmemektedir.

¹⁶² Abadan, N. U., “Basın ve Haberleşme Hürriyeti”, *Türkiye'de İnsan Hakları* (içinde), *a.g.e.*, s. 89. Bu özgürlükle ilgili ayrıntılı bilgiler, doktrin tartışmaları ve hakkın tarihsel gelişimi için bkz., aynı makale s. 89-124.

¹⁶³ Bu konudaki düzenlemeler, Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü'nün koordinatörlüğünde yürütülmektedir. Bu çalışmaların 2001 yılı sonuna kadar tamamlanması planlanmaktadır.

¹⁶⁴ Bu konuda Adalet Bakanlığın'da çalışmalar sürdürülmektedir.

tüm çağdaş demokratik toplumlarda ve hukukun üstünlüğü ilkesine dayalı hukuk devletlerinde olması gereken biçimde yeniden düzenlenmelidir. Bu mevzuatlar bakımından örnek alınması gerekli hukuksal düzenlemeler, tam üye olarak katılacağımız AB'ye üye ülkelerin ulusal mevzuatlarında bulunmaktadır. Kamu görevlilerinin sendikal haklarını düzenleyen bir yasa çıkartılmalıdır.¹⁶⁵

f. İş Hayatı ile İlgili Yasal Düzenlemeler

Anayasa'da 49. maddede anlamını bulan "çalışma hakkı ve ödev" kavramının Türk yasal mevzuatında daha etkin biçimde yerleşmesini sağlamak bakımından, TC tarafından 1994 yılında 3999 sayılı Yasa ile onaylanan, "Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında İLO Sözleşmesi" hükümlerine işlerlik kazandırmak bakımından bir uygulama yasası çıkartılmalıdır.¹⁶⁶

İş ve İşçi Bulma Kurumu'nun işsizlikle mücadelede ve işsizliğin artırılmasında çağdaş bir kurum haline getirilmesi için gerekli yasal düzenlemeler yapılmalıdır.

Hizmet akdinin feshi konusunda, işverenlerin fesih hakkını kötüye kullanmalarını önleyici ve yargı denetimini kolaylaştırıcı yasal düzenlemelere gidilmelidir.¹⁶⁷

Sendika içi demokrasinin sağlanması amacıyla, ilgili yasalarda gerekli düzenlemeler yapılmalıdır.

¹⁶⁵ Sendikalar, Toplu İş Sözleşmesi, Grev yasalarında yapılacak düzenlemeler Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından koordine edilmektedir. Yapılacak değişikliklerle ilgili yasa tasarıları 2001 yılı sonuna kadar TBMM'ye sunulacak hale getirilecektir. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri ve Dernekler Kanunu ile ilgili değişiklikler İçişleri ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanmaktadır. Bu iki yasa ile ilgili çalışmaların 2002 yılı sonuna kadar tamamlanması beklenmektedir.

¹⁶⁶ Bu konuda yapılacak düzenlemeler Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından incelenmektedir. Yasa Tasarısı 2002 yılı sonuna kadar TBMM'ye sunulacaktır.

¹⁶⁷ Bu konudaki düzenlemeler Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nda yürütülmektedir. Yasa Tasarısı 2002 yılı sonunda TBMM'ye sunulabilecektir.

Anayasa'nın 60. maddesi gereğince, henüz "sosyal güvenlik şemsiyesi" altına alınmamış kesimler bakımından sosyal güvenlik hakkının yaygınlaştırılması, işini kaybedenler için belli sürelerle gelir güvencesi sağlayan "işsizlik sigortası" uygulamasının öngörülenden daha geniş bir vizyondan bakılarak etkin biçimde uygulanmasını sağlayan bir sistem kurulmalıdır.

g. Türkiye'de Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Meslek ve Sanatlar Hakkında Kanun

1932 yılında çıkartılan 2007 sayılı bu Yasa, "kapıcılık, şöför-lük, boyacılık" gibi bazı meslek ve sanatların icrasını yalnızca Türk vatandaşlarına tahsis etmiştir. 70 yıla yakın süredir yürürlükte kalan bu yasa günümüzde güncelliğini yitirmiştir. Üstelik AB'ye tam üye olduğunda, AB ülkelerinin vatandaşları, aynen Türk vatandaşları gibi bu meslekleri icra etme hakkını kazanacaklardır. Türkiye AB'ye girmese de, yabancı uyruklu bir kişinin Türkiye'de kapıcılık veya şöför-lük yapmasında ne sakınca olabilir? Bu yasanın güncelleştirilmesi zorunlu görülmektedir.¹⁶⁸

h. İnsan Hakları Başkanlığı Yasası'nın Çıkartılması

Başbakanlık bünyesinde bir genelge ile kurulan ve fakat günümüzde teşkilat yasası bir türlü çıkartılamayan, "İnsan Hakları Başkanlığı"nın, Bakanlar Kurulu'nda bekleyen 3056 sayılı Yasa Taslağı¹⁶⁹ bir an önce çıkartılmalıdır. Bu Yasa'nın çıkartılmasıyla, yalnızca "İnsan Hakları Koordinatör Üst Kurulu" değil, devlet kurumlarıyla sivil toplum örgütleri arasındaki

¹⁶⁸ Bu konudaki düzenlemeler Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nda yürütülmektedir. Yasa Tasarısı 2001 yılı sonunda TBMM'ye sunulabilecektir.

¹⁶⁹ Yasa'nın tam adı "Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"dur. Bu Yasa Tasarısı, İnsan Haklarından Sorumlu Devlet Bakanlığı kordinasyonunda hazırlanmaktadır. İnsan Hakları Kordinatör Üst Kurulu Sekreteryası'yla yapılan temaslarda, bu Tasarı 2000 yılı sonuna kadar yasalaşmasının beklendiği bildirilmiştir. Bu Yasa'nın diğer düzenlemelere oranla önceliği olduğu düşüncesindeyiz. Gerçekten bu yasa ile insan hakları konusunda Türkiye'deki tek kurumsal yapı yasal güvenceye kavuşturulacaktır.

iletişimi sağlayacak olan, akademisyenlerden oluşan ve bizim de içinde yer aldığımız “İnsan Hakları Danışma Kurulu” da yasal statüye kavuşturulacaktır.

i. Ombudsman (Kamu Denetçiliği) Kurumunun Oluşturulması

Türk hukuk sistemine ilk kez girecek olan “Ombudsman kurumu” üzerinde biraz ayrıntılı biçimde durmakta yarar vardır. Hukukun üstünlüğünün sağlandığı çağdaş demokrasilerde geçerli olan, İdarenin mevzuatı gerektiği şekilde uygulaması, idari işlem ve eylemlerin amacından saptırılmaması, dolayısıyla kamu hizmetlerinin daha iyiye götürülebilmesine olanak sağlamak üzere bir “Kamu Denetçiliği Kurumu” (Ombudsman) nun Türkiye’de ivedilikle yaşama geçirilmesi gereklidir. Bu konuda bir yasa taslağı hazırlanmış ancak taslak henüz yasalasamamıştır. Bu kurumun etkin biçimde uygulanmasıyla “denetim” altında olacak bir İdare, yapacağı düzenleme ve alacağı kararlarda yalnızca hukuka daha uygun davranmak zorunda kalmayacak, yürütme erki de çıkaracağı düzenlemeler konusunda kamu denetçilerinin önerilerini almak durumunda kalacağından, hukuka saygınlık daha da pekişecektir.¹⁷⁰ Kaldı ki, ombudsman kurumunun uygulamaya konulmasıyla toplumda yaşayanlar insanlar kendilerini daha güvende hissedeceklerdir.¹⁷¹

Uluslararası düzeyde genelde yasama organları tarafından atanan Ombudsman, kimi zaman bir kişi, kimi zaman ise bir heyet olmaktadır. Ombudsman görevli olduğu alanlarda kişiler tarafından yapılan yakınmaları inceler. Kamu kurum ve kuruluşlarından her türlü bilgi ve belgeyi isteyebilir. Uluslararası örnekler açısından değerlendirildiğinde Ombudsman kurumu, ülkeden ülkeye kimi farklılıklar göstermektedir. Kimi ülkelerde kişi, ancak iç hukuk yollarında hakkı tükendiği zaman ombudsmana başvurabilmekte, kimi ülkelerde ise, kişi iç hukuk yollarından bağımsız biçimde bu yola gidebilmektedir. ombudsmana yapılan başvurular genelde gizli tutulur. Ancak

¹⁷⁰ Bu kurum işlemiş olsa idi, son Kanun Hükmünde Kararname krizi belki de yaşanmamış olacaktı.

başvuruda bulunan kimse izin verirse, başvuru sahibinin kimliği ombudsman tarafından açıklanabilir.

AB ülkeleri arasında ombudsman kurumu özellikle İskandinav ülkelerinde son derece yaygındır. İsveç'te parlamenter Ombudsman 1806'da kurulmuş, 1968 ve 1976'da yeniden örgütlenmiştir. Aynı kurum Finlandiya'da 1919'da kurulup, 1971'de yeniden yapılanmıştır. Danimarka'da 1954, Norveç'te 1962'de kurulmuştur. İngiltere'de bu kurum varolmakla birlikte, 1967'de bir de "Parlamenter Komiser" (Parliamentary Commissioner) oluşturulmuştur. Fransa'da ise bir "arabulucu" (Médiateur), sadece milletvekillerinin işlem ve eylemlerinden doğan sorunlarla ilgilenmektedir. Ombudsman kurumu Portekiz'de "Adalet Savunucusu" (provedor de justica) adı altında 1977'de, İspanya'da ise "Halkın Savunucusu" (people's defender) adı altında 1981'de uygulamaya geçmiştir. Aynı kurum İsveç örneğinde olduğu gibi (Parlamenter Ombudsman) İrlanda'da 1980, Hollanda'da 1981 ve Belçika'da da 1982 yılında oluşturulmuştur.¹⁷²

j. Yerel Yönetimler Reform Kanunu

Çağdaş bir anlayış ve bakış açısı ile hazırlanan ve halen tasarı halinde bulunan, "Yerel Yönetimler Yasası"nın bir an önce çıkartılması gerekir. Bu tasarı Avrupa vizyonu ile hazırlanmıştır. Tasarı'da, İl Genel Meclisleri, bir anlamda "yerel parlamentolar" niteliğini kazanmakta ve yetkileri artırılmaktadır.¹⁷³

k. Polis Teşkilatı ile İlgili Düzenlemeler

Polis okullarının, Polis Meslek Yüksek Okulları'na dönüştürülmesi ve branş ve uzmanlığın getirilmesi amacıyla hazırlanan, "Emniyet Teşkilatı Yasası, Polis Yüksek Öğretim Yasası ve 190 Sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında KHK'nin Ekli Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Tasarı"nın bir an önce yasallaşması sağlanmalıdır.¹⁷⁴

¹⁷¹ Bu konudaki çalışmalar Adalet Bakanlığı'nca sürdürülmektedir. İçinde bulunduğumuz yıl sonunda ombudsman kurumu yasal hale gelebilecektir.

¹⁷² Ünal, Ş., a.g.e., s. 107.

¹⁷³ Bu Yasa'nın hazırlıkları da İçişleri Bakanlığı tarafından yürütülmektedir. Yasa'nın TBMM'ye sunulması için verilen tarih 2001 yılı sonudur.

1. Cezaevleri Teşkilat Kanunu

Cezaevi personelinin ve mahkumların görev, yetki, hak ve sorumluluklarını belirleyen bir “Cezaevleri Teşkilat Yasası” çıkarılmalıdır. Yine bu bağlamda, cezaevi personelinin yetiştirilecek “personel okulları”nın açılması amacıyla gerekli idari ve yasal düzenlemeler yapılmalıdır.¹⁷⁵

m. İnfaz Kanunu

İnfaz ile ilgili çeşitli yasalarda yer alan hükümler biraraya getirilerek, çağdaş, kolay anlaşılabilir ve uygulanan, yeni bir “infaz yasası” hazırlanmalıdır.¹⁷⁶

n. Adli Kolluk Kuvveti

Kimi zaman tartışılan, ancak bir türlü gerçekleştirilemeyen, mahkemelerin emrinde bir “adli kolluk kuvveti” kurulmalı ve bu konuda gerekli hukuksal düzenlemeler yapılmalıdır.¹⁷⁷

o. Yargılama Süreci

Ağır işleyen adalet mekanizması ile, “yargı hükmü”nden beklenen yararın sağlanması zorlaşmakta, hatta kimi zaman olanaksız hale gelmektedir. Adil yargılama hakkının bir parçası olarak, yargının yükünü azaltıcı ve yargılama sürecini kısaltıcı idari önlemler alınmalı ve bu yolda gerekli hukuksal düzenlemeler yapılmalıdır.¹⁷⁸

¹⁷⁴ Bu Yasa'nın hazırlıkları da İçişleri Bakanlığı tarafından yürütülmektedir. Yasa'nın TBMM'ye sunulması için verilen tarih 2001 yılı sonudur.

¹⁷⁵ Bu Yasa'nın hazırlıkları da Adalet Bakanlığı tarafından yürütülmektedir. Yasa'nın TBMM'ye sunulması için verilen tarih 2001 yılı sonudur.

¹⁷⁶ Bu Yasa'nın hazırlıkları da Adalet Bakanlığı tarafından yürütülmektedir. Yasa'nın TBMM'ye sunulması için verilen tarih 2001 yılı sonudur.

¹⁷⁷ Adli Kolluk Kuvveti ile ilgili yasanın hazırlıkları da Adalet ve İçişleri Bakanlığı tarafından yürütülmektedir. Yasa'nın TBMM'ye sunulması için verilen tarih 2002 yılı sonudur.

¹⁷⁸ Bu konudaki düzenlemeler Adalet Bakanlığı tarafından yapılmaktadır. Alınan bilgiye göre, bu düzenlemelerin 2001 yılı sonunda TBMM'ye sunulabilecektir.

p. Ohal Kanunu

Olağanüstü Hal Mevzuatı'nda, demokratik hukuk devletinin gerektirdiği değişiklikler yapılmalıdır.¹⁷⁹

r. Milli Güvenlik Kurulu Kanunu

Milli Güvenlik Kurulu ile ilgili olarak yukarıda "Anayasa değişiklikleri" başlığı altında yapılmasını önerdiğimiz değişikliklere¹⁸⁰ paralel olarak Milli Güvenlik Kurulu Yasası'nda da gerekli değişiklikleri yapmak ve uyumu sağlamak zorunludur.

s. Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun

Devletin kusursuz sorumluluğunu gerektiren durumlarda, yargı kararına gerek duyulmaksızın, terörle mücadele sırasında mağdur olan vatandaşların uğradıkları zararların devletçe karşılanmasının sağlanması için alınacak önlemleri içeren ve halen Bakanlar Kurulu'na sunulmuş bulunan "Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkındaki Yasa Tasarısı"nın bir an önce kabul edilip yürürlüğe konulması gerekir. Bu yasa toplumsal bir yarayı bir ölçüde onarmaya katkı sağlayacaktır.¹⁸¹

t. Siyasi Ahlak Yasası ve OECD Sözleşmesi

Toplum vicdanını ciddi biçimde rahatsız eden rüşvet ve yolsuzluklarla etkin biçimde mücadele edilmesi ve bu çerçevede bir "Siyasal Ahlak Yasası" çıkartılması gereklidir.¹⁸² Haksız mal edinmelerin daha etkili biçimde izlenmesi için "Mal Bildi-

¹⁷⁹ Bu konuda Adalet ve İçişleri Bakanlığı tarafından çalışmalar yürütülmektedir. Yasanın TBMM'ye sunulması için verilen tarih 2002 yılı sonudur.

¹⁸⁰ Bkz., *Supra*, s. 54; Bu konuda Başbakanlık bünyesinde çeşitli çalışmalar yapılmaktadır. Kesin tarih verilememektedir.

¹⁸¹ İnsan Haklarından Sorumlu Devlet Bakanlığı bünyesinde bu konuda çalışmalar yapılmaktadır. İlgili kurumla yapılan temaslarda bu konuda bir yasal düzenlemenin 2004 yılından önce çıkarılmayacağı bildirilmiştir.

¹⁸² Bu konuda 2002 yılı sonuna kadar bir yasa çıkartılması öngörülmektedir. Çalışmalar Başbakanlık'ca yürütülmektedir.

rimi Yasası"nda gerekli değişiklikler yapılmalıdır. "Uluslararası İşlerde Yabancı Memurlara Rüşvet Verilmesine Karşı Mücadele Hakkında OECD Sözleşmesi" Türkiye tarafından onaylanmalı ve bir iç hukuk belgesi haline dönüştürülmelidir.

u. AİHS'ye Uygun Ulusal Mevzuatın Çıkartılması

Anayasa'nın 90. maddesi çerçevesinde onaylanan uluslararası hukuk belgelerinin iç hukukta etkin biçimde uygulanmasını sağlamak bakımından gerekli Türk ulusal mevzuatının çıkartılması zorunludur. Bu mevzuat arasında özellikle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının kullanılması sonucunda, verilen kararların bağlayıcılığı ve uygulanmasına ilişkin yasal düzenlemeler yapılmalıdır. Bu bağlamda işkence, kötü davranış ve diğer nedenlerle AİHM tarafından Türkiye aleyhine verilen kararlar gereğince devletin ödemek zorunda olduğu tazminatların (caydırıcı olduğu gözönüne alınarak) ödenmesi sonrasında, sorumlu idari personele rücu edileceği hükme bağlanmalıdır.

v. Uluslararası Hukuk Belgelerine Taraf Olunması

AB ülkeleriyle, tam üyeliğe aday tüm ülkeler tarafından onaylanan "Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi" Türkiye tarafından kısa bir süre önce imzalanmıştır. Her iki belgenin de ivedi biçimde Parlamento'da onaylanması kesinlikle sağlanmalıdır. Öte yandan, Türkiye tarafından imzalanmış bulunmakla beraber hala onaylanmayan "Birleşmiş Milletler Irk Ayrımcılığının Önlenmesi Sözleşmesi" de ivedi biçimde onaylanmalıdır. Bilindiği gibi, TBMM tarafından onaylanmayan uluslararası hukuk belgeleri Türkiye bakımından yürürlüğe girmezler.

y. "Ölüm Cezaları"yla İlgili 6. Protokol'ün İmzalanması

6 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanan "Avrupa İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme"ye ek 6. Protokol'ü Türkiye ivedi biçimde imzalamalı ve

onaylamalıdır.¹⁸³ Bilindiği gibi bu Protokol “ölüm cezalarının kaldırılması”na ilişkindir.¹⁸⁴ Yukarıda da belirttiğimiz gibi,¹⁸⁵ ölüm cezalarının kaldırılması, AB’ye tam üye olmanın ön koşullarından biridir. Çağdaş toplumlarda cezalandırmanın amacı, “suçluyu islah etmek”tir. Dolayısıyla bir insan öldürülerek nasıl islah edilebilir.¹⁸⁶

D. İnsan Hakları Konusunda Yapılması Gerekli Düzenlemeler

Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğünü Türkiye’de yaşama geçirmenin yolunun, öncelikle “insan haklarına gereken saygının gösterilmesi”nden geçtiğini daha önce defalarca ileri sürmüştük. Bu bağlamda, aşağıda değineceğimiz, daha çok “idari nitelikteki düzenlemeler”in yaşama geçirilmesinin, Türk toplumunda insan haklarına saygının giderek pekişmesine katkıda bulunacağı inancını taşıyoruz.

a. Kişi Haklarıyla İlgili Konuların KHK ile Düzenlenmemesi

KHK’ler, karaname mi yoksa kanun mudur? Hukuksal değeri ve sonuçları “yasa hükmünde” olduğuna göre, KHK’ler içerik bakımından daha çok yasalara yakındır. Ancak “şekil”

¹⁸³ Sözleşme’nin imzalanması konusunda Dışişleri Bakanlığı’nda çalışmalar yapılmaktadır. İmza tarihi henüz kesinleşmemiştir.

¹⁸⁴ Protokol’ün 1. maddesi şu hükmü getirmektedir: “Ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse bu cezaya çarptırılamaz ve idam edilemez”. Protokol’ün 2. maddesi ise bu genel kurala bir istisna getirmiştir. Buna göre: “Bir devlet, yasalarında savaş veya yakın savaş tehlikesi halinde işlenmiş fiiller için ölüm cezasını öngörebilir; bu ceza ancak yasanın belirlediği hallerde ve onun hükümlerine uygun olarak uygulanabilir. İlgili devlet, söz konusu yasanın bu duruma ilişkin hükümlerini Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği’ne bildirir. Arnavutluk’un da ölüm cezalarını mevzuatından temizlemesi sonrasında, 42 Avrupa ülkesinden yalnızca Türkiye’de bu ceza yürürlükte kalmış olmaktadır.

¹⁸⁵ Bkz., *Supra*, s. 64-65.

¹⁸⁶ Sami Selçuk, *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne* adlı eserinde ölüm cezalarına karşı şu görüşleri ileri sürmektedir; “Günümüzde cezaevinde yatan bir yükümlünün bile yeniden topluma dönme hakkından söz ediliyor. İşte böyle bir dünyada, öbür hak ve özgürlüklerin önkoşulu olan, yaşam hakkına

açısından bir idari tasarruf niteliğini taşımaktadır. Yasa koyma yetkisi, “*münhasır yetki*” şeklinde parlamentoya aittir. Gerçekten, Anayasa’nın 7. maddesinin, ikinci cümlesinde “*yasama yetkisinin devredilemeyeceği*” açıkça hükme bağlanmıştır. Yürütme erkinin yasa koyma yetkisi olmadığından ve KHK’lerin de bu yönü ağır bastığından, kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti içinde bu yola çok istisnai durumlarda gidilmesi gerekir. Bu istisnai durumlar içinde de kişi hak ve özgürlüklerini ilgilendiren konular bulunmamalıdır. Bu durumda dahi parlamento tarafından çıkartılacak “*yetki yasası*”nın kapsamı içinde kalınması gereklidir.

Ağustos ayı içinde Cumhurbaşkanlığı ile Hükümet arasında yaşanan ve toplumun tüm kesimlerini ilgilendiren ve hatta bizzat Başbakan tarafından “*devlet krizi çıkar*” şeklindeki dayatmaları, hukuka saygılı bir yürütme erkinden beklenmeyecek şanssız siyasi açıklamalardır ve Türkiye’nin gündemini “*yapay*” biçimde işgal etmiştir. TBMM tarafından kabul edilen, 29.6.2000 tarih ve 5488 sayılı Yetki Yasası, “*Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Teşkilat, Görev ve Yetkilerine İlişkin Konularla, Kamu Personeli Arasındaki Ücret Dengesizliklerinin Giderilmesi*

olağanüstü dönemler dışında asla dokunmamak gerekir. İnsanlar, yıllarca tadını çıkara çıkara sürdürülen yargılamanın arkasına gizlenerek darağacına gönderilemezler. Unutmayınız ki asılan insan hiçbir zaman infaz anındaki insan değildir. Çünkü insandır. Yapılan ise tasarlamalı, hesaplı kitaplı bir cinayettir. Kimse kendini aldatmasın. Nasıl hırsız mal çaldı diye, polis hırsızın malını çalmıyorsa, devlet de adam öldürdü diye caniyi öldüremez. Bu kısas dönemlerine dönmektir”, Selçuk S., *a.g.e.* s. 322; Torsten N. Wiesel, bu konuya şöyle yaklaşmaktadır. “İdam cezası, en aşağılık suçlunun bile insan olduğuna ve insanların ortak değerlerine, en azından, sahip olma potansiyeli taşıdığına dair anayasalardaki temel kurallara ters düşer”, Wiesel N. T., “Bilim Akademileri ve İnsan Hakları: Uluslararası Bir Çaba”, *İnsan Haklarının Gelişimi* (içinde), *a.g.e.*, s. 91; Uğur Alacakaptan’ın ise bu konuya bakış açısı şöyledir: “Bir kimseyi ölüm cezasına mahkum etmek, onun kişiliğini geliştirme, uslanma, topluma yararlı bir vatandaş olarak dönebilme yeteneklerinden yoksun bulunduğu peşinen kabul ve iddia etmek olur ki, böyle bir ön yargı ve iddia insan haysiyetine ve değerine kutsal bir anlam vermemekle özdeşir”. Alacakaptan, U., “Kişi Dokunulmazlığı ve Kişi Güvenliği”, *Türkiye’de İnsan Hakları* (içinde), *a.g.e.*, s. 76, Faruk Erem’in ölüm cezalarıyla ilgili görüşleri bilinmektedir. Erem’in, Bir Ceza Avukatının Anıları adlı ünlü yapıtında sık sık şu cümleye gönderme yapar ; “Suçluyu kazıyın altından insan çıkar” Bu çalışmanın yazarı hep şöyle düşünür; “Ceza yasalarını yaşamlarında mutsuzluğu tatmamış insanlar kaleme almıştır.”

ve Kamu Mali Yönetiminde Disiplinin Sağlanması için Yapılacak Düzenlemeler Hakkında"dır. Buna karşılık çıkartılmak istenen KHK de, hangi nedenle olursa olsun, memurların "disiplin suç ve cezaları"yla ilgilidir. KHK ile bu tür cezalar getirilmesi hukuk devleti, hukukun üstünlüğü ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin egemen olduğu bir demokratik ülkede söz konusu olamaz.¹⁸⁷ Bu konuda yetki, yukarıda değindiğim gibi, TBMM'ye aittir ve Anayasa'nın 7. maddesi değişmedikçe, "bu yetki devredilemez."

Kaldı ki, Anayasa'nın, kanun hükmündeki kararname çıkarma yetkisini düzenleyen 91. maddesinin 1. fıkrasına göre, "Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmündeki kararnamelerle düzenlenemez". Anayasa Mahkemesi, 19.4.1988 ve 4.4.1991 tarihli iki kararıyla, disiplin suç ve cezalarıyla ilgili düzenlemeleri Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında görmüştür. Bu madde, 91. maddede öngörülen, Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri arasında yer almaktadır.¹⁸⁸

b. İnsan Hakları eğitim Programının Uygulanması

10 yıllık bir süreye yayılan bu programla;

- İnsan hakları eğitimi verecek kadroların yetiştirilmesi,
- Lise ve üniversitelere insan hakları derslerinin konulması,¹⁸⁹ bu amaçla Milli Eğitim Bakanlığı ve üniversite rektörlüklerinin eşgüdüm içinde çalışması,

¹⁸⁷ Aynı görüş için bkz., Batum, S., Yayla, Y., Soysal, M., Çağlar, B., Azrak, Ü., Teziç, E., *Sabah Gazetesi*, 22.8.2000, s. 22; Altan, Ç., *Anayasa Hukuku ve Yuttur Kaydır Politikaları*, *Sabah Gazetesi*, 23.8.2000; karşı görüş Aldıkaçtı, O., *Sabah Gazetesi*, 22.8.2000, hatta Av. Burhan Apaydın daha da ileri giderek, Cumhurbaşkanı'nın KHK imzalamaması halinde "vatana ihanet suçu"nu işleyeceğini ve Anayasa Mahkemesi'nde yargılanabileceğini savunmaktadır, Apaydın B., *Hürriyet Gazetesi*, 21.8.2000.

¹⁸⁸ Sezer A. N., KHK'yi Başbakanlığa gönderme gerekçesi, internet, www.cankaya.gov.tr, 22.8.2000, s. 8.

¹⁸⁹ Bir dönemde İnsan Haklarından Sorumlu Devlet Bakanı olan Prof. Dr. H. Sami Türk, bir seminerde; "ilkokullara, insan hakları zorunlu ders

- Yasa uygulayıcıların bu eğitim programlarına katılımının sağlanması,

- Yargıçların, savcılarının ve avukatların insan hakları konularında ayrı bir program çerçevesinde yetiştirilmeleri,

- Üniversitelerde “İnsan Hakları Merkezleri” kurulmasının özendirilmesi ve sosyal bilimler eğitimi veren üniversitelerde “İnsan Hakları Anabilim Dalları”nın kurulması,

- Çağdaş iletişim teknolojisinin tüm olanaklarından yararlanılarak, “internet” aracılığıyla, insan hakları konusunda web siteleri oluşturularak, ilgililere ulaşılması.

c. İnsan Hakları Konularında Duyarlılığı Bilinen Sivil Toplum Örgütlerinin Etkinliklerinin Özendirilmesi

d. Uluslararası Kuruluşlarla, Sivil Toplum Örgütleri Arasındaki İşbirliği Olanaklarının Araştırılması

e. Polislerin İnsan Hakları Konusunda Ciddi Bir Eğitimden Geçirilmesinin Sağlanması

Polislerin görev yerlerinin sık sık değiştirilmemesi ve “meslekte uzmanlığa” önem verilmesi ve insan hakları ihlallerinin sık yaşandığı ortamların (karakollar, hapisaneler) gerekli sıklıkta denetlenmesi, bu denetimlere kaynak ayrılması.

f. Nezarethanelerin, İfade Odalarının Standartlarının Yükseltilmesi, Ödenek Gereksinmelerinin Karşlanması,

g. Hapishanelerde Koğuş Sisteminden, Oda Sistemine Geçişin Sağlanması,

olarak konulmuştur. Liselerde de bu ders okutulacaktır” görüşünü ileri sürmüştür. (Yazarın notu: Demek ki bu konuda ilkokullar, lise ve hatta kimi üniversitelerin önünde gitmektedir). Bkz., Türk, H. S., “İnsan Hakları”, *İnsan Haklarının Gelişimi Semineri, a.g.e.*, s. 14.

h. İşkence ve Kötü Davranışların Azalması

Bu konuda işkence ve kötü davranışlar gibi girişimlerde bulunan kamu personelinin cezasız kalmaması için 1999 Aralık ayında çıkartılan “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun”, daha etkin biçimde uygulanması.

i. “Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği”nin¹⁹⁰ Tam ve Eksiksiz Uygulanması

Bu amaçla çıkartılan 25 Haziran 1999 tarihli Başbakanlık Genelgesi’nde belirtilen ilkelere sadık kalınması.

j. Gayrimüslim Vatandaşlarımızın Uygulamadan Doğan Yakınmalarının, Lozan Antlaşması Çerçevesinde İncelenerek Gerekli Önlemlerin Alınması

SONUÇ

“Hukukun üstünlüğü”nün bir toplumda sağlanabilmesi, yılların deneyimi ile kurulabilecek bir “hukuk devleti”nin varlığı ile gerçekleşebilir. Hukuk devleti, insanlığın anayasası ve hatta “ortak dini” olarak kabul edilen insan haklarına saygılı, hak ve adalet kavramlarını yaşama geçirmiş, yasa devletinin dar kalıplarından arınmış, kuvvetler ayrılığı kavramında anlamını bulan ve kamu güçlerinin yetki sınırlarına saygılı olduğu, çoğulcu demokrasinin sözde değil, “öz”de, bir başka deyişle “toplumsal bilinç”te şekillendiği bir devlet yönetimi modelidir. Bu modelde hukuk, devlet için değil, “insan” için vardır. Çünkü hukuk, devletten değil, “birey”den yola çıkar. Katı “kanun devleti” anlayışı, “sevecen devlet”i değil, baskıcı ve dayatmacı bir otoriteyi, “zorba devleti” çağırıştırır. Zorba devlet ise hukukun en büyük düşmanıdır.

İnsanlık, tarih boyunca zorba devletten, hukuk devletine ulaşabilmek için asırlar boyu mücadele vermiştir. Tarihin de-

¹⁹⁰ Bu yönetmelik için bkz., RG. 1.10.1998 tarih ve S. 23480, s. 13-27.

rinliklerine inildiğinde, hukukun insan ve toplum için değil, kişisel ve sınıfsal iktidar için varolduğunu, bu iktidar sahiplerinin güçlerini artırmalarının ve sürekli egemen kalmalarının bir aracı olarak kullanıldığını görüyoruz.

“*Hukuku egemen güçler yaratır*” şeklindeki değer yargısının aksi bugüne kadar pek kanıtlanamadı. Derebeylikler döneminde hukuk, derebeylerin egemenliği için vardı. Krallıklar döneminde hukuk, kralların iktidarlarını korumak için yaratıldı. 1789 Fransız İhtilali ile birlikte, hukuk yaratma erki, kraldan, burjuva sınıfına geçti. 1917 Sovyet Devrimi ile hukuk yaratma erki, Çar’dan alınıp, işçi ve köylü kesimi adına bir yönetici sınıfa devredildi. Faşist yönetimlerde hukuk, diktatörlerin oyuncağı oldu. Atatürk Devrimi ile hukuk yaratma erki, saltanattan millete geçti. Bu son gelişme günümüzde tüm çoğulcu demokrasiler için söz konusudur. Gerçekten bu toplumlarda hukuk, millet egemenliği için ya da onun adına kullanılır.

Uluslararası düzeyde bakıldığında, hiç olmazsa teorik açıdan, hukukun devletlerin egemen eşitliği için varolduğunu görürüz. Fedaralizm hareketleri açısından bakıldığında ise hukuk, siyasal bütünleşmeyi sağlamanın aracı olarak görülmektedir. Bu amaçla, kısmen devredilen egemen yetkiler, bütünleşme süreci içinde artık ortaklaşa kullanılmak durumundadır. İnsan hakları açısından bakıldığında, hukukun birey için varolduğunu gözlemleyebiliriz. Şeriat ile yönetilen toplumlarda hukuk, din devletini insan hakları pahasına korumak için kullanılmakta.

Ve nihayet hukuk; uygar, adil, sivil, kuvvetler ayrılığına ve insan haklarına dayalı çoğulcu demokratik, laik ve sosyal bir devlette yalnızca “*en üstün otorite olmak*” için kullanılır. Üstün otorite olan hukuk, bir başka deyişle “*hukukun üstünlüğü*”, sıraladığımız tüm çağdaş değerlerin de “*güvencesi*” ve “*kendiyle barışık bir toplum*” yaratabilmenin ön koşuludur. Bu toplumda artık üstünlerin hukukundan değil, “*hukukun üstünlüğünden*” söz edilecektir. “*Daha az devlet, daha çok hukuk*” söylemi doğru ise, bunun gizemli anahtarı, “*hukukun üstünlüğü*”dür.

2000'li yılların başında, geriye dönüp baktığımızda, dünyanın hızlı bir değişim süreci yaşadığını görüyoruz. Bu değişim sürecine, iletişim teknolojisi damgasını vuruyor. Dünya artık büyümüyor, aksine küçülüyor. Uygur hukuk sistemleri de, karşılıklı etkileşim içinde giderek daha çok birbirlerine benzemeye başlıyor. Bu olgu bize, "hukukun ve onun üstünlüğü" nün ulusal plandan, "evrensel" boyuta geçmekte olduğunu kanıtıyor. Özünde "insan ve onun vazgeçilmez hakları" olan bir evrensel boyut.

Asırlardır birbirleriyle didişen toplumlar için "evrensel ve kalıcı barış"ın bu yolla gerçekleşmesini beklemek, bugün için bir "düş" olsa da, unutmayalım ki bizler, Faruk Erem Hoca'nun deyimiyile; "sadece yirminci yüzyılın vatandaşı değiliz". Gerçekten, 21. yüzyıl döndü işte. O nedenle bu deyimiyi, yalnızca süslü bir "retorik" olarak değil, misyonunuy tamamlayarak, "hukuk ve insanlık bayrağı" nı gelecek kuşaklara aktarmayı başaran bir "bilgenin erdemi" ya da sosyolojik bir olgu olarak algılamak gerekir.

Hukukun üstünlüğü-hukuk devleti-hak ve adalet kavramlarının "ortak payda" sı olan ve asıl güvencesi "toplum bilincinde" saklı bulunan hukuk;

kimi zaman, "Statüko" dur; belli bir zaman kesitini resmeden,

kimi zaman, "Dinamizm" dir; çağdaş değişimlere ayak uydurmasını bilen,

kimi zaman, "Sevgi" dir; toplum yüreğinde hissedilen,

kimi zaman, "Hoşgörü" dür; özündeki insana yumuşak biçimde yaklaşan,

kimi zaman, "Etik" tir; uygulayıcısının davranışlarını sürekli biçimde süzgeçten geçiren,

kimi zaman, "Güzellik" tir; hedefe giden uzun ve ince yolu süsleyen,

kimi zaman, "Güç" tür; toplumsal huzura ulaşmayı kolaylaştıran,

kimi zaman, *"Aklı Egemen Kılmaktır; varılacak hedeften insanı saptırmayan,*

kimi zaman, *"Kendini Bilme Sanatıdır"; gücün sınırlarının ötesine geçmekten bireyi alıkoyan,*

kimi zaman, *"Eşitlik"tir; insanı tesviyede buluşturan,*

kimi zaman, *"Çekiç"tir; elinde tutanı sürekli biçimde yontan,*

kimi zaman, *"Mala"dır; toplumsal sevgi harcını atarken, çıkıntılıkları gideren,*

kimi zaman, *"Kum Saati"dir; bireye, zamana karşı yarıştı-
ğını anımsatan,*

kimi zaman, *"Doğruyu Bulabilme Sanatıdır"; mükemmele yaklaşmayı kolaylaştıran,*

kimi zaman, *"Kendiyle Barışık Bir Toplum Kurabilme Aracıdır"; tüm çağdaş ulusların sahip olması gereken.*

İşte Hukuk, tüm bu zaman dilimlerinin bileşkesinde asıl misyonunu yerine getirebilecek, *"Toplumsal ve Hatta Evrensel Barış"a* gerçek anlamda katkı sağlayabilecek.

KAYNAKÇA

I. Kitaplar

- Akıllıoğlu, T., *İnsan Hakları-I; Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, Ankara 1995.
- Aldıkaçtı, O., *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İstanbul 1978.
- Arsava, F., *Avrupa Toplulukları Hukuku ve bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar*, SBF yay., Ankara 1985.
- Arsel, İ., *Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları*, Ankara 1965.
- Atatürk, M. K., *Nutuk*, Türk Devrim Tarihi Enstitüsü yay., 1952, c. 11 (1920-1927).
- Aybay, R., *İnsan Haklarının Gelişimi*, TÜBA yay., Ankara 1999.
- Brownlie, I., *Basic Documents of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1971.
- Clapham, A., *Human Rights and the European Community: A Critical Overview*, *European University Institute Publication*, Florence 1991.
- Catlin, G. A., *History of Political Philosophers*, London 1950.
- Constantinesco, V., *Compétence et Pouvoir dans les CE*, LGDJ, Paris 1974.
- Çavdar, O. A., *İnsan Haklarının Gelişimi*, TÜBA yay., Ankara 1993/1994.
- Çeçen, A., *İnsan Hakları Rehberi*, Ankara 1999.
- Çelik, E., *Milletlerarası Hukuk*, C. I, İstanbul 1975.
- Donnelly, J., *Universal Human Rights in Theory and in Practice*, Cornell University Press, London 1989.
- Duez, P., *Esquisse d'une définition réaliste des droit publics individuels*, Mélanges Carrée de Malberg, Paris 1933.
- Duman, İ. H., *1982 Anayasasında İnsan Haklarına Saygılı Devlet*, İstanbul 1997.

- Duparc, C., *Avrupa Topluluğu ve İnsan Hakları*, AB Komisyonu yay., 1992.
- Gözübüyük, A. Ş., *Anayasa Hukuku-Anayasa Metni*, Ankara 1998.
- Elöve, M. E., *Anayasa Hareketlerimizin Şeması*, İstanbul 1960.
- Erem, F., *Adam Öldürmek Cürümleri*, Ankara 1982, s. 2-3.
- Erem, F., *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, Ankara 1964.
- Eroğlu, H., *Devletler Umumi Hukuku*, Ankara 1984.
- Gönlübol, M., *Milletlerarası Teşkilatlanma*, Ankara 1975, s. 171 vd.; ve *Uluslararası Politika*, Ank., 1993.
- Günüğür, H., *Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Antlaşma (Roma Antlaşması)*, TOBB yay., Ankara 1988.
- Günüğür, H., *Avrupa Topluluğu Hukuku*, EKO yay., Ankara 1996 s. 77.
- Kapani, M., *Kamu Hürriyetleri*, Ankara 1993.
- Mumcu, A., *İnsan Hakları Kamu Özgürlükleri*, Ankara 1992.
- Lucas, J. R., *On Justice*, Clarendon Press, Oxford 1980. Meray, S., *Devletler Hukukuna Giriş*, II. C. Ankara 1962.
- Moskowitz, M., *The Politics and Dynamics of Human Rights*, Oceana Publication, New York 1968.
- Myle, G., *The Legal Order of International Law, European Community Law and the National Law of Ireland and the United Kingdom*, pub. Loksley Press, Belfast 1979.
- Okandan, R. G., *Amme Hukukumuzun Ana Hatları*, İstanbul 1957.
- Onar, S. S., *İdare Hukuku*, İstanbul 1945.
- Özbudun, E., *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 1998.
- Pazarcı, H., *Uluslararası Hukuk Dersleri II*. kitap, Ankara 1989.
- Rawls, J., *A Theory of Justice*, Oxford University Press, UK. 1986.
- Savcı, B., *Türkiye'de İnsan Haklarının Gelişimi*, Ankara 1959.
- Selçuk, S., *Demokrasiye Doğru*, Ankara 1999.

- Selçuk, S., *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, Ankara 1998.
- Sezer, A. N., KHK'yi Başbakanlığa gönderme gerekçesi, internet, www.cankaya.gov.tr , 22.8.2000.
- Soysal, M., *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, İstanbul 1987.
- Ünal, Ş., *Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku*, Ankara 1997.
- Wiseman, H. V., *Magna Carta Efsanesi* (çev., Kapani M.), A.Ü.H.F. 40 Yıl Armağanı.
- Zurcher, A. J., *The Struggle to United Europe*, New-York Univ. Press 1998.

II. Makaleler

- Abadan, N. U., "Basın ve Haberleşme Hürriyeti", *Türkiye'de İnsan Hakları* (içinde), AÜHF yay., no: 256, Ankara 1970.
- Akhan, O., "İşkence ve İnsan Hakları", *İnsan Haklarının Gelişimi* (içinde), TÜBA yay., Ankara 1999.
- Aksoy, M., "Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü", *Türkiye'de İnsan Hakları* (içinde), AÜHF yay., no: 256, Ankara 1970.
- Alacakaptan, U., "Kişi Dokunulmazlığı ve Kişi Güvenliği", *Türkiye'de İnsan Hakları* (içinde), AÜHF yay., no: 256, Ankara 1970.
- Altan, Ç., "Anayasa Hukuku ve Yuttur Kaydır Politikaları", *Sabah Gazetesi*, 23.8.2000.
- Aygün, S., "Helsinki Zirvesi Ardından Türkiye-AB İlişkileri", Türkiye-AB Derneği yay., Ankara 2000.
- Bazin, L., "Fransa'da İnsan Haklarının Evrimi: Laiklikle bağları" *İnsan Haklarının Gelişimi* (içinde), TÜBA yay., Ankara 1999.
- Bréhier, T., "De Maastricht à la Révision de la Constitution, *Le Monde*, Paris 11.4.1992.
- Bozer, A., "Helsinki Zirvesi Ardından Türkiye-AB İlişkileri", Türkiye-AB Derneği yay., Ankara 2000.
- Corillon, C., "Bilim ve İnsan Hakları", *İnsan Haklarının Gelişimi* (içinde), TÜBA yay., Ankara 1999.

- Daver, B., "Türkiye'de Siyasal Haklar", *Türkiye'de İnsan Hakları* (içinde), AÜHF yay., Ankara 1970.
- Davran, Z., "İnsan Haklarının Düşünsel Temelleri", *İnsan Haklarının Gelişimi* (içinde), TÜBA yay., Ankara 1999.
- Demirel, S., "Helsinki Zirvesi Ardından Türkiye-AB İlişkileri", *Türkiye-AB Derneği yay.*, Ankara 2000.
- Dijk, V. P., "Uluslararası İnsan Hakları Normlarının Ülke Uygulamalarındaki Gelişimi", *İnsan Haklarının Gelişimi* (içinde) TÜBA yay., Ankara 1999.
- Drzewicki, K., "The UN Charter and the Universal Declaration of Human Rights", in *An Introduction to the International Protection of Human. Rights*, Turcu 1997.
- Eklblöm, B., "Helsinki Zirvesi Ardından Türkiye-AB İlişkileri", *Türkiye-AB Derneği yay.*, Ankara 2000.
- Esen, B. N., "Vicdan Hürriyeti ve Laiklik", *Türkiye'de İnsan Hakları* (içinde) AÜHF yay., no: 256, Ankara 1970.
- Eser, K., "Helsinki Zirvesi Ardından Türkiye-AB İlişkileri", *Türkiye-AB Derneği yay.*, Ankara 2000.
- Fogg, K., "Helsinki Zirvesi Ardından Türkiye-AB İlişkileri", *Türkiye-AB Derneği yay.*, Ankara 2000.
- Forman, J., "The European Communities Act", *Common Market Law Review*, vol X, 1973.
- Ghebali, Y. V., "Yeni Bir Avrupa İçin Paris Şartı", *NATO Dergisi*, 5/1990.
- Günoğur, H., "Anayasa Değiştirilmeli", *Milliyet*, 17 Nisan 1987.
- Günoğur, H., "Anayasa Değiştirilmeden AT'ye Girilemez", *Dünya*, 22 Aralık 1988.
- Günoğur, H., "Avrupa Siyasi İşbirliği", İKV yay., İstanbul 1989.
- Günoğur, H., "Certains Problèmes Juridiques qu'Entrainera L'Adhésion de la Turquie à la CE", *Turkish Yearbook of Human Rights*, vol 7-8, Ankara 1987
- Günoğur, H., "Ekonomik ve Sosyal Demokrasi Kavramı" Mercek, MESS yay., İstanbul Nisan 1988.

- Günoğur, H., "Helsinki Kararları ve Tam üyelik Sürecinde Ulusal Egemenlik Yetkilerinin Kısmen Devri ve AB Hukukunun Önceliği Sorunu", *İGEME Dergisi*, s. 3, Ankara Ocak-Mart 2000.
- Günoğur, H., "Helsinki Zirvesi Ardından Türkiye-AB İlişkileri", Türkiye-AB Derneği yay., Ankara 2000.
- Günoğur, H., "Lüksemburg'dan Helsinki'ye Uzun Kalın Yol", *Türkiye-AB Derneği Bülteni* no: 18, Ankara Mart 2000.
- Günoğur, H., "Tam Üyeliğin Gerektireceği Anayasa Değişikliği, Egemen Yetkiler Devri ve AB Hukukunun Önceliği", Türkiye-AB Derneği Yayını, no: 18, Ankara Mart 2000.
- Günoğur, H., "Uluslararası Hukuka Öncelik Verilmeli", *Milliyet*, 18 Mayıs 1992.
- İrtemçelik, M. A., "Helsinki Zirvesi Ardından Türkiye-AB İlişkileri", Türkiye-AB Derneği yay., Ankara 2000.
- Jacques, J. P., "Commentaire de la Décision du Conseil Constitutionnel no: 92/308, RTDE, 1992.
- Kapani, M., "Dünya ve Türkiye'de İnsan Haklarına Genel Bakış", *Türkiye'de İnsan Hakları* (içinde), AÜHF yay., no: 256, Ankara 1970.
- Kili, S., "1961 Anayasası ve Devlet Anlayışı", *27 Mayıs 1960 Devrimi, Kurucu Meclis ve 1961 Anayasası* (içinde), İstanbul 1998.
- Kohen, S., "Helsinki Zirvesi Ardından Türkiye-AB İlişkileri, Türkiye-AB Derneği yay., Ankara 2000.
- Kuçuradi, İ., "İnsan Hakları Düşüncesinin Işığında İnsan Hakları Belgeleri", *İnsan Haklarının Gelişimi* (içinde), TÜBA yay., Ankara 1999.
- Ökçesiz, H., "Hukuk Felsefesi Yönünden İnsan Hakları", *İnsan Haklarının Gelişimi* (içinde), TÜBA yay., Ankara 1999.
- Özülker, U., "Helsinki Devlet ve Hükümet Başkanları Zirvesi Sonrasında Türkiye-AB İlişkileri", *İGEME Dergisi*, s. 3, Ankara Ocak-Mart 2000.
- Özülker, U., "Helsinki Zirvesi Ardından Türkiye-AB İlişkileri", Türkiye-AB Derneği yay., Ankara 2000.

Stoel, v. d. M., "Kriz Önleme ve Barışın Tesisi: AGİK için Zor Görevler", *NATO Dergisi*, 3/1994.

Talas, C., "Türkiyede Sosyal ve Ekonomik Haklar", *Türkiye'de İnsan Hakları* (içinde), TÜBA yay., Ankara 1999.

Tigrel, A., "Helsinki Zirvesi Ardından Türkiye-AB İlişkileri", *Türkiye-AB Derneği yay.*, Ankara 2000.

Türk, H. S., "İnsan Hakları", *İnsan Haklarının Gelişimi Semineri*, TÜBA yay., Ankara 1999.

Wiesel, N. T., "Bilim Akademileri ve İnsan Hakları: Uluslararası Bir Çaba", *İnsan Haklarının Gelişimi* (içinde), TÜBA yay., Ankara 1999.

Wigny, P., "L'Europe Politique", in *les Nouvelles*, ed. Larcier, Bruxelles, 1969.

III. Anonim Kaynaklar

Collection of Recommendations, Resolutions and Declarations of Committee of Ministers Concerning Human Rights, Council of Europe, Strasbourg, 1981.

İKV Yayını.

JOCE (Journal Officiel des Communautés Européennes - Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi)

RJC (AB Adalet Divanı Kararlar Dergisi)

TC Resmi Gazetesi.

Ali Akın ALAN

HUKUK DEVLETİ

I. GİRİŞ

“*Hukukun üstünlüğü*” kavramı soyut bir kavramdır. Tanımını yapmak, içeriğini belirlemek zordur. “*Hukukun üstünlüğü*” kavramı, hukuk devletinde somutlaşmıştır. Bu nedenle, soyut bir kavram olan hukukun üstünlüğünü incelemek yerine, onun somut şekli olan “*hukuk devleti*” kavramını incelemek, irdelemek daha tutarlı bir yöntem olacak; hukukun üstünlüğünden ne anlaşılması gerektiği böylece somut bir şekilde ortaya konabilecek, gözler önüne serilebilecektir.

“*Hukuk devleti*” bir idealdir; özgürlükçü ve çoğulcu demokrasinin, sağduyunun süzgecinden geçmiş özüdür. Anayasa hukukunda günümüzde ulaşılan son aşamadır. Devletin üstün, baskıcı gücüne karşı; devletin insan için var olduğunu, devletin temel görevinin insanı mutlu yaşatmak olduğunu ileri süren, haklarına uyulması için uğraş veren insanların devleti temsil eden üstün otorite ile çatışmasından doğmuştur. Hukuk devleti idealine hiçbir ülkede tam olarak ulaşılammıştır. Hukuk devleti idealine gönül vermiş insanlar, bitmez-tükenmez bir çaba içinde bu ideale ulaşmak için çalışmaktadırlar.

Özgürlükçü, çoğulcu, çağdaş bir demokratik toplumda yaşamak; içinde yaşadığı topluma bir artı değer katmak isteyen herkes, “*Hukuk devleti*” kavramının içeriğini bilmesi gerekir. Özellikle ülkemizde kamu sektöründe çalışanların “*Hukuk devleti*” kavramının içeriğini bilmeleri, Avrupa Birliği’ne girme sürecini yaşadığımız günümüzde daha da önemlidir.

Hukukun üstünlüğü üzerine “kim, ne dedi” hususuna değinmeden, uygulamada “Hukuk Devleti” kavramının ülkemizde nasıl anlaşıldığı, yorumlandığı Anayasa Mahkemesi kararlarına dayanılarak aşağıda anlatılmaya çalışılmıştır.

II. KISA TARİHÇE

Hukuk devleti;¹ özetle, tüm etkinliklerinde, hukukun üstünlüğü ilkesine, yargı denetimine bağlı kalan devlet demektir. Hukuk devletinde, devletin eylemleri hukukla sınırlandırılmıştır. Kişilerin temel hak ve özgürlükleri, devletin dahi uymak, uygulamak zorunda olduğu hukuk kurallarıyla korunmuşlardır.

Devletin hukuk-adalet ilkelerine bağlılığı, Platon (M.Ö 428/427 - 348/347) ve Aristoteles (M.Ö 384 - 322) ten bu yana hukuk düşüncesinde önemli bir yer tutmuştur. Ancak, adı geçen düşünürlerin yaşadığı Atina site devletinde hukuk devleti anlayışı yoktu. Çünkü site devletinde;

- bireyin devlete karşı ileri sürebileceği insan hakları bulunmuyordu,

- yönetimin yargı denetimine bağlı olması gibi bir kavram henüz bilinmiyordu,

- kölelik vardı.

Roma İmparatorluğu günümüze kadar ulaşan, etkisini sürdüren hukuk kuralları koymuş, ancak yukarıda vurgulanan nedenlerle hukuk devletini kuramamıştır.

Hukuk devleti kavramı ortaçağ Avrupa’sın da toplumsal sözleşme ilkesine dayandırılmıştır. Toplumsal sözleşme ilkesine göre, hükümdar söz verdiği yükümlülükleri yerine getirmezse, yönetilenler de ona itaat borcundan kurtulmuş sayılırdı.

¹ “Hukuk Devleti” (Rechtsstaat) kavramı Fransız ve Alman , “Hukuk Üstünlüğü” (Rule of Law) kavramı ise Anglo-sakson kökenlidir.

² Any Mah. nin 07.11.1989 t ve E: 1989/6; K: 1989/42 s. Kararı R. G.: t. 06.04.1990 ve s. 20484.

İngiltere' de ilk anayasal belge olan Magna carta (1215) da yer alan direnme hakkı da kaynağını bu anlayıştan almıştır.

Yeniçağ' da hukuk devleti kavramı, John Locke (1632 - 1704) ile Montesquieu (1689 - 1755) nün ortaya attığı güçler ayrılığı ilkesiyle genişleyerek daha büyük bir önem kazanmıştır.

Doğal (ideal) hukuk yanlılarının ortaya attığı, daha sonra 1787 ABD Anayasası'na da yansıyan "*Doğal Hukuk*" kavramı ve doğal hukukun uzantısı olan "*İnsan Hakları*" anlayışı, hukuk devleti düşüncesine yeni boyutlar getirmiştir.

1789 Fransız Devrimi, hukuk devletinin filizlenmesine bir ön adım olmuştur, ama hukuk devletinin kurulmasına yeterli olamamıştır. Çünkü devrimden sonra ekonomik adalet gerçekleştirilememiştir.

Bu gelişmelerin yarattığı birikim 19. yy' dan başlayarak özellikle Alman hukuk öğretisinin sağlam temellere dayanmasını sağlamıştır. 19 ve 20. yy' lar hukuk devletinin yaşama geçtiği ve geliştiği dönemlerdir.

Devletin amacının yurttaşların özgürlüğünü, eşitliğini, hukukun egemenliğini güvence altına almak olduğunu savunan Kant'çı (İmmanuel Kant, 1724-1804) devlet felsefesine dayanan Alman öğretisi, "*Hukuk Devleti*" deyimini "*Polis Devleti*" kavramının karşısı olarak kullanmıştır.

Yapıtlarında, "*Hukuk Devleti*" deyimine ilk kez yer veren Rudolf von Mohl' dur. Mohl, "*Hukuk Devleti*" deyimden anlaşılması gereken devlet tipini, etkinliklerinin sınırını kişilerin özgürlüğünde gören, yasaların genelliği ilkesine uyan, kişilerin devlet gücü karşısında korunması için yargı organları kuran devlet olarak tanımlamıştır. Bu hukuk devletini anayasal devletle eşdeğerde tutan bir görüştür.

Hukuk devleti kavramına çeşitli anlamlar veren Stahl (Friedrich Julius Stahl, 1802-1861) gibi Alman hukukçulardan sonra günümüzde geçerli olan hukuk devleti görüşüne en yakın tanımı Rudolf Von Gneist (1816-1895) ortaya koymuştur.

20. yüzyılda, özellikle Avusturyalı hukukçu Hans Kelsen (1881-1942), "*Hukuk Devleti*"ni, maddi hukuk içeriğinden arınmış biçimsel bir kavram olduğunu ileri sürmüştür. Ancak bu görüş çok eleştirilmiştir.

Hukuk devleti, yönetilenlerin yararına merkezi otoritenin sınırlanması ile başlar. Bu başlangıç, Osmanlı Devleti'nde 1808 yılında imzalanan "*Sened-i İttifak*" ile olmuştur. 1876 tarihli Kanun-i Esasi'ye göre, Heyet-i Ayan'ın çıkarılan yasaların Kanun-i Esasi'ye uygunluğunu siyasi yönden denetleme hakkı vardı.

20 Nisan 1924 günlü Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun 103. maddesinde "*Hiçbir kanun Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'na münafi olamaz*" denilerek, yasaların Anayasa'ya uygunluğunun siyasi yoldan denetlenmesi yöntemi benimsenmiştir. Ancak, bu denetim yargısal olmadığından 1924 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde büyük sorunlar yaşanmıştır. 1924 Anayasası'nın 53 vd. maddelerinde ise hukuk devletinin ilkelerinden olan, yargıçların bağımsızlığı, azlolunamayacakları, yargılamanın açıklığı, savunma hakkı vb. düzenlemeler yer almıştır.

Türk Anayasa hukukuna, "*Hukuk Devleti*" kavramı açık bir şekilde 09 Temmuz 1961 tarihli Anayasa'nın 2. maddesi ile girmiştir.

Özetle; Osmanlı Devleti ve Cumhuriyet dönemindeki tarihsel gelişmeler günümüzde hukuk devletini ulusal yaşamımızın tartışılmaz, ödün verilmez bir kurumu olarak karşımıza çıkarmıştır.

1 Ağustos 1975 de Helsinki' de imzalanan Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı (AGİK) Sonuç Belgesi (Final Act, Son Senet), uluslararası alanda insan haklarına saygı gösterilmesini sağlamaya yönelik önemli bir aşama olmuştur. Bu belgenin kendine özgü özellikleri vardır. Sonuç Belgesi'nde, daha önceki evrensel bildirilerde ve İnsan Hakları Sözleşmeleri'nde olduğu gibi doğrudan doğruya kişilere tanınan haklar değil, fakat bu konuda devletlere düşen birtakım ödevler sözkonusudur. Helsinki Sonuç Belgesi, teknik anlamda hukuken bağlayıcı güce

sahip bir sözleşme ya da antlaşma değildir. Belgenin önemi, içeriğinden kaynaklanmaktadır. Bu içerikte, insan hakları kavramının ideolojiler arası ortak bir değer olarak benimsenmiş olmasıdır. Sonuç Belgesi'nin 1975 yılında imzalanmasında sonra meydana gelen siyasal-ekonomik gelişmelerden, özellikle 1989 yılından sonraki Doğu Avrupa ülkelerindeki siyasal yapı değişikliklerinden sonra İkinci AGİK (Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı) Zirvesi 1990 yılı Kasım ayında Paris'te toplanmıştır. Toplantı sonunda 21 Kasım 1990 günü, 34 devletin başkanları ve/veya başbakanları tarafından imzalanan, "Yeni Bir Avrupa İçin Paris Şartı" başlığını taşıyan belge, demokrasi, insan hakları, hukuk devleti ilkelerine dayanan yeni bir işbirliği döneminin başladığını duyurmuştur. Bu belgede, bütün insanların doğuştan sahip oldukları vazgeçilmez haklar olarak nitelenen insan haklarıyla özgürlükleri korumanın, bunlara işlerlik kazandırmanın hükümetlerin başlıca sorumluluğu olduğu belirtilmektedir.

Yeni Bir Avrupa İçin Paris Şartı'nın birinci bölümünde şöyle denilmektedir:

"Uluslarımızın yegane yönetim sistemi olarak demokrasiyi inşaa edeceğini, tahkim edeceğini ve kuvvetlendireceğini taahhüt ediyoruz. Bu çabamızda aşağıdaki hususlara uyacağız.

İnsan hakları ve temel özgürlüklere her insan doğduğu anda sahip olur, bunlardan feragat edilemez ve hukukun güvencesi altındadır. Devletin birincil sorumluluğu, bunları korumak ve geliştirmektir. Bunlara saygı, aşırı güçlü bir devlete karşı asil bir güvencedir. Bunlara uyulması ve eksiksiz işlerlik kazandırılması özgürlük, adalet ve barışın temelidir. Demokratik yönetim, düzenli aralıklarla yapılan özgür ve adil seçimlerle ifadesini bulan halk iradesine dayalıdır. Demokrasinin temeli, insanın kişiliğine saygı ve hukukun üstünlüğüne dayanır. Demokrasi, ifade özgürlüğünün, toplumdaki bütün kesimlere hoşgörü gösterilmesinin ve her fert için fırsat eşitliğinin en iyi güvencesidir.

Demokrasi, temsilli ve çoğulcu karakteri ile, seçmene karşı sorumluluğu, kamu makamlarının hukuka riayet etmesi ve adaletin

yansız bir şekilde dağıtılmasını da zorunlu kılar. Kimse yasaların üstünde olamaz.

Her ferdin düşünce, vicdan ve din ya da inanç özgürlüğüne; ifade özgürlüğüne; dernek kurma ve sükunu bozmayan bir şekilde toplanma özgürlüğüne; seyahat özgürlüğüne hakkı olduğunu ve hiç kimsenin keyfi olarak gözaltına alınamayacağını ya da tutuklanamayacağını; işkence ya da diğer zalimane, insan onuruyla bağdaşmayan ya da insanı alçaltan bir muamele ya da cezalandırmaya tabi tutulamayacağını, keza herkesin haklarını bilmeye ve kullanmaya; hür ve adil seçimlere katılmaya; bir suçla itham edildiği zaman adil ve açık bir şekilde yargılanmaya; tek başına ya da birlikte mal ve mülk edinmeye ve bireysel girişimlerde bulunmaya; ekonomik, toplumsal ve kültürel haklardan yararlanmaya hakkı olduğunu hiçbir ayırım yapmaksızın teyid ederiz."

Yukarıdaki alıntıyı bir cümle ile özetlemek gerekirse, çağdaş hukuk devletinde temel hak ve özgürlüklerin devletçe lütfedilmediğini, sadece ve sadece tanıdığını ve güvence altına alındığını söyleyebiliriz.

III. GENEL OLARAK HUKUK DEVLETİ

Hukuk devleti kavramının bilinmediği dönemlerde, devlet yönetiminde "devlet" ve "güç" kavramları eşdeğer görülmüştür. Günümüzde "güç" hukukun karşısındadır. "hukuk devleti" kavramı; devletin ülke içinde, egemenliği bağımsız, koşulsuz, denetimsiz (keyfi) biçimde kullanılmasına karşı tepki olarak doğmuştur. Bu nedenle, hukuk devleti yönetiminin karşıtı, güce, zora dayanan keyfi devlet yönetimidir. Hukuk devleti, siyasi iktidarın ve bu iktidarın kullanımının sınırlanmasına yardım eden bir ilkedir.

Hukuk devleti ilkelerinin egemen olmadığı, çoğulcu demokrasinin gerçekleşmediği bir toplumdaki, "çağdaşlığın" sadece sözü var olabilir. Hukuk devleti, demokrasiyi demokrasi yapan niteliklerin süzölmüş özüdür.

Hukuk devletinde, hiçbir makam, organ, kişi, kuruluş hukukun üstünde, altında, yanında değildir, sadece içindedir. Hiçkimse için yasal ayrıcalık getirilmez. Devlet hukuku sayar ve saydırır. “Az devlet, çok hukuk” formülüyle özetlenebilen hukuk devletinde hukuk çoğaldıkça, devletin meşruluğu artar, saygınlığı, itaat edilirlığı güçlenir. Hukuk devletinde, devlet olanakları ve araçları iktidarın tekelinde olamaz. Devlet hukuktan asla ayrılmaz. Demokratik kurumlaşma devlet yapısını sarar. Herkes, hukukun getirdiği sonuca katlanır. Bağımsız yargı, en büyük güvence sayılır. Hukuk devleti, toplumsal dengeyi kurar ve korur. Hukuk devleti, totaliter rejimlerde olmaz. Hukuk devletinde; kimse özgürlükleri kötüye kullanıp, istediği gibi davranamaz, çünkü demokrasinin savunucusu, koruyucusu hukuktur.

Bir kişi, bir hukuk kuralını çiğnerse eylemi suç sayılır. Çok sayıda kişi hukuk kurallarını hiçe sayarsa buna anarşi, terör denir. Devlet hukuk kurallarına kendisi uymazsa buna zorbalık, keyfi yönetim adı verilir. Devlet, hukuk kurallarını çiğneyenlere karşı hukuku işletmez ise, suçu önleyen değil, üreten bir yapıya dönüşür. Hukuk devletinde kargaşa ve düzensizlik hukukla önlenir, yakınmalar böylece azalır. Hukuk devletinde yargısız infazlar olmaz. Hukuk devletinde verilen yargı kararlarına devlet uyar, yerine getirir.

Hukuk devleti; hukukun üstünlüğü üzerine kurulmuş bir devlet olarak kanun devletinden, polis devletinden, parti devletinden kesin çizgilerle ayrılır. Hukuk devleti:

-“Hukuku olan devlet” değil, hukukun egemen olduğu devlet demektir.

- Sorumlulukları , işlevleriyle birlikte artan çağdaş, uygar devlettir.

- Anlayışlı, hoşgörülü ve güler yüzlü devlettir.

- Erklerin uyum içinde çalıştığı yapıdır.

- Ulusal istencin kaynak olduğu ulusal egemenliğin oluşma ve somutlaşma aracı olan hukuk devleti, eşitlik temelinde

adil bir hukuk düzeni kurup bunu sürdürmekle yükümlü olan devlettir.

Bir ülkede, hukukun eliyle insanları mutlu kılmanın ilk koşulu, kamu hukuku alanında hukuk devleti (hukukun üstünlüğü) ilkesinin benimsenmesi ve bunun uygulamaya geçirilmesidir.

IV. HUKUK DEVLETİ - SOSYAL DEVLET İLİŞKİSİ

Hukuk devleti kavramını açıklayabilmek için, bu kavramın sosyal devlet kavramıyla benzer ve farklı yönlerini de ortaya koymak yararlı olur. Anayasa'nın 2. maddesinde; "*Türkiye Cumhuriyeti, ve sosyal bir hukuk Devletidir.*" hükmü vardır. Sosyal devlet ile hukuk devleti birbirinden farklı, ama birbirinin içine geçmiş iki kavramdır. Etle tırnak gibi ... İki kavram birbirini bütünler. Ancak, hukuk devleti siyasal; sosyal devlet ise ekonomik içeriklidir. Anayasa Mahkemesi'nin 12.10.1976 gün ve E: 1976/38, K: 1976/46 sayılı Kararı'nda da belirtildiği üzere; toplum yararının bireyler yararına üstün tutulması, sosyal hukuk devletinin temelini oluşturur. Fakat bunda güdülen amaç sonunda yine bireylerin mutluluğunun sağlanmasıdır. Bu mutluluğun temelinde bireylerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirme haklarının ve bunları yüceltme ölçülerinin yattığı kuşkusuzdur.

"*Sosyal devlet*" kişilere yalnız klasik özgürlükleri sağlamakla yetinmeyip aynı zamanda, onlara insan gibi yaşamaları için zorunlu olan somut gereksinimlerini karşılamalarını da kendisine görev edinen devlettir. Çağdaş Anayasa anlayışı, asgari geçim koşullarından, sağlık, öğrenim olanaklarından ve hele barınacağı bir konuttan yoksun bir kişinin gerçek anlamda özgür olamayacağını kabul eder. Gerçekten, ekonomik olanaklardan, yaşama için zaruri olan gelir kaynaklarından ve varlıktan yoksun olan halk tabakaları için klasik özgürlükler, yalnız kağıt üstünde kalan parlak fakat boş laflardan başka bir değere sahip değildir. Önemle belirtmek gerekir ki, sosyal adalete karşı kayıtsız kalan devletler, toplumun zararlı akımlara

kapılarak totaliter yönde sürüklenmesine engel olamamaktadırlar. Sosyal olmayan demokrasi, toplum yaşamının gerçekleri karşısında özünü kaybetmeye ve sonuçta yıkılmaya tutsaktır. Bu nedenledir ki, "sosyal devlet" yalnız kişilerin refah ve mutluluğu için bir güvence değil, aynı zamanda toplumsal yaşamın geleceği bakımından da demokrasinin en sağlam garantisidir.

Hukuk devletinin ileri aşaması sosyal devlet ilkesi ile sağlanır. Bu ilke, bireyin doğuştan sahip olduğu onurlu bir yaşam sürdürme, maddi-manevi varlığını geliştirme hak ve yetkisini kullanmasına devletin, sosyal adalet gereklerince olanak sağlamak yükümlülüğünü içerir. Sosyal devletin temel amaç ve görevleri, sosyal adaletin, sosyal refahın ve sosyal güvenliğin sağlanmasıdır.²

Sosyal devlet, işsizliği, açlığı, çıplaklığı, eğitimsizliği, konutsuzluğu, doktorsuzluğu, ilaçsızlığı, kısacası sosyal güvensizlik ve ekonomik yoksulluğun her türünü gidermekle görevlidir.

Anayasa Mahkemesi'nin 23.05.1972 tarih ve E: 1972/2, K: 1972/28 sayılı kararında da belirttiği üzere, "Anayasa'nın 2. maddesi uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir hukuk devletidir. Toplumsal dengeyi ve gerçek eşitliği sağlamakla yükümlü devlettir."

Hukuk devletinde korunması gereken en büyük değer insanın canı, sağlığı olduğu açıktır. Hukuk kurallarının konuluşunda, yorumlanmasında, insanın canı ve sağlığının en yüksek ve önemli değer olduğu yolundaki bu temel ilkenin sürekli olarak gözönünde tutulması zorunludur. Sosyal hukuk devleti, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve böylece toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir. Çağdaş görüşe ve Anayasa'nın temel yapı ve felsefesine göre gerçek hukuk devleti, ancak toplumsal devlet anlayışı içinde ise bir anlam ve değer kazanır ve hukuk devletinin amaç edindiği kişiliğin korunması, toplumda sosyal güvenliğin, sosyal adaletin sağlanması yoluyla gerçekleştirilebilir.³

³ Any. Mah. nin t. 18.3.1976 E: 1975/198, K: 1976 18 Kararı.

Sosyal adalet, sosyal hukuk devletinin temelidir. Çalışma özgürlüğü, sendikal haklar, ücrette adalet ve ilgili olanaklar da sosyal hukuk devletinin temelidir.⁴

V. HUKUK - HUKUKÇU - HUKUK DEVLETİ İLİŞKİSİ

Hukukun üstünlüğü ilkesini topluma özümsetebilmek, hukuk devleti idealine ulaşabilmek için iyi hukukçular yetiştirilmelidir. Çünkü hukuk devletinde hukukçu, insan onurunu, güzel sözlerin, özlemlerin ötesinde, belli bir haklar ve ödevler örgüsüne bağlayabilen kişi demektir. Böyle olduğu içindir ki, hukukçu yetiştirilirken yalnızca hukuk tekniğinin, yasaların kuru yorumunun öğretilmesiyle yetinilmemeli, kişi onurunun ne demek olduğu da öğretilmelidir. Çünkü, devletin çağdaş anlamı, vatandaşların insan onuruna yaraşır bir yaşam düzeni sağlayan kuruluş olarak tanımlanabilir. Devletin baş görevi, halkı huzurlu, mutlu kılmaktır.

Ayrıca, düşünce tarihi (felsefe), mantık, genel siyasi-ekonomik tarih, genel ekonomi bilgisi gibi kültür donanımları da hukukçu için vazgeçilmez değerler sayılmalıdır. İyi hukukçu sorunlara yasalardaki sözcükleri aşan geniş bir açıdan bakabilen kişidir. Hukuk devletinde; hukukçu, bilgisiz, bağnaz, softa, yobaz, hoşgörüsüz, dar ufuklu, kültürsüz olmamalıdır.

Hukukçu olmazsa, devlet, ne kadar dev boyutlara ulaşmış olursa olsun, basit bir örgütlenme ve yönetim mekanizması olarak kalır. Devlete çağdaş anlamını verecek, onu biçimlendirecek olan hukukun üstünlüğüne inanmış hukukçudur.

Anayasa, getirdiği kurum ve kuruluşlar, yürürlüğe koyduğu kurullarla hukuk devletini (hukukun üstünlüğünü) geçerli, gerçek ve güçlü kılmaya çalışmıştır. Ancak, asıl sorumluluk Devletin tüm kuruluşlarıyla birlikte kişilere de düşmektedir. Hukuk devletine uygun yasaları yapmak, teknik ayrıntıları düzenlemek başta hukukçular olmak üzere aydınların, seçilmişlerin işidir.

⁴ Any. Mah. nin t. 22.12.1988 ve E: 1988/5, K: 1988/55 s. Kararı. R.G.: t. 25.07.1989 ve s. 20232.

Ama, konulan kurallara can ve işlerlik verecek olan siyasal güç, hukuk devletin de egemenliğin gerçek sahibi halkın desteğidir. Bu nedenle; halkın, özellikle hukukçuların, hukuk devleti konusunda bilgili ve uyanık olmaları gerekir.

VI. HUKUK DEVLETİNİN TANIMI VE UNSURLARI

A. Hukuk Devletinin Tanımı

"Hukuk devleti" kavramı yaşayan, yaşadığı için de değişen, gelişen bir kavramdır. Bu nedenle, genellikle hukukçular, "Hukuk devleti" kavramını tanımlamaktan kaçınırlar. Onun içeriğini, kapsamını belirtmekle ya da ne olmadığını anlatmakla yetinirler. Çünkü, verilecek tanımın, ne denli kapsamlı olursa olsun, ne denli uzun tutulursa tutulsun yaşayan bir kavram için yine de yetersiz kalacağını ileri sürerler. Bizce, bu vargılarında haklıdırlar. Buna rağmen, konuya giriş yapabilmek, hukuk devletinin unsurlarını belirlemek yönünden zor da olsa iki tanım vermenin yararlı olacağı düşüncesindeyim.

Prof. Dr. Muammer Aksoy, hukuk devletini şu şekilde tanımlamaktadır:

"Hukuk devleti; bir ülkedeki suçlu olmayan kişilerin, huzur içinde yaşayıp, huzur içinde uyuyabilmelerini, yarınlarından kuşku duymamalarını sağlayan çeşitli hukuk ilkelerinin benimsendiği ve uygulandığı devlettir."

Any. Mah. kararlarında ise hukuk devleti kavramı şu şekilde vurgulanmaktadır:

"Hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa-

A. AKIN ANAL *koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğ u bilincinde olan ve hukuk güvenliğini sağlayan devlettir.*⁵

"Hukuk devletinde, devletin bütün organları üstünde hukukun salt bir egemenlik kurması, yasa koyucunun yasama çalışmalarında kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı tutması gerekir."

B. Hukuk Devletinin Unsurları

"Hukuk devleti (hukukun üstünlüğü)" bir üst kavramdır. Tarihsel süreç içinde kapsamı, ilkeleri, unsurları gelişmektedir. Aşağıda anlatılan konular, hukuk devleti kavramının günümüzde ulaşılan unsurları, ilkeleridir. Bu unsurlar, ilkeler zaman ilerledikçe serpilecekler, daha da gelişeceklerdir.

Yukarıdaki tanımlardan, Anayasa'dan, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarından, bu konudaki öğretilerden yararlanarak hukuk devletinin unsurlarını ve ilkelerini özetle şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Hukuk Devleti, Özgürlükçü, Çoğulcu, Katılımcı Çağdaş Demokratik Parlamenter Rejimlerde Vardır

21 Kasım 1990 tarihli Paris Şartı'nın ilk paragrafında *"Artık, demokrasi tek ve vazgeçilmez yaşam tarzıdır."* denilerek hukuk devletin de bu rejim altında gelişip serpileceği üstü kapalı vurgulanmaktadır. Çoğulcu-özgürlükçü demokrasiler, tarihsel gelişim süreci içinde hukukun üstünlüğü ilkesinden yola çıkarak hukuk devletine ulaşmışlardır. Anayasa'nın 2. maddesinde şu hüküm vardır.

⁵ Any. Mah. nin t. 29.12.1999 ve E: 1999/33, K: 1999 s. 51 Kararı R.G.: t. 29.06.2000 ve s. 24094, Sh. 25; Any. Mah. nin t. 13.07.1999 ve E: 1999/24, K: 1999 s. 30 Kararı. R. G.: t. 05.07.2000 ve s. 24100, Sh. 59 Ayrıca bkz., Any. md. 1, 13,19 ve 20.

⁶ Any. Mah. nin t. 31.03.1992 ve E: 1991/18, K: 1992 s. 20, Kararı R. G.: t. 27.01.1993 ve s. 21478 (mükerrer).

“ Türkiye Cumhuriyeti, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir.”

Yine Anayasa'nın 4. Maddesi; *“Anayasa'nın 1. maddesindeki devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2. maddesindeki Cumhuriyet'in nitelikleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.”* diyerek Cumhuriyet'in temel niteliklerini, bu arada hukuk devleti ilkesini de güvence altına almaktadır. Böylece hukuk devleti ilkesi Cumhuriyet'in değiştirilemez, dolayısıyla vazgeçilemez bir niteliği durumuna gelmektedir.

Hukuk devleti ilkesi ve dolayısıyla hukukun üstünlüğü, aynı zamanda demokrasinin ve uygarlığın da temel ölçüleridir. Bu ölçütlerin, ister yasamaya ilişkin bulunsun ister yönetsel olsun, tüm işlemlerde gözönünde tutulması, demokratik rejimin özünden kaynaklanan bir yükümlülüktür.⁷

Anayasa Mahkemesi 29.12.1999 gün ve E: 1999/33, K: 1999/51 sayılı Kararı'nda:

“ (...) Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtlayan veya tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaştığı kabul edilemez. Demokratik hukuk devletinin amacı kişilerin hak ve özgürlüklerden en geniş biçimde yararlanmalarını sağlamak olduğundan yasal düzenlemelerde insanı öne çıkaran bir yaklaşımın esas alınması gerekir. Bu nedenle getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak ayrık durumlarda ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilir.”

Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez.

⁷ Any. Mah. nin t. 31.12.1992 ve E: 1992/40, K: 1992 s. 55 Kararı. R.G.: t. 24.04.1993 ve s. 21561.

*Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir. (...)*⁸ demektir.

2. Hukuk Devletinde Temel Hak ve Özgürlükler Güvence Altına Alınmıştır

Anayasa'nın 12/1. maddesinde;

"Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir." hükmü vardır. Temel hak ve özgürlüklerin niteliğini belirleyen 12. maddenin ilk fıkrasında, bunların bir devlet "lütfu" olmadığı, kişiliğin dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez bir unsurunu oluşturduğu vurgulanmıştır. Şu halde, yukarıda da belirtildiği gibi, devlet kişiye ayrılmış bu alana ilke olarak hiçbir müdahalede bulunmamak, bu özel alan sınırları içine girmemekle yükümlüdür. Hukuk devleti olduğunu ileri süren bir devlet, kişilerin Anayasa'da sayılan temel hak ve özgürlüklerini özgürce kullanabilmeleri, geliştirebilmeleri için gereken önlemleri almak durumundadır.

Ancak, Anayasa'nın tanıdığı bu temel hak ve özgürlükler yine Anayasada belirtilen durumlarda, Anayasa'da gösterilen şekilde sınırlanabilir.⁹

3. Hukuk Devletinde Yasaların Anayasa'ya Uygun Olması Gerekir

Anayasa devlet yapısının temelidir. Devlet kuruluşlarının yapıları, yetkileri, görevleri, birbiriyle olan ilişkileri, Devletin

⁸ Bkz., t. 29.06.2000 ve s. 24094. R.G.: Sh. 24-25 (5 nolu dip not).

⁹ Bkz., Any. md. 13, 14, 15 ve 16. Bu maddelerde vurgulanan hususlar 10 Aralık 1948 tarihli İHEB'nin 29. maddesinin 2, 3. fıkralarında, 30. maddesinde ve 4 Kasım 1950 tarihli İHVTÖKİS'nin 8/2, 15. maddelerinde benzer şekilde vardır.

ve kişilerin haklarıyla ödevleri vb. düzenlemeler Anayasa'da yer alır. Böylece, "Anayasa düzeni" diyebileceğimiz bir yapı oluşur. Bu yapının öyle kuruluşları, hak ve ödev kuralları vardır ki, bunların, hukukun üstün kurallarına ve çağdaş uygarlığın gereklerine aykırı düşer nitelikte yeni ilkelere bağlanması, sözü geçen düzenin bütünlüğünü bozabilir.

Hukukun üstünlüğü ilkesine en çok yasaların yapılışı aşamasında uyulması gerekir. Yasama organı, yasaları çıkarırken hukukun üstünlüğünü, hukukun evrensel kurallarını gözönünde bulundurmalıdır.

Yasaların Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesinde iki yol vardır. Birincisi: Siyasi denetim; İkincisi: Hukuki denetim.

Siyasi denetimde bu olanak, siyasi bir organa verilmiştir. 1924 tarihli Anayasa'nın bu sistemi benimsemiştir. Bu sistemde, Anayasa'nın üstünlüğü ve yasaların anayasaya aykırı olmayacağı ilkesi tamamen siyasi denetime ve takdire bağlıdır. 1924 Anayasası'nın da Anayasa'ya uygunluk denetimi, yasayı yapan TBMM'ne ait olduğu için de, siyasi denetim toplumun beklentilerine yanıt verememiştir.

Hukuki denetim ise, Anayasa sistemimize 1961 Anayasası ile girmiş ve 1982 Anayasası ile sürdürülmüştür.

Anayasa'nın 11. maddesine göre;

"Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasa'ya aykırı olamaz."

Bu madde de Anayasa'nın üstünlüğü bir ilke olarak açıklanmakta, devletin tüm eylem ve işlemlerinin Anayasa'ya uygun olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Anayasa, sadece devlet iktidarını değil kişileri de bağlayan temel hukuk kurallarını içerir. Hukuk devletinde anayasaya uygun davranmak zorunda olanlar öncelikle ve asıl olarak kamu otoriteleri ve kamu gücünü kullanan kamu görevlileridir. Kamu gücünü kullananların anayasaya uyma zorunlulukları, onların yetkilerinin asli olmayıp Anayasa'dan türemesi nedeniyledir.

Yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri Anayasa'ya uymak zorundadırlar. Yargı kuvveti gerektiğinde Anayasa'yı diğer yasalar gibi uygulayabilir.

Ayrıca, yasalarımızın Anayasa'nın açık hükümlerinden önce, hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerde kabul edilen prensiplerine uygun olması koşuldur.¹⁰ Hukuk devleti, devletin kendisinin hukuk sayesinde var olduğunu, devletin hukuktan soyut olarak var olamayacağını benimser. Hukuk devleti, egemen devletin yasallığını değil, evrensel hukukun egemenliğini anlatır.

Yasaların Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi için Anayasa Mahkemesi kurulmuştur.¹¹ Anayasa yargısı, anayasaya aykırı bir yasal metni iptal etmekle, yasama organına ne ayak bağı olmakta, ne de onun yerine geçmektedir. Salt hukuk açısından, hukukun ne olduğunu söyleyerek, onu hukukun içine çekerek, hukuk devletinin oluşmasına katkıda bulunmaktadır. Anayasa yargısında yargılanan kurallardır. Anayasa denetimine tabu tutulan yasanın maddeleri ile Anayasa'nın ilgili maddelerinin koruduğu değerler birbirleriyle bağlantıları gözönünde tutularak karşılaştırılır ve değerlendirilirler. Böylece anayasa yargısı son çözümlemede, halk istenci doğrultusunda halk adına karar veren bir odak olmaktadır.

1982 Anayasası'na göre; yasaların, iki yolla Anayasa'ya uygunluğu denetlenir.

Birincisi: "*İptal Davası*" ve "*Dava açma süresi*" başlıkları altında Anayasa'nın 150, 151. maddelerinde düzenlenmiştir.

İkincisi: "*Anayasa'ya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi*" başlığı altında 152. maddede belirtilmiştir.

Bu yöntemler Anayasa sistemimize 1961 Anayasası ile girmiş ve 1982 Anayasası ile sürdürülmüştür.

¹⁰ Any. Mah.nin t. 22.12.1964 ve E: 1963/166, K: 1964 s. 76 Kararı.

¹¹ Bkz., Any. md. 146-153.

Anayasa'nın benimsediği sistem içerisinde, yasaların Anayasa'ya uygunluğunun denetimi, esas ve şekil yönleriyle ilgili olarak iki şekilde yapılmaktadır.

Esasla ilgili olarak yapılan uygunluk denetimi; bir yasanın, KHK ya da içtüzük kuralının, Anayasa ile çelişen bir yönü olup olmadığını araştırılmasıdır.

Şekil bakımından denetim ise, yasaların Anayasa ve İçtüzük ile öngörülmüş bulunan usul kurallarına uygun biçimde yapılıp yapılmadıkları hususlarının denetimidir. Şekil kuralları bir tasarı ya da teklifin yasalaşmasına dek geçirdiği tüm evrelerde uyulması gereken usul kurallarının bütünüdür. (Bkz., Any. md. 148). Zira, herhangi bir hukuku kuralı, ancak Anayasa'nın öngördüğü ya da Anayasa'ya uygun hukuk kurallarının izin verdiği yöntemlere göre konulabilir.

Hukuk devletinin temel unsuru, bütün devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olmasıdır (...). Hukuk devletinde yasa koyucu organ da dahil olmak üzere, devletin bütün organları üstünde hukukun mutlak bir egemenliğe sahip olması, yasa koyucunun faaliyetlerinde kendini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı tutulması gerekir. Çünkü, yasanın da üstünde yasa koyucunun bozamayacağı temel hukuk ilkeleri vardır. Yasalar, hukukun ana ilkelerine dayanmalıdır ve hukukun yüceliğini yansıtmalıdır.¹²

Cumhuriyetin niteliklerini belirten Anayasa'nın 2. maddesindeki ilkelerden birisi de "*hukuk devleti*" dir. (...) Bu ilke, özde anayasal düzene, hukukun üstünlüğü ilkesine bağlılığı anlatır. Anayasa'nın egemenliği, bağlayıcılığı yanında, yasakoyucunun uymak zorunda bulunduğu ilkeleri, evrensel hukuk kurallarını, düzenin dayanakları olarak benimseyen hukuk devletinde tüm işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğu ve yargı denetimine açık oluşu en güçlü güvencedir. Kamusal yetkilerin kaynağı, dayanağı ve sınırı olan Anayasa'ya aykırı bir yasa kuralı, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşamaz. Anayasa

¹² Any. Mah. nin t. 11.10.1963 ve E: 1963/124, K: 1963 s. 243 Kararı.

A. AKIN ANAL kuralı ile çelişen yasa kuralı, hukuk devleti ilkesinin çiğnenmesi sonucunu doğurur.¹³

Öte yandan, hukuk devleti ilkesi hukukun, dolayısıyla Anayasa'nın üstünlüğü temeline dayanır. Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı Anayasa'ya uygunluk denetimini, o da Anayasa yargısını gerektirmiş ve bunu sağlamak üzere Anayasa Mahkemesi kurularak kararlarına bağlayıcı nitelik kazandırılmıştır.¹⁴

Anayasa'nın üstünlüğü, yasama yetkisinin Anayasa kurallarıyla sınırlandırılmasını gerektirmiştir. Anayasa yargısı, yasamanın "*üstün gücüne*" karşı anayasal denge aracı olarak getirilmiştir. (...) Anayasa yargısının görevi anayasal denetim süreci içinde yasama işlemlerinin Anayasa'ya uygunluğunu etkin biçimde kollamaktır.¹⁵

Anayasa yargısı, yasama organını anayasal sınırlar içerisinde tutarak, demokrasinin sağlıklı işleyişini sağlayacak bir denetim türü olarak öngörülmüştür.¹⁶

Anayasa Mahkemesi, uygunluk denetimleri sırasında insan yaşamının, Devlet'in ve Ulus'un yüksek çıkarlarının sözkonusu olduğu durumlarda kararlarıyla gerekli önlemleri alma yükümlülüğündedir. Ters durumda, kişiler, toplum ve kamu düzeni, Anayasa korumasından yoksun bırakılmış olur.¹⁷

4. Hukuk Devletinde Erkler Ayrılığı İlkesi Geçerlidir

Egemenlik üç erkten (güçten) oluşur: Yasama, yürütme, yargı. Devletin görevlerini yapabilmesi, temel hak ve özgürlüklerin korunabilmesi için, egemenliği ve dolayısıyla devleti

¹³ Any. Mah. nin t. 28.02.1989 ve E: 1988/32, K:1989 s.10 Kararı. R.G.: t. 22.06.1989 ve s. 20203.

¹⁴ Any. Mah. nin 21.10.1993 t. ve E:1993/33, K:1993/40-2 s. Kararı. R.G.: t. 06.11.1993 ve s. 21750.

¹⁵ Any. Mah. nin t. 01.02.1990 ve E: 1988/64, K: 1990 s. 2 Kararı. R.G.: t. 21.04.1990 ve s. 20499.

¹⁶ Bkz., 15. dipnot.

¹⁷ Bkz., 15. dipnot.

oluşturan bu üç erkin birlikte, uyum içinde hareket etmesi gerekir. Tarihsel süreç içinde özgürlüğün güvencesi olarak erkler ayrılığını ilk ortaya atan İngiliz düşünürü John Locke'dur. Locke'dan sonra Fransız düşünürü Montesquieu yazdığı "*Kanunların Ruhu (L'Esprit de Lois, 1748)*" adlı eserinde konuyu daha derinlemesine incelemiştir.

Modern demokratik sistemlerle yönetilen devletlerde erkler ayrılığı sistemi kabul edilmiştir. Anayasa'nın da aynı sistemi benimsemiştir. Anayasanın 7. maddesinde "*Yasama yetkisi*", 8. maddesinde "*Yürütme yetkisi ve görevi*", 9. maddesinde de "*Yargı yetkisi*" düzenlenmiştir.

Anayasa'nın başlangıç bölümünde; erkler ayrılığı için şu saptama yapılmıştır:

"Kuvvetler ayrımının, devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu;"

Bu üç erkin bir devlette dengeli ve uyumlu dağılımı demokrasinin ve dolayısıyla hukuk devletinin temel unsurudur. Aksi durumlarda hukuk devletinden sapmalar başlar. İki veya üç erkin bir elde odaklaşması durumlarında hukuk devleti, dolayısıyla da temel hak ve özgürlükler kaybolur, keyfi yönetimler doğar. Bu üç erk Bermuda Şeytan Üçgeni olmamalıdır.

Erkler ayrılığı, hukukun üstünlüğünü sağlayan temel ilkedir. Erkler ayrılığı olmayan devlette hukukun üstünlüğünden söz edilemez.¹⁸ Erkler ayrılığı olmayan bir ülkede temel hak ve özgürlüklerin güvence altında olduğu söylenemez. Hukuk devletinden sözdebilmek için her şeyden önce yasama, yürütme, yargı erklerinin görev alanlarının birbirlerini denetleyecek ve dengeleyecek şekilde açıkça tanımlanmış olması ve bu sınırlara her erkin uyması gerekir.

¹⁸ Any. Mah. nin t. 08.02.1989 ve E: 1988/38, K: 1989 s. 7 Kararı. R.G.: t. 03.05.1989 ve s. 20157.

Anayasa'nın başlangıç kısmındaki yukarıda değinilen hükmü, üç kamu erki arasındaki dengeyi düzenlemektedir. KHK uygulamasının, ivedi ve zorunlu durumlar dışında ve uzun bir sürede yasama etkinliğinin yerini alacak biçimde kullanılması ve olağan bir yol haline getirilmesi üç kamu erki arasındaki dengeyi bozar, yürütmeye, yasama karşısında üstünlük sağlanmasına neden olur.¹⁹

Özetle; çağdaş anlamda erkler ayrılığını, devlet işlevlerinin maddi anlamda birbirinden ayırarak, birbirlerine bağlı olmayan devlet organ veya organ gruplarına anayasal olarak paylaşırma şeklinde tanımlamak olasıdır. İki veya üç erkin bir elde veya kurumda toplanması durumunda, temel hak ve özgürlükler tamamen kaybolur, keyfi bir yönetim veya despotizm doğar. Bu nedenlerle, bu üç erkin dengeli ve uyumlu dağılımı hukuk devletinin vazgeçilmez ilkesidir.

Ülkemizde yürütme, Anayasa'dan ve siyasi sistemden kaynaklanan nedenlerle yasamanın etkisi altındadır. Yürütmenin bir ölçüde yasamanın etkisi altında olması çağdaş demokrasilerde doğaldır. Çünkü yürütme bir yetki olduğu kadar bir görevdir de. Yürütme, yasamanın koyduğu kurallara uyacak ve o kuralları uygulayacaktır. Ancak, hukuk devletinde yasama-yürütme erkleri arasındaki dengenin çok dikkatli bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde hukuk devleti, dolayısıyla hukukun üstünlüğü ilkesi zedelenebilir. Yürütmede yozlaşmalar olabilir.

5. Hukuk Devletinde Yönetimin Hukuka Bağlılığı ve Tarafsızlığı Sağlanmıştır.

Hukuk devletinin bir özelliği de, genel anlamda anayasa ile kurulan düzene, hukukun temel kurallarına saygı, bağlılık ve uygunluktur. Hukuk devleti, hukuksallığın kapsamlı, köklü, etken olmasıyla geçerliliğini sürdürür.

¹⁹ Any. Mah. nin t. 01.02.1990 ve E: 1988/64, K: 1990 s. 2 Kararı. R.G.: t. 21.04.1990 ve s. 20499.

Hukuk devletinin belirgin özelliği, yönetilenlere hukuksal güvenlik sağlayan bir düzen kurmaktır. Hukuk devletinde:

Devletin temsil ettiği ve egemenlik gereği olarak kullandığı siyasal gücün düzenleyicisi hukuktur. Gerçekte hukuksal bir kurum olan devletin tüm işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğu başlıca geçerlik koşuludur. Devlet yönetiminde tüm düzenlemeler ancak hukuk kurallarına göre yapılır. Din kurallarına göre yapılan düzenlemeler hukuksal nitelik taşımaz (...). Hukukun kaynağı ise, hukuku yaratan istenç olarak kendi ulusunun istencidir. Din, ulustan kaynaklanan bir değer olmadığından temelini ulusal istencin oluşturduğu bir düzende hukuk kaynağı sayılması olanaksızdır. (...) Hukuk düzeni, dinsel düzeni dışarıda bırakan, varlığını hukuktan alıp hukukla sürdüren devlettir. Egemenlik insana dayalıdır.(...)Yasalar dine dayanamaz ve bağlanamaz. (...) Dine dayanan yasalar, vicdan özgürlüğünü benimsemediğinden, her din için ayrı yasa gereğini ortaya çıkarır, ulusal bir devlette bu tür bir düzenleme olamaz. Böyle düzenlemeler din kurallarını benimsemeyenler için baskı aracı sayılabileceği gibi ayrı dinler içinde ayrılık aracı olur. Gelişmek ve ilerlemek için durağan din kurallarına değil insanlığa ayak uydurmak, akla ve bilime öncülük tanımak gerekir. (...) Yasalar dinsel temele oturtulamaz.²⁰

Yönetilenlere, en güçlü, en etkin ve en kapsamlı biçimde hukuksal güvenceyi sağlayan hukuk devleti, tüm devlet organlarının eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayarak insan hakları, temel haklar ve özgürlükler yönünden anayasal ilkeler düzeyine ulaşmış kurallara dayanır. Hukukun üstünlüğünü, (...), Anayasa'nın öncelik ve bağlayıcılığını gözetmeyen, hukukun evrensel kurallarına saygılı olmayan, adaletli bir düzeni gerçekleştirilmeyen, kişilere değer vermeyen, çağdaş kurum ve kurallara uyum sağlamayan devletin hukuk devleti olduğundan söz edilemez.²¹

²⁰ Any. Mah. nin t. 18.03.1976 ve E: 1975/198, K: 1976 s. 18 Kararı.

²¹ Any. Mah. nin 07.11.1989 t. ve E: 1989/6, K: 1989/42 s. Kararı. R.G.: 06.04.1990 t. ve 20484 s.

Anayasa Mahkemesi'nin bir kararından alınan yukarıdaki alıntının ana fikri şudur:

- Hukukun üstünlüğü ilkesi akla değer verir, akli ön plana çıkarır.
- Hukukun üstünlüğü ilkesinin somutlaşmış şekli hukuk devletinde toplumu yöneten kuralların akla-bilime dayanması gerekir.
- Din-şariat-kurallarına dayanılarak çağdaş, çoğulcu, demokratik bir toplum yönetilemez.

6. Hukuk Devletinde Yönetimin Her Türü Eylem ve İşlemlerinin Yargısal Denetimi Vardır

Anayasa'nın 125/1. maddesine göre; *"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır ..."*

İdarenin denetimi yolları arasında hukuka uygunluğu sağlamada en etkin olanı yargısal denetimdir. Dolayısıyla, idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu ilkesi hukuk devleti -hukukun üstünlüğü- anlayışının zorunlu unsurunu vurgulamaktadır.

Aynı maddenin 4. fıkrasına göre de;

"Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez."

Böylece, yargı organının idari işlemin yerindeliğini denetleyemeyeceği de belirtilmiştir. Bu hükmün bir sonucu da yargı organının idare yerine geçerek karar alamaması, bir başka deyimle idari işlem ve eylem niteliğinde yargı kararı verememesidir.

Hukuk devleti, devletin her organının hukuka uygun davrandığı, bu uygunluğun yargı organları tarafından denetlendiği

durumlarda sözkonusu olabilir. Hukuk devleti olmanın belirgin özelliği her organın ve herkesin hukuka bağlı olmasıdır. Vatandaşın idari işlem ve eylemlere karşı dava açma hakkı var diye, idarenin bilerek ve isteyerek hukuka aykırı işlem ve eylem yapma hakkı ve yetkisi yoktur. İdare her eylem ve işlemini hukuka uygun yapmalıdır. İdarenin hukuka aykırı işlem ve eylemleri elde olmayan nedenlerden dolayı istenmeden doğmuş ise mazur görülebilir.

Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren, bu hakları koruyucu adaletli bir hukuk düzeni kurup kendisini yükümlü sayan, her etkinliğinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine tabi olan devlettir. Böyle bir düzenin kurulması, yasama, yürütme ve yargı alanına giren tüm işlem ve eylemlerin hukuk kuralları içinde kalması, temel hak ve özgürlüklerin anayasal güvenceye bağlanmasıyla olanaklıdır.²²

Anayasa'nın "Yargı yolu" başlığı altındaki 125. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır". Biçimindeki kural, kuşkusuz, yönetimin "her türlü", başka bir anlatımla kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren eylem ve işlemlerini kapsamaktadır. Bunlardan, kamu hukuku alanındaki eylem ve işlemler için idari yargının, özel hukuku alanındakiler için de adli yargının görevli olduğunda duraksanamaz. Yasama organı, anayasal bir gerek olarak idare hukuku alanına giren bir idari eylem ya da işleme karşı adli yargı yolunu seçme hakkına sahip değildir. Aksi halde, Anayasa'nın "Kanuni hakim güvencesi" başlığı altındaki 37. maddesinin 1. fıkrasında "Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz." biçiminde ifade edilmiş buyurucu kurala aykırılık oluşur. Bunun içindir ki, Anayasa'nın 156. maddesinin 2. fıkrası, idari uyuşmazlıkları çözümlenmeyi Danıştay'ın görevleri kapsamına almıştır.²³

²² Any. Mah. nin 22.12.1998 t. ve E: 1998/48, K: 1998/85 s. Kararı. R.G.: 31.03.2000 t. ve 24006 s. Sh: 43.

²³ Any. Mah. nin 22.12.1988 t. ve E:1988/5, K: 1988/55 s. Kararı. R.G.: 25.07.1989 t. ve 20232 s. Sh: 55.

Anayasa. Mahkemesi'nin 01.10.1991 gün ve E: 1990/40, K: 19991/33 sayılı Kararı'nda²⁴ şöyle denilmektedir :

"(...) Anayasa, Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik bir hukuk devleti niteliği taşıdığını vurgularken, 'devlet içinde tüm kamusal yaşam ve yönetimin yargı denetimine bağlı olmasını' amaçlamıştır. Çünkü yargı denetimi demokrasinin 'olmazsa olmaz' ögesidir. Yasama organının kimi işlemleri de yargı denetimi içinde bulunduğundan, (...) yukarıda açıklanan belirginliğin bulunması denetim yönünden zorunludur. (...)

Hukuk devletinin başlıca amacı, kamu gücü karşısında kişinin hak ve özgürlüklerini korumaktır. Bu amaca ulaşabilmek için kullanılan araçlar aynı zamanda hukuk devleti kavramının öğeleridir. Bunlardan en önemlileri, devletin değişik işlevlerini ayrı organlar eliyle gördürülmesi anlamına gelen 'kuvvetler ayrılığı' ilkesi bağlamında idarenin hukuka bağlılığı ile zarar verici işlem ve eylemlerinden sorumlu tutulması ve yargı güvencesidir. Hukuk devletinde, yönetimin tüm eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğu zorunludur. Bu nedenle hukuk devletinin vazgeçilmez koşullarından birisi, 'idarenin yargısal denetimi' dir.(...)

'İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır' kuralıyla Anayasa'nun amaçladığı, etkili bir yargısal denetimdir.

Yönetimin işlem ve eylemlerinin kişisel değerlendirmelere bırakılmaması için bunların yargı yoluyla somut ve etkili bir denetime bağlı tutulmaları zorunludur. (...)

Sınırlı bir hak arama özgürlüğü, kısıtlı bir idari yargı ise hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz. (...)"

7. Hukuk Devletinde Mahkemeler Bağımsızdır Hakimlik ve Savcılık Teminat Altına Alınmıştır

Hukuka uygunluğun gerçek güvencesi ancak bağımsız yargı organlarınca yapılan denetimdir. Özgürlükler açısından

²⁴ Bkz., 07.02.1992 gün ve 21135 s. R.G. Sh. 19 vd.

en yaşamsal olan konu, devlet eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunun sağlanmasıdır. Çünkü, tarihsel süreç içinde özgürlüklere yönelik en ciddi tehditler genellikle yürütme organından gelmiştir.

Cumhuriyet'in ilk yıllarında "*Mahkemelerin istiklali ve hakimlerin masuniyeti*" olarak tanımlanan yargı bağımsızlığı, bağımsız devlet olmanın zorunlu koşulu sayılmış ve Lozan Barış Andlaşması görüşmelerinde bu konuda büyük uğraş verilmiştir. Hukuk devletinin en önemli ögesi sayılan yargı bağımsızlığı, mahkemelerin bağımsızlığı üzerine kurulur. Hakimler de, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik güvencesi esaslarına göre görevlerini yerine getirirler. Gerçekte bir bütünlük taşıyan "*görev*", güvencesiz bırakılırsa anlamını yitirir. Bu nedenle bağımsızlık ve güvence birbirinden ayrı düşünülmesi olanaksız bir hakimlik gereğidir. Hakimlik mesleğinin, bu temel hukuksal niteliği, kaynağını Anayasa'dan alan bir egemenlik olgusudur. Mahkemelerin bağımsızlığı ile hakimlerin görevlerinde bağımsız olmaları, birbiriyle eş anlamlı, biri öbürünün nedeni ve doğal sonucu sayılacak ilkelere. Hakimlik güvencesi de bu hukuksal bileşkenin gereğidir. (...) Mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik güvencesi, birbirini oluşturup, birbirini tamamlayan, birbirine anlam veren, biri olmazsa öbürü olmayacak iki öz niteliktir. Yargılamanın yansızlığının, temelde halkla ilişkinin, savunma özgürlüğünün güvencesi olan yargı bağımsızlığı hiçbir nedenle sınırlandırılmaz, olumsuz yönde etkilemelere açık bırakılamaz.²⁵

Hukuk devletinin bu özelliğini Anayasa'nın ilgili maddeleri olan 9, 138-145 ve 159. ile Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda değinilen kararında vurgulanan görüşler doğrultusunda şu şekilde belirtebiliriz:

- Demokrasilerde erkler ayrılığı ilkesinin yaşama geçirilişi, yargının özel yerinin korunmasıyla değerini sürdürmektedir ...
- Yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsızlığı korunan yargı, genelde yönetime karşı yönetilenlerin güvencesidir ...

²⁵ Any. Mah. nin 28.02.1989 t. ve E: 1988/32, T: 1989/10 s. Kararı. R.G.: 22.06.1989 t.ve 20203. s.

• Hukuk devletinin en belirgin özelliği, güçler ayrılığına anlam kazandıran yargı bağımsızlığıdır.

• Anayasa'nın 9. maddesine göre; *"Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır."*

• Yargı yetkisi, kişi, hak ve özgürlükleri sorununun ortaya çıktığı günden beri benimsendiği üzere, bağımsız organlar tarafından, bağımsız mahkemelerce yerine getirilir.

• Hukuk devleti kendisini bağımsız yargıyla korur.

• Günümüzde insan haklarının ve özgürlüklerinin başlıca güvencesi bağımsız yargıdır.

• Bağımsızlık yargının karakteridir.

• Hukukun üstünlüğü ilkesine en çok yargılamada gereksinim duyulur ve hukukun üstünlüğü en çok yargılamada somutlaşır.

Anayasa'nın 9. maddesinde mahkemelerin bağımsızlığının, 138. maddesinde de yargıçların görevlerinde bağımsız olduklarının öngörülmesi, zaman zaman mahkemelerin bağımsızlığı ile yargıçların bağımsızlığı kavramlarının eş anlamlı olduğu izlenimini vermektedir. Anayasa'nın 138/1,2. maddelerine göre;

"Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.

Hiçbir organ, makam, merci ve kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkin de bulunamaz."

Mahkemelerin bağımsızlığı (Bkz., Any. md. 9) yargının yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsız yapısını, yetkilerini kullanmayı, görevlerini yerine getirmeyi anlatmaktadır.

Yargıçların bağımsızlığı (yargıçların görevlerinde bağımsız olmaları) ise; yargıçların, yasama ve yürütme organlarına bağlı olmadan Anayasa'ya, yasaya ve hukuka uygun olarak vicdani

kanularına göre hüküm vermelerini amaçlar (Bkz., Any. md. 138). Objektif bağımsızlığın bu anlatımı, yargılama çalışmalarında yargıçların hiçbir etki altında kalmamaları gereğine dayanmaktadır

Öğreti de nesnel bağımsızlık (objektif bağımsızlık, görevde bağımsızlık) ve kişisel bağımsızlık (subjektif bağımsızlık, hakimlik güvencesi) olmak üzere ikiye ayrılan yargıç bağımsızlığında, kişisel bağımsızlık, yargıcın görevine ilişkin nesnel bağımsızlığın güvencesi sayılmaktadır. Anayasa, bu doğrultuda bağımsızlık ve güvenceyi (teminatı) ayrı başlıklar altında düzenlemişse de mahkemelerin bağımsızlığıyla yargıçların bağımsızlığı birbirini tamamlayan, birbirinden ayrılması olanaksız, biri olmayınca öbürü de olmayan, birbirini anlatan hukuksal kavramlardır. Yargı bağımsızlığı, yargıç güvencesi, yansız yargı, adalet kavramları birbirine bağlı içi içe geçmiş kavramlardır.

Bağımsızlığın amacı, her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak kalınarak adaletin dağıtılacağı güven ve inancını yerleştirmektir. Bu nedenle, Anayasa, bağımsızlığı, yargı organları ve yargıçlar için, bileşim niteliğinde, 139/1. maddesiyle yinelemiştir. Bu madde de şöyle denilmektedir:

"Hakimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasa'da gösterilen yaştan önce emekliğe ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz."

Yargıçlık ve savcılık teminatı ise, yargıç ve savcılarının nitelikli görev yapma olanaklarının sürdürülmesinin sağlanmasıdır ... Bağımsızlığın objektif bağımsızlık olmasına karşın güvence, kişisel bağımsızlıktır. Yargıçlık güvencesi, yargıçlara tanınan bir ayrıcalık olmayıp, görevlerini tam bir yansızlık içinde ve doyurucu biçimde yapmalarını sağlayarak yargıya başvuran yurttaşlara bu hususlarda güven duyuran bir kurumdur. Gözetilen, yargıç değil, halkın, kamunun yararidir.²⁶

²⁶ Any. mah. nin 28.02.2989 t. ve E: 1988/32, K: 1989/10 s. Kararı. R.G.: 22.06.1989 t. ve 20203 s.

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yargıçlar ve savcılar için yetkili kılınması, yasama ve yürütme organına karşı bağımsızlığın korunması amacına bağlıdır.²⁷

Yargı bağımsızlığı, yargıç güvencesi kuşkusuz hukuk devleti olmanın temel öğelerindendir. Yargı bağımsızlığı, mahkeme bağımsızlığı ve yargıç güvencesi, demokratik sistemin ve hukuk devletinin vazgeçemeyeceği bir temel ilkedir. Yargı bağımsızlığının ve yargıç güvencesinin bulunmadığı bir yerde hukukun herhangi bir temel ilkesinin işlerlik içinde olacağını düşünmek olası değildir.²⁸

Yargının bağımsızlığının, yargıçların güvencesinin yeterince ve nesnel kurullarla sağlanamadığı yerde hukuk devletinden, hukukun üstünlüğünden söz edilemez. Egemenliğin biricik kaynağı olan halk adına yargılama yapan organ, özellikle yasama ve yürütme karşısında bağımsız kalmalıdır. Hukukun üstünlüğü, toplumda adalet sağlandığı sürece yüceliğini, kutsallığını korur. Devlet denen devgücü sınırlamanın, yansız adaleti sağlamanın biricik yolu bağımsız yargıdan geçer.

8. Hukuk Devletinde Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesi Yürürlüktedir

10 Aralık 1948 tarihli İHEB'nin 11/2, 4 Kasım 1950 tarihli İHV-TÖKİS'nin 7/1. maddelerinde, "Hiç kimse, işlendikleri sırada ulusal veya uluslar arası hukuka göre suç sayılmayan fiil veya ihmallerinden ötürü mahkum edilemez. Yine hiç kimseye, suçun işlendiği sırada uygulanmakta olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez." şeklinde belirtilen bu ilke Anayasa'nın 38. maddesinin 1-4. fıkralarında aşağıdaki şekil almıştır:

"Kimse, işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

²⁷ Bkz., Any. md. 159.

²⁸ Any. Mah. nin 08.09.1989 t. ve E: 1988/37, K: 1989/36 s. Kararı. R.G.: 18.01.1990 t. ve 20406 s.

Suç ve ceza zamanlaşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.

Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.

Türk Ceza Yasası'nın 1. maddesinde belirtilen "*Kanunsuz suç ve ceza olmaz*" ilkesinin esası, yasa tarafından; suçun yani ne gibi eylemlerin yasaklandığının hiç kuşkuyla yer vermeyecek şekilde belirtilmesinden ve buna göre cezanın yasayla saptanmasından ibarettir. Kişinin yasak eylemleri, bunların cezalarını önceden bilmesi gerekir. Bu önceden bilme, kişinin temel hak ve özgürlüklerinin güvencesidir. Bu güvenceye, Anayasa'nın kişinin temel hak ve ödevlerini gösteren ikinci bölümünde yer verilmiştir. Ayrıca, bu ilkedan hareketle, "*ceza hukukunun esası yalnız yasadır*" denilebilir. Bu nedenle, çağdaş ceza hukukunda kıyasa yer verilemez. Ayrıca, hukuk devletinde yasama yeni bir suç ihdas ederken çok dikkatli davranmalı, suç sayılan eylemi iyi değerlendirmeli, vatandaşın temel hak ve özgürlüklerine müdahale edilmemeli, sınır getirilmemeli, eylemin tanımını tartışmaya yer vermeyecek şekilde yapmalıdır.

Kişinin maddi- manevi varlığını geliştirmek amacıyla ödevler yüklenilmesi nasıl bir anayasa kuralı ise, yine Anayasa'da öngörülen ilkelerle sınırlı olmak ve bir yasayla düzenlenmek koşuluyla yasaklar, cezalar, ceza önlemleri konulması ve böylece bireylerin huzuruyla toplum yararının korunması da bir Anayasa kuralıdır. O halde, anayasal sınırları aşmayan bir ceza kuralı karşısında kişinin temel hak ve özgürlüklerinin dokunulmazlığı ve kısıtlanmazlığı söz konusu olamaz. Aksı görüşün savunulması yasaya aykırı davranan kimselere toplum zararına sınırsız özgürlükler tanımak ve devletin ceza koyma yetkisini sınırlamak anlamına gelir ki böyle bir düşünce Anayasa'ya dayanılarak savunulmaz ve Anayasa'nın hiçbir kuralı da buna elverişli değildir.²⁹

²⁹ Any. mah. nin 06.07.1989 t. ve E:1988/39, K:1989/29 s. Kararı. R.G.: 08.02.1990 t. ve 29427 s.

Anayasa Mahkemesi, 18.01.1996 gün ve E: 1995/28, K: 1996/2 sayılı Kararı'nda şöyle demektedir:

"(...) Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, 'Kimse kanunun suç saymadığı bir fiil ile cezalandırılmaz.' denilerek 'Suçun yasallığı', üçüncü fıkrasında da, 'ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur' denilerek, 'Cezanın yasallığı' ilkesi getirilmiştir. Bu ilkeler hukuk devletinin önde gelen unsurlarındandır.

Anayasa'nın 91. maddesinde TBMM'nce Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilirken KHK ile düzenlenemeyecek konular da sayılmaktadır. Anayasa'nın 'suç ve cezalara ilişkin esaslar' başlığını taşıyan 38. maddesi de, bu yasak kapsamına girmektedir. Bu durumda suç ve cezaların KHK'lerle oluşturulmasına izin verilmediği halde, çıkarılmaları KHK'lere göre çok daha kolay olan idari düzenlemelerle kimi eylemlerin suç sayılması düşünülemez.

Anayasa da öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi özgürlük ve insan haklarının gelişerek bireyin öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38. Türk Ceza Kanunu'nun 1. maddesinde yer alan 'Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi', hangi eylemlerin yasaklandığını ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde yasa da gösterilmesini, kuralın 'açık', 'anlaşılır' ve 'sınırlarının belli olması'nı zorunlu kılmaktadır. Bu ilke, kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanmakta, böylece temel hak ve özgürlükler güvence altına alınmaktadır. (...)

Anayasa'nın 38. maddesindeki 'Kanunsuz suç olmaz' ilkesi gereğince hangi eylemin suç sayılacağına yasa ile belirlenmesi zorunludur. İtiraz konusu kuralla (...) Bakanlar Kurulu'na yetki verilerek idari düzenlemelerle suç oluşturulmasına olanak tanınması yetki verir nitelikte olduğundan Anayasa'nın 2 ve 7. maddelerine aykırıdır.(...)"³⁰

³⁰ Bkz., 22.07.2000 t. ve 24117 s. R.G. Sh: 15-16.

9. Hukuk Devletinde Doğal Yargı Yolu (Kanuni Yargı Yolu) İlkesi Geçerlidir

1982 Anayasası'nın 37. maddesinde öngörülen bu ilke 1961 Anayasası'nda da vardı. Sözkonusu 37. maddeye göre;

"Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz.

Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz."

Doğal yargı yolu, suçun işlendiği anda yürürlükte olan yasa hükümlerine göre kurulmuş olan bir mahkemede, o davaya bakması gerekli olan yargıç tarafından yargılamanın yapılması esasdır. Bu esas Any. md. 37/1 de açık bir şekilde vurgulanmıştır. Maddenin 2. fıkrası ise, 1. fıkranın doğal sonucudur. Bu hüküm aynı zamanda, kuruluş ve işleyişleri bakımından mahkeme niteliğinde olmayan mercilerin kurulmasının önüne geçer.

10. Hukuk Devletinde Kişilere Savunma Hakkı Tanınır

Savunma hakkı ceza hukukunun temel ilkelerindedir. Savunma hakkı, olağanüstü dönemlerde dahi kısıtlanamaz, askıya alınamaz. Anayasa'nın 36/1. maddesine göre;

"Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir."

Savunma hakkı, 10 Aralık 1948 tarihli İHEB'nin 11/1. maddesinde; *"Bir suç işlemekten sanık herkes, savunması için kendisine gerekli bütün güvencelerin sağlanmış olduğu açık bir yargılama ile yasaya göre suçluluğu kanıtlanmadıkça suçsuz sayılır"* şeklinde belirtilmiştir.

11. Hukuk Devletinde Duruşmalar Alenidir, Kararlar Gerekçeli Alınır

Anayasa'nın 141. maddesinin 1 ve 3. fıkralarında şöyle denilmektedir;

"Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın ve kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir.

Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır."

Duruşmaların açık olması yargılamanın yansızlığının etkin bir güvencesidir. Bu açıklık kamu oyununda, ilgililerin gönüllerinde huzur, güven yaratır. İnsan, doğasının gereği olarak en çok gözünün gördüğüne inanır, bu nedenle duruşmaların açık olması ilgililerin kararın doğruluğuna, yansızlığına ilişkin inanç beslemesi bakımından gerekli ve hatta zorunludur. Bununla beraber duruşmaların açıklığının doğru olmadığı ayırık durumlar da vardır. Örneğin; bir çocuğun duruşmasının açıklığı ona kötü etki yapabilir ... Bu nedenle, duruşmalar kural olarak açık yapılır, özel durumlarda gizli olabilir.

10 Aralık 1948 tarihli İHEB'nin 10. ve 4 Kasım 1950 tarihli İHVTÖKİS'nin 6. maddelerinde de belirtildiği üzere, duruşmaların seri, adil ve açık olması, kararların gerekçeli yazılması güvenli bir yargılama için koşuldur.

Genellikle mahkeme kararlarına karşı yasa (kanun) yolu açıktır. İlgilinin bir yasa yoluna başvurabilmesi için hakkındaki kararın gerekçesini (nedenini) bilmeli ve yasa (kanun) yolu merciinde savunmasını bu gerekçeye göre yapabilmelidir. İnceleme merci de incelemesinde kararın gerekçesini gözönüne alacağından bu nedenle de kararın gerekçeli yazılması gerekir.

12. Hukuk Devletinde Kişinin Fizik Hürriyeti ve Fizik Dokunulmazlığının Tam Olarak Sağlanması Esastır İşkence Yasaktır

Çağdaş demokrasilerde, insan hakları, dokunulmaz bir "maddi ve manevi alanın varlığı" ile başlar. Bu nedenle insan varlığını korumaya yönelik hükümler kadar, bunların uygulamaya konulmasına ilişkin, usule ilişkin güvenceler de önem taşımaktadır. 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (İHEB.) nin 5. maddesinde "Hiç kimseye işkence yapılamaz; zalimce, insanlık dışı, onur kırıcı ceza verilemez veya davranışta bulunulamaz." denilmektedir. Aynı hüküm, benzer bir şekilde, 4 Kasım 1950 tarihli İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin 3. maddesinde de yinelenmiştir.

Hukuk devletinde kişinin fizik hürriyeti denince, güvenlik hakkı, bireyin fizik hareket özgürlüğünden alıkonulmaması anlatılmak istenir. Fizik hürriyetine, güvenlik hakkı da denir. Bu hak, emniyet içinde olmayı, keyfi olarak yakalanıp tutuklanmamayı, gezi (seyahat) özgürlüğünü, özel yaşam özgürlüğünü ve konut dokunulmazlığını kapsar ...

Fizik hürriyeti, Anayasa'nın "Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" başlığını taşıyan 17/1, 3. maddelerinde vurgulanmıştır. Sözkonusu maddeye göre;

"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz."

Zorbalık; adalet ve hoşgörü beklenen devletten gelirse, buna işkence denir. 27 Şubat 1988 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan "İşkencenin ve İnsanlık dışı ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi" ile özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin işkence, insanlık dışı ya da küçültücü ceza ve işleme karşı korunmaları amacıyla ziyaretlere dayanan, önleyici nitelikte, adli olmayan yollarla denetim sağlamak amacıyla bir "Avrupa Komitesi" kurulmuştur.

Hukuk devleti, devletten değil bireyden yola çıkarak insan varlığının üstün değerini korur. Çünkü, hukuk devletin ardında hukukun üstünlüğü ilkesi, hukukun üstünlüğü ilkesinin ardında da aklın ve bilimin aydınlığı, yol göstericiliği vardır ...

Anayasa, fizik hürriyetini koruyucu hükümlere 19. maddesinde yer vermiştir. Anılan maddeye göre; herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir (Any. md. 19/1). Bu maddenin 2 ve 3. fıkralarında, hangi hallerde kişilerin tutuklanabileceği sayılmış ve tutuklamanın yargıç kararı ile olacağı ile ayrık durumu belirtilmiş; maddenin 4, 5, 6, 7, 8. fıkralarında yakalanan ve tutuklanan kişilerin hakları vurgulanmış, son fıkrada ise maddede belirtilen esaslar dışında bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zararın devletçe karşılanacağı açıklanmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin 26.11.1986 gün ve E: 1985/8, K: 1986/27 sayılı Kararı'nda³¹ Anayasa'nın 19. maddesi irdelenmiştir. Anılan kararın önemli kısımları aşağıya alınmıştır:

" (...) Kişi hürriyeti ve güvenliği kenar başlığı altında sevk edilmiş bulunan Anayasa'nın 19. maddesinin ilk fıkrasında, herkesin kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olduğu ilkesi getirilmiştir. Fıkroda iki ayrı kavram yer almaktadır. Bunlardan biri 'kişi hürriyeti' diğeri de 'kişi güvenliği' dir.

Kişi özgürlüğü kavramı öğretide açık bir biçimde belirlenmemiştir. Zaman zaman, kişi güvenliği, kişi dokunulmazlığı gibi kavramlarla eş anlamda ya da temel hak ve özgürlüklerin tümünü kapsayan genel bir kavram olarak kullanılmaktadır.

19. maddedeki kişi özgürlüğü temel hak ve özgürlüklerin bütününe kapsayan genel bir kavram değildir. Temel hak ve özgürlükler kavramı genel ifadesini 12. maddede bulmuştur. Kişi özgürlüğü de bu genel kavram içinde yer alan özgürlüklerdendir.

Anayasa'nın 19. maddesinde ifadesini bulan kişi özgürlüğü kavramı, kişiye dilediği gibi karar verip hareket edebilme olanağı sağ-

³¹ Bkz., 06.08.1987 tarihli R.G. Sh: 45 vd.

layan kurumlaşmamış özgürlükler alanını kapsamaktadır. Anayasa Mahkemesi bir kararında 'bir kimsenin başkasına zarar vermeden; istediği hareketi yapabilmesi, istediği gibi dolaşabilmesi, yemesi, içmesi, eğlenmesi de şüphesiz kişi hürriyeti kavramı içerisindedir.' demiştir. (...)

Bütün hak ve özgürlükler için geçerli, 'genel nitelikte' olan sınırlama nedenleri Anayasanın 13. maddesinde yer almaktadır. Bu nedenlerden herhangi birisi tek başına yahut birkaçı bir arada belli bir hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasına haklı gerekçe teşkil eder. (...)

'Kişi özgürlüğü' ve 'kişi güvenliği' konusunda kural getiren Anayasa'nın 19. maddesi, birinci kavramı anmakla yetinirken, kişi özgürlüğünün özel bir türü olan ikinci kavram hakkında ayrıntılara girmiştir. Anayasa koyucunun, genel anlamdaki kişi özgürlüğü konusunda ayrıntılara inmemesini bu özgürlüğün niteliğinde aramak gerekir. Belirtilen içeriğiyle kişi özgürlüğü, öylesine doğal ve geniş bir alanı kapsamaktadır ki, anayasada konunun ayrıntılarıyla kurala bağlanmasına gerek görülmemiş, bu özgürlüklere kolay kolay tecavüz edilemeyeceği düşünülmüştür.

Anayasa'nında özgürlüklerin hangi anlayış içerisinde düzenlendiği konunun diğer yönünü oluşturmaktadır.

Anayasa'nın 12. maddesinde, 'herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir' denilmek suretiyle bu konudaki temel ilkeye işaret olunmuştur.

13, 14 ve 15. maddelerde ise özgürlüklere ya da bunların kullanılmasına ilişkin genel sınırlamalar kurala bağlanmaktadır. Bu kuralların incelenmesi, herkes için özgürlüğün asıl olduğunu bunların sınırlandırılmasının ise gerçekleşmesi güç koşullara bağlandığını açıkça ortaya koymaktadır. Özgürlükler herkese hatta kişinin kendisine karşı bile korunmuş, yasakoyucudan gelebilecek tecavüzlere karşı Anayasa Mahkemesi güvencesine bağlanmıştır. Anayasa'nın özgürlüklere saygılı olunmasını istemekle yetinmemiş, bunların kullanılmasını sağlayacak önlemler alınmasını devletin temel amaç ve görevleri arasında saymak suretiyle, özgürlükçü bir görüşü benimsemiştir.

Gerçekten de, Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin insan haklarına saygılı bir devlet olduğu belirtildikten sonra 5. maddesinde '... kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya' çalışmasını devletin temel amaç ve görevleri arasında saymıştır. (...)

Özgürlüklerin sınırlandırılmasında uyulması gereken bir başka ilke de sınırlandırmaların demokratik toplum düzeni gereklerine aykırı olamayacağıdır.

Klasik demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Özgürlükçü olmak yanında, hukuk devleti olmak ve kişiyi ön planda tutmak da aynı rejimin öğelerindedir. Şu halde getirilen sınırlamaların Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan cumhuriyetin temel niteliklerine de uygun olması gerekir. Bu anlayış içinde özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil, kısıtlamanın koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları, hep demokratik toplum düzeni kavramı içerisinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak; istisnai olarak ve demokratik toplum düzenini sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilirler. Demokratik hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun özgürlük kısıtlamalarının bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vardırılmamasıdır. (...)"

Fizik hürriyeti ve fizik dokunulmazlığının diğer güvenceleri 1982 Anayasası'nın 36, 37, 38/2, 141. maddelerinde düzenlenmiştir.³² Anayasa'nın bu hükümlerinde düzenlenen

³² Any. nın 36. md. de "Hak arama hürriyeti"; 37. md. de "kanuni hakim güvencesi", 38. md. de "Suç ve cezalara ilişkin esaslar", 141. md. de "duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması" hususları düzenlenmiştir. Bu maddelere benzer hükümler, 4 Kasım 1950 tarihli İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişki Sözleşme'nin (İHVTÖKİS.)5. maddesinde de vardır.

konular, 10 Aralık 1948 tarihli İHEB' nin 3, 7, 8, 9, 10 ve 11. maddelerinde de benzer şekilde yer almıştır. Örneğin; İHEB'nin 9. maddesinde " Hiç kimse keyfi olarak tutuklanamaz, alıkonamaz ve sürgün edilemez." hükmü vardır.

Türk Ceza Yasası'nın , 26.08.1999 tarih ve 4449 sayılı Yasası'nın 1. maddesiyle değişik 243. maddesine göre; maddede sayılan nedenlerle bir kimseye işkence eden veya zalimane veya insanlıkdışı veya onur kırıcı işlemlere başvuran memur veya diğer kamu görevlilerine ağır hapis ve kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası verilir.

13. Hukuk Devletinde Kazanılmış Haklara Saygı Duyulur

Kazanılmış hakkın, öğretide hukukçular tarafından yapılmış çeşitli tanımları vardır. Bu tanımların bir kaçı aşağıdadır.

Kazanılmış Hak: Önceden yürürlükte bulunan hükümlere göre bir kişi yararına var olan bir hakkın, sonradan çıkartılan hükümlerle çiğnenmemesi; bir kimsenin edinmiş olduğu hakkın onun iradesi dışında elinden alınmamasıdır.³³

Kazanılmış Hak: Bir hukuk kuralının yürürlüğü sırasında kişilerin o kurala uygun olarak bütün sonuçları ile edindikleri haklardır.³⁴

Genellikle hukukumuzda kazanılmış hak denilince, önceki yasa döneminde bütün sonuçlarıyla geçerli bir biçimde doğmuş bulunan haklara denilmektedir. Diğer bir anlatımla, hakkı sağlayan yasanın yürürlükten kalkmasına karşın, halen geçerliliğini koruyan hak demektir. Kazanılmış hak kavramı, Anayasa'nın 2. md.sinde belirtilen "*hukuk devleti*" ilkesinin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Hukuk devletinde bütün devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olması önemli

³³ Prof. Dr. Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü. Genişletilmiş 5. baskı Yetkin Basımevi. Ankara 1996. sh. 457.

³⁴ Prof. Dr. Seyfullah Edis. *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1997. sh. 177.

ve temel bir ilkedir. İdari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesi de kazanılmış hakların korunması amacını güden ve idarenin faaliyetlerini genel planda sınırlayan bir ilkedir. Kazanılmış hak, objektif bir hukuk kuralının kişilere uygulanmasıyla objektif ve genel hukuki durumun kişisel bir işlemle özel hukuki duruma dönüşmesidir.³⁵ Anayasa Mahkemesi'nin bu doğrultuda kararları vardır.³⁶

Kazanılmış hakkın her olaya göre incelenmesi gerektiği başka bir anlatımla kazanılmış hak kavramının bir fonksiyonerliği içerdiği doktrinde kabul edilmiş bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi kararlarıyla danıştay içtihatlarında da kazanılmış hak kavramının konu ve kapsamının kesin sınırlarının çizilmediği ve her olaya göre, değişken olması gözönünde tutularak, konunun özelliğine göre değerlendirme yoluna gidildiği gözlenmektedir.³⁷

Kazanılmış hak konusundaki öğretilerdeki görüşlere ve Anayasa Mahkemesi kararlarına göre, bir hakkın kazanılmış hak olabilmesi için o hakkın yürürlükten kalkan yasa zamanında bütün unsurları ile kazanılmış olması gerekir. Ancak, Anayasa'ya aykırı bir yasa yürürlükte iken, bu yasaya dayanılarak kazanılmış hak edinilemez. Başka bir deyişle, Anayasa hükmü mevcut iken, bu hükme aykırı olarak çıkarılan bir yasa belli bir süre yürürlükte kalmış ve sonradan Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiş ise, bu yasanın yürürlüğü sırasında, bu yasaya dayanılarak kazanılmış hak edinilemez. Anayasa Mahkemesi'nin 20.04.1972 gün ve E: 1971/59, K:1972/19³⁸ sayılı kararında da belirtildiği üzere, Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal edilmiş ve yürürlükten kalkmış bir kurala dayanan bu yararlanmanın

³⁵ Danıştay 1. D. 04.10.1991. E: 1991/211; K: 1991/289.

³⁶ Any. Mah. Kararlarına örnekler:

Karar Tarihi	Esas No	Karar no	R.G.nin tarihi ve sayısı
29.11.1966	1966/11	1966/44	27.12.1967 12787
13.07.1977	1976/45	1977/1	28.03.1978 16242
14.12.1978	1978/49	1978/63	31.03.1979 16595
15.01.1980	1979/30	1980/2	29.03.1980 16944
05.05.1981	1981/2	1981/21	22.09.1981 17466

³⁷ Dipnot 35 deki Danıştay kararı.

³⁸ R.G. 08.10.1972 gün ve14330 s.

yasanın niteliğine göre kazanılmış hak sayılması ve sürdürülmesi düşünülemez. Özellikle, kamu düzenine ters düşen kazanılmış haklardan sözedilemez.

Anayasa Mahkemesi, 25.2.1986 günlü, E: 1985/ 1, K: 1986/4 sayılı kararında bu konuyu irdelenmiş, Anayasa'nın 43. maddesinde devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu belirtilen ve özel mülkiyete konu olamayan kıyıda, önceki yıllarda yürürlükteki mevzuata aykırı olarak yapılan yapılar yönünden kazanılmış hakların saklı tutulacağı kuralının uygulanamayacağını. çünkü, yasalara aykırı durumlara dayanılarak kazanılmış hak iddiasında bulunulamayacağını vurgulamıştır.

Anayasa Mahkemesi ormanlarla ilgili 14.3.1989 günlü E: 1988/35, K: 1989/13 s. kararında kazanılmış haklara ilişkin olarak benzer görüşü yinelemiştir. *"... bir kez yasanın bir kuralına aykırı biçimde edinilen hakka daha üstün bir hak bulunmasına karşın sonsuza değin geçerlilik tanımak kazanılmış hak durumunu genişleterek Anayasa'nın özel kuralı karşısında sağlıklı kabul etmek kötü niyetlileri bu yolda davranmaya özendirir ve böylece ormanların daralması sonucunu doğurur ..."*

Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.1989 günlü , E: 1989/11, K: 1989/48 sayılı Kararı'nda da *"Anayasa Mahkemesi'nin kararı ile Anayasa'ya aykırılığı saptanan bir yasaya dayanılarak ileriye yönelik hak kazanılması ve kazanılmış bir haktan sözedilmesi olanaksızdır."* denilmiştir.

Bu kısa açıklamalardan sonra özetle şu sonuçlara varabiliriz:

- Anayasa'ya uygun bir yasa yürürlükte iken bu yasa dayanılarak kazanılan haklar sonradan çıkan yasa ile ihlal edilemez.
- Anayasa'nın var olan bir hükmüne aykırı olarak çıkarılmış bir yasaya dayanılarak kamu hukuku alanında kazanılmış hak edinilemez. Özel hukuk alanında kazanılmış hak edinilip edinilemeyeceği, konusuna göre tartışmalıdır.

• Anayasaya uygun bir yasa yürürlükte iken bu yasaya dayanılarak kazanılmış bir hak, Anayasa'nın ilgili hükmünün sonradan değiştirilmesi ve kazanılmış hakların Anayasa'ya aykırı düşmesi durumunda kazanılmış hakların korunması gerekir.

İnsan hak ve hürriyetlerinin ve toplum huzur ve refahının güvenlik altına alınması ise ancak ve ancak hukuki durumlarda kararlılık sağlamakla olabilir. Öte yandan, kararlılık da hukuk devletinin gereklerinden biri olarak "*kazanılmış hak*" kavramının benimsenmesiyle gerçekleşir.³⁹

Devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olması, kazanılmış haklara saygı duyulmasını gerektirir. Ancak, kazanılmış bir haktan sözedilebilmesi için bu hakkın yeni yasadın önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla eylemli biçimde elde edilmiş olması gerekir.⁴⁰

14. Hukuk Devletinde Seçme, Seçilme Hakkı Vardır

Demokratik bir sistemde "*egemenlik*" halkındır. Hükmetmek yetkisi halka aittir. Halkın, hükmetmek yetkisini kullanmasının yolu temsili demokrasilerde belirli ve düzenli aralıklarla yapılan özgür, eşit ve adil seçimlerdir. Hukuk devletinde seçimlerin özgür, eşit ve adil olması için her türlü önlemin önceden alınması gerekir.

10 Aralık 1948 tarihli İHEB'nin 21. maddesinin 1 ve 3. fıkralarına göre; herkes, doğrudan ya da özgürce seçilmiş temsilcileri aracılığı ile ülkesinin yönetimine katılma hakkına sahiptir. Halkın istenci kamu otoritesinin temelidir; bu istenç gizli ya da serbestliği sağlayacak benzeri yöntemlerle genel ve eşit oy ilkesine uyarak yapılacak olan dönemsel ve dürüst seçimlerle belirir.

³⁹ Any. Mah. nin 29.11.1966 t. ve E: 1966/11, K: 1966/4 s. Kararı.

⁴⁰ Any. Mah. nin 21.06.1989 t.ve E: 1988/34, K: 1989/26 s. Kararı R.G.: 05.12.1989 t. ve 20363 s.

Anayasa'nın, seçme, seçilme ve siyasi eylemde bulunma hakkını düzenleyen 23.07.1995 gün ve 4121 sayılı Yasa'yla değişik 67. maddesinin 1 ve 3. fıkralarında;

"Vatandaşlar kanunda gösterilen şartlara uygun olarak, seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma ve halk oylamasına katılma hakkına sahiptir.

Onsekiz yaşını dolduran her Türk vatandaşı seçme ve halkoylamasına katılma haklarına sahiptir."

Seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı, siyasal hakların başlıcalarından, hatta en önemlilerindedir. Demokratik hukuk devletinin, öncelikle ve en etkin biçimde bu hakların kullanılmasını sağlaması gerekir. Bu hakları kullanma olanağını olumsuz yönde etkileyen her türlü düzenleme hukuk devleti ilkesiyle çatışır. Demokrasinin temelini siyasi hakların, özellikle, seçim hakkının anayasal güvenceye bağlanması oluşturur. Siyasi haklardan olan seçme, seçilme hakkına aykırılık, doğal olarak, hukuk devleti ilkesini de zedeler.⁴¹

Demokratik ülkelerde siyasal iktidarı kazanma yolu hiç kuşkusuz yalnızca seçimlerdir. Siyasal partilerin toplum ve devlet düzeni ile kamu çalışmalarını, programlarında öngördüğü ilkeler uyarınca yönetmek ve denetlemek için yasalar çerçevesinde çaba gösterip seçmenleri etkilemeleri, amaçlarına ulaşmak üzere yasalara uygun propaganda yapmaları gereklidir. Bu gereği yasalarla olanaklı kılmak, propagandayı sözde bırakmamak için kısıtlamanın ölçülü olması aranır. (...) "*Yasama Organı*"nın demokratik yöntemlerle gerçekleştirilen genel seçimlerle oluşması demokrasinin en doğal gereğidir. Siyasal haklar demokrasinin dayandığı temel öğelerden biri olduğuna göre Anayasa'nın 66-74. maddelerinde düzenlenen bu hakların

⁴¹ Any. Mah. nin 14.06.1988 t ve E: 1988/14, K: 1988/18 s. Kararı R.G. : 14.07.1988 t. ve 19872 s. 20 Mart 1952 tarihli "İHVTÖKİS Ek Protokol'un 3. maddesinde şu hüküm vardır: "Yüksek Sözleşen Taraflar, yasama organının seçilmesinde halkın düşüncesinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde makul aralıklarla gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler."

zedelenmesi demokratik devlet ilkesine de zarar verecektir. Kamusal yetkilerin temelini oluşturan Anayasal ilkelere uyulmaması da demokratik devlet ilkesini zedeleyecektir. (...) Demokratik devletin özü, siyasal haklar, seçim ve kamusal yetkilerin anayasal temelidir. Gözetilmesi gereken husus, yasama organının seçimle oluşturulmasının yanında siyasal hakların tanınması ve kamusal yetkilerin anayasa ile belirlenmiş sınırlar içinde kullanılmasıdır. (...) Anayasa, seçim sistemi ile ilgili bir açıklık taşımamakta, tercihi yasa koyucuya bırakmaktadır. (...) Sistemlerden birinin tercihi siyasi amaçla geniş ölçüde ilgilidir. Seçim yasaları, siyasi tercihlerin somutlaşmış belgeleridir. Sistemlerden birisi hakkında “iyi” ya da “kötü” yargısına varmak uygunluk denetiminin amacı dışına çıkılmasına neden olur. (...)⁴²

15. Hukuk Devleti Güvenilir Olmalıdır

Hukuk devletinde egemen olması gereken hukuk vatandaşlar için hukuki güvenliği sağlayan, evrensel standartlara uyumlu olan bir hukuktur. Hukuk devleti teknikleri siyasal iktidarı sınırlamak ve devlet faaliyetlerini kurallara bağlamak suretiyle aynı zamanda istikrara da hizmet eder. Kişiler yasaların onları nasıl etkileyeceğini önceden bilmeleri gerekir. Hukuki öngörülebilirlik bir bakıma kişilerin meşru beklentilerinin korunmasıdır.

Öte yandan, hukuk devletinin en önemli niteliğinden biri de “güvenilir” olmasıdır. (...) Bu tür Devlette de “Hukuk güvenliği” ni sağlayan bir düzenin kurulması asıldır. Devlet, görevlerini yerine getirirken, “hukuk devleti” niteliğini yitirmemeli, hukukun uygar ülkelerde kabul edilen temel ilkelerini sürekli gözönünde tutmalıdır. Böyle bir düzende, “devlete güven” ilkesi vazgeçilmez temel öğelerdendir. Devlete güven, hukuk devletinin sağlamak istediği huzurlu ve istikrarlı bir ortamın sonucu olarak ortaya çıkar.⁴³

⁴² Any. Mah. 14.10.1987 t. ve E: 1987/23, K: 1987/27 s. Kararı. R.G: 14.10.1987 t. ve 19604 s. sh: 33 vd.

⁴³ Any. Mah. nin 12.12.1989 gün ve E: 1989/11, K:1989/48 s. Kararı. R.G.: 22.01.1990 t. ve 20410 s.

Yasaların Anayasa'ya uygunluğu karinesi asıldır. Yasalara gösterilen güven ve saygıdan kaynaklanan oluşumların sonuçlarını korumak gerekir. (...) Hukuk devleti tanımı da devlete güven ilkesini de doğal olarak içerir. Devletin temel niteliğinin öğelerinden biri de güvenirligidir. (...). Devletin, yaptığı düzenlemelerle haksız bir edinim sağlaması ve kişilerin haksızlığa uğratılması kabul edilemez.⁴⁴

Anayasa Mahkemesi bir kararında bu konuda şöyle demektedir: *"İtiraz konusu kuralla, mülkiyet hakkına getirilen sınırlama, malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkını belirsiz bir süre için kullanılamaz hale getirerek bir hukuk devletinde kişinin hak ve özgürlükleri ile kamu yararı arasında bulunması gereken dengenin bozulmasına yol açarak hukuk güvenliğini yok etmektedir. Bu nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine de aykırıdır ..."*⁴⁵

Hukukun üstünlüğüne dayanan hukuk devletinde, Devlet benzer durumlar için aynı işlemi yapmak zorundadır. Benzer durumlara farklı işlem yapması, hukuk devletinin güvenirliliğine kuşku düşürür. Anayasa Mahkemesi'ne göre; kamu yararına dayanan benzer iki işlemde farklı yöntemlere yer verilmesi, demokratik hukuk devletinin temel taşlarından biri olan hukukun üstünlüğü ilkesini zedelemektedir.⁴⁶

16. Hukuk Devletinde Cezalar Kişiseldir

Anayasa'nın 38/6. maddesine göre, ceza sorumluluğu kişiseldir. Yani failden başka kişilerin bir suç nedeniyle cezalandırılmayacağı hükmünü getirmektedir. Bu ilke de ceza hukukunun temel ilkelerindedir.

⁴⁴ Bkz., 38. dipnot

⁴⁵ Bkz., 5 nolu dipnot

⁴⁶ Any. Mah. nin 12.10.1976 t. ve E:1976/38, K:1976/46 s. Kararı.

17. Hukuk Devletinde İdare Zararlarından Sorumludur

Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasına göre; idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür. Hukukun üstünlüğünün geçerli olduğu devletler de, idare uğranılan zararı öderim düşüncesiyle hukuka aykırı eylem ve işlem yapma lüksüne sahip değildir. Halka ait olan egemenlik yetkisini kullanan kamu görevlisinin, halka ne şekilde olursa olsun hukuk dışı davranışı hoş görülemez. Hukuk devletinde kamu görevlisinin hukuk dışı davranışı halka yapılmış "haksızlıktır, eziyettir, işkencedir." Bu tür davranışlarda bulunanların sorumluluğu yoluna gidilmelidir.

Yine Anayasa'nın 19. maddesinin son fıkrası hükmüne göre, 19. maddede belirlenen esaslar dışında bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, ilgili yasaya göre devletçe ödenir.

18. Hukuk Devletinde Eşitlik Vardır

Hukuk devletinde eşitlik, onun hem ilkesi hem de pratik gereğidir. Hukuk önünde eşitlik, kamu makamlarının hiçbir ayırım gözetmeksizin herkese eşit işlem yapması demektir.

Anayasa'nın 10. maddesinde:

"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."

denilmektedir.⁴⁷ Madde gerekçesinde, "... İnsanın insan olması dolayısıyla doğuştan bir değeri ve haysiyeti vardır. Bu onun tabii bir

⁴⁷ İ.H.E.B'nin 2. maddesinde, Avrupa İ.H.S'nin 14. maddesinde bu ilkeye yer verilmiştir.

hakkıdır. Bu hak dolayısıyla herhangi bir niteliğe veya ölçüye dayanılarak insanlar arasında ayırım yapılamaz. Kanunların uygulanması açısından da hiçbir fark gözetilemez. Eşitliğin temellerinden birini de böylece kanunlar önünde eşitlik sağlar ...” açıklaması vardır.

Genel eşitlik ilkesi, kişiler arasında haklı neden olmaksızın ayırım yapılmamasını gerektirmektedir. Hukuki eşitliğin temelinde, ahlaki bir ilke olan “*insan onuru bakımından eşitlik*” düşüncesi yatar. Evrensel anlayışa göre, kişiler arasındaki renk, cinsiyet, dil, din gibi farklılıklar farklı işlemi haklı kılmazlar. Hukuk devletinde eşitlik ilkesi, ayrımcı işlemleri yasakladığı kadar, devlet eliyle bazı grupların mağdur, bazı grupların mağdur edilmesini de yasaklar.

Anayasa Mahkemesi’ne göre, yasa önünde eşitlik, aynı durumda olan kişilerin aynı yasa hükmüne bağlı tutulmalarını içerir. Eşitlik, herkesin her yönden aynı yasa hükmüne bağlı olacağı anlamında ele alınamaz. Kimi kişilerin başka kurallara bağlı tutulmalarında haklı neden varsa, bu durumda yasa önünde eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez.⁴⁸

“*Yasa önünde eşitlik ilkesi*” hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.⁴⁹

⁴⁸ Bkz., Any. Mah.’nin 28.02.1991 t. ve E:1990/15, K:1991/5 s. Kararı. R.G.: 27 Mart 1992 t. ve 21184 s. Sh: 24.

⁴⁹ Any. Mah.’nin 22.12.1998 t. ve E: 1998/1, K:1998/86 s. Kararı. R.G.: 24.06.1998 t. ve 24089 s. Sh: 21.

VIII. SONUÇ

Hukuk ve siyaset bilimi, toplumu huzur, mutluluk ve adalet içinde yönetmek için “*hukukun üstünlüğü*” ilkesini yaratmıştır. Hukukun üstünlüğü ilkesi, uygulamada “*hukuk devleti*” anlayışında somutlaşmıştır. Çağdaş toplum, temel hak ve özgürlükleri güvenceye almak için hukuk devletine; hukuk devleti de toplumu kargaşadan korumak için hukukun üstünlüğü ilkesine gerek duyar. Çağdaş toplum olmadan hukuk devletinden; hukuk devleti (hukukun üstünlüğü) de olmadan çağdaş toplumdan sözedilemez. Hukukun üstünlüğünün benimsenmediği yerde halk sürü, insanlar köledir.

Çağdaş uygarlığın ereği, insan onuruna uygun tek yönetim biçimi olan hukuk devleti idealini ve böylece çoğulcu demokrasiyi gerçekleştirmektir. Hukuk devleti ilkesinin egemen olmadığı, çoğulcu demokrasinin gerçekleşmediği bir toplumda, “*çağdaşlığın*” sadece sözü var olabilir. Hukuk devletinin temel amacı, temel hak ve özgürlüklerin korunması, hukukun üstünlüğünün uygulanması yoluyla çağdaş insanın mutluluk ve refahıdır.

Yurttaşların bilincindeki “*Hukuk üstünlüğü*” inancı, hukuk devletinin en sağlıklı dayanağıdır. Halkın doğrudan doğruya ve sürekli ilgisi, katkısı olmadan ülkede hiçbir sorun kalıcı bir çözüme kavuşturulamayacağından hukuk devletinin gerekliliğine, halkın inanç, destek ve katkısı sağlanmadıkça hukuk devleti kurulamaz. Hukuk devletinde, egemenliği kullanan erklerin, yurttaşların hukuka saygısı ilk koşuldur. Hukuk devleti, “*hukukun üstünlüğü*” ilkesinin toplumda kapsamlı, köklü ve etken olmasıyla geçerliliğini sürdürür. Hukuk devletinin gerçekleşmesi için çabalayanlar, hukuk devletinin halka gerçekten önemli şeyler sunduğunu, halka anlatabilmenin yollarını arayıp bulmak zorundadırlar.

Halkımız, hukuk devletine sahip çıkmalıdır. Halkımızın hukukla arasındaki “*yabancılık*” kaldırılmalı, hukukla “*kaynaşması*” sağlanmalıdır. Ancak, halka karşı güler yüzlü, sorumlu ve yansız, “*güçlü*” karşısında haklıya arka çıkan bir yönetim

olmadan halkın hukuk devleti kavramıyla kaynaşması olası değildir.

Hukuk devleti ilkelerinin başlangıçta yaratacakları bazı aksamalardan, kötüye kullanımlardan, kötü uygulamalardan ürkererek, onların zararlı olduğunu ve olacağını savunmak büyük bir yanılğı ve gaflettir.

“Adalet mülkün temelidir.” Hukuk ve adalet temeline dayanmayan bir toplum, teknik anlamda, ne kadar ileri giderse gitsin, çökmeğe tutsaktır. Bu nedenle, her derecedeki okullarda, hizmet içi eğitimlerde, yazılı ve görsel yayın araçlarında demokrasi ve hukuk devleti (hukukun üstünlüğü) öğretim ve eğitimine büyük önem ve geniş bir yer ayırmak gerekir.

Bir ülkede, hukuk eliyle insanları mutlu kılabilmenin ilk yolu, kamu hukuku alanında biricik doğru çözüm olan hukukun üstünlüğü ilkesine dayalı hukuk devletinin gerçekleştirilmesidir.

Hukuk devletinin gerçekleşmesiyle; halkın adı dillerde bayrak, kendisi sokakta aç, çıplak ve yalınayak olmaktan kurtulur.

KAYNAKÇA

- Erdoğan, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, Siyasal Kitabevi, 3. Baskı, Ankara 1999.
- Kapani, Münci, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, Bilgi Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 1996.
- Müftüoğlu, Güneş, *Hukuk Devleti*. Ankara 1994.
- Meydan Larousse*, Meydan Yayınevi, İstanbul 1969.
- Özer, Atilla, *Gereğeli ve 1961 Anayasası'yla Mukayeseli 1982 Anayasası*, Bilim Yayınları, 1984.
- Selçuk, Sami, *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara 1998.
- Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin yayınları, 5. Baskı, Ankara 1996.
- Türk Hukuk Kurumu, *Hukuk Devleti ve Velidedeoğlu*, Ankara 1985.

BELGELER

- İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi : Ankara Üniversitesi
SBF İnsan Hakları Merkezi
- Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi : TODAİE. Ankara 1981.
- İşkencenin ve Gayriinsani ya da
Küçültücü Ceza ve Muamelenin
Önlenmesine Dair Avrupa
Sözleşmesi : R.G. 27.02.1988 t. ve 19738 s.

KISALTMALAR

- Any. : Anayasa
- Any. Mah. : Anayasa Mahkemesi
- Bkz., : Bakınız
- E : Esas
- İHEB : 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları
Evrensel Bildirisi

İHVTÖKİS	: 4 kısıım 1950 tarihli İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme
K.	: Karar
m	: Madde
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayı, Sayılı
sh.	: Sahife
t.	: Tarih
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı

Fethi ŞENGİL

**DEVLETİN ETİK ÜSTÜNLÜĞÜ
VE
HUKUK ÜSTÜNLÜĞÜ**

GİRİŞ

"Yüzyıllar, hatta binyılların arasındaki simgesel sınırı (2001 yılına) yaklaşmaktayız ... Pek çokları 20. yy'ı aklın egemen olacağı bir yüzyıl olarak karşıladı; getireceği yamyamsı dehşeti kimse düşünemedi ve bu yüzyıl ahlakın yükselişine tanık olmadı. Görülmemiş katliamlar yapıldı; kültürler alçaldı; insan ruhu çöküşe geçti. Her yerde birinci sınıf silahların parıldadığı bir ortamda, 21. yy'ın bize daha iyi davranmasını beklemek için herhangi bir neden var mı?"¹ Bütün bu kaos, başta yoksulluk ile boğuşan üçüncü dünya ülkeleri olmak üzere dünyanın hemen dört bir köşesinde yaşandı ve yaşanıyor ve her nasıl adlandırılırsa adlandırılınsın, "şiddet çağı" idi, geçen yüzyıl.

Çağın genel özelliği, bu bağlamda değerlendirdiğimizde aslında demokratik açılımlar değildi. Teknolojinin (veya da modernizmin) hızlı yaşandığı ve fakat sefaletin getirdiği ahlaksal bunalımların yaşandığı bir yüzyıldı geçen yüzyıl. Pek tabii neticesi olarak kültür değişmelerinden yozlaşmalarına ve çözümlerine tanık olunan bir yüzyıl. Bu *"yozluk ve çarpıklık, ne batı ne de doğu, ne eski ne de yeni olan merkez bir kültür ve bilincin oluşması sonucunu doğurdu."*² Aynı zamanda mamafih, birey özgürlüklerinde, mücadelelerle ve ahlaksal bunalımdan sıyrılındığı ölçüde de açılımların yaşandığı bir yüzyıldı. Açılımların (yani hak ve özgürlüklerin), Batı merkezli bir

¹ Soljenitsin, Aleksandr, 'Aç gözlülüğe paydos' (İnternational Herald Tribune) aktaran *Sabah* 11.12.1993.

² Başkaya, Fikret, *Az gelişmişliğin Sürekliliği* Kasım-1991 Ankara s. 80 vd. aynı yerde, "söz konusu 'melezlik' edebiyattan müziğe, giyimden düşünce tarzlarına, insan davranışlarına kadar her alanda belirgindir."

yörünge çerçevesinde ama evrenselci bir yaklaşımla sınırları aştığını görüyoruz. Sonuçta, 20 yy, insan haklarının milli sınırlar dışına taşarak evrenselleştiği bir çağın³ olmasının yanı sıra demokrasi söylemine ve adına dövüşmelere ve kazanımlara sahne olunduğu, aslında bu dövüşmelerin ve kazanımların ardındaki temel kaygının emperyalist düşünce ve çıkarlar olduğunu görmekteyiz. Sözü edilen kazanımların Batı'da gerçek bir kazanım olduğunu inkar edemeyiz. İyi niyetli bir ifade ile, birey özgürlüklerinde, Batı'da ancak yüzyılım ikinci yarısından sonra bir kazanıma dönüştüğü ve birey haklarında açılımların yaşandığı ve son çeyrekte ise makul denilebilecek düzeye gelinebildiğini söylemek mümkündür.⁴ Fakat, bu yöndeki gelişimlerin, periferi ülkelerde, biçimsel olmasından öte bir kazanım ve anlayış getirmede de görülmektedir. "... Kişi demokratik hak ve özgürlüklerini, biçimsel olarak tanıyan (yani yasal olarak koruyan), ama kişilerin bu hak ve özgürlüklerini gerçekleştirmelerini, açık zor yoluyla engelleyen, ortadan kaldıran ..."⁵ kazanımlardır bunlar. Nitekim, söylemi demokrasi olan yönetimlerin, sırf bu söyleme rağmen sık sık kesintiye uğramış olması ve kesintilerin devam etmesi sanırım kazanımların biçimsel olduğunu ve öyle kaldığını göstermektedir. Demokrasi tarihimizdeki "olumsuz" sonuç doğuran kesintileri ve getirdiği rejimleri de böyle anlamlandırmaktayız.

Öte yandan, Sovyetler'in açıklık politikası ile soğuk savaşın sona ermesi ve sonuçta Birliğin çözülmesi ile birlikte Batı kapitalist kurumlarının zaferlerini ilan etmeleri, yüceltilen Batı toplumunun, (demokrasi ile piyasa ekonomisinin) böylece uluslararası topluma kabul edilmenin ve uluslararası mali kurumlara katılabilmenin yollarını arayan her ulus için öncül şart haline gelmiş olması⁶ söz konusudur. Tek doğru olarak kaldığını ilan ve iddia eden kapitalizmin acımasız, sert anlayışı dünyayı sarmalamış, demokratik yönetimler ile değerler ise "yozluk ve çarpıklığa"

³ Ünal, Şeref, 'İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Kurumları' TDV Bülteni Demokrasi Gündemi S. 21-1995/I.

⁴ Ancak, 'Batı ülkelerinde insan hakları alanında taruk olunun sürekli ilerleme ve iyileştirme çabalarına rastlanmamaktadır ... Batı ülkelerinden bazılarında rastlanan sınırlı, mevzii ve geçici olumsuzlukların hepsi Türkiye'de topluca, üst üste binerek (kümülatif), yaygın ve sürekli olarak vardır. İnsan hakları ihlalleri adeta kurumsallaşmıştır. (Tanör, Bülent, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu 1994 Kasım 3. baskı s. 157 vd.)

⁵ Erdost, Muzaffer İlhan, Faşizm ve Türkiye 1977-1980 1. baskı 1995 s.150 (Yeni-faşizm olarak adlandırır). (italik benim)

⁶ Attali, Jacques, Batı Uygarlığının Çöküşü ve Demokrasi. Piyasa Ekonomisi ve Demokrasinin Sınırları (çev. Gülüm Şener) Radikal 2-3.9.1997

yönelinmiş bulunuyor. Bununla birlikte demokrasi anlayışını ve pratiğini mutlak olarak yaşamadık ve yönelinen umutların yerini de umutsuzluğa bıraktığını söyleyebiliyoruz. Bütün bu değerlerde ve gerek demokrasi anlayışındaki ve gerekse pratiğindeki “yozluk ve çarpıklığın” nedenlerini ise uluslararası sermayenin büründüğü oluşumda görmekteyiz.⁷

Bireye saygı, bireyin bir değer olarak görülmesi çıkış yerimiz olmalıdır. Demokratik toplumlarda başlıca hedef, bireyin yüceltilmesidir. Bu halde, Batı toplumunun evrensel olarak kabul ettiğimiz değerlerini olumsuzlamak gibi bir kaygıyı taşımadığımız gibi, bu değerler, bireyin bu kez bir değer taşıması açısından bireyin yüceltilmesini gerektirirler. Gerçi günümüzde, “*piyasa ekonomisinde bir eşyaya dönüşen birey; istenilen eğitim düzeyine, beceriye, fiziksel özelliklere ve ahlaka sahip değilse dışlanıyor. Böylece temel ekonomik ihtiyaçların sağlanmasından mahrum ettiği gibi siyasi haklarından da bütünüyle faydalanmasını engelliyor. Şurası da önemlidir; yüceltilen Batı toplumunun ‘odak değerleri’ ancak hukuksal değerlere bağlı kalırsa, demokrasi yönünde atılımlar yapılırsa yaşama şansına sahip olacaktır.*”⁸ Açıkçası, hem yücelttiğimiz birey açısından ve hem de korunmak istenen sistemin kendisi açısından, “*kapitalizm ... siyasal, ekonomik, hürriyetçi fakat eşitlikçi bir düzen kurmak zorundadır.*”⁹

Açıktır ki uzun tarihsel gelişimlerin ve birikimlerin neticesinde sahip olunan evrensel değerler, yoksulluğun pençesindeki toplumlar için mücerret kavramlar olmaktan öteye gidememektedir. Toplumlar yoksullukla kıvranıyorken, insanlar açlığın ve hastalıkların pençesinde iken ve yaşamlarını böyle idame ettirmeye çalışıyorlarsa, sanırım “*insan hakları*” soyut bir kavramdan öte bir anlam taşımaz.¹⁰ “*Hürriyeti büyük kitlelere*

⁷ Tunaya, Tarık, *Zafer Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku* 4. baskı-1980 İstanbul İ.Ü.H.F. yayınları no: 2472-554 s. 450; ‘Dev ve tekelci işletmeler, demokrasiyi de yozlaştırmaktadırlar, sosyal adaleti de ...’

⁸ Attali Jacques, *a.g.m.* (italik benim)

⁹ Tunaya, Tarık Zafer, *a.g.e.* s. 450 ve s. 447; ‘... Kapitalist yapı içerisinde, insan yalnızdır. Soyut bir hürriyet anlayışı ... ‘beş canavar’la karşı karşıyadır; yoksulluk, hastalık, bilgisizlik, pislik ve işsizlik. İnsan, tek başına bu canavarlarla savaşılamaz, oy hakkına, siyasal haklara sahip olsa da, bunlar karşısında acizdir ve yenilmeye mahkumdur.’

¹⁰ Ünal, Şeref, *a.g.m.*

yayabilmenin, onun herkesin yararlanmasına açık tutabilmenin bir ön şartı olarak 'yoksulluktan kurtulma hürriyetini' tanımak zorunluluğu karşısındayız."¹¹ "Hürriyet, soyut bir formül değildir. Geniş bir kitlenin fiilen yararlanacağı olanaklar sağlanırsa, hürriyet vardır. Yoksa, hürriyet, belirli zümrenin malı haline gelir."¹²

Böylece anlatımımızda ifadesini bulduğu gibi "hak ve özgürlüklerin durumu her zaman ekonomik ve sosyal etkenlere sıkı sıkıya bağlı olmuştur."¹³

Kaldı ki olanaksızlıklar ortamında, getirilen demokrasi de çarpık bir niteliğe bürünmekte, kavramın özü ve mantığı ile de çelişkili neticeler doğurmaktadır. Nitekim söylemi demokrasi olan toplumlardaki kesintileri de bu yönde değerlendirmek mümkündür ki sonunda, gerek bireyler açısından ve gerekse toplum açısından bilinçlerde demokrasinin kendisine bir tepki doğurmakta, demokrasi, toplum bilincinde meşruluğunu sağlayamamaktadır. Demokrasiyi, özgürlüklerin somutlaşabildiği, insana kendini geliştirme olanaklarının sağlandığı yaşam biçimi olarak algılayınca kaygımız yerinde görülmektedir. "Az gelişmiş bir sosyal yapı içine getirilen demokrasi, kendisini besleyemeyen bir toprak üzerinde, özde ve biçimde büyük değişmelere uğrayarak, tanınmaz hale gelmeyecek midir ve yaratılan bozuk düzen, sonunda, demokrasiye olan inancını da yitirmeyecek midir?"¹⁴ Şuraya varıyoruz; "eşitsiz bölüşüm, halk sınıflarından olan

¹¹ Kapani, Münci, *Kamu Hürriyetleri Atatürk'ün 100. Doğum Yılına Armağan* A.Ü.H.F. Yayınları no: 453 6. baskı 1981 s. 84 ve 192 vd. (italik benim)

¹² Tunaya, Tarık Zafer, *a.g.e.* s. 658. Özek, Çetin 141,142 Haziran-1968 İstanbul s. 39; '... Özgürlüklerden yararlanma olanakları olmayan halk için özgürlük avuntudur. Nasıl, siyasi temsil, genel oy, parlamenter demokrasi gibi politik esaslar halk için biçimsel ve burjuvazi üretim araçlarına sahip olmanın verdiği üstünlükle, siyasi iktidara da sahip çıkabiliyorsa, özgürlük de karnını doyumamadığımız halk, emekçiler için pırıltılı bir lüksten başka bir şey değildir ...'

¹³ Tanör, Bülent, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu* 3. baskı 1994 Kasım s. 150. Kışlalı, Ahmet Taner, *Siyasal Çatışma ve Uzlaşma* 2. baskı İmge-Ekim 1993 s. 210; 'Demokrasinin varolabilmesi için gerekli ekonomik koşullar incelendiğinde, özellikle şu üç nokta dikkati çekiyor; (1) En azından bireylerin yaşamsal gereksinmelerinin (yeme ve barınma) karşılanabildiği bir üretim düzeyi; (2) Ekonomik yaşamdaki etkililikte, belirli bir emek-sermaye dengesi ; (3) Toplumsal sınıflar arasında çok büyük gelir farklarının bulunmaması'.

¹⁴ Tunaya, *a.g.e.* s. 648 ve s. 646 "Demokrasi, kendisini doğuran ekonomik kurumlarla beraber gelirse ve bunlardan oluşan mekanizmayı işletebilirse, demokrasidir'.

kişilerin insan haklarından da eşitsiz ve daha kötü yararlanmaları ya da hiç yararlanmamaları demektir. Toplumun ekonomik-sosyal temel kuruluşuyla ilgili bu özellikler insan hakları sorununu da sürekli diri tutmaya yetmektedir.”¹⁵

Elbette, getirilen demokratik kurum ve kuruluşların hayatiyetini sürdürebilmesi için “belirli bir iktisadi kalkınma düzeyi”ne ulaşılmış olması bir zorunluluktur. Kaldı ki, “dünyadaki bütün gelişmiş ülkelerin istikrarlı demokrasilere sahip olmasına karşın, azgelişmiş ülkelerde istikrarlı demokrasinin neredeyse istisna olması”,¹⁶ bu açıdan önemli bir tespittir. Ancak, mutlak surette belirli bir ekonomik düzeyinin, demokrasi için koşul olduğu varsayımında bulunmadığımız gibi, demokrasinin, kalkınmanın “kırbacını” oluşturduğunu söylemek de mümkün ki, genel olarak, otoriter rejimlerde atılımın ve kalkınmanın olmaması ve buna mukabil, özellikle otoriter düzenlerden demokratik düzenlere geçiş yapan toplumlarda ilerlemenin ve kalkınmanın ise hızlı olduğu görülmektedir.¹⁷

Genel olarak hak ve özgürlüklerin belirli bir zamandaki toplumun maddi gelişmesine bağlı olduğunu söylemek mümkün. Pek tabii, bu nevi ekonomik gerekçelerle ileri sürülecek “askıya alma” veya “daraltma” mantalitesi (ileride tanımlayacağımız) “hukuk üstünlüğü” anlayışına ters düşecektir. Zira, başta yaşama hakkı olmak üzere, kişi dokunulmazlığı, işkence yasağı, insanlık dışı ve aşağılatıcı ceza yasağı, keyfi tutuklama yasağı, savunma hakkı gibi bir takım temel insan haklarının tanınmasının ve güvence altına alınmasının toplumun ekonomik gelişme düzeyi ile hiçbir ilgisi yoktur. “Azgelişmişlikten kurtulma” gerekçesi, bu temel hakların askıya alınmasını veya açıktan açığa çiğnenmesini haklı gösterecek bir gerekçe sayılamaz.¹⁸

Buradaki şüpheli yaklaşımımızın nedeni, aslında üst yapı kurumları ile alt yapı kurumlarının devamlı bir ilişkide

¹⁵ Tanör, Bülent, *a.g.e.* s. 271 “Milyonlarla işsiz, evsiz-barksız, eğitimsiz insan için, çalışma hakkı, mülkiyet ve konut güvenceleri, düşünce ve özgürlükleri ... pek ciddi bir anlam taşımamaktadır.”

¹⁶ Demir, Ömer, “Kalkınma ve Demokrasi” *Türkiye Günlüğü* S. 32, 1995.

¹⁷ *Capital* dergisi (hazırlayan Orhan Karaca) Şubat 2000. S. 2000/02. Örnekler verilmektedir. 1981-92 döneminde gerileyen Arnavutluk ekonomisi, 1997 hariç, 1993’ten beri her yıl %8-9 oranında büyüme göstermektedir.

¹⁸ Kapani Münci *a.g.e.* s. 193, 194.

olması ve daima birbirlerini etkilemelerinden ötürüdür. İlla ki ekonomik ve sosyal haklarının gelişimini tek yönlü olarak iktisadi gelişime bağlamak yanlıştır; çağdaş hukuksal düzenlemelerle atbaşı gitmesi gerektiğini vurgulamak gerek. *“Hukukun bir üst yapı kurumu olarak toplumun ekonomik ve sosyal yapısının bir yansıması olduğu ve bu yapıya göre şekillendiği bilinen bir gerçektir. Üst yapı kurumlarının ve bu arada hukukun da toplumun ekonomik ve sosyal yapısını karşılıklı etkilediği bilinmektedir ... Toplumun ekonomik yapısı kuşkusuz hukuku belirler. Ama hukukun üstünlüğü ilkesi ve bu üstünlüğün savunusu, ekonomik yapıyı karşılıklı etkileyecek bu yapının, ezilen, sömürülen, hakları elinden alınan çoğunluk yararına değiştirilmesi çabalarına yardımcı ve destek olacaktır.”*¹⁹

Anlatımımızı bu bağlamda değerlendirmek gerekecektir.

Kutsal Birey²⁰ ve Hukukun Üstünlüğü

Hukuk dinamik ve de çok yönlü bir kavram. Hukuku tanımlamadaki güçlük zaten dinamizminden ve çok yönlü olmasından kaynaklanmaktadır. Öte yandan toplumsal gerçekler ve bu gerçeklerin toplumdan bir diğer topluma ve bir dönemden diğer bir döneme değişkenlik gösterdiğini vurgulamak gerekir. *“Hukukun, uygulandığı toplumun koşullarıyla iç*

¹⁹ Çelenk, Halit, Hukuksuz Demokrasi. (italik benim) 3. baskı Şubat 1990 İstanbul s. 48-50.

²⁰ “1982 Anayasası ‘hürriyetçi demokrasi’ anlayışını kendisiyle özdeşleştirip, bunun dışındaki her türlü yorumu kesin olarak yasaklarken, kendi ‘hürriyetçi demokrasi’ anlayışını da düşünülebilecek en dar kalıplar içinde ifade etmektedir. Anayasa’nın; devlet/birey, devlet/toplum ve toplum/birey ilişkilerinde devleti diğer ikisinin, toplumu da bireyin önünde tuttuğu anlaşılmaktadır. Bu yüzdendir ki 1982 Anayasası daha ilk cümlesinde “Kutsal Türk Devleti” formülüyle söze girmektedir. Liberal batı anayasacılığının sadece bireye ya da onun haklarına layık gördüğü ‘kutsallık’ sıfatı, 82 Anayasası’nu hazırlayanlar tarafından devleti taçlandırmak için kullanılmıştır”. Tanör, Bülent, İki Anayasa 1961-1982 3. baskı İstanbul-1994 s. 139 (italik benim). 82 Anayasası’nda yapılan değişiklikler Anayasa’nın bütününe hakim olan “Kutsal Devlet” mantalitesini değiştirmiyor. Öte yandan bireye ‘kutsallık’ atfederken, spontane gelişim sürecinde, ‘üst oluşum’ olarak husule gelen devlete de etik bir değer, etik üstünlük atfedilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Etik üstünlük, devlete varlık kazandıran bireylerden gelmektedir. Devlete atfedilen ‘etik değer’, ‘etik üstünlük’,

işe olduğu, 'canlı uzviyet' gibi durmadan değişip, geliştiği yadsınamaz bir gerçek ..."²¹ Buna rağmen tanımlama riskine girerek anlam yüklemek gereği duyuyoruz.

Hukuk, "toplumsal bir iktidar, bir güç olarak çeşitli çıkarları, grubun bütünlüğü içinde dengelediği ve güvence altına aldığı"²² gibi "toplumsal yaşamda büyük oranda sınıflar arası ilişkide bir denge göstergesidir."²³ "Hukuk, bir yandan iktidarı örgütler, kurumlaştırır, onu meşru kılmaya çabalar; öte yandan da, iktidara karşı bireyin hakları için güvence öğeleri oluşturur."²⁴ Kaygımız, aslında hukuku, "olması gereken" olarak ele almamız gerektiği yönündedir.

"Hukuk, sınıflı toplumlarda ve tarihsel gelişim sürecinde devletin ortaya çıkışına koşut olarak doğmuş ve gelişmiştir."²⁵ İnsanlık tarihi sürecinde ilk bilinçlenme dönemi ile spontane olarak basitçe kendini gösterir ve bireyin bireylerle ilişkileri tekdüzelikten çıkıp karmaşıklığa dönüşülmesi ile; bireyin bu kez gruplarla ilişkileri bir anlam ifade edince tekdüze kurallar teamül kaide olarak yerleşir, sistemleşir ve bütün oluşturur. Özellikle sınıfların belirginleşmesiyle gelişir ve zikzaklar çizerek günümüze değin bir değişim gösterir ve devinime böylece de devam edecektir. Özgürlük mücadelesi nasıl insanoğlu ile yaşıt ise²⁶ hukukun oluşumunu da bu sürece indirgemek mümkündür. Yani hukuk mücadelesi ile özgürlük mücadelesi koşuttur. Özgürlük mücadelesinin hukukun oluşumuna biçim vermesinden gelmektedir. Devlet ve ona sahip olan egemen gücün sınırını bu oluşum ile biçimlenen hukuka ve onun üstünlüğüne bağlılığında ifadesini bulmaktadır. "Hukuku devlet meydana getirdiğine göre, ne dereceye kadar kendi kendisini bu hukukla bağlı tutacaktır? Bunun cevabı hukukun üstünlüğüdür."²⁷

tamamen spontane gelişimin ürünü olarak kabul ediyoruz. Doğanın bireye lütfettiğini, onun elinden alarak Devlete atfedip, onun da bireylere lütfetme mantığı gütmek gibi bir gayemiz veya da kaygımız yoktur.

²¹ ÖZEK, Çetin. *Din ve Devlet* İstanbul s .655.

²² Öktem, Niyazi, *Devlet ve Hukuk Felsefesi Akımları* 1995 2. baskı s. 77.

²³ Çelenk, Halit, *a.g.e* s.14.

²⁴ Tanilli, Server, *Devlet ve Demokrasi Anayasa Hukukuna Giriş* 6. baskı 1990, s. 17.

²⁵ Çelenk, Halit, *a.g.e* s. 11.

²⁶ *İbid* s.13.

²⁷ Esen, Bülent Nuri, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)* Haziran 1970 Ankara s. 304.

Hukuku, devlet oluşturduğuna göre, bu bağlamda özgürlük mücadelesinde onunla koşutluğu ne anlam ifade etmektedir? Zira hiçbir siyasal erk, siyasal bir üst oluşum, özgürlüklerle uzlaşma içerisinde değildir. İktidarın sınırını özgürlükler çizince,²⁸ siyasal erkin özgürlüklerle uzlaşma içerisinde olmamasını ya da olamamasını açıklayabiliyoruz. Bu halde, hukuk, özgürlük mücadelesi ile biçimlendiğinden, iyi niyetli bir ifade ile kutsal bireyin özgürleştirilmesinde araç olmaktadır.²⁹ Amacı bu bağlamda olması gerekene (lege feranda) vasil olmaktır.³⁰ Zaten bu çerçevede birey özgürlüklerine ve haklarına değinirken, onun (insan hak ve özgürlüklerinin), "... genel olarak, daha çok 'olması gereken' alanında kalan veya sadece platonik bildirilere geçen bir 'ulaşılacak hedefler programı'³¹ olarak anlamlandırmaktayız. Bu bağlamda, tarihsel devinim, bireyin kendi kendini özgürleştirilmesi, toplumlar (üst oluşum olarak da devletlerin) karşısında doğal haklarına kavuşması mücadelesine sahnedir. Birey hak ve özgürlükleri ile biçimlenen hukukun, söylemimizle temel gayesinin birey olunca, birey-grup, birey-devlet ikilisinden bireyin korunmacılığı ön plana çıkar. Bireyin korunmacılığı soyut kutsallığından gelir. "Kutsallık" ise doğanın bireye lütfettiği doğal haklardan ileri gelmektedir. "Lütfedilmişlik", "hukuk üstünlüğü" ile ifadesini bulan ve hukuk üstünlüğü ile de bireylerin, "devletin haklarından önce gelen ve onlara üstün tutulan haklara sahip olduğu ve devletin bunlara saygı göstermek zorunda bulunduğu"³² anlamına

²⁸ Akın, F. İlhan, *Kamu Hukuku İ.Ü.H.F.* yayınları no: 1983-440 İstanbul 1974 s. 409.

²⁹ Ancak, "Hukuk, aslında sınıflı toplumlarda, iktidardaki egemen sınıfın sömürsününün bir kılıfıdır; devlet gibi, hukukun da "sınıfsal" bir içeriği vardır; her hukuk kuralı mutlaka, iktidardaki sınıfın ideolojisini, giderek temel çıkarlarının yansıtır ve korur; ve hukuk da, devlet gibi sınıflı toplumlarda aynı zamanda doğmuş ve onların ortadan kaybolmasıyla kaybolacaktır." Tanilli, Server, *a.g.e.* s. 16. ve ayrıca, "... Kanunu devlet içinde politik iktidara sahip olan egemen sınıflar yaptığına göre, hukukun da, egemen sınıflara göre değişik biçimlenmelere girmesi doğaldır." Özek, Çetin, *a.g.e.* s. 62 (dipnot 9).

³⁰ "Hukuk, insanın ve giderek toplumun mutluluğunu amaç edinmelidir. Oysa sınıflı toplumlarda egemenlerin temsilcileri olan siyasal iktidardarlar, hukuku genel olarak yönetilen halk yığınları üzerinde bir baskı aracı olarak kullana gelmişlerdir." Çelenk, Halit, *a.g.e.* s. 162.

³¹ Kapani, Münci, *a.g.e.* s. 14.

³² Esen, B. Nuri, *a.g.e.* s. 310.

gelir. Bu lütfedilmişlik İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin 1. maddesindeki, "*İnsanlar, hukuksal olarak, doğuştan özgür ve eşittirler ve öyle kalırlar ...*" cümlesiyle, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin 1. maddesindeki "*Bütün insanlar hür, haysiyet ve haklar bakımından eşit doğarlar ...*" hükmü ile ifadesini bulmaktadır. Yoksa, haklar ve özgürlükler geri alınmak üzere devletçe lütfedilmiş değildir, lütfedilemezler. Zlar tanımak suretiyle devletin, hukukun tek kaynağı olmadığı ...³³ tespiti, sözü edilen hakların ve özgürlüklerin, İnsanın öz varlığıyla birlikte doğdukları için, yalnızca güvence altına alınmalarını³⁴ ifade eder. Odak bireydir.

Tarihsel ve siyasal devinim sürecinde, grubun, giderek toplumlarının ve sonradan bir üst oluşum olarak oluşa gelen devlet gücünün, spontane olarak, birey hak ve özgürlüklerinin aksi istikametinde geliştiği, bireyin sınırsız(!) özgürlüğüne gem vurduğunu görürüz. Odak birey, ontolojik gayesini içeren temel haklarını doğadan almıştır ve fakat varolma mücadelesini toplumla birlikte sürdürebileceğinden lütfedilmiş haklarını tarihsel gelişim sürecinde (spontane), gayri iradi topluma devretmiştir. Böylece, toplum öncesinin güvencesiz sınırsız hakları yerine sağlam ve fakat sınırlı haklar tanınmıştır. Tarihsel süreç içerisinde giderek devletin şahsiyeti ön plana çıkmış, birey-devlet ikilisinden devletin dokunulmazlığı, korunmacılığı söz konusu olmuştur. Sorun tam da burada, temel hak ve hürriyetler babında ortaya çıkmaktadır. Zira bu kez gelişim sürecindeki hukuk, bireylerin özgürlük mücadelesi ile biçimlenmekte ve böylece kendini soyut kutsal bireyin özgürleştirme çabalarında göstermektedir. Hukuku, olması gereken olarak ele alınca, (her ne kadar egemen sınıfın "*bir kılıfı*" olarak kabul olunsa dahi), hukukun, özgürlük mücadelesinde, bu mücadele ile de biçimlendiğini kabul etmek gerekecektir. Bireyin özgürlük mücadelesi ile biçimlenen ve olması gereken (lege feranda) olarak kabul ettiğimiz hukuku, devletin kendisini sınırlamasıyla, yeni bir olguya, "*hukuk üstünlüğü*" kavramına ulaşıyoruz. Yani, "*hukuk üstünlüğü*" nü bu halde, "*fert ve devlet arası ilişkilerin 'kuvvet'le değil, 'hukuk kuralları' ile düzenlenmesi*"³⁵ olarak anlamlandırıyoruz.

³³ Savcı, Bahri, *İnsan Hakları* A.Ü.S.B.F. yayınları no: 32-14 Ankara 1953 s. 13.

³⁴ Selçuk, Sami, *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne* Ankara 1998 s. 33.

³⁵ Esen B. Nuri a.g.e. s. 310.

*"Hukuk üstünlüğü kavramı ile bir yandan siyasi toplumun erişmek istediği gayeler ve temel ülküler; öte yandan, bu ülküleri gerçekleştirmeye elverişli kurumlar ve yöntemler kastedilir ... ferdi, hem devlete, hem diğer fertlere karşı korumayı sağlayan hukuksal bir alandır."*³⁶

(Hukukun üstünlüğü, çok yönlü ve statik olmayan, süreçle beraber anlamını genişleten bir kavram. Sınırını tespit etmek mümkün değil. Ancak "var olma" kaygısını güden bireylerle, bu kaygıyı aşip "özgürleştirme" aşamasındaki bireylerin, çağdaş kriterlere bakarak, kavrama anlamını yüklemek bin an için mümkün. Bugün için birey özgürlüklerinde sorun teşkil eden bir durum ileride etmeyebilir veya da tersi söz konusu. Ancak "... bir devlette ferdin haysiyetli bir hayat yaşaması gayesini hedef tutan prensipler ve bunları gerçekleştiren müesseseler varsa ..." ³⁷ hukukun üstünlüğüne anlam yüklemek, o an için sınırını tespit etmek mümkün olabilir -ve fakat gene de bu çıkarımımıza şüphe ile yaklaşmak gerekir-. Zira, hukuk, daima olması gerekene doğru bir yönelim içerisindedir. Olması gerekeni yakaladık' retoriği toplumun dinamiklerinin yitimi anlamına gelir. Bu toplumsal kaosun başlaması demektir.)

Önemli bir sorun, toplumlarda karmaşalığın, kaosun yaşandığı dönemlerde hak ve özgürlüklerin durumunun ne olduğu ve olacağıdır? Zira genel olarak, devlet aleyhine var olan ve var olacak tehditlerin varlığında, bireysel özgürlüklerin ve hele eylemsel düşünce özgürlüklerinin durumu daha bir öneme haiz olacaktır. Pek tabii olarak, her zaman için, devletin varlığına ve hukuksal sistemine yönelik illegal şiddet ve tehditler (terör) var olmuştur ve var olacaktır. Devletin hukuka bağlılığı, hukukun üstünlüğüne saygısı ve yürürlüğü ne kadar etkin olursa olsun, illegal şiddet ve tehditlerin oluşumuna

³⁶ *İbid* s. 306. Milletlerarası Hukukçular Komisyonu'nun 1959 tarihli Yeni Delhi toplantısında hukuk üstünlüğüne verdiği mana s. 309; "Hukuk üstünlüğü demek, her zaman aynı olmadıkları halde bir çok noktalarda, benzerlik gösteren ve dünyanın çokluk farklı siyasi yapıda ve farklı ekonomik şart içindeki çeşitli devletlerinde yaşayan hukukçuların gelenek ve tecrübelerine göre, ferdi, keyfi hükümete karşı korumak ve insanlık haysiyetinden faydalanmasını sağlamak için gerekli oldukları tartışılmayan prensipler, müesseseler ve usuller demektir."

³⁷ *İbid* s. 311.

mani olunamayacağı gibi varlığını da hiçbir zaman yok edemeyeceğidir. Ancak malumdur ki hukuksallık ve onun üstünlüğünün maksimum yürürlüğü bu olumsuz oluşumları en aza indirgeyecektir. Söylenbilir ki devletin “zorbalığı” illegal şiddet ve tehditleri engelleyebilir. Fakat, her zaman için topluma sinmiş ve devletin zayıf anını kollayan patlamaya hazır bir oluşumları olduğu gibi, daha önemlisi, “zorbalık”, illegal şiddet ve tehditleri toplum bilincinde meşruluğa iterek güçlenmelerini sağlayacaktır. Buna karşın evrensel ilkelere dayalı ve yürürlüğü hukuksal düzlemde olan çağdaş devletlerde genel olarak, oluşumlar, legal olarak kendilerini ifade etmeye çalışır. Bizim söylemimiz, mutlaka her oluşumun mutlak surette kendini legal olarak ifade etmesini beklenilmemesi yönündedir. Bu halde illegal şiddet ve tehditlerle mücadele edilmesinde sorun, mücadelenin şekli ve oluş tarzıdır. Zira hukuksallık dışındaki mücadele, birey hak ve özgürlüklerine büyük zararlar verdiği kadar, korunmasında amaç güdülen bizzat devletin kendisine, onun “etik üstünlüğü” ne zarar verir. Bu halde, üst oluşum birimi olarak devletin kendisine, etik üstünlüğünün atfedilmesine varlık kazandıran bireylerde ve giderek toplum bilincinde, devletin siyasal bir üst yapı olarak meşruluğunun kaybına, sonra çözünürlüğüne ve ardılı olarak yıkımına meydan verecektir.

Sorun, demokrasi düzleminde ele alınmaktadır. Bununla beraber, devlete meşruluk kazandıran ve devamını idame ettiren “etik üstünlüğü” ile de ele alınmak gerekecektir. Zira, demin arz ettiğimiz gibi silsile halinde gelişen netice karşısında, devlet çözümler hale gelecek ve böylece, bu üst yapı oluşumun nedeni de kalmayacaktır. “Hukukun üstünlüğü” ne bağlılık bu nedenle önemlidir. Olağan olarak, hukuk üstünlüğüne bağlılık, demokratik yönetimlerde (veya da en azından bu söylemle hareket eden yönetimlerde), korunmak istenen demokratik sistemin kendisiyle açıklanmaktadır. Şöyle ki, hukuk dışı yönelim ve mücadele, bağlı olunan demokratik sistemle bağdaşmayacaktır. “... hukuk dışı araçların kullanılması, demokratik bir düzende, demokratik bir sistemin korunması amacıyla da olsa, kullanıldığında korunmak istenen sistemin özü, mantığı,

amaçları ve içeriğiyle bağdaşmaz ve hiçbir şekilde benimsenemez.”³⁸ Ancak, hukuksallık, evveleminde, devletin varlık nedenini, bireyler giderek toplum bilincinde yerleştirecek ve böylece gerek tek tek bireyler açısından ve gerekse bir bütün olarak toplum açısından, bilinç düzleminde saygınlık ve değer biçecek, böylece meşruluk zeminini sağlayacaktır. Bizce, bu, devletin varlık nedenine teşkil edecek olan “etik değer”dir. Böylece etik değer, üst oluşum olarak devlete, birey ve toplum bilincinde meşruluk sağladığı gibi, ardılında, bağlı olunan sistemin meşruluğunu dahi kazandırıp, idamesini de sağlayacaktır.

Pratikte ise durum genelde tersidir; “devletin korunması”, birey hak ve özgürlüklerin kayıtlanmasını her zaman beraberinde getirmektedir. Bu halde ise, sorun sistemin kendisiyle açıklanmaktadır. Yani, halihazırda, devletin varlık nedenine teşkil eden toplum bilincinde ve devletin var olmasında güdülen amaçta değil de sistemin, devlete varlık ve meşruluk kazandırdığı felsefesi hakimdir. Hakim olunan sistemin kendisiyle açıklanan devletin, bağlı olunan sistemin birey hak ve özgürlüklerine ve giderek toplumun ihtiyaçlarına cevap veremeyince, meşruluk sorunu en üst yapı olarak devlete yönelmekte, onun çözümlüğüne neden olmaktadır. O halde, “devletin korunması”, bu noktada, iktidara sahip siyasal erkin, birey özgürlüklerine “saygılı davranışı” çerçevesinde yönelimini gerektirecektir.³⁹ Yani, evrensel ilkelere bağlılık, “hukukun üstünlüğü”ne yönelim, bağlı olunan sistemi(-ki kastımız demokratik sistemlerdir-) korumakta, ona açıklık kazandırmakta ve böylece de, devlete var olmasında güdülen amacı kazandırmış olmakta, yani meşruluk zeminini sağlamaktadır.

³⁸ Özek, Çetin, *Türk Ceza Kanununun Elli Yılında Devlete Karşı Suçlar*, 1976-İstanbul s. 37, 38 Kaldı ki, genel olarak, terör, demokratikleşmenin önündeki engel olarak lanse edilmektedir. Ancak, “demokratikleşmedeki gecikmenin nedeni olarak ileri sürülen ‘terör’ olgusu, tek başına ikna edici değildir; terörün ortaya çıkışını ve sürmesini dış mihraklara bağlayan ve bunda demokrasi ile özgürlük eksikliğinin payını hesaba katmaya yanaşmayan söylemin, soruna objektif bir gözle bakanlar için inandırıcı olmadığı ...” açıktır. Tacar, Pulat Y. *Terör ve Demokrasi Kasım 1999* s. 269.

³⁹ *İbid* s. 38.

İllegal şiddet ve tehditlerle savaşımında, bu savaşımın pek çok sorunu da beraberinde getirmekte olduğunu belirttik. Olağan olarak illegal şiddet ve tehditler, "terör, kararlılıkla mücadele edilmesi gereken ciddi sorunlardır. Demokrasiye, hukuk devletine ve temel değerlere saldırı böyle bir tehdit oluşturur. Demokratik bir toplumda ve hukuk devletinde hiçbir şey terörü haklı gösteremez. Çünkü illegal örgütler, teröristler demokratik süreçte elde edemeyeceklerini ya da elde etmek istemediklerini zorla elde etmek amacındadırlar. Elbette terörle mücadele çok zorlu bir gerekliliktir. Zira hukuk devletinin ve demokrasinin yaşaması söz konusudur. Hiçbir demokratik devlet, teröristlerle aynı metotları kullanarak kendini onlarla aynı kefeye koyamaz. Koyarsa yasallığını zedeler, ... etik üstünlüğü kalmaz, böylelikle illegal örgütlerin, teröristlerin, kendi şiddetleriyle 'devlet şiddeti'ni eşit düzeyde görmelerine izin verir. Böylelikle kendi mezarını kazar."⁴⁰ İllegal şiddet ve tehditlerle savaşımında "hukuk üstünlüğü"ne bağlılık korunmak istenen devletin ve böylece hakim olunan sistemin kendisiyle açıklanunca, "hukuk üstünlüğü"ne bağlılık bir zorunluluk olarak karşımıza çıkıyor. Bu noktada, düşünce özgürlüğünün sınırsızlığı(!)⁴¹ büyük ölçüde illegaliteye yönelebilecek oluşumların boşalmasını sağlayacaktır. Bu halde düşünce özgürlüğü pekala pratikteki gibi hayal kurma sınırsızlığı değildir(!)

⁴⁰ Leuprecht, Peter, 'Terörist Şiddet ve Devlet Şiddeti' (Milliyet-Gazete Pazar-9.2.1997). (İtalik benim). Özek, a.g.e. s.35, ' Bir suçun saptanması ve ortaya çıkartılması için, güvenlik kuvvetleri ve yargı yetkileri tüm olanakları kullanmak hakkına sahiptir. Fakat, bu olanakların, hangi amaç için olursa olsun, hukuka uygun nitelik taşıması gerekir. Bir menfaatler dengelemesi söz konusu olduğunda devlete karşı tehlike, hukuka aykırı, kişi özgürlük sistemini zedeleyici davranış ve uygulamaların yaratacağı zarar karşısında önemsiz kalacaktır.'

⁴¹ Mutlak surette "Düşünce Özgürlüğü"nü sınırsızlığından bahsetmiyoruz pek tabii olarak. Nitekim AİHM Türk yargıcı Rıza Türmen, şöyle ifade etmektedir; "Mahkeme içtihatlarından çıkan gayet açık bir ölçüt var; ifade özgürlüğünün sınırı, iftira, hakaret, şiddete teşvik ve tahrik ... Eğere konuşma veya yazı, 'silahları alın yürüyün' diyorsa, devletin sınırlayıcı önlemi almakta takdir yetkisi vardır. Ama bu noktaya gelene kadar söylenen sözde, yazılan yazıda ne dendiği önemli değildir; önemli olan bireyin özgürlüğünün korunmasıdır." Milliyet 31.03.2000(İtalik benim). Yine Av. Turgut Kazan, ise; "Alacağımız önlem, demokratik bir toplumun korunması ve sürdürülmesi için zorunlu ve güdülen amaçla orantılı olmalıdır ... Açıklanan, düşünce etnik temele dayalı bir düşmanlığı tahrik ediyorsa, durum ne olacaktır? ... Dine ve etnik temele dayalı kin, intikam ve düşmanlık duyguları, beraberinde vurup öldürmeyi getirdiği

İllegal şiddet ve tehditlerle savaşımında düşünce özgürlüklerinin durumunun evleviyetle korunması önemlidir. Belki bir noktaya kadar, "geçiş dönemi"ni yaşayan ve samimiyetle hukuksallığı sağlama gayretkeşliğinde, devletin illegal şiddet ve tehdit (terör) ile savaşımında aykırılıklar olabilir-ki bunu "geçiş dönemi"ni yaşamasına bağlamak gerekir. Fakat hiçbir suretle eylemsel düşünce özgürlüğünü⁴² bu çerçeveye koymamak gerekir. Bireylerin elbette ki devletin resmî ideolojisini benimseme zorunluluğu yoktur. Kaldı ki devletin kendi ideolojisini yaygın olarak benimsetme gayesiyle yönelimi de hukuk üstünlüğü ile bağdaşmaz. Süreç statik değildir. Süreç içerisinde, sistem değişmek zorundadır. Bireylerin, sistemin, ideolojinin değişimini istemeleri olağandır. Toplumsal gelişimin dinamiği burada yatar.⁴³ Özellikle kişisel bir özgürlük olan düşünce özgürlüğü,⁴⁴ demokrasinin işlemesi için hukukun yetkinleşmesi ve üstünlüğü için bireysel özgürlüklerde daha bir öneme haizdir. "Düşünce özgürlüğünün yapısı bakımından diğer bütün özgürlüklerin temeli ve kaynağı"⁴⁵ olması "sandık demokrasisi"nde, demokrasinin işlevselliği açısından önemi oldukça büyüktür.

Bireyin özgürlüğü hukukun üstünlüğünün neticesidir. Hukukun üstünlüğü ise daha çok düşünce özgürlüğü eyleminde rol oynar. Bizce önemli bir tespittir; düşünce özgürlüğü eyleminin anlaşılmanın tersine daha çok anayasal çerçeve dışında rol oynamasıdır.⁴⁶ "Kişi mevcut düzene ve kurallara uygun

in için demokrasi ile bağdaşmaz. Bu nedenle ve mutlaka önlenmesi gerekir ... Ayrımına, düşmanlığa yahut şiddete yol açan ulusal, ırksal yahut dinsel nefret savunuculuğu yasaklanmalıdır. Doğaldır ki, yasaklamayla ilgili amaçın meşru olması yetmez. Kuralın ihlali halinde uygulanacak yaptırımın ölçülü olması gerekir." demektedir. *Milliyet* 04.04.2000.

⁴² Mert, Nuray, *Siyasette Etkin Katılım ve Siyasal Kültürümüz TDV Bülteni Demokrasi Gündemi* S. 22 1995/II 'Düşünce, özellikle siyasal anlamda insan eylemi ile bağlantılı olarak anlamlıdır, bir eylemle irtibatlandırılmayacak düşüncenin en azından siyasal olarak hiçbir anlamı yoktur.'

⁴³ Çelenk, Halit, *a.g.e.* s. 129 vd.

⁴⁴ Tanilli, Server, *a.g.e.* s. 187 'Bu kişilere, devlet ve siyasal iktidarla ilgili anayasal düzenlemeleri beğenmeme, eleştirme ve değiştirilmelerini isteme hakkını verir. Devletin temel nitelikleriyle sınırlanmış bir düşünce özgürlüğü ise faşist rejimlere özgü bir olaydır.'

⁴⁵ Özek, Çetin, *a.g.e.* s. 234. Türmen, Rıza, *Milliyet* 31.03.2000.

⁴⁶ Tanör, Bülent, "Düşünce özgürlüğü Anayasa'ya uygun düşünceleri savunma ve yayma özgürlüğünden ibaret kalsaydı, o zaman düşünce özgürlüğünün ve bunun tamamlayıcısı olan basın, yayın, toplantı, dernek

düşünmek zorunda olan bir makine değildir."⁴⁷ İlk adım bu noktada ve bu çerçevede eylemsel bir düşünce özgürlüğü ile demokratik platformun tabana, bireylere indirgenmesi gerekir. Her ne kadar demokrasiyi bireylere indirgemek mümkün görünmüyorsa da, anlatımımız çerçevesinde düşünce özgürlüğü, demokratik platformun halka ve hatta bireylere indirgenmesinde oldukça önemli işlevselliğe sahiptir.

O halde, *"düşünce özgürlüğü, insanın serbestçe düşünce ve bilgilere ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanmaması ve bunları tek başına ya da başkalarıyla birlikte (dernek, toplantı, sendika vb.) çeşitli yollardan (söz, basın, resim, sinema, tiyatro, vb.) serbestçe açıklayabilmesi, savunulabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelmektedir."*⁴⁸ Bu anlamıyla demokratik platformun tabana yayılmasında çok önemli rol oynar ve belki de demokrasinin işlevselliği açısından tek çıkar yoldur.⁴⁹ Böylece demokrasinin işlevselliğinin sağlanması ile, (demokratik platformun bireylere taşınması mümkün ve de millet meclislerinin hiç de demokratik olmayan tasarruflarının önüne geçmiş olunabilecektir). Bu ise, (yani bireylere indirgenecek demokrasinin), ancak temel hakların somutlaştırılmasıyla ve giderek örgütlenmiş bir toplumda sağlanabilecektir. Zira örgütlü sivil toplum demokratik

vb. özgürlüklerinin anayasal güvenceye bağlanmasına da gerek kalmazdı. Çünkü anayasal çerçeveyi doldurmak ve gerçekleştirmek zaten siyasi iktidarların bir anayasal görevidir. Bu bir özgürlük konusu değildir. Düşünce özgürlüğü asıl Anayasal çerçeve dışındaki alan için bir anlam taşır. Yoksa, Anayasa'da olanı beğenmek ya da savunmak için düşünce özgürlüğüne de ihtiyaç yoktur." TCK 142. madde Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama Forum-Mart 1979 s. 15 vd. Özek, Çetin, *a.g.e.* s. 232; 'Düşüncenin kurulu düzene, kurulu hukuk sistemine uygun olması da zorunlu değildir ... Kimse Anayasanın kabul ettiğine uygun ve o sınırlar içinde düşünmek zorunda değildir. Anayasal düzenin değişmezliği, eleştirilmezliği ve tartışılmazlığı diye bir kural demokrasilerde söz konusu olamaz ve s. 248. Özek, Çetin, *Türk Ceza Kanununun Elli Yılında Devlete Karşı Suçlar* s. 41; 'Demokratik düzenler, kişinin anayasal ve kurallara uygun hareket etmek mecburiyetini zorunlu saymakta fakat uygun düşünmek zorunluluğunu öngörmemektedir. Bu açıdan, cezalandırmaya konu olacak 'fiil' mevcut düzene aykırı bir düşünce değil, mevcut düzene aykırı bir eylem olmak zorundadır.' Bu hususta AİHM yargıcı Türmen, Rıza; 'ifade özgürlüğü sadece olumlu, hoş giden fikirleri kapsamaz, devleti ya da toplumu rahatsız edici, kabul edilmez bulunan fikirleri de içeri r... sınırlamaların demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı, üzerinde en çok durulan

açılımların özgürce sahnelenmesini, bireylerin hak ve özgürlüklerinin kazanımını ve bu da demokratik platformun bireylere indirgenmesini sağlayacak, bireylerin köleleşmesine manidar olacaktır. Çağdaş kölelik olarak tanımlayabileceğimiz durum; *"Demokrasi içinde özgür ve bağımsız yaşamayı uman vatandaşlar, siyasi iktidara bağımlı ve onun müdahalesine karşı savunmasız kalmışlardır."*⁵⁰ Devlet karşısındaki güvencesiz ve güçsüz birey böylece evrensel hukuk mantalitesine uygun olmayan millet meclislerinin safсата çıkarımlarının önüne geçmiş olacaktır. Evrensel hukuk ilkelerinin etkenleşmesi, yürürlük kazanması ve önemlisi somutlaşması bireyin köleleşmesine manidar olduğu kadar, devletin *"etik üstünlüğü"*nü süreç içerisinde toplum bilincinde yer etmesini ve giderek bununla beraber meşruluğunu etkinleştirecektir.

Evrensel hukuk ilkelerinin temel kaygısının insan eylemlerinin özgürleştirilmesinde olduğu ve böylece temelde asıl önemli olanın bireyin kendisinin olduğu açıktır. Yalın halde hukukun temel ilkelerinin bir dogma hüküm olarak topluma sunulması değil (-kastımız temel ilkelerin kağıt üzerinde kalmamasıdır-), aslen bireyin bilinçlenmesi aşamasında, kendi kendini tanıması kaygısını yaratarak, hak ve özgürlüklerinin somutlaştırılarak, bağımsızlaştırılması sağlanmalıdır. Aksi halde anayasaların içeriği her ne olursa olsun, sorun

husus ... Eğer konuşma veya yazı, "silahları alın yürüyün" diyorsa, devletin sınırlayıcı önlemi almakta yetkisi vardır. Ama bu noktaya gelene kadar söylenen sözde, yazılan yazıda ne dendiği önemli değildir; önemli olan bireyin özgürlüğünün korunmasıdır.' *Milliyet* 31.03.2000.

⁴⁷ Özek, Çetin, *a.g.e.* s. 231.

⁴⁸ Tanör Bülent, *a.g.e.* s. 59.

⁴⁹ Şu olumsuz nazariyeler göz önünde tutulursa bu işlevselliğin önemi sanırım yerine oturacaktır: "... gerçek demokrasi hiçbir zaman var olmamıştır ve olmayacaktır. Çoğunluğun yönetmesi ve azınlığın yönetilmesi doğal düzene aykırıdır"; (J. J. Rousseau *Toplum Sözleşmesi* Kitap III/ Bölüm IV Çan yayınları, 1965-2. baskı . çev. Vedat Günyol). ["Demokrasilerde yönetim gerçekten halkın elinde değildir. Buna pratik bakımdan da imkan yoktur. Demokratik rejimde halkın rolü, kendisini yönetecek olan liderleri seçmek, siyasal kararları alacak ve tercihleri yapacak olan azınlığı oylarıyla iş başına getirmektir. 'Halk tarafından kabul edilen yönetim' (J. Schumpeter) söz konusudur ... ve 'demokratik uygulama, teorisinin ön gördüğü biçimde 'halk'ın tam anlamıyla bağımsız ve rasyonel bir iradeyle toplum yönetiminde pay sahibi olduğu varsayımını doğrulamaktan uzaktır(Kapani) ;

çözölmüş sayılamaz ve anayasaları yaz-boz tahtasına dönmekten alıkoyamaz. Tarihsel deneyimlerimiz bunu bize böyle gösteriyor. Mevcut “sandık demokrasisi”nin yerini birey lehine ancak bu şekilde doldurmak mümkündür.⁵¹ Şuraya varıyoruz; evrensel anlamda hukuksal bir düzen ve onun üstünlüğü, üst oluşum olarak devletin meşruiyeti ile ilgili olduğu kadar, temelde bireyin özgürleştirilmesi ile ilgilidir.

Meşruluk Aracı Olarak Hukuk

Çağdaş hukuk ilkelerine dayalı düzen, ideal bir yaşam biçimini öngörür. Olağandır ki hukuk devamlı bir devinim ve değişim içerisinde ve her zaman olması gerekene vasil olmak için dinamik bir süreci ifade etmesinden hareketle, evrensel hukuk ilkelerine ve anlayışına haiz toplumun en önemli özelliği, farklılığı kazanım olarak görmesindedir.

Farklılığın iççeliği dinamizmi ve devinimi sunar. Bu devinim ise bize gelişimi ve refahı sunar. Toplumun tekdüzeliği (diyalektiğin yitimi) gerilemenin ve kaosun nedenidir. “Farklılıklar, yani çoğulculuk korunabildiği oranda toplum ilerleme dinamizmi kazanıyor. Tek, evrensel ve mutlak gerçek temelinde ‘tek biçimli insan’ yaratma iddiasıyla ortaya çıkan ideolojiler ve rejimler,

(Kapani Münci, *Politika Bilimine Giriş* A.Ü.H.F. yayınları no: 371-1975 s. 87 vd. s. 105)]. “sistem ... ‘ikilik üzerine’ oturmuştur. Bir yandan halk ya da yurttaşlar egemenlik hakkına sahiptirler; öbür yandansa gerçekte bunu sermaye sahipleriyle paylaşmak zorundadırlar. Hatta bu sonuncular nitel acidan daha da güçlüdürler. Dolayısıyla bu demokrasi yine eksiktir. Sistemde iktidar hem halka(demos), hem de zenginliğe(plutos) dayanmaktadır. Bunu o zaman ‘demokrasi’den çok, ‘plutodemokrasi’ (servet demokrasisi) demek daha uygun olur.” Tanör, Bülent, *a.g.e.* s. 271.

⁵⁰ Savaş, Fuat Vural, ‘*Politik Yozlaşma Ortamında Refah Devleti’nden Minimal Devlete’ Türkiye Günlüğü* S. 30, 1994.

⁵¹ “1982 Anayasası hükümleri ile Türk siyasal hayatının, politikleşmeye ve Anayasanın temsil ettiği ideoloji dışında her türlü siyasal-sosyal felsefeye kapatılmak istendiği görölmektedir. Bu ‘depolitizasyon ve ideolojiye son verme’ isteği, Merkeze yakın iki partili bir siyasal hayat projesiyle tamamlanmakta, siyaset seçim olayına indirgenmekte, seçimlerde bir siyasal katılma ameliyesi olmaktan çıkıp, iktidara meşruluk temeli sağlama aracı haline gelmektedir.” Tanör, Bülent, ‘Türkiye’de Yeni Anayasal Düzen (Tanilli, Server, *Devlet ve Demokrasi* 6. baskı Eylül 1990 ek makale) (italik benim).

yalnızca iflas etmekle kalmıyorlar, toplumun gelişme potansiyelini, ivmesini de yok ediyorlar."⁵² Zira "uygarlıklar diyaloga girdikleri, dışarıdan gelen farklı düşünce, teknik ve kurumları tanıdıkları oranda kendilerini geliştirme şansına sahiptir."⁵³ Farklılık bu nedenle önemlidir.

Pek tabii böyle bir öngörü, sistemin ve daha dar bir anlamda siyasal iktidarın meşruluğu⁵⁴ ile alakalıdır. Sistemin meşruluğunda ise, hukuk, aracı fonksiyonu üstlenir. Hemen vurgulamak gerekecektir ki meşruluk, toplumun o anki sosyal ve siyasal yapısı ile ilgilidir. Meşruluğun siyasal açıdan önemi şudur; yönetimi kolaylaştıran, sağlamaştıran, onu daha istikrarlı ve etkili kılan bir faktördür.⁵⁵ İç hukukun evrensel hukukla koşut olması özdeş olmayan, farklı yaşam tarzlarına haiz toplumun meşruluğu ile dinamizminin kazanımı demektir. Bu haliyle de evrensel hukuk ilkelerine dayalı demokratik sistemde meşruluk, sistemin varlık nedenidir.⁵⁶ Yani, farklı yaşam tarzlarının meşruluğunun kabul edilmesi ve buna bağlı barışçı toplumsal birliktelik, demokrasinin ontolojik temelini oluşturmaktadır.⁵⁷

Böylece, evrensel hukuk normlarının içselleştirilmemiş olduğu, çağdaş hukuksal sistemlerden kendini dışlamış veya

⁵² Selçuk, Sami, *Hukuk Devleti Yargıtay Dergisi* cilt 21 S. 3, 1995.

⁵³ Pellicani, Luciano, *Üçüncü Dünya Ülkelerinde Demokrasinin Geleceği, İslam Ülkeleri Örneği* (Çev. Gül Batuş Türkiye Günlüğü S. 29, 1994).

⁵⁴ Kapani, meşruluğun soyut bir tanımlanmasının yapılmasının güçlüğüne (Meşruluk, somut şartlar çerçevesinde zamana ve mekana göre değişen bir kavram olarak ortaya çıkar. Belli bir zamanda, belli bir toplumda o toplumu meydana getiren vatandaş kitlesine hakim olan meşruluk anlayışını karşılayan iktidar, meşru bir iktidardır. Bu bakımdan değişik meşruluk tiplerinden söz edilir. *A.g.e. s. 57*) dikkat çekerken, Selçuk'a göre ise 'yönetilenler çoğunluğunca gönülden benimsenen ve toplumsal/siyasal yapının sistemine göre yönetenlerin iktidara geldiklerine ve onu kullandıklarına ilişkin toplumdaki yaygın inançtır'. *A.g.e. s. 22*.

⁵⁵ Kapani, Münci, *Politika Bilimine Giriş* A.Ü.H.F. no: 371-1975 s. 58.

⁵⁶ 'Bir toplumda yönetilenler kitlesi siyasal iktidara çeşitli nedenlerle itaat edebilirler. İtaatin motifi, gelenek ve görenek, alışkanlık, kişisel çıkar, ceza korkusu veya çaresizlik duygusu olabilir. Bazen bunların bir karışımı söz konusudur. Fakat siyasal iktidar bakımından en kuvvetli dayanak, hiç şüphe yok ki toplum üyelerince benimsenmiş olan meşruluk inancıdır' Kapani, Münci, *a.g.e. s. 67*.

⁵⁷ Erdoğan, Mustafa, *Demokrasi, laiklik, resmi ideoloji Türkiye Günlüğü* S. 29, 1994.

da dışlamaya yönelmiş toplumsal yapının otoriter yönelimlere girdiği, evleviyetle farklı yaşam tarzlarına ve farklı siyasal örgütlenmelere tahammül gösteremeyen toplumlarda ise daha bir otoriter ve bağımsız yaklaşımların görülebileceği söylenebilir. Dolayısıyla, hukuksallığın, gerek yasal düzlemde ve gerekse toplum bilincinde sağladığı meşruluk, bir anlamda farklılıkların içiçeliğidir. Zira, siyasal iktidara sahip olanların iktidarına duyulan meşruiyet, toplumsal tabanda birliktelik sağlamış olmaktadır. Hukuk üstünlüğü bu açıdan önemli işlevselliğe sahiptir. Bu çerçevede demokratik platformda, hukuksallığın toplumsal yaşam farklılığını bir kazanım olarak sağladığı ve gelişim ile refahın temel nedeninin bunda yattığını rahatlıkla söyleyebiliriz. Salt demokratik söylem anlayışı, büyük kitle tarafından çoğunluğun baskıcı yönetimine meydan vermemesi, ezcümle çağdaş hukuk ilkelerinin içselleştirilmesi ile mümkündür. *"Sandıktan çıkan bildiğini yapar ve halkın iradesini tümüyle temsil eder"*, yani *"sandık demokrasisi"* anlayışı farklılığın kaostur; oysa demokrasi, farklılıkların *"doğallıkla biraradalığıdır"*⁵⁸ ve *"zıtların bir arada bulunması zorunluluğundan kaynaklanır."*⁵⁹

Sorun hukukilik açısından çağdaş normların iç hukuka yansıtıldığı halde bunu içselleştirmemiş olmasından kaynaklanmaktadır, (meşruluk). Birey temel hak ve özgürlüklerinin somutlaştırmış bir hukuksal sistemde bu kez sorun toplumun geleneksel yapısından ileri gelmektedir. Toplumun, öngörülen ve giderek mevzuatta yürürlük kazandırılan çağdaş normları içselleştirmemesi (-meşruluk sorunu-) halinde ne olacaktır? Bu halde meşruluk temeli bulunmayan, üstten dayatmacı ve fakat çağdaş hukuk ilkelerine dayalı pozitif hukuk ile karşı karşıyayız. Batı'nın uzun ve kanlı tarihsel sürecinden geçmek gerekecek midir? Geleneksel toplumsal yapısı ağır basan, 'devlet için her şey mubahtır' anlayışı hakim

⁵⁸ Kılıçbay, M. Ali, *Demokrasiye Geçit Vermeyen Düşman Kardeşler: Dincilik ve Laikçilik Türkiye Günlüğü* S. 29-1994. Kışlalı, Ahmet Taner, a .g.e. s. 209; " 'Dört ya da beş yılda bir oyunu ver ve gerisine karışma' mantığı, demokrasiyi sadece siyasal boyuttan ibaret sayan, 'ilkel' ve 'seçkin' bir demokrasi anlayışının ürünüdür."

⁵⁹ Kışlalı, Ahmet Taner, a.g.e. s. 207 '... farklılıkların birlikte yaşama biçimidir ... Karşıtların birbirlerini yok etmeleri değil, tamamlamaları gerekir. Demokrasi bu nedenden dolayı uzlaşmayı zorunlu kılar ... bir denge ve uzlaşma rejimidir.'

olan ve bundan ötürü otoriter bir kimlik sergileyen toplumsal düzen ile bireyi özgürleştirecek ve böylece de toplumun geleneksel sosyal ve siyasal yapısından farklı ve 'birey için devlet' formülü ile özetlenen (toplumun henüz bilinç düzleminde içselleştirmemiş olduğu) hukuksal sistem karşı karşıyadır. Başta geleneksel yapının hüsnüne uğrayan çağdaş hukuka dayalı sistem, giderek ana gayenin bizzat bireyin kendisinin olduğunun kavranması ve bilinçlenme ile içselleştirilmiş olur. Gayenin bireyin kendisi olduğu kabul görünce, toplumdaki farklı yaşam tarzları (-diyalektiğin sonucu olarak-) kazanım olarak görülünce, geleneksel yapının olumsuzlukları çözümlüğe ve evrensel hukukun ilkeleri giderek içselleştirilmeye (ve böylece meşruluğa) yöneliyor.⁶⁰ Önemli olan devletin dayandığı hukukun kimliğinde ve onun pratiğinde yatmaktadır. Aksi halde, devletin dayandığı hukuk bireysel hak ve özgürlükleri gözetmeyip, farklı kimlikleri, söylemleri bastırmaya kalkışırsa devlet zorbalasır,⁶¹ pratiği olmayan hakkın ise tabanda tepki oluşturmasının yanı sıra, toplum da çözümlüğe ve yozluğa yönelir ve bireyler de siyasal iktidar karşısında üçüncü sınıf statüsünden kurtulamaz.

"Devrimlerin getirdiği özgürlük fikirleri ile teknolojik gelişme ve sanayii devriminin hız kazandırdığı kapitalistleşme süreci, Batı demokrasilerinin motorunu oluşturur ve tüm hareketler tabandan kaynaklanmıştır. Türkiye bu oluşumların sadece yarattığı yankılardan ve akımlardan etkilenmişse de, bu etkilenme, sayıları oldukça az aydın kesimi üzerinde marjinal düzeyde olmuştur. Merkezîyetçi mutlak bir idarede, Tanrı'yla özdeşleştirilen padişahın kulu; değişmez, kesin kurallar getiren İslam dininin etkisindeki geleneksel, statik toplumunun bir parçası ve bekçisi olan halkın bu oluşumlardan etkilenmesi beklenemezdi. Bu nedenlerle, aynı süreçler yaşanmamıştır. Gelen olgular yukarıdan aşağıya doğru bir iradenin ürünü oluşu, yaşanan sıkıntıların da Batı toplumlarının yaşadıkları ile aynı olmayışının açıklayıcısıdır. Bu sıkıntıları giderecek formül de, hedeflenen siyasal

⁶⁰ Tanör, bizde, "köktenci niteliği" haiz olan "hukuk reformunun", "bazı yakınma ve direnmelerle karşılaştıysa da redde uğramak şöyle dursun genel kabul gördüğü" görüşündedir. Tanör, Bülent, Kurtuluş Kuruluş. 2. baskı Ekim 1998 İstanbul s. 210.

⁶¹ Selçuk, Sami, a.g.e. s. 15.

⁶² Özürman, Tülay, "Türkiye'nin Demokratikleşme Sorununun Batı Kurumları Çerçevesinde Analizi" TDV Bülteni Demokrasi Gündemi S. 22, 1995/II (italik benim)

rejimin, bu bağlamda evrensel ilkelere dayalı hukuk devletinin mantığı içerisinde işletilebilecek araçların geliştirilmesidir.”⁶²

FETHİ ŞENGİL

Sonuç Yerine;

Laikliğin İşlevi Üzerine Bir Not

Din, toplum yaşamında hemen her alanda etken bir konumda bulunmakta, bundan mütevellit ‘siyasal tutum ve davranışlar’ edilgen olarak din karşısındaki yerini almaktadır. Kitlelerin kültürlerinin oluşumu⁶³ ve biçimlenmesinde her zaman önemli rol oynayan din, bir gelişim dinamiği olarak, ortaya çıktığı zamanın koşullarının hızlı bir biçimde değişimi, giderek onu “dogma” olarak, yani toplum gelişimlerinin engeli olarak husule getirmiş, devinim ve dinamizm halindeki toplum yaşamında, dinamizmin karşısına durağan bir olgu olarak yer almıştır. Ancak, salt ve mutlak bir surette toplum dinamizminin yitimini dinde⁶⁴ veya da devinimin ve dinamizmin varlığını da laiklikte aramak yanlıştır. Hiç olmaz ise şüpheyle yaklaşmak gerekir. Ve fakat laikliğin, bu bağlamda, dinamizmin a priori nedeni teşkil ettiğini söyleyebiliyoruz ki bu çok önemlidir. Şurası bir gerçektir ki, “teokratik bir yapı içinde kalındıkça, din, emredici, kişileri davranışlarında bağlayıcı bir etkinlik taşıyacağı için, amaçlanan noktalara varmak olanağı bulunamayacaktır. Bu durumda, amacın ve amaca varmak için kabul edilen ‘araç ilkelerin’ gerçekleştirilebilmesi, teokratik yapıya son vermek, yani ‘laik’ yapıyı oluşturmak zorunluluğunu yaratmaktadır.”⁶⁵

Soyut bir olgu olarak dinin kendisi toplumsal gelişimin ve dinamizmin engeli değildir. Ancak, safdillikle, realiteden kaçınmak da bir başka yanlıştır. Zira, her zaman için din, si-

⁶³ Özek, Çetin, a.g.e. s. 636.

⁶⁴ *Ibid* s. 247 vd. sayfalar ve s.2 59; ‘Dinin insanları her zaman ve koşulda çalışma, mücadele ve atılmadan uzaklaştırdığı görüşü tarihsel gerçeklere aykırı düşmektedir. Ayrıca s. 264; ‘Din, doğüstü güçlerden kaynaklanan bir dünya görüşüdür. Bu niteliği içinde, bir toplumun salt dinsel kuralları nedeniyle geri kaldığı ya da tümünden bu öz yapı nedeniyle ilerici ve gelişmiş olduğu savını benimsemek olanağı yoktur. Yalnızca, dinsel öğelerin, toplumun belirli bir tarihsel döneminde var olan koşullarla birleşerek, gelişme ya da geri kalma üzerinde etkin olabilmesi söz konusudur.’

⁶⁵ *Ibid* s. 676.

yasal bir söylem ve eylem aracı olmuştur. Soyut bir olgu değil ve fakat somut, toplumun o anki sosyal ve ekonomik şartları ile değerlendirilen bir olgudur. Bu halde, soyut bir olgu olarak dinin demokrasi ile ve hatta laiklik ile uzlaşmazlığı söz konusu olamaz. Ve fakat dinin somut bir olgu olarak siyasal düzlemde yer alışı, olağandır ki mevcut yapıyı şekillendirici rol oynar, teokratik bir yapının gerektireceği tutumu sergileyecektir. Bu halde demokrasi ile uzlaşması beklenemez. Somut bir olgu olarak dinde demokrasi yoktur. Bu noktada, sosyal yaşamda durağan bir işlev gördüğü kadar, gerici bir yön işlevi de görebilmektedir. Nitekim yakın tarihimizdeki Maraş olayları, 1993 Sivas olayı vs. bunun en açık göstergesidir.

Laikliğe belli bir tanımlama üzerinden hareket ederek bir yaklaşım sergilemek istemiyoruz. Zira, birbirlerinden farklı kültürel ve tarihi oluşumların yaşanmış olduğu ve aynı zamanda bu "ilkenin" pratikteki farklılığı göz önüne alınca bir tanımlama ile yönelime girmek yanlış olabilir. Bu kaygıyla hareket edilmeli ve fakat anlatımımız bağlamında, bir anlam da yüklemek gerekir düşüncesindeyiz.

Laiklik, hukukiliğin ve böylece bireysel özgürlüklerin bir gereği olarak, bireylere devletin din ve vicdanında, pratik ve düşünsel olarak özgür bırakması, karışmaması ve düzenleme alanı dışında bırakması olarak karşımıza çıkmaktadır. *"Dinsel gücün belirli bir toplumda siyasal iktidar açısından etkinliği konusunda bir model ve dinamizm ögesi olarak ... laiklik, dinsel inanç kurallarının siyasal iktidarın düzenlenişinde, siyasal ve toplumsal yaşamın işleyişinde, etkin olmaması, siyasal iktidar düzeninin dinsel kural ve öğelere göre oluşturulmaması anlamına gelmektedir."*⁶⁶

Kültürlerin etkileşimi, dinin toplumlarda farklı olarak algılanmasını doğurduğundan, farklı türevleri husule getirdiğinden olsa gerek, altında yatan sebep her ne olursa olsun (ki genel olarak ekonomik sebeplerdir), dinsel çatışmalar daha bir kanlı olmuştur. Hatta, dinsel bağnazlık çağın milliyetçi akımlarının baş tacı ettikleri önemli bir faktör olmakta, çağdaş hukuku iç hukukta düzenlememiş, uyarlamamış, ve bilinç düzlemde içselleştirememiş, farklı değerlere haiz to-

⁶⁶ *İbid* s. 637 ve ayrıca s. 16 vd.

plumlarda önemli ayrışmalara sahne olmaktadır. Toplumsal yaşam farklarının etken oluşu nedeniyle, bu durum, daima toplumsal huzuru gündeme getirmiştir. Çağdaş hukuk kriterlerinin iç hukuka uyarlanması, yürürlük kazandırılması ile gerek bireysel düzlemde temel hak ve özgürlükler babında ve gerekse bir bütün olarak toplumsal düzlemde, farklılığı, müspet olarak algılamakta ve kazanıma dönüştürmekte, laiklik ilkesi ile de birliktelik bilinci süreci içerisinde yerleşmektedir. Bu noktada, toplumsal yaşam tarzlarının farklılığının oldukça etken olduğu, din ve inanç farklılığı oldukça çeşitlenmiş toplumlarda hukuk üstünlüğünün varlığı, hukuksallığın yürürlüğü, daha çok laikliğin sosyal barışı sağlama işlevi ile açıklık kazanmakta, geçerliliğini ve bir anlamda meşruluğunu bu nedenle sağlayabilmektedir. Kaldı ki, hukuk üstünlüğü beraberinde sosyal barışı da getirdiğinden, esasen laiklik ile iç içe geçmiş bulunmaktadır.

Bizde tarihsel deneyimlerin gösterdiği gibi, uzun birlikteliğin toplumsal huzuru sağlayamadığı gibi, hukuksal devrimler de, işlevsellik yoksunluğu nedeniyle olumsuzlukları gidermede (etkili olmuşsa da) önemli mesafeler aldıracağı söylenemez. Bu noktada ise karşımıza laikliğin işlevselliği ortaya çıkmaktadır. Kaldı ki büyük hastalık uçmilliyetçiliğin dinle şekillenmesi karşısında, mukabil etken bu çağdaş ilke (-laiklik-) olmakta. Böylece, laiklik ve hukukilik iç içe geçmiş ve laiklik, 'hukuk devleti'nin bir ön şartını ve hatta si ne qua non şartını teşkil etmiş bulunmaktadır. Bu haliyle de laiklik, Hukuk Devletinin ve pek tabii bir sistem olarak demokrasi-nin meşrulaştırma araçlarından belki de en önemlisini teşkil etmektedir.

Bu noktada ifade edelim ki, laiklik, Batı'dan farklı olarak toplumumuzda oldukça değişik pratikte uygulanmaktadır. Uygulama tarzının farklılığı, tarihsel süreçlerdeki gelişimlerin, toplumun "*kendi ihtiyaç ve özellikleri içinde*" oluşturdukları kültürel farklılıklarla açıklanabilir. Aksi halde sırf, İslam dinin total olmasına bağlamak mümkün değildir. Malumdur ki, üç büyük tektanrılı din de totaldir.⁶⁷ Mamafih, İslam, birey ve to-

⁶⁷ Arslan, Ahmet, *a.g.m.* ve Hıristiyanlığın laikliğe elverişli olduğu ve fakat İslam açısından böyle bir olgunun varolamayacağı ve eleştiriler ileri sürülürken, sanırım Arslan'ın tespitleri açıklık kazandırıcı niteliktedir " ...

plum yaşamının her yanını düzenlemektedir. Zira kökeninde vahiy olduğuna inanılmıştır ve bunun dışlanmasına, yerine bir başka düzenlemenin ikame edilmesine toplumun tepki göstermemesi elbette ki mümkün değil. Böylece, siyasal sisteme de çokça müdahale etmektedir. “İslam dini, din ile devlet işlerini ayırmak şöyle dursun, bunlarda tam bir kaynaşma getiriyor. Din, insanların iç dünyaları kadar, devlet konusundaki davranışlarını da kurallara bağlamak amacını gütmektedir. Bu alanda laikleştirmeğe doğru atılan her adım, eninde sonunda dinin kendisiyle çatışmaya kadar varıyor.”⁶⁸

Diğer yandan, bizde, toplumsal yaşam farklılığının, tam bir harman diyebileceğimiz hal ve durumu da söz konusu. Tarihsel deneyimlerin de gösterdiği gibi, kaosun her an için varlığı da yadsınamaz bir gerçek. Malumdur ki, “İslam devlet geleneğinin birlik ve beraberlik kültürü yaratamamış olduğu”,⁶⁹ uzun tarihsel birlikteliğin, “birliktelik bilincini” yerleştiremediği bir gerçek olarak karşımıza çıktığı gibi, son olarak “1993Temmuz Sivas olayı” ile bu gerçek bir kez daha açık olarak görülmüştür. Laikliğin işlevi ve böylece önemi, işte “toplumsal barışı” yaratmasında⁷⁰ ve “toplumsal birlikteliği” gerçekleştirmede görülmekte ve bu nedenlerle de tarihi ve kültürel farklılıklardan olsa gerek, Batıdan farklı olarak uygulanmakta⁷¹ ve de uygulanmak zorundadır ve, genelde benimsenen görüşler çerçevesinde, gerçekten “Türkiye’nin

nasıl olup da ‘laiklik’ kavramının kendisi Batı’da ancak son iki yüzyılda ve ... uzun mücadeleler sonucunda ortaya çıkmıştır? Hıristiyanlık zaten özü itibarıyla laik idiyse bütün bu kavgalar, çatışmalar, ‘laiklik’ kavramının kendisi neden ve ancak son iki yüzyılda ortaya çıktı?”

⁶⁸ Soysal, Mütıntaz, 100 soruda Anayasa’nın Anlamı 6. baskı Mayıs-1986 a.g.e. s. 257.

⁶⁹ Aydın, Erdoğan, Fatih ve Fetih Mitler Ve Gerçekler 1997 Ankara s. 233.

⁷⁰ Vergin, Nur, (Marsile de Padoue); “... siyasal iktidarın kaynağı toplumdur ve bu türden bir iktidarın hedef ve fonksiyonu da sivil topluma mündemiç bir olgu olan yeryüzünde mutluluğu sağlamak, bu gayeye ulaşmak. Ve, muhakkak olan odur ki, yeryüzünde mutluluğu mümkün kılan ilk önkoşul toplumsal barıştır. Bunu sağlamak siyasetin işidir ve bu, dünyevi bir iş olması nedeniyle de la-dini bir nitelik taşımaktadır.” *Din ve Devlet İlişkileri; Düşüncenin ‘Bitmeyen Senfoni’si Türkiye Günlüğü* S. 29, 1994. (italik benim) aynı dergi ve sayıda Arslan A.

⁷¹ Arslan, Ahmet, İslam, Laiklik ve Çağdaşlaşma Türkiye Günlüğü S. 29, 1994 “Laikliğin farklı uygulanış tarzının, farklı modelinin varlığı, aslında bu

kuruluşundaki siyasal ve yasal biçimlenmeler" de olduğu kadar, "değişimlerin dinamik çekirdeği"ni de laiklik oluşturmuştur ve oluşturmaktadır.⁷²

"Laik bir sistemde inançlar çoğul olduğu için, biri diğerine de üstün değildir ... Biri diğerinden de daha az değerli değildir. Devlet hiçbir inanca yönelik hizmette bulunamaz",⁷³ aksi halde "teokratik sisteme yanaşmalı devlet" olur. Teokratik bir devlet veya da bu devlet biçimine "yanaşmalı" bir sisteme oturan devlet farklı inançları haiz toplumları dışlar, haydi haydi inançsızların "barış içinde" yaşamalarına olanak tanımaz. Dine dayalı devlet, farklı inançtaki toplumların "barış içinde" bulunmalarını ortadan kaldırmaktadır. Laiklik, işte "bu açıdan toplumsal zorunluluktur."⁷⁴

Devlet, din alanında yetkili değildir. Bu bapta din, vicdan ve tapınma özgürlüklerini devletin birer lütfu olarak değil, güvence altına almak zorunda olduğu hakların sonucu⁷⁵ olarak kabul edilince, aksi uygulama belirttiğimiz veçhile teokratik bir sisteme "yanaşma" sistemi olarak belirir. Tocqueville'nin belirttiği gibi, "devlet dinin varlığı veya devletin belirli bir felsefeyi kendisine mal edip resmileştirmesi⁷⁶ bağınazlığa ödün vermektir ve özgürlüğü ortadan kaldırmaya hizmettir; devleti yıpratır."⁷⁷

kavramın 'her tarihsel-kültürel topluluğun kendi ihtiyaç ve özellikleri içinde zamanla, yavaş yavaş ve pratik bazı dengeler içinde ortaya çıkacağı unutulmamalıdır.'

⁷² Özek, Çetin, a.g.e. s. 635, 676 ve ayrıca s. 501, 502.

⁷³ Kılıçbay, M. Ali 'Kuzuyu Kurda Teslim Etmek' *Radikal* 10.08.1997.

⁷⁴ Kışlalı, Ahmet Taner, a.g.e. s. 69.

⁷⁵ Selçuk, Sami, 'TC Devleti' laik mi? *Radikal* 8.10.1997. Özek, Çetin, a.g.e. s. 496.

⁷⁶ Düzenleme alanı içerisinde 'Diyanet İşeri Başkanlığı'na yer verilmesi, her ne kadar dinin resmiliğine lafız, dogma hüküm olarak Anayasa'da atf yapılmamış ise de, tevül yolu ile resmileştirme olarak algııyoruz. Nitekim, Yaşar Nuri Öztürk, bir konuşmasında Diyanet İşeri Başkanlığı'nı bir 'fetva makamı' olarak gördüğünü, güzel bir tespitle ifade etmiştir (Siyaset Meydanı atv 2.3.2000). Tanör'ün tespiti ifadelerimizi doğrulayıcı niteliktedir; 'Bugünkü Türkiye'nin din ve vicdan özgürlüğü alanındaki asıl sorunu inancın ve ibadetin engellenmesi biçiminde değil, Tanrı'ya ve belli bir dine (hatta mezhebe) inanmaya ve bunun pratiğini yapmaya zorlama şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bunun en kurumsallaşmış biçimi zorunlu din dersleridir.' Tanör a.g.e. s. 51. Öyleyse, '... Türkiye'nin gerçekten laik bir ülke olması isteniliyorsa devletin dini kontrol işinden vazgeçmesi gerekir, çünkü sonuçta din, devleti kontrol eder hale gelmekte ve devlet kendini eliyle teokrasiye teslim etmektedir.' Kılıçbay a.g.m. *Radikal*.

Bireysel özgürlüklerde vicdan özgürlüğü, düşünce özgürlüğünün devamıdır ve dahası tamamlayıcı parçasıdır. Hukuk Üstünlüğü'ne dayalı sistem, genel olarak hak ve özgürlüklerin yasal düzlemde içselleştirildiği sistemi ifade ettiğini uzunca değerlendirmiştik. Bu sistem içerisinde, "*dinsel özgürlük ve çoğulculuğun*", si ne qua non şartı teşkil ettiğini de böylece açıklamış oluyoruz. Zaten, genel olarak "*çoğulcu-özgürlükçü demokrasilerin ... özde laik oldukları*" ve böylece sebep-sonuç ilişkisi içerisinde laikliğin, "*çoğulcu-özgürlükçü demokrasilerin önkoşulu*" olduğunu, "*genel olarak özgürlük ve çoğulculuğun, özel olarak da dinsel özgürlüklerin ve dinsel çoğulculuğun onsuz olmaz güvencesi*"ni⁷⁸ teşkil ettiğini söyleyebiliyoruz. Özellikle, hukuksallığın yasal ve bilinç düzlemde (=meşruluk) içselleştirememiş toplumlarda, laiklik yasal şartların yerine getirilmesinde olduğu kadar, toplumda öngördüğü 'toplumsal barış' ile de çağdaş hukukun içselleştirilmesinde a priori şartı teşkil etmektedir. Önemi özellikle buradan kaynaklanmaktadır. Vicdan özgürlüklerinde devletin müdahale etmemesi gereken ve giderek koruması gerektiği düşünülünce laikliğin hukuk devletinin gereklerinin yerine getirilmesinde öncül bir şart olduğu açıktır; Bu halde "*özgürlük ve demokrasinin ön koşulu olarak ortaya çıkar-ki demokrasinin, ancak birbirlerini dengeleyen güçlerin varlığı oranında gerçekleşebileceğini biliyoruz.*"⁷⁹ Zira "*... genel olarak, düşünce açıklama ve belirli konularda davranış özgürlüğünün var olması laik düzeni zorunlu kılar.*"⁸⁰ Hem yasal ve hem bilinç düzlemde içselleştirmede (=meşrulaştırmada) bu öncül şart giderek si ne qua non şarta dönüşmektedir.

Böylece, hukuk devleti haline gelenebilmesi açısından şu noktaya dikkat çekmek istiyorum. Hukuk üstünlüğü bağlamında bu önemlidir; çağdaş hukuk ilkelerinin kağıt düzleminde kalmasına mani olunması gerektiğidir. Zira, pratiği bulunmayan hakkın yazıya dökülmesinin bir anlamı olmasa gerek. Bu noktada, yığınların "*laik siyasal-yasal biçime*" katılımını sağlamak gerekecektir.⁸¹ Hukuku evrensel olarak algılayıp uy-

⁷⁷ Vergin, Nur, *a.g.m.* aynı yerde; '... dinin devlet gücünden ayrılması aynı zamanda demokrasinin de gereğidir.' (Tocqueville)

⁷⁸ Tanör, Bülent, *a.g.e.* s. 241, 242.

⁷⁹ Kışlalı, Ahmet Taner, *a.g.e.* s. 66.

⁸⁰ Özek, Çetin, *a.g.e.* s. 528.

⁸¹ *İbid* s. 499. -

gularken, Evrensel ilkelerin, yasal düzlemde içselleştirilmiş olunduğu halde, iç düzenin hukuk kaideleri uygulanırken duygusallık olmaz. Bir bütün olarak, o anki toplumun, sosyal realiteleri göz önünde bulundurulmak zorundadır. Hukukun üstünlüğüne dayalı devlet meşruluk zemini bulmuş ve duygusallıktan uzak, rasyonel yaklaşıma sahip olduğundan ırkçı çıkarımlardan, yobaz yaklaşımlardan, ütopyacı geleceklerden dolayısıyla kendini alıkoyacaktır.

Kendi tarihsel ve kültürel gelişimlerin çıkardığı sonuç karşısında, arz ettiğimiz kavramlar ve anlatımları çerçevesinde, biri diğzerinin hem öncül nedeninin ve hem de olmaz ise olmaz şartını teşkil etmektedir. Bütün bu kavramlar şu açıdan önemlidir; gerek devletin bir üst oluşum olarak birey ve toplum bilincinde oluşturacağı meşruluk kadar ve gerekse, asıl temel amacımızı teşkil eden ve meşruluğa teşkil eden bireylerin hak ve özgürlüklerinin süreç içerisinde ve somut olarak gerçekleştirilmelerinin nedenleridir.

Jüri Özel Ödülü

Özge Umut EKER

**KAVRAM VE OLGU
OLARAK HUKUK DEVLETİ
İDESİNİN FELSEFİ
TEMELLERİ**

ÖNSÖZ

Bu çalışmada, hukukun üstünlüğünün ve hakimiyetinin gerçekleşme ortamı olarak hukuk devleti dizgesi belirli bir görüş açısından ele alınarak çözümlenmeye ve incelenmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda, hukukun üstünlüğü ve hakimiyetini tebarüz ettirme vasıtası olan hukuk devletinin felsefi altyapısı ve temelleri incelememizin ana temasını teşkil etmektedir.

Uzun ve zahmetlice bir çabanın ürünü olan bu çalışma, hukuk devleti idesinin felsefeye, hukuka ve hayata yansıyan yönünü bir nebze olsun ifade etmek; hukuk devleti dizgesini oluşturan unsurların felsefi altyapısını araştırmak amacıyla gerçekleştirilmiş bir incelemedir. Hukuk devleti, kendi unsurlarını teşkil eden müessese, mekanizma ve yapılar dolayısıyla anlaşılıp izah edilebilir. Biz bu noktada hukuk devleti dizgesinin unsurlarını felsefi bağlamda, fenomenal (görüngüsel/biçimsel) ve metafizik (içeriksel) zaviyeden olmak üzere özel bir tasnife tabii tutmaktayız. Fenomenal yapı ve faktörler diye tabir ettiğimiz unsurlar, hemen her idare hukuku, kamu hukuku ve anayasa hukuku kitaplarında rastlanabilen klasik hukuki unsurlardır.

Bunlar: Yasal yönetim (kanunilik), kuvvetler ayrılığı, yargısal denetim, normlar hiyerarşisi, anayasal güvenceler (bilhassa temel hak ve hürriyetler bağlamında), hukuki eşitlik ve demokratik müesseseler gibisinden, bilinen ve sıkça karşılaşılan tipik "garantiste" müessese ve mekanizmalardır. Metafizik ya da içeriksel yapıyı teşkil eden unsurlar ise elbette ki: özgürlük, eşitlik ve adalet sorunsallarıdır. Fakat bu husus doğrudan doğruya, genelde felsefeye ve özelde hukuk felsefesine yönelik bir incelemenin konusu olup genel kamu hukuku ve kamu hukuku dalları açısından pek bir anlam ifade etmemektedir ve burada incelemeye çalıştığımız yapı da fenomenal yapıdır ve hukuk devleti dizgesinin görüngüsel müessese ve mekanizmalarının hukuki, felsefi temellerini ve alt yapısını çözümlenmeye yöneliktir.

Hukuk devleti dizgesi öncelikli olarak, bireyin devlet karşısındaki istiklalini ve hürriyetini sağlamaya yönelik oldu-

ğu içindir ki, bu husus bilhassa liberal yaklaşımlar açısından devletin iktidarını sınırlandırmaya ve denetlemeye ilişkin bir mesele telakki edilir. Genelde bir tipoloji tasarlanacak olursa, devletin iktidarını ve yetkilerini sınırlandırma amacını güden üç hakim görüş ve doktrin bulunduğu söylenebilir. Bunlar:

- a. Ferdiyetçi doktrin (liberal ve endividüalist yaklaşım),
- b. Autolimitation teorisi (Herrschaft ekolü),
- c. Realist ya da sosyal dayanışma öğretisi (sosyolojik yaklaşım) olarak sayılabilir.

Tam bu noktada belirtilmek istenir ki, ferdiyetçi doktrin dışındaki diğer yaklaşımlar gerek nazari-felsefi açıdan, gerekse de pratik-somut gerçeklik bakımından eksik ve sakat olup çürük temellere oturmaktadır.

Bu kanaatin ana nedenleri üzerinde, metnin (incelememizin) sonunda kısaca durulmuştur. Fakat incelememizde "*auto-limitation*" teorisine hiç atıfta bulunulmadığı üzere, bir boşluk, eksiklik ortaya çıkmıştır denilebilir. Lakin normativist-poztivist telakkinin ele alınması sırasında bu hususa da değinilmiştir.

Kanaatimizce genelde benimsenen ve kabul gören ferdiyetçi doktrinin diğerlerine karşı açık bir üstünlüğü söz konusudur. (Bu seçimin nedenleri ise çalışmamız incelendiğinde daha iyi anlaşılacaktır) ve biz de konuyu ele alırken yaklaşımımızı bu açıdan kurduk. Zira, gerek fenomenal bağlamda "*garantiste*" müessese ve mekanizmalar olsun, gerekse de metafizik bağlamda ortaya konan kuramsal-felsefi yaklaşım ve düşünceler bakımından olsun hukukun üstünlüğü ve hakimiyetini temine en elverişli dizgenin bu olduğuna inanmaktayız.

Özetin de özeti sayılabilecek bu çalışma, elden geldiğince titiz bir araştırma ve inceleme faaliyetinin ürünü olup metin boyunca kullanılan her terim, kavram ve kelime bilinçli olarak ve felsefi-teorik ve hukuki anlam ilişkilerinin farkına varılarak kullanılmıştır. İnceleme metni okunduğunda birçok eksikliklerin farkına varılacaktır. Örneğin; Kant ya da Hegel gibi filozofların ve bilhassa 19. yy filozoflarının yer almadığı müşahede edilecektir. Bu yarı yarıya bilinçli bir tutumdur: Bilinçlidir,

çünkü burada esas alınan ölçüt ilgili felsefi-hukuki dizgenin hukuk devleti ile ilişkilendirilebilecek bir yapı arz etmesidir ve bu da kafi olmayıp, yaptığımız tasnifte belirtildiği üzere incelememizin ana temasını oluşturan hukuk devleti dizgesinin fenomenal unsurlarının felsefi altyapısını temellendirebilecek nitelikte olması şartı da aranmaktadır. Bu bakımdan hukuk devleti dizgesine bir felsefi altyapı temin edemeyecek olanlar (mesela Hegel gibi) ve hukuk devleti dizgesinin fenomenal unsurlarının felsefi altyapısının kuracak bir nitelik arz etmeyenler, (fenomenal unsurların altyapısını temellendirecek kavram ve müesseselerden yoksun olanlar yahut metafizik unsurların altyapısına yönelik olan felsefi dizgeler, mesela Kant gibi) incelemede yer almadı. Bununla birlikte, İngiltere'ye değinilmemesinin (mesela; bir "*Magna Carta*"dan bahsedilmemiştir) nedeni de İngiltere'de hukuk devletinin fenomenal unsurlarının felsefi altyapısından ziyade somut gelişmelerin ortaya çıkmasıdır.

Yarı yarıya bilinçlidir, çünkü yazarın yeri, zamanı ve olanakları sınırlıdır. Fırsat yokluğundan metafizik altyapıya yer verilmeyerek başka bir incelemenin konusu yapılması düşüncesi ile ve mevcut inceleme de kısa kesilmiş, hem de bilinçli bir sınırlandırmaya gidilmiştir.

Çalışmamızın, gerek konu, gerekse muhteva açısından sınırlı olduğunu tekrar belirtmek isteriz. Bu bakımdan, çalışmamızın konusunun, tarihi tekamülü içerisinde hukuk ve siyaset felsefesi ya kamu hukuku doktrini ve telakkileri veya hukuk demokrasi düşüncesinin ve demokratik telakkilerin tarihi olmadığı gibi; kamu ve Anayasa hukuku müesseselerinin öğretisel gelişimi olmadığı da hatırlanmalıdır. Dolayısıyla bu açıdan yaklaşıldığı takdirde eksikliklerin bulunduğu, birçok müessese ve mekanizmalara değinilmediği ve birçok düşünür ve hukukçunun da çalışmada yer almadığı görülecektir. Bu durum yadırganmamalıdır. Ayrıca böyle küçük ve sınırlı bir çalışmadan da daha fazlası beklenemez. Zaten hukuk felsefesi ve kamu hukuku açısından tüm görüş ve öğretileri belirtmeye de çalışmamızın hacmi dolayısıyla fiziki imkansızlık mevcuttur. Ayrıca tüm bunların belirtilmeye çalışılması da bir noktada anlamsızdır. Bununla beraber, ilgili düşünürlerin fikir, görüş ve öğretileri belirtilirken seçmeci davranılmış ve hukuk devleti

dizgesinin belirli fenomenal unsurlarını temellendirebilecek nitelikte olanları tebarüz ettirilmiştir.

Nihayetinde, bu çalışma, akademisyenlerden ziyade, bu hususta çalışma yapmak ya da farklı bir görüş açısından bilgi sahibi olmak isteyen okurlara (ve bilhassa öğrencilere) yönelik bir referans olarak mütalaa edilmelidir. Ancak akademisyenlerin de bilgilerini tazelemek, hatırlamak ve daha evvel farkına varamadıkları bazı hususların ayırımına varabilmelerinde yardımcı olacağına inanıyoruz.

Tüm "*Aydınlanma*"cılara ...

Saygı ve minnet duygularıyla...

A. Kavram Ve Olgu Olarak Hukuk Devleti

“Handle so, dass die Menschheit in dir und andern niemals blosses Mittel, sondern jederzeit zugleich Zweck.”

(Öyle hareket et ki, sende ve diğerlerinde tecelli eden insanlık, asla sırf vasıta değil, bilakis aynı zamanda, daima gaye olsun.)

Immanuel Kant

Devlet, ancak adalet ve hukukun ışığında kavranması gereken bir görüngüdür (fenomen). Aksi takdirde devlet sadece bir baskı ve cebir cihazı olmaktan öteye gidemeyecektir ve kendi kısır döngüsü içerisinde gitgide daha da yozlaşıp bozulacak ve varoluş amacından da bir o kadar uzaklaşmış olacaktır. Bu bağlamda hukuk devleti, bir kavram olarak, *“olması gereken”*i yani ideali imlemektedir ve bize de özgürlüğün, ideal devlet modelinin formülünü vermektedir. Bu formül sayesinde, olması gereken (ideal) ile olan (fenomen) mukayese edilebilmekte ve bu hususta bir değerlendirmeye gidilebilmektedir. İnsanlığın tarihsel süreç içerisindeki yürüyüşünü de, bu suretle, doğru yöne iletebilmek, mükemmele ve daha iyiye, ideale yönlendirebilmek, yaklaştırabilmek de imkan dahiline girebilecektir.

Nihai ereği, varoluşunun gayesi; yapısının temelini teşkil eden kendisini süreç içerisinde şekillendirip *“oluş”*unu sağlayan insanların zorunlu doğal gereksinimlerini karşılamak, yerine getirmek olan toplumsal bir müessese ve hatta müesseselerin müessesesi varsayımsal ve verili (fiktif, farazi) tüzel kişiliği haiz devlet ancak, somut gerçeklikte, sosyal hukuk devleti idesine

yaklaştığı kadar meşru ve doğaldır. Devlet, insanın, insan hayatına yakışır bir şekilde yaşamını idame ettirmesi ve insanın hürriyetinin teminatı olduğu için vardır. Amaç insandır: İnsanın mukaddes varlığı ve bu varlığı yaratan hürriyet ...

I. Terminoloji

"*Hukuk devleti*" tabiri ilk kez Almanya'da ortaya çıkmış ve kullanılmıştır. Ancak, ilk kez kimin kullandığı ve ilk kez ne zaman kullanıldığı soruları hala tam olarak cevaplanmış değildir. Çeşitli spekülasyonlara ve gösterilen kaynaklara göre, büyük bir ihtimalle ilk kez 1798'de I. W. Placidus'un "*Literatur der Staatslehre*" başlıklı eserinde kullanılmış olsa gerekir.¹ Daha sonra hukuk devlet kavramı, Alman doktrininden iktibas yoluyla önce idare hukuku doktrininde yer alarak tanınmış, sonra da kamu hukukunun öteki dalları tarafından da benimsenmiş ve Almanya'dan da diğer Kıta Avrupa'sı ülkelerine yayılmıştır. Terim yeni olsa bile, hukuk devleti kavramı, anlayışı tarihin derinliklerine köklerini salan yeterince eski bir kavramdır. Bununla birlikte, hukuk devletinin pozitif hukuk açısından somut görünüşleri, şekli özellik ve niteliklerinin gerçek anlamda ortaya çıkışı ise Fransız Devrimi'ne ve devrim sonrası oluşumlara rastlamaktadır.

¹ Prof. Dr. Konrad Löw, *Rechtstaat, Demokratie, Sozialstaat*, V. Auflage, München, 1983. S. 18. Bundan başka Prof Dr. R. Beck'in *Siyaset Bilimi* sözlüğünde "Sachwörterbuch der Politik" II. Edition, A. Kröner, Stuttgart, 1986 terimin muhtemelen ilk kez K.Theodor Welcker isimli bir hukukçu tarafından "Die Letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe" 1813 başlıklı monografisinde kullanıldığı; Prof Dr. G. Köhler tarafından terimi ilk kez kullanan kimse olarak III. bir isim ortaya atılarak, A. Müller tarafından "Elemente der Staatskunst" başlıklı eserde 1808-1809 civarlarında kullanıldığı ifade edilmektedir. Son olarak da 1982 basımlı, Albert Bleckmann'ın "L'etat de droit dans la Constitution de la Republique Federale d'Allemagne" isimli eserinde ise terimin ilk kez Bahr ve Gneist isimli iki hukukçu tarafından 1860'larda kullanıldığı ifade edilmektedir. (Aktaran Prof Dr. Hüseyin Hatemi, "*Hukuk Devleti*"; aktaran Prof. Dr. İbrahim Özden Kaboğlu, "Türkiye'de Hukuk Devleti'nin Gelişimi" isimli makalesi.) Ancak terimin yeni olması ve ilk kez kimin tarafından ve ne zaman kullanıldığı konumuz açısından zahiri ve tali bir öneme haiz olduğundan dolayı bu tartışmalara girmemekteyiz.

Hukuk devleti dizgesi, aslında tamamlanmış, belirlenip tanımlanmış değildir ve hatta biraz görelilik (izafi, relative) taşıyan bir dizge olup ancak kendisini teşkil eden unsurlardan yola çıkılarak tanımlanabilecek bir yaratı ve oluşumdur. Yaratıdır: Çünkü büyük Alman hukukçu ve düşünür Jhering'in de ünlü "*Hukuk Uğrunda Savaş*" isimli eserinde de ana tema olarak ortaya koyduğu gibi, tarih boyunca, haklar ve hürriyetler, insanlara bazı merciiler tarafından verilmemiş; hürriyete inanan, düşüncede, duyguda hür olan ve hukuk uğrunda malını, kanını ve hatta canını bile vermekten çekinmeyen, fedakarlığın ve feragatın verimini bilen insanlar tarafından büyük mücadeleler ve savaşlar sonucunda elde edilerek alınmıştır. hürriyet ve hukuk verilmez, yalnızca özgürlük, eşitlik ve hukuk uğrunda savaşanlar tarafından alınır.² Oluşumdur: Çünkü bütün tarih "*insanlığın yürüyüşünün*" şahididir, tarih insanlığın yürüyüşü demektir ve insanlığın yürüyüşü hep tekamüle (evrimsel gelişim) ve terakkiye (ilerlemeye) yöneliktir ve insanlığı evrimsel gelişimi içerisinde her toplumsal kurum da daha iyiye ve "*üstün*"e doğru yol alacak ve ideal olana biraz daha yaklaşıacaktır.

Yeniden kaldığımız yere dönecek olursak, söz konusu belirsizliği ve göreliliği içinde hukuk devleti dizgesi değişik yorumlara konu olabilmektedir. Fakat şunu da göz ardı etmemelidir: Görelilik ve belirsizlik, yoruma açık oluş hukuk devleti dizgesinin özüne değil, şekline yani pozitif hukuktaki görünümüne yönelik olup öz aynıdır ve ideal olandır. Hukuk devleti'nin yorumlarının ve anlayışlarının "*telos*"u, nihai ereği aynı ve bir olduğuna göre değişen değerler değil, değer yargıdır ve değer yargıları da söz konusu yorumların ta kendisidir. Bu bağlamda değişik yorumları (değer yargılarını) ele alacak olursak (ki, bu değer yargısı farklılıkları da mevcut ortam ve koşul farklılıklarına dayanmaktadır. Olan şey yalnızca söz konusu değeri -ideali- temsil eden oluşumun değişik ortam, koşul ve karakterlere uygulanması ve uyarlanmasıdır-adaptasyon-

² Martin Luther King, "*Birmingham Hapishanesinden Mektuplar*"da şunları belirtmişti: "İnsan haklarında hukuksal ve şiddet unsuru içermeyen baskılar olmadan bir tek başarı dahi elde edemedik ... Zahmetli deneyimlerimizin sonucunda öğrenildiği gibi özgürlük hiçbir zaman baskı yapanlarca gönüllü olarak verilmez; özgürlük mutlaka baskıya uğrayanlarca talep edilmelidir."

Ayrım ya da fark salt görüngüsel -fenomenal- dir. Yoksa öze -ideale- ve nihai ereğe -telosa- yönelik değildir.): Mesela Kıta Avrupa'sı (kontinental hukuk) görüşü ile Anglo-Amerikan "Rule of Law" (hukuk hükümlerliği) anlayışı arasında ayrılıklar ve yöntem farklılıkları bulunduğu gibi çeşitli hukuk ekollerine ve hatta baskın (dominant) dünya görüşü (weltanschauung) ve ideolojilere göre bile değişime ve anlam farklılaştırılmasına maruz kalabilmektedir.

Devletin, siyasi iktidarın hukuk ilkelerinden ayrılamayacağı, devlet gücünün hukuk ilkeleriyle sınırlı olduğu görüşünü ifade etmek üzere Anglo-Amerikan hukuk çevresinde "Rule of Law" terimi yerleşmiştir.

Rule of Law: Devletin, ilahi veya beşeri hukuk ilkelerine bağlı olması gerektiği esasına dayanan, toplum içinde hukuk ilkelerinin hakim olması gerektiğini ifade eder.

Rule of Law: Hukukun Hakimiyeti;

Supremacy of Law: Hukukun Üstünlüğü.

Rule of Law teriminin kapsamı tarihsel süreç içerisinde biraz daha değişip gelişmiş ve devlet hayatında hukuk ilkelerine bağlılığı ifade eden bir sembol deyim halini almıştır.

Hukuk devleti terimi ("State of Law"), Anglo-Amerikan hukuk dizgesi tarafından benimsenmemiş ve hukuk terminolojisinde yer edinmemiş; fakat onun yerine "rule of law" terimi benimsenerek kullanılmış ve hukuk terminolojisinde yerini almıştır. Amerikan hukuk dilinde ise "Rule of Law" terimi yerine, hukukun hakim olduğu, kendini hukuk ilkeleri ile bağlı sayan devlet anlamına gelen "State Bound by Law" ya da daha çok kullanılan "Government under Law" terimlerinin kullanımı daha yaygındır. (Abraham Lincoln, bunu kendi deyişi ile "Government of Law" diye ifade etmiştir.)

Fransız hukuk dilinde ise hukuk devleti terimi ("Etat de Droit") mevcut değildi ve İngiliz hukuk dilindeki "Rule of Law" tabirinin uluslararası metinlerde nasıl ifade edileceği meselesi ortaya çıkınca 1949 tarihli Avrupa Konseyi Statüsü'nün 3. maddesinde, "Rule of Law" yerine "Prééminence du Droit" terimi

kullanılmış; fakat bu terimin tutulmaması nedeniyle yine aynı anlama tekabül eden "*Primauté du Droit*" terimi kullanılmıştır. En son olarak da 1990 yılında imzalanan "*Yeni Bir Avrupa İçin Paris Şartı*"nın Fransızca metninde ise "*Rule of Law*" karşılığı olarak "*Etat de Droit*" terimi kullanılmıştır.

Hukuk devleti teriminin asli kaynağı, doğum yeri olan Almanya'da ise 19. yy'dan beri aynı terim yani "*Rechtstaat*" (hukuk devleti) terimi kullanıla gelmiştir. (Vorherrschaft des Rechts: Hukukun Üstünlüğü).³

II. Tarihsel Süreçte, Pozitif Bağlamda Hukuk Devleti Dizgesi ve Olgusu

Tarih boyunca, gerek genelde biyolojik, özelde antropolojik, fizyolojik; gerek psikolojik, kültürel, düşünsel ve duygusal nitelikli ve gerekse de dış etmenlerin zorlaması ile zorunlu ve doğal ihtiyaçlarından kaynaklansın, sosyal bir varlık olarak insanoğlu topluluklar halinde yaşamaya, gerek sözü edilen faktörlere ilişkin zorlayıcı koşulların etkisiyle gerekse kendi iradesi ve isteği ile oluşunu gerçekleştirebilmek, zorunlu ve doğal ihtiyaçlarını giderebilmek ve nihayetinde varlığını idame ettirebilmek için topluluklar halinde yaşamaya mecbur kalmış ve bu toplulukların üst yapısal bir teşkilatlanma ile (organizasyon) birleşerek bir bütünlük ve kültürel birikim yaratarak ortak bir müessese ortaya çıkarmaları ile söz konusu oluşumlar sonucunda toplum ve yerleşik toplum meydana gelmiştir. Toplum halinde yaşamak durumunda bulunan insanları sevk ve idare etmek, toplumun hayatiyetini devam ettirebilmek amacıyla ve toplum halinin devamını sağlamaya yönelik toplumsal nitelikteki kural ve kaidelerin uygulanmasını gerçekleştirebilmek için yine sosyal bir olgu olan "*iktidar*" ya da "*otorite*" ortaya çıkarılmıştır. Toplum içerisinde koordinasyonu, organizasyonu gerçekleştirme, sevk ve idare ihtiyacı iktidarı doğurmuştur. Klasik genel kamu hukuku kitaplarında sürekli olarak sözü edilerek belirtilen devletin unsurları da böylece vücuda gelip birleşerek ihtiyaç duyulan nihai müesseseye varlık ve hayatiyet kazandırmışlardır. (Devletin kişiliği, müesseselerin müesse-

³ Bkz. Prof Dr. Yaşar Karayalçın, "Hukukun Üstünlüğü" isimli makalesi.

sesi devletin fiktif tüzel kişiliği sorunu ise varsayımsal, fakat somut gerçekliğe sahip olarak -devletin varlığı soyut fakat organlarının varlığı yeterince somuttur- iktidar olgusunun ve müessesesinin ortaya çıkışı ile kendiliğinden vücut bulmakta ve iktidar olgusunun müesseseseleşmesinin bir doğal sonucu olarak verili kabul edilmektedir.) Bu da karşımıza devlet kavramını ve olgusunu çıkarmaktadır. İktidar olgusunun, onu kendinde bulunduran, ona sahip olan ve kullananlara ait şahsi bir imtiyaz niteliği arz etmemesi ve onun idare edilenler adına (devleti teşkil eden, devlete hayatiyet ve vücut verenler adına) kullanılması için devlet kavramı ve devletin kurumsal kişiliğinin kabultü de lazım gelmektedir.

Devlet denilen hukuki varlığın, müessesesinin, doğası gereği, zorlayıcı, emredici ve maddi bir kuvvete sahip olması da kaçınılmaz bir gerçektir. Ancak bu suretle, devlet, toplumsal düzeni ve bu düzenin devamlılığını sağlayarak temin edilebilir. Bu düzenin yani kamu hizmetlerinin, insanların zorunlu ve doğal, ortak ihtiyaçlarının karşılanması ve yerine getirilebilmesi için gereken ortamın ve koşulların sağlanması için zorlayıcı, emredici, yaptırıcı nitelikte toplumsal düzen kurallarına ihtiyaç duyulur. Bu zorlayıcı, emredici, yasaklayıcı, yaptırıcı nitelikteki genel ve objektif özelliklere haiz kuralların devletin denetiminde müeyyidelendirilerek dizgeleştirilmesinden de hukuk olgusu doğmaktadır. Hukuk kuralları ve dizgesi ise devletin sözü edilen varoluş amacına, nihai ereğine ulaşabilmesi, insanlığın tekamüle ve terakkiye yürüyüşünün sürmesi için gereken araçlardır. Hukuk kuralları toplumda barış, güven ve istikrarlı yaşamın temel ilkelerini ve sınırlarını ihtiva ederler. Bu bağlamda, hukuk kuralları, toplumsal hayatta barış, güven, huzur, mutluluk ve istikrar ortamının teminatını teşkil etmektedir ve Hukuk devleti ise hürriyetler ile düzen (otorite) arasındaki hassas dengeyi kurar ve muhafaza eder. Hürriyetleri sarsmadan, özüne dokunmadan düzenleyen ve sınırlayan iktidar ancak hukuk devleti sayesinde gerçeklik kazanabilir.

Bir siyasi ideal olarak hukuk devleti, modern anayasacılığın ve idare hukukunun temel yapı taşıdır. Ne de olsa Anayasa hukuku, bir anlamda hürriyetlerle otoriteyi (iktidarı) bağdaştırma tekniği ve Anayasa ise bir haklar ve hürriyetler manifestosudur.

Hukuk devleti ise tüm bu hak ve hürriyetlerin, hukukun teminatıdır. İdare hukukuna gelince, o da sade bir ifade ile hukuk devletini tesis tekniğidir denilebilir bu bağlamda.

Otorite ile hürriyetler arasındaki hassas denge, aynı zamanda uç noktadaki, radikal iki tehlikenin de savuşturulması anlamına gelmektedir. Bu iki tehlike ise: Totaliterizm (Diktatoryal Rejim, Otoriter Rejim)⁴ ve Anarşizm'dir. (Yalnız burada totaliterizm ile anarşizmin tartışmasını, açıklamasını ve felsefesini yapacak değiliz ve tam bu noktada konuyu sınırlıyor ve esas konumuz olan hukuk devleti kavramı ve olgusuna müteallik noktaları serdetmekle yetiniyoruz.) Sınırsız özgürlük diye bir şey yoktur görüngüsel ve somut bağlamda; çünkü beşeri olan herşey insanla ve insanın kendi potansiyeli, kapasitesi, doğası ile ve bundan da fazla doğayla, yeryüzünün, yaşadığımız evrenin fizik koşullarıyla, yaşam çevresinin şartlarıyla sınırlı ve örülüdür. Tam bu noktada, metafiziksel bağlamda, ancak -eğer varsa- tüm bu koşulların dışında ve bizim bildiğimiz fizik evrene ve yasalara tabi olmayan zorunlu ve mükemmel bir varlık, yani Tanrı, gerçek anlamda özgür, sınırsız, mükemmel ve sonsuz bir özgürlüğe sahip olabilecektir yaptığımız bu felsefi çıkarım sonucunda. Dolayısıyla insanın dış özgürlüğü (iç özgürlüğü, insan iradesi sorunsalı ile ilgili bir mesele olup, insanın gerçekleştirdiği eylemlerde, tavır, tutum ve kararlarında, bunların gerçekten kendi iradesiyle ortaya çıkmış, kendi iradesi ile gerçekleşmiş olup olmadığı sorununa yönelik olup konumuzla doğrudan ilgisi bulunmamaktadır ve felsefenin etik dalına özgü ve aittir) -ki iç özgürlüğü bu noktada verili ve sağlanmış olarak kabul edilmektedir- doğal ve zorunlu olarak sınırlıdır. Bundan ötürüdür ki, anarşizm, felsefi temelleri dahi çürük olan bir yapıya sahip ve insanın zorunlu olarak doğasıyla bağdaşmayan karakterde bir dizgedir. Devlet ise zorunlu ve doğal ihtiyaçların karşılanmasına yönelik olan bir araç olarak karşımıza çıkmıştır ve dolayısıyla kaçınılmaz, zorunlu ve vazgeçilmezdir. Bu sebeple anarşizm de toplum ve devlet düzeninin yok olmasına, toplumdaki huzur, güven, barış ve istikrar ortamının koşullarının bozulmasına

⁴ Totaliter yönelimler ve otoriterizm hakkında ilginç bir psikolojik analiz ve değerlendirme için ünlü psikanalist Erich Fromm'un "*Hürriyetten Kaçış*" isimli eserine müracaat ediniz.

ve de hakların ve hürriyetlerin çiğnenmesine, hatta imhasına bile neden olabilir. Totaliterizm ise nihayetinde hemen hemen aynı sonuçlara yol açmakta; anarşizmden farklı olarak burada yöntem ve araç tam tersine olarak değişmekte, devlet bir cebir, tazyik ve şiddet, zulüm cihazı haline gelerek bireyi ve onun hukukunu, hürriyetini önce toplumun, sonra da devletin içinde eritmekte, müstebit ve gayri meşru bir iktidar haline dönüşmektedir. Hukuk devleti ise tam bu noktada bize bu tehlikeleri bertaraf eden ideal hukuk ve hürriyet ortamını sunmaktadır. Hukuk devleti ve totaliter devlet birbirlerine taban tabana zıt zihniyetlerin ürünüdür. Totaliter devlet fikri, kültürün (ekin) yaratıcısı ve başlıca unsuru olan insanın şahsiyetine ve tabiatına aykırı ve zararlıdır. Totaliter devlet anlayışında devlet birey için değil, birey devlet içindir ve aslında totaliter devlette herşey devlet adına ve devlet içindir. Devlet, yüce, dokunulmazlığı olan bir varlıktır. Bu devlet içinde vatandaşlar birey değil; yalnızca devlete tabi birer kuldur, tebadır. İşte Hukuk devleti ile totaliter devlet arasındaki temel farklardan biri de budur: Totaliter devlette kişi, insan yerine bile konulmayan bir kul, devletin tebası ve koşulsuz, zorunlu hizmetçisi olan halkı meydana getiren bir sosyal atomdur.

Oysa ki hukuk devletinde, devletle kişi arasında tabiyet bağı değil, vatandaşlık bağı vardır; kul anlayış ve zihniyeti değil, birey anlayışı vardır. Birey hürdür ve hiçbir siyasi mercie tabi değildir. Totaliter devlette hukuk, devletin hukuk olarak kabul ettiği konulardır ve hakimiyeti haiz devlet tarafından vücuda getirilen hukuk kayıtsız şartsız bağlayıcıdır ve mukaddestir. Buna mukabil hukuk devleti'nde ise pozitif hukuk, halk tarafından hür ve eşit bir şekilde seçilen temsilcilerden oluşan, yetkili ve meşru devlet organları tarafından vazedilen, adaleti ve hukuk güvenliğini gözeten objektif, genel hukuk kuralları manzumesidir. Hukuk devleti telakkisine göre: Devletçe güvence altına alınan hukuk düzeni, hukuka tabi olan bireyleri birbirlerinin saldırılarından koruma gücüne sahip olduğu ölçüde, bizzat kendisi bireylerin güvenliğini tehdit edecek bir duruma girer. Bu bakımdan hukuk düzeninin ve onun tarafından meydana getirilmiş kurum ve mekanizmaların karşısında da bunların sahip olduğu cebir ve zor kullanma yetkisi dolayısıyla bir güvenlik, hak ve hürriyetlerin teminata

bağlanması ihtiyacı vardır ve zorunludur. Bundan dolayı söz konusu ihtiyacın karşılanması ve devletin sırf görüş ayrılıklarının, menfaat farklılıklarının şiddete ve toplumsal çatışmaya, savaşa dönüşmesini önleyebilen özgürlükçü bir devlet olabilmesi için: Hukuk düzeninin, bireyleri güç karşısında korumak üzere tesis etmiş bulunduğu güvenlik mekanizmaları ve koruma önlemleri sistemine, bu yoldaki sınırlandırmalara, devletin bizzat kendisini de dahil etmesi bir zorunluluk olarak karşımıza çıkar. Hukuk devletinde herkes hukuki ehliyeti haizdir. Her insan haklara ve hürriyetlere sahiptir; bu hak ve hürriyetlerin makul, meşru ve serbest kullanımını hiçbir mercii engelleyemez. Hukuk devletinde, devletin mevcudiyetinin anlamı ve gayesi, insanın mevcudiyetiyle izah olunur.

Hukuk devletinin temel amaçlarından biri de hukukun üstünlüğünü sağlamaktır. Hukukun üstünlüğü kavramı ve Hukuk devleti telakkisi ile bir yandan siyasi toplumun erişmek istediği gaye ve idealler ve öte yandan ise bu idealleri gerçekleştirmeye elverişli kurumlar, yöntemler, mekanizmalar ve dizgeler kastedilir. Hukukun üstünlüğü, kamu yararını, fert hürriyetini ve adaleti sağlamanın temel şartıdır. Hukukun üstünlüğü prensibi hür bir toplumun temel değerlerine dayanır; hür toplumsa, üyelerinin her birinin hür düşüncesini tam olarak açıklayabildiği ahenkli bir ortamdır. Hür toplum, insan kişiliğini en üstün değer kabul eden ve başta devlet olmak üzere, tekmil sosyal müesseseleri ferdin hakimi değil, hadimi (hizmetkarı) sayan toplumdur. Hukukun üstünlüğü prensibi, fertlerarası ve fert ile devlet arası ilişkilerin "*kuvvet*" ile değil, "*hukuk kuralları*" ile düzenlendiği anlamına da gelir. Hukuk üstünlüğü devleti, yani hukuk devleti, insan haysiyeti, kişiliği, hukuku ve hürriyetini en üstün –devletten ve devletin haklarından da üstün ve önde gelen- değerler olarak tanır ve benimser. Hukuk devletinde, birey, amacın gözetilip gözetilmediğini ve siyasi iktidarı denetler.

Hukuk devletinin süreç içerisindeki tarihi gelişimi idare hukukunun ve anayasacılığın doğuşu, gelişimi ve tarihi oluşumları, dönüşümleri ile az çok paralellik de arz etmektedir pozitif hukuk açısından. Kamu hukuku (*Ius publicum*) ve özel hukuk (*Ius privatum*) ayrımının ilk kez gerçekleştirile-

rek benimsenmiş olmasına rağmen, Roma hukukunda kamu hukukunun ve devlet telakkilerinin pek zayıf, özel hukukun ise çok güçlü olması ve hayatın her alanını kapsamaması gibi sebeplerin de etkisiyle eski Roma'da bir idare hukuku oluşumu gözlemleyemeyiz.⁵ Ortaçağ'da ise mevcut hayat tarzı, yerleşik zihniyet, çeşitli siyasal ve sosyolojik nedenler, devlet ve hukuk telakkileri devletin inkişafına engel olmuş ve aynı zamanda da devletin faaliyetlerini hukuk-dışı bırakmıştır; dolayısıyla idare hukukunun doğuşu, ortaya çıkışı için henüz erkendir. Pozitif hukuk alanında idare hukukunun ortaya çıkabilmesi için önce Ortaçağ'ın karanlıklarının Rönesans ve Reform hareketleri ile dağılması gerekmiştir; daha sonra ise yukarıda belirttiğimiz Ortaçağ'a özgü feodal yapının kırılıp ortadan kaldırılması, hayat tarzının, zihniyetin, devlet ve hukuk telakkilerinin değişmesi ve oturması, merkezi ve üniter devletin inkişaf ederek güçlenmesiyle dönüşümlere yönelik siyasal ve sosyolojik değişimlerin gerçekleşerek oturması yine oldukça zaman almıştır, ancak tüm bu değişim ve dönüşümler yaşanıp yerleştikten sonra devlet meselesi ele alınmaya başlanmış, aydınlanma çağında ortaya çıkan hürriyetçi, eşitlikçi, liberal nitelikteki felsefi, siyasal ve hukuki fikirlerin, dizgelerin, dünya görüşünün somut ve olumlu sonuçlar vermesi, bütün bunların da etkisiyle Fransız Devrimi'nin gerçekleşmesi gerekmiştir idare hukukunun vücut bularak pozitif hukuk içerisinde yer alması için.

İşte tam bu noktadan itibaren, yani feodalitenin yıkılıp ortadan kalkmasıyla merkezi üniter devletin ve devletin hakimiyetinin monarşilerin inkişaf ederek güçlenmesi sonucunda, önce mülk-devlet sonra da polis-devlet rejimi ortaya çıkmış ve polis-devlet devri başlamıştır. Polis-devlet deyimi ise (Polizeistaat) 17 ve 18. yy'larda, bilhassa Kıta Avrupa'sı mutlakiyetçi devlet rejimlerini ve telakkilerini yansıtan devlet düzenini ve kamu gücünü imleyen ve ilk kez Almanya'da ortaya çıkmış bir ifadedir.⁶

⁵ Bkz., Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami Onar, "İdare Hukukunun Umumi Esasları", İstanbul 1966.

⁶ Polis-devleti teriminde yer alan "polis" tabiri bugünkü anlamda kolluk (zabita) karşılığında kullanılmamakta (polis kelimesinin bugün kullandığımız kolluk anlamına tekabül etmemekte) ve eski Yunanca'daki anlamına yaklaşık bir manada: İç kamu kudreti, devlet düzeni karşılığı olarak kullanılmaktaydı. Bundan dolayı kamunun refah ve selametine yönelik

Polis-devlet devrinin en büyük ve en açık ayırıcı vasfı, idarenin hiçbir hukuk kaidesiyle bağlı olmaması, kudret ve selahiyetlerinin tamamen takdiri olması ve de idarenin hiçbir hukuk kaidesiyle bağlı olmaması dolayısıyla söz konusu kudret ve selahiyetlerin kullanılmasının bir murakabeye (gerek siyasi, gerekse kazai nitelikte olsun) tabi olmamasıdır. Hükümdarın emirleri başlı başına birer hukuk kaidesidir. Lakin mezkur hukuk kuralları gerçek anlamda birer hukuk kuralı değil, sadece teba için kayıtsız şartsız uyulması zorunlu olan emir ve yasaklardır ve hükümdar istediği gibi, keyfi davranabilir. Hatta isterse çifte standart ve ayrıcalık (imtiyaz) tanımakta da serbesttir. Diğer bir ifadeyle hukuk, hükümet ve idare sahasına nüfuz etmiş değildir; bu saha tamamıyla idare edenlerin keyif ve takdirine terk edilmiştir. Polis-devlette yetki-sorumluluk-denetim ilişkisi yoktur; çünkü polis-devlet anlayışında ve rejiminde yetkiler yetkilinin kendi şahsiyetinden kaynaklanmakta, kişiliğinde tanınarak vücut bulmakta ya da hükümdarın (monark, aristokrat veyahut oligark olabilir bu hükümdar) ilgili kişiye tanıdığı bir sıfattan, nitelikten kaynaklanmakta bu suretle kişinin bir vasfı olmaktadır. Yetkiler hukuktan kaynaklanmaz.

Hikmeti hükümet nazariyesi, telakkisi dolayısıyla (*"The King can do no wrong!"*) hükümdar (ve onun şahsında vücut bulan devlet) halk (teb'a) için en iyisini, en doğrusunu, hayırlısının bilir; bunun takdiri hükümdara ve onun memurlarına aittir; cahil, bilinçsiz ve güdülmeyi bekleyen, isteyen ve buna ihtiyaç duyan halka değil. Hükümdar bu zihniyet ve anlayış içerisinde ne yaparsa halkı için ve halkının iyiliği için yapıyor görünmekte ya da böyle olduğu verili olarak kabul edilmektedir. (Machiavvelli-Hobbes çizgisi yozlaştırılmış tabii-hukuk telakkisi) Bunun doğal neticesi de hükümdarın her türlü so-

tüm idari faaliyetlere polis faaliyeti, bu husustaki sınırsız ve denetimsiz idari güç ve yetkiye polis kudreti (*"Polizeigewalt"*) veya polis hakkı (*"Ius Politiae"*) deniyordu. İşte polis deyiminin iç kamu kudretini belirten bu geniş anlamıyla ve idareye tanınan yetkinin hukuk açısından sınırsızlığı dolayısıyla ki, mutlak hükümdarlık rejimi Almanya'da polis-devlet diye adlandırılmıştır. Buradan yola çıkılarak bugün de bu deyim başta Almanya olmak üzere hemen hemen tüm diğer (bilhassa kara Avrupa ülkelerinde) ülkelerde benimsenerek hukuk-dışı, idaresi hukuka ve yargısal denetime tabi olmayan devlet rejimlerini imlemektedir. Bkz., Prof.Dr. Tahsin Bekir Balta, *"İdare Hukukuna Giriş"*, Ankara 1968/70.

rumluluktan masun tutularak hukuk dışı kılınması ve hukukun üstünde yer almasıdır.

Bütün bunlara rağmen halk, polis-devletinde bile idarenin haksız, hukuka aykırı ve gayri meşru tasarruflarına, işlem ve eylemlerine karşı tamamen savunmasız ve çaresiz değildi, hazine teorisinin (fiscus, fiskusteorie) geliştirilmesi sayesinde. Nitekim polis-devlet devrinde Almanya'da halk yargısal ve bilimsel içtihatlarla kamu kudretine dayanan idari faaliyetlerin ihlal ettikleri haklar için yargısal yoldan mali, ekonomik ödence (tazminat) talep etmek imkanına kavuşmuşlardı ve bu suretle kökeni Roma hukukuna kadar dayanan hazine teorisi vücut bulmuş oluyordu. 18. yy'ın ortalarından itibaren hakim görüş haline gelen hazine teorisi kaynağını, o tarihlerde Almanya'da cari olan ve ortak hukuk ("*Gemenies Recht*") diye tabir edilen özel hukuk dizgesinin dayandığı Roma hukuku kaynaklarının değerlendirilmesi suretiyle (ki o sıralarda Roma hukukunun geliştirilmiş bir versiyonu olan Pandekt hukuku yerli örf-adet hukuku ile birlikte Almanya'da yürürlükte bulunan resmi hukukun temelini teşkil ediyordu) ve tabii-hukuk ekolünün etkileriyle devletin kamu kudreti alanı mal varlığından (patrimuan) ayrılarak, hazine (fiscus) olarak özel hukuka tabi ayrı bir tüzel kişi kabul edilmiş ve idarenin haksız, hukuka aykırı, gayri meşru eylem ve işlemleri dolayısıyla verdiği zarar-ziyanın giderilmesi, tazmin edilmesi için aleyhine başvurulabilecek bir sorumlu tüzel kişilik oluşturulmuştur. Bununla beraber, idari müdahale ve münasebetlerin ekonomik ve mali nitelik arzedenleri de özel hukuka tabi addedilmiştir ve böylece özel hukuk kuralları çerçevesinde hazine aleyhine akdi karşılık, sorumluluk davası hakkı kazanılmıştır.⁷

Fakat hazine teorisinin, sorumluluk müessesesi açısından (ki bu suretle haksız, hukuka aykırı ve gayri meşru faaliyetlerini ve bunlardan ötürü verilen zarar-ziyanı bir nevi satın almak ve hatta şahsında doğrudan doğruya ortaya çıkan mesuliyetten sıyrılarak söz konusu faaliyetleri bir çeşit meşrulaştırma -Jurisdification- imkanına sahip olmaktadır idare) yetersizliği, handikapları ve hatta sorumsuzluk duygusu ve olgusuna yol

⁷ Bkz., Prof.Dr. Etem Menemencioğlu, "*Amme Hukuku*", 1939; Ord.Prof. Dr. Sıddık Sami Onar, "*İdare Hukukunun Umumi Esasları*", İstanbul 1966.

açması, devleti ikiye bölmesi ve devletin mali, ekonomik nitelikteki tüm faaliyet ve münasebetlerini özel hukuka tabi kılması bağlamında sakat oluşu da çok büyük ve önemli bir olumsuzluk ve sorun teşkil etmekteydi. Yine de bir açıdan bakıldığında devletin dolaylı yoldan da olsa sorumluluğuna ve kazai murakabesine yol açarak olumlu bir yönü olduğu da inkar edilemez. Çünkü devletin mesuliyeti yönünde atılan olumlu ve ümit verici bir adım olarak iyi bir gelişme ve oluşum telakki edilebilir. Bu da sonradan hukuk devleti telakkisinin ortaya çıkışıyla birlikte önce kusur sorumluluğu (hizmet veyahut şahıs kusuru dolayısıyla sorumluluk) teorisinin ve müessesesinin gelişmesiyle idarenin ve idare ajanlarının (memurlar) kusurları sebebiyle meydana gelen zarar-zıyanın tazmin edilmesi yükümlülüğünün ve idareyle idare ajanlarının doğrudan kusur sorumluluğu müessesesinin doğuşuna yol açmıştır. Tekamülün en son safhasında da içtimai (sosyal) risk teorisi ile objektif sorumluluk müessesesi geliştirilerek hukuk devleti dizgesinin tamamlama yolunda yine çok önemli adımlar atılmıştır.

En sonunda, zavallı halkına ve onun bir türlü bitmek bilmeyen çilelerine, sorunlarına, dertlerine ve en doğal, zorunlu ve meşru ihtiyaçlarına karşı ilgisiz ve -hatta bir noktada bütün bunların da sorumlusu olan- sorumsuz krala ve onun aristokratlarına (aristokrasi sınıfına) karşı zorunlu ve meşru direnme hakkını kullanan Fransız halkının büyük devrimi gerçekleştirmesi ve Evrensel İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'ni ilan etmesi ile birlikte hukuk devletini inşaa ve tesis etme yolundaki pozitif, somut hukuki ve siyasi gelişmelerin başlangıcı tayin edildi. (Aslında Pasifik'in diğer yanında 1776'da Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi'nin ilanı ve 1787'de ise Birleşik Devletler Anayasası'nın -ve tabii ki yeryüzünün ilk Anayasası'nın- kabulü ile hukuk devleti dizgesinin pozitif inkişafı süreci daha evvel başlamıştı.)

Devletin ve kamu kurumlarının hukuka bağlanması mutlakiyet döneminin sonunun, son iki-yüz-elli yılın çabalarının ürünüdür. Hukuk devletinin gelişimi, yönetenleri öteki yurttaşlar gibi aynı düzeye getirerek iktidarı kutsal olmaktan çıkarmaya katkıda bulunmuştur. Bu gelişim, yöneticilerin de -yönetenler olarak- hukukça yönetilmeye elverişli olduklarını anlatır.

Hukuk devleti, hukuk ve devlet kavramlarını bir araya getirerek aralarında sentetik ve tamamlayıcı, sıkı, yapısal (strüktürel) ve kurucu (constitutif) bir bağ kurar; ancak daha doğrusu mevcut olan (fenomenal) ya da olması gereken (ideal) bağı ortaya çıkarır. Hukukun, hukuk kaidelerinin yaptırım teminatının sağlanması, düzenlenip müeyyidelendirilmesi için devlete gereksinim duyduğu gibi; devlet de yönetebilmek, iktidarın emriliğini ve iktidara rıza yoluyla itaati, muvafakati sağlayabilmek için hukuka ihtiyaç duymaktadır. Devlet, hukuk sayesinde meşrudur; hukuk sayesinde ve hukukla hükmeder, yönetir. Bu hukukileştirme, meşrulaştırma (jurisdiction), siyasal örgütlenme biçimi olarak devletin ayırıcı niteliklerinden biridir.

Bunun yanında Fransız Devrimi'nin hazırlayıcıları, devrimin teorik, fikri ve manevi altyapısını, arka planını kuran ve bu suretle tohumlarını atmış olan Fransız aydınlanma filozofları hürriyetin ve eşitliğin ateşli savunucuları Voltaire ve Diderot, saltık demokrasinin en ünlü teorisyeni Rousseau ve ünlü İngiliz empirist filozof, liberal siyaset kuramcısı (daha doğrusu liberalizmin babası) John Locke'da tohumlarını bularak ve ondan ilham alarak kuvvetler ayrılığı teorisini iyice geliştirerek dizgeleştiren Montesquieu'nun katkılarının verimi, verdiği olumlu sonuçlar ile hukuk devletinin tesisi ve teşekkülü, inşası yolunda epeyce adım atılmıştı. Sözü edilen bu çabaların ve devrimin verimi 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ve 1791 Fransız Anayasası'nda vücut bularak pozitif hukuk sahasına girerek hukuk devleti yolundaki somut gelişmeleri başlatmıştır (ki 1789 Bildirgesi toplumun varoluş nedeni ve amacı olarak bireyi görüyordu. Bu bağlamda devletin amacı da insanın -vatandaşın- vazgeçilmez, devredilmez ve doğuştan, tabii haklarını korumak ve teminata bağlamak idi.) Fransız Devrimi'nin de kaynağını aldığı ve 1789 Bildirgesi'nde de en veciz ifadelerinden birini bulan liberal (ferdiyeci) telakki sayesinde hukuk devletinin temel ilkeleri ortaya konmuş ve benimsenmişti. Böylece Birleşik Devletler'in kuruluşunun ve Amerikan halkının bağımsızlık mücadelesinin de ifadesi ve sonucu olan 1776 Bildirileri ve 1787 Birleşik Devletler Federal Anayasası ile Fransız Devrimi'nin, aydınlanma felsefesinin ve son olarak da Amerikan devrimci mücadelesi ve bildirgelerinin ürünü olan 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bil-

dirgesi ile 1791 Anayasası hukuk devletinin teoriden pratiğe, hayata geçmesini sağlayarak hukuk devletinin pozitif inkişafını sağlamış ve şimdiye kadarki mücadelelerin verimi olmuş, ilham kaynağı felsefi altyapısını teşkil eden tabii, rasyonalist hukuk telakkisinin, felsefesinin hayati gerçekliğe kavuşarak somutlaşması sürecini başlatmıştır.

Fransız Devrimi'nden sonra ilan edilen İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi (1789) en üstün hukuk kurallarını tanımaktaydı; anayasa ve yasalar da bunu somutlaştırarak, pozitif hukuk alanına taşıyarak hükümdarın keyfi idaresi yerine milletin egemenliğini geçirmektedir. Yasalar artık hükümdarın keyfi iradesi olmaktan çıkmış, idarenin de üstünde olan ve milli egemenliği temsil eden ulus temsilcilerinin vasıtasıyla halkın iradesi olmuştur. Dolayısıyla bu kurallar hükümeti ve idareyi bağlamakta, onları ve memurlarını yasalara, hukuka tabi kılmaktaydı.

Devrimin ortaya çıkardığı siyasi, sosyolojik ve hukuki devrimlerle birlikte ortaya çıkan anayasacılık ve meşrutiyet hareketleri hemen tüm Avrupa'yı etkisi altına alarak önce meşruti, sonra da anayasal ve demokratik rejim taleplerini, mücadelelerini beraberinde getirmiştir. Fransız Devrimi sonrası pozitif hukuk alanında somut görünümeler arzitmeye başlayan ve sonradan idari yargı denetiminin gelişimi sonucu yaygınlaşıp güçlenmesiyle birlikte, normlar hiyerarşisi kuramının ve anayasanın üstünlüğü prensibinin geliştirilip oturtularak hukuk düzeni içerisinde yer almasını ve temel teşkil etmesini sağlayan Avusturyalı ünlü hukukçu Hans Kelsen'in çabalarının Almanya, Avusturya ve Fransa'da sonuç vermesiyle hukuk devleti iyice dizgeleşerek oturmaya ve somut gerçeklikte yer bulmaya başlamıştır.

19. yy'da iyice şiddetlenen ve kapsamını genişleten sanayileşme olgusu ve beraberinde getirdiği vahşi kapitalizm insanları paranın kulları ya da çağdaştırılmış köleler haline getirerek çok zalimane bir sömürü düzenini ortaya koymuştur. Buna tepki olarak ortaya çıkan sosyalizm hareketleri ise 1848 devrimleriyle doruğuna ulaşarak bazılarının göre nisbi, bazılarının göre ise gerçek bir başarı elde ederek iktisadi liberalizmin içi boşaltılmış klasik haklar ve özgürlükler (negatif statü hakları) telakkisinin yetersiz ve eksik olduğunu ve yararlanılma, kullanılma imkanlarından mahrum olan kuru kuruya, soyut bir özgürlü-

ğün somut ve sosyal insanın gereksinmelerine yanıt vermediği gerçeğini bize göstererek sosyal ve ekonomik nitelikli hakların tanınması yolunu açmıştır. Böylece soyutlaştırılmış insandan somut ve sosyal, yaşayan insana dönülmüş, aşırı bir şekilde idealize edilmiş, insandan uzak özgürlük telakkisinin ayakları yere bastırılmıştır.

Hukuk devleti tabiri ortaya çıktığı tarihte, yani 19. yy'da devletin sınırlayıcı hareketleri karşısında idare edilenleri korumaya yönelik bir anlam kazanmıştır. Oysa ki, bilhassa 19. yy'ın ikinci yarısından itibaren toplumsal hayatta ortaya çıkan zorunlu ihtiyaçlar dolayısıyla idarenin, yani devletin toplum karşısında yeni fonksiyonlar üstlenmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Toplumsal ihtiyaçların oldukça teknik ve şumüllü bir hal kesbetmesinden dolayı devlet politikası da toplumsal hayatta, Jandarma-devlet telakkisinin benimsediği klasik devlet fonksiyonlarının dışına çıkarak, sosyal bir fonksiyon üstlenmiş ve "kamu hizmeti" kavramı ve olgusu ortaya çıkmıştır.

İdare edilenler, yaşayışlarında ve faaliyetlerinde siyasi anlayış değişimleri ve teknik ilerlemelerle sayıları günden güne artan yapıcı mahiyetteki kamu hizmetlerine gittikçe daha çok bağlanmaktadır. Hukuk devleti, bu gelişmenin ve sözü edilen dönüşümlerin gerektirdiği sosyal güvenlik ihtiyacına kayıtsız kalmamıştır. Gerçekten de hukuk devletinin esas amacı devlet karşısında idare edilenlerin himayesi olduğundan, devlet kamu hizmetlerinin görülmesi usullerinde temel hak ve özgürlüklerin özellikle korunmasına dikkat etmek zorundadır.

Devlet, bundan sonra eski liberal-kapitalist, Jandarma-devlet değildir. "Bırakınız yapsınlar" düsturunu benimseyerek insanını, vatandaşını kendi haline, yalnız başına çaresiz bırakamayacaktır. Devletin idari teşkilatında ve Fransız İhtilali ile birlikte vücut bulan idare hukuku telakkisinde böylece ekonomik ve sosyal hakların ve bunlar dolayısıyla devlete yüklenen ödevlerin etkisi ile idare hukukunda meydana gelen devrimsel değişimlerle (kamu hizmeti telakkisi)⁸ sosyal-hukuk devletinin tesisi ve gerçekleştirilmesi süreci başlamıştır.

⁸ Aslında kamu kudreti nazariyesinin başlıca temsilcisi ve kurucusu olan Barthelemy bile: "... kudret-i umumiye bir hak olmayıp bir vazifeler heyet-i mecmuasıdır." diyerek, özde, devletin varlık sebebi ve nihai ereği sorun-

“Das Recht ist ein gemeines Gut,
Es lebt in jedem Erdensohne;
Es qillt in uns wie Heizensblut.”

(Müşterek nimettir hak ve adalet,
Her insanın ruhunda yaşar;
Kalpteki kan gibi ruhlarda kaynar.)

Uhland

Fenomenal Altyapı (Normatif, Şekli ve Garantiste Müessese ve Mekanizmaların Altyapısı)

Devletin iktidar olgusu ve müessesesi her zaman tahdit ve takyitten masun bir kudret olarak telakki ve mülahaza edilmemiştir. Devletin fiili (de facto) ve hukuki (de jure) mevcudiyetini mümkün kılan “*iktidar*” olgusuyla her ne kadar fertlere nazaran üstün ve bir anlamda onlardan müstakil bir iktidar bahis mevzuu olmakta ise de bununla keyfi ve mutlak bir iktidarın -herşeyi yapmaya muktedir bir kudretin- kastedilmediğini imleyen ve bu anlayışı destekleyen yoğun bir fikri faaliyetin varlığı gözlenmektedir. Sosyal, siyasi ve hukuki telakkilerde kendini gösteren inkişaf, devlet iktidarının üstünlüğü yine muhafaza edilmiş olmasına rağmen, onun hudutsuz bir iktidar olmayıp fertlerin devlete tekaddüm eden ve devletin teşekkülünden sonra da mevcudiyetini muhafaza eyleyen tabii haklarıyla tahdit edilmiş olduğu telakkisinin gelişmesini (John Locke’u hatırlayınız) mümkün kılmıştır.⁹

salının çözümü, yanıtı hususunda kamu hizmeti ekolüyle birleşmektedir. Çünkü bir hak olmayan kamu kudreti, yalnızca, devletin, gerçekleştirmek, yerine getirmekle mükellef olduğu vazifeler heyet-i mecmuası (ödev) olan, devletin nihai ereği, varoluş gayesi olan vatandaşların zorunlu ve doğal ihtiyaçlarının giderilmesi dolayısıyla ve sonuçta kamu hizmetidir.

⁹ Öte yandan salt devlet gücünün (iktidarın) sınırlanmasına yönelik siyasal atılım; teorik yönden geliştirilen hukuk ve ekonomi doktrinleriyle, devlet düzenine esas olacak bireysel (ferdiyetçi, liberal) düşüncenin oluşumunu sağlamıştı. Salt devlet müdehalesine karşı özgürlükçü (liberal) düşüncenin hukuk idesini en iyi açıklayanlardan biri de Kant olmuştur. Kant’a göre, insan topluluklarının bir hukuk düzeni altında birleşmelerinden ibaret olan devletin amacı, salt hukukun korunması ve hukukun üstünlüğünün teminidir. Devlet bu şekilde herkesin hürriyetini koruyarak teminat altına almakla hukuk devleti olarak işlevini yerine getirmiş olur.

Kanunilik¹⁰ ya da diğer bir deyişle yasal yönetim en geniş anlamıyla idarenin ve her türlü tasarrufunun kanuna tabi olmasıdır. İdare yükümlü olduğu vazifelerini ifa ederken öncelikle ulusal iradenin ifadesi olan kanunlara dayanmak zorundadır. İdarenin tasarruf yetkisinin asli kaynağı ulusal irade ve onun ifadesi olan kanunlardır. Devletin yürütme faaliyetleri bir yetki değil, daha ziyade genelde ulusa, özelde vatandaşa karşı üslenilmiş bir görev, bir "ödev" dir. Bu bağlamda idarenin görevi icabı vücut bulan yetkileri keyfi ve takdiri nitelikte olmayıp bağlı ve ikincil, türevsel yetkililerdir. Ancak anayasa ve kanunlarda belirtilmiş ve açıkca ortaya konmuş özel durumlarda ve kanunla düzenlenemeyecek teknik nitelikteki ayrıntılarda, istisna, takdir yetkisi söz konusu olabilir. Çünkü hukuk devleti dizgesi, hukukun üstünlüğünü ve egemenliğini, vatandaşların hak ve hürriyetlerinin teminata bağlanmasını gerektirir. Fakat bütün bu mülahazalar takdir yetkisinin gerekliliğini, zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Takdir yetkisi kanun koyucunun takdir edemeyeceği nitelikte teknik faaliyetlerin, kanun koyucunun fiziki imkan sınırlarının, beklenmeyen durum nazariyesinin gereği olan, ivedilikle makul çözümler getirilmesi gereğinin de sınırınıdır. Zira çok eski zamanlardan beri filozoflar kuralların, somut durumların tüm ayrıntılarını ve sonsuz almasıklar dizisini düzenleyemeyeceği gerçeğini belirtmişlerdir.

Hukuk devletinde giderilmesi gereken bir diğer eksiklik de idari kanunların mahdut surette bulunmasında ve kodifiye edilmiş bir idare mevzuatı bulunmamasıdır. İdari mevzuat ne kadar tafsilatlı olarak inkişaf ederse etsin idari faaliyetlerin hepsini ihtiva ederek düzenlemesi mümkün değildir. Bu sebeple idari faaliyet ve tasarrufların hepsini kanuna tabi kılmaya da imkan yoktur. Çünkü idarenin belli başlı gayesi , yalnızca hukuku tahakkuk ettirmek olmayıp ayrı zamanda kamu hizmetleri gibi kompleks amaçlar da gütmektir. Bundan şu çıkar ki, idarenin faaliyet sahası içtimai hayatı tamamıyla kaplayacak kadar geniştir. Bu sebeple idari faaliyetlerin kanun dışında kalan ve idarenin takdir selahiyetine dahil bulunan kısmı da az değildir. Ancak şunu asla unutmamalıdır ki, hukuk devleti, devlet faaliyetlerinin takdiri kaidelere değil, hukuk kaidelerine

¹⁰ Belirli durumlarda aralarında ayırım yapmak kolay değilse de, meşruluk sorunu yasallıkla karıştırılmamalıdır.

bağlı olması demektir.¹¹ Hukuk devleti dizgesi bütün devlet organlarının kendilerinden daha üstün hukuk kaideleriyle bağlı bulunmaları ve bu bağlılığın hukuki müesseselerle müeyyide ve teminat altına alınmasıyla ilgilidir.

İdare ve idare hukuku sürekli oluş halindedir. Çünkü doğrudan doğruya hayata ilişkindir ve hayatın içindedir; hayatın dinamizmini yaşar. Sosyal hayattaki değişimler doğrudan onu da etkiler. Dolayısıyla hukuk devleti sorunsalı da anayasa ve idare hukuku gibi hiçbir zaman için tam anlamıyla dört başı mamur bir şekilde belirlenip çözüme kavuşturulamayacaktır. Tanımlanıp belirlenip çözümlenmiş mahiyet arz edemeyecek ve bitmiş, tamamlanmış bir dizge olmayacaktır doğası gereği. Çünkü hayat dinamikdir; yaşam zamanla yeni ihtiyaçları ve yeni sorunları da beraberinde getirir. Bu durum da yaşamımızla iç içe olan idare hukuku ve hukuk devleti dizgesi için de pekala geçerlidir. Heraklitos'un dediği gibi: "*Su akar ...*" Yaşam da öyle ...

Bu oluş içerisinde, idarenin takdir yetkisi olgusu da kaçınılmaz bir zorunluluktur; ancak hür bir hükümetin esaslı şartlarından biri de kanunların evvelden vaz ve tanzim ettiği hudut ve şekiller dahilinde ve kanunların icablarından bulunmaksızın, hiçbir vatandaşın hukukuna ve hürriyetine zarar vermeksizin kamu hizmetlerinin yerine getirilmesidir. Böylece devletin görevlerinin ve fonksiyonlarının sürekli artışı ve devletin müdahale sahasının genişlemesi karşısında ünlü sosyolog Herbert Spencer'in en büyük endişe ve korkularından biri olan zalim ve müstebit bir devletin vücuda gelmesi de vatandaşların temel hak ve hürriyetlerini teminat altına alacak müessese ve mekanizmaların tesisine ve aktivitesine kalmaktadır. Sözü edilen müessese ve mekanizmaların pozitif

¹¹ Takdir yetkisi çeşitli biçimlerde tanımlanabilir; ancak nasıl tanımlırsa tanımlınsın bu tanım alternatif faaliyet yönlerinden birini tercih etmeyi ve bu seçimin keyfi, dikkatsizce ve nedensizce değil, durumun gereklerine uygun olarak yapılmasını içerir. Takdir yetkisi aynı zamanda, bu yetkinin nasıl kullanılacağını belirleyen kurallar çerçevesini de gerektirir. Kısaca takdir yetkisi, belirli kurallar ve ilkelerin olmadığı ve yapılması olanağının da bulunmadığı, ancak bir kararın da verilmesi gerektiği durumlarda sadece keyfi olmaktan kaçınmayı ve onun yerine sorumlu hareketi getirmeyi amaçlar. Bu bağlamda, "sorumlu bürokrasi" sloganı yönetimle anayasacılığı bağlayan bir ifadedir.

hukuktaki görünüşleri de genellikle hiyerarşik denetim ve bağımsız idari yargıdır.

Yasa, üstünlüğünü genel irade (egemen halk) adına yasama erkini elinde tutan ve onun adına istimal eden ulus temsilcilerinin teşkil ettiği parlamento (kanun koyucu) tarafından konulmuş bulunması olgusundan ve herkesin yani yönetenler de dahil olmak üzere, imtiyazsız ve istisnasız her vatandaşın yasa karşısında eşit olmasından alır. Sadece halkın iradesine dayanan rejim veya yönetim meşrudur. Bir başka biçimde ifade edilecek olursa: Anayasa yapma iktidarı, halkın kurucu gücü, meşru hükümeti ortaya çıkarmaktadır. Hukuk devleti, hukuk düzenine demokratik değerler sistemini yerleştirme aracıdır aynı zamanda (hukuk devleti ve demokrasi ilişkisi hususuna daha sonra değinilecektir). Bu bağlamda demokrasi, hukuk devleti ile birincil dereceden bağıntılı ve iç içedir; bütün diyalektik kavramlar gibi ayrı ayrı (münferit) olarak düşünülemezler. Birisi diğerini gerektirir ve her ikisi de birbirlerinin hem sebebi hem de sonucudur. Tam bu noktada sosyal-hukuk devleti dizgesi ile siyasal ve sosyal demokrasi kavram ve prensiplerinin bağdaşarak üst üste oturduğunu görürüz. (Ancak konumuz açısından hukuk devleti ve demokrasi ilişkisi sorunsalına bu makalemizde daha fazla girmeyeceğiz. Bu hususun derinlemesine incelemesini bir başka çalışmanın konusu yapıyor ve asıl konumuza geri dönüyoruz.)

İdari faaliyetlerin maddi şiddet ve şumulü ve bunların yürütülmesi için gereken emir vermek ve hükmetmek erki ne olursa olsun, eğer egemenlik erkinin icrası açık ve kesin kaidelerle belli edilmemiş ve önceden bu yetkinin kimler tarafından kullanılacağı emniyetle vazolunmamış, bunların hudutları çizilmemiş ise ve bundan başka söz konusu kaidelere riayet ettirmek için vatandaşların ellerinde kafi vasıtalar yoksa, orada hür bir hükümet, yani kamu hürriyetlerinin sağlanıp sayıldığı bir hükümet vardır denemez.¹²

¹² Kişi özgürlüğü ve güvenliği üzerine modern ceza hukukunun babası ünlü hukukçu ve düşünür Beccaria şöyle diyor: "Her vatandaşın, kanuna aykırı olmayan kendi hareketlerinden hiçbir endişeye düşmemesi, bu hareketin sadece kendisince malum zaruri neticelerinden maada, kanuni bir ceza müeyyidesi bulunduğu ihtimaliyle ıstırap çekmemesi lazımdır."

Hukuk devleti görüş ve anlayışına sadece ve mutlak anlamda kanunun üstünlüğü ve hakimiyeti tarzında yaklaşıldığında veyahut Hukuk devleti dizgesini teşkil eden unsurlardan kanunilik, yasal yönetim, yasaların üstünlüğü prensiplerinin felsefi temelleri araştırılacak olursa, karşımıza evvela Platon ve Platon'un kanunun üstünlüğü ve hakimiyeti telakkisi çıkar.¹³ Aslında totaliter nitelikte kollektivist ve anti-demokratik bir devlet dizgesi, ütopyası ortaya koymuş olan Platon'un (M.Ö 427-347), antik Yunan tefekkürü ve pratiğinin ifadesi olan köleci, birey tasavvuru henüz oluşmamış, kamu hürriyetleri telakkisi yalnızca toplum içerisindeki imtiyazlı azınlık olan "vatandaş"lara ait aktif statü (katılım) haklarından ibaret olan bir zihniyetin, aktif statü haklarını da tanımayan anti-demokratik düşünceli bir filozof olduğu hakikati ile karşı karşıya olduğumuz da tartışılmaz bir gerçektir. Ancak şu da bir gerçektir ki, her şeye rağmen Platon, insanın mutluluğu ile insan için gerçekten iyi yaşam ile ilgilenen bir filozof idi: Araçlar ve yöntemler, müesseseler her ne kadar amaca aykırı ve amaçtan uzaklaştıracak nitelikte olsa bile.

Sokrates gibi Platon da devletin kaynağı ve temeli olarak insanın doğal ve zorunlu ihtiyaçlarını ve yine insanın toplumsal yönünü görmektedir. Nitekim "Devlet" ("Politeia") adındaki meşhur eserinin bir yerinde şöyle denilmektedir:

"- ...O halde kimi şu, kimi bu ihtiyacı karşılansın diye, insanlar birbirlerini yardıma çağırırlar; birçok ihtiyaçları olduğu için, bir oturma yerine birçok ortak ve yardımcı toplarlar; bu topluluğa da şehir (devlet)¹⁴ adını veririz, değil mi?

- Çok doğru ...

.....

- Haydi öyleyse, bir şehrin (devletin) kurulmasını gözümüzün önüne getirelim. Tabii, bu şehir (yani devlet) ihtiyaçlarımızdan doğacaktır.

¹³ Platon ve Hukuk Devleti idesi ilişkisi için bilhassa bkz., Ernest Cassirer, "Devlet Efsanesi", İstanbul 1984, Çev., Necla Arat.

¹⁴ Antik Yunan'da şehir-devlet telakkisi vardı. Siteler, polisler bugün anlamadığımız anlamda devleti temsil ediyor ve devletin fonksiyonlarını yerine getiriyordu. Şehir, devlet demektir. Platon'un "Devlet" isimli ("Politeia") yapıtı da Yunanca şehir-devlet, site anlamlarına tekabül eden "polis" kelimesinin kökünden gelmektedir zaten: Polis=Politeia.

Her ne kadar Platon, totaliter ve anti-demokratik bir devlet düzeni ve dizgesi tasarlamış olsa da, bunun nedeni daha ziyade psikolojik bir tepki niteliğindedir.¹⁵

Sokrates (M.Ö 470-399) de ve öğrencisi Platon da, hukuk ilkelerinin birey için de devlet için de aynı olduklarını ve eğer birey yaşamını devletin bir üyesi olarak sürdürüyorsa ve eğer birinin tüzesi ötekininki gibi ideal tüze tarafından belirleniyorsa (tabii-hukuk telakkisi) o zaman ne bireyin, ne de devletin sözü edilen bengi tüze ilkelerinden, hukuktan bağışık olamayacağını belirtmiştir. Bununla beraber her edimsel anayasanın ve her hükümetin ideal tüze (tabii-hukuk) ilkesine görgül anlatım vermesi lazım gelmektedir Platon’a göre. Çünkü Platon, sıkı bir idealist olarak, daha doğrusu idealizmin babası olarak, “olan” ile (fenomen, görüngü) değil, “olması gereken” ile (noumen, ideal) ilgileniyor ve onu imliyordu.

“Yasalar” (“Nomoi”) adlı yapıtında ise Platon, “Devlet”de belirttiği devlet düzeninden daha mutedil ve makul bir devlet dizgesi ortaya koymuştur. İnsanların ahlaki bakımdan içinde buldukları vaziyeti göz önünde bulunduran Platon, bu eserinde, sadece filozofların iyi ve ahlaki esaslara uygun hareketlerinden doğacak prensiplerle iktifa etmeyerek; bunlara, amaçları devlet içinde erdem ve ahlak güzelliğini hakim kılmak olan kanunların da ilave edilmelerini zaruri görmüş ve kanunlara dayanan bir hükümet sistemini savunarak, söz konusu kanunlara, gerek bireylerin (vatandaşların) ve gerekse idare edenlerin müştereken riayet etmeleri gerektiğini belirtmiştir. (bila istisna ve bila kayd-u şart). “Yasalar” (“Nomoi”) adlı eserinin bir yerinde şöyle demektedir:

¹⁵ Bu psikolojik tepkinin nedeni ise tarihi bağlamda şöyle açıklanabilir: Atina’nın, Peleponnesos savaşları sonunda Sparta’ya yenilmesinden sonra ihtilal olmuş ve Atina’da yönetime Otuzlar Meclisi geçmiş, tiranlık dönemi başlamıştı. İşte tam bu sırada yönetimin zaten hiç hoşlanmadığı “Sinek Vızıltısı” Sokrates’in hür, eleştirel, sorgulayıcı düşüncesi, yöntemi ve söylemleri sonucunda “dinsizlik” bahanesiyle ölüme mahkum edilip infaz edilmesi ve Sokrates’in soğukkanlılıkla ve onuruyla ölümü kabullenmesi ile beraber, o dönemlerde, antik Yunan’daki demokrasilerin oldukça yozlaşmış oluşu, demagogların vatandaş kitlelerini yanlış yönlendirerek götürmesi dolayısıyla en kötü yönetim örneklerinin gösterilmesi, Platon’da, sözünü ettiğimiz psikolojik tepkinin vücut bularak ortaya çıkmasına neden olan amillerdir.

“... Ben, hükümet edenleri kanunların hadimi, kanunların yürütüm memur ve vasıtaları diye adlandırıyorum; fakat bunu yeni bir ad takmak için değil, devletin selamet ve saadetinin buna bağlı olduğunu düşündüğüm için yapıyorum. Bir devletteki kanunlar, idare edenlerin iradelerine tabi ve munkattırlar; orada kanunlar zayıftırlar ve tabii inkıraz (doğal çöküş) yakındır. Bilakis bir devletteki kanunlar, idare edenlerin efendisidirler ve idare edenler kanunun hadimidir, orada selamet ve salah ve her çeşit iyilik ve refah vardır...”

Fakat eski zamanların klasik devirlerinde ruşeym halindeki hukuk devleti mefhumu basit bir politik-etik kaidesi idi ki, müşahhas (somut) devlet hayatına asla intikal ve inikas etmiyordu. Çünkü icrayı hükümet edenlerin (yürütme), kanunlara hürmet ve inkiyadını temin edecek teşrii müeyyideleri muhtevi müşahhas kaideler mevcut değildi.

İyi bir devlet ideal tüzeyi (tabii-hukuk) olgusallaştıran devlettir. Yozlaşmış bir devlet ise tüzede yetersiz olan (hukuku eksik ve kusurlu olan) devlettir. İlk bütüncül felsefeyi kuran Platon’a göre devlet bir noktada en son olgusallıktı. Bu ise ontolojik ve metafizik düzlemde ideal devleti imlemektiydi. Sonucu ise: Totaliter ve anti-demokratik bir devlet dizgesi olan bu düşünce Platon’dan yüzlerce yıl sonra (yaklaşık yirmi-iki asır sonra) benzer ifadesini en veciz şekliyle Hegel’de bulacak ve onun saltık idealist, spritüalist felsefesinde bir yanlış anlaşılma ve algılanmanın da ötesine geçerek daha sonraki totaliter (20. yy’daki) rejimlerin ilham kaynağı olacaktır.

Yine de Platon “Yasalar” adlı eserinde temel sorunun hürriyet ve otorite arasında bir denge kurmak olduğunu anlamıştır. Devlet otoritesi sınırlanmadığı takdirde zulüm kolaylıkla yerleşir ve bundan vatandaşlar zarar görür. Eğer fertlerin hürriyeti hiçbir sınırlamaya tabi tutulmazsa, bu sefer de anarşi ortamı doğar. Onun için, amaç, hürriyet ve otorite arasında bir denge sağlamak; yani her ikisini de kanunlara tabi kılarak hukukun üstünlüğü ve hakimiyetini temin ve tesis etmektir. Bu bağlamda “Yasalar” isimli yapıtın en önemli niteliklerinden biri olarak toplum ve devlet içerisinde hukuka ve onun üstünlüğüne, hakimiyetine mühim bir yer verilmesidir. Tam bu noktada hukuk devletine giden yolun ve sürecin ilk aşamasının kanun devleti ve hukukun üstünlüğü, hakimiyetinin tesis ve temini olarak

düşünecek olursak, Platon hukuk devleti dizgesinin en temel felsefi unsurlarından birini ortaya koymuş olmakla ve kesin olarak yadsıyıp reddettiği, mahkum ettiği zorba ruh ve zorba devlete, kuvvet ve mücadele doktrinine karşı çıkışıyla adalet ve yasa devleti dizgesini kurarak hukuk devletine giden yolda başlangıç noktası teşkil etmiştir denilebilir.

[Kanunilik (Yasal Yönetim) prensibini ve hukukun üstünlüğünü, hakimiyetini savunan felsefi görüşler serdeden başka filozoflar da olmuştur; fakat Önsöz’de de belirttiğimiz üzere, bu gibi sınırlı bir monografiden tüm felsefi tefekkür tarihinin ve hukuk felsefesine ilişkin tarihi süreç içerisindeki tüm fikir ve dizgelerin belirtilip incelenmesi (hukuk devleti idesi ve dizgesi açısından) elbette ki beklenemez. Bu sebepten ötürü, yalnızca felsefi tefekkür tarihinin en önemli ve öne çıkan, yer etmiş ve özgün felsefi dizgeleri ile düşünce ve zihniyet, dünya görüşünde devrim yaratmış isimlerden yalnızca bazıları ele alınacak ve sınırlamaya gidilecektir bu çalışmada.]

Hukukun üstünlüğü ve hakimiyeti prensibinin ifadesi ve savunucusu, tabii hukuk telakkisi dolayısıyla tarihi süreç içerisinde Antik Yunan’ın Yedi Bilgesi’nden Platon’a, Aristoteles’e; Stoacılar ve Cicero’dan Salisbury’li John’a; St. Thomas Aquinas’tan Suarez’e; John Locke’dan Montesquieu, Rousseau ve hatta Kant’a kadar birçok filozof ve düşünür tarafından ortaya konmuş ve bilhassa bahsi geçen filozoflar tarafından dizgeleştirilmeye çalışılmıştır. Aynı zamanda Platon’un da öğrencisi olan,¹⁶ felsefi dizgesiyle çağlara damgasını vuran bir diğer ünlü Yunan filozofu Aristoteles (M.Ö 384-322), site, yani devlet hayatı ve onun idaresine müteallik hususlar ile meşgul olan memurlar hakkında iktidar ve selahiyetlerin istimal ve icra şeklini gösteren, arzu ve istekleri akla tabi kılmak için vücuda getirilen, insan aklının bir eseri ve muhtevası adalet olan konularla tanzim edildiğini belirterek: “... *Kanun hakimiyeti yerine, her zaman insan ruhunu kamçılayan binbir ihtirasın esiri bir ferdin hakimiyetini koymak büyük bir hatadır*” demiştir (Politika: Kitap III, bahis VI).

¹⁶ Fakat Aristoteles, gözlemci ve deneyci yöntemi ve dizgesi nedeniyle idealist hocasından ayrılmaktadır. Bunun nedenini ise kendi ifadesi ile belirtecek olursak, Aristo: “Platon’u severim; ama gerçeği daha çok severim.” diyerek ortaya koymuştur.

Aristo, yasaların üstünlüğünü savunurken, yasaların hiç kimsenin erişemeyeceği, kişiler üstü bir nitelik taşıması gerektiğinden söz ederek; hukuku, isteklerin etkisi altında kalmamış olan akıl olarak tanımlamaktadır. Aristo'nun mevzuumuza ilişkin en ilginç ve özgün düşüncesi ise ilk kez, siteyi, yani devleti kuran ve örgütleyen yasayla (yani bugün anladığımız şekli ile anayasa) bu yasaya uymak zorunda olan yasalar ayırımını yapmış olmasıdır. Bütün bunların yanında üstünlüğü yani egemenliği ellerinde tutanların, idare edenlerin, aşırılığa kaçmamaları için tek yol olarak yasaların üstünlüğünün ve hakimiyetinin sağlanması gerektiğini belirtmiştir. Ve bununla beraber yazılı anayasalar ya da yasal buyruklar eğer vatandaşların kafalarında yazılmış olan bir anayasanın anlatımı değılseler hiçbir bağlayıcı güçleri olamaz. Bu ahlaki destek olmazsa, bir devletin asıl gücü onun doğasındaki tehlike haline gelir.

Platon ve Aristoteles'in tüm bu olumlu ve yapıcı düşüncelerine rağmen; Platon'un hukuk ve siyaset kuramındaki, daha önce de belirtmiş bulunduğumuz totaliter ve anti-demokratik (her ne kadar filozofumuz yaşlılık eserlerinden olan "*Yasalar*" ile daha sonra bu yapıyı mutedil ve makul bir düzleme oturtmaya ve yumuşatmaya çalışmış olsa da elbette bu çaba yetersiz ve eksiktir.) yönelimler ve her iki filozofun dizgelerinde mevcut olan ve bağışlanamaz bir kabahat teşkil eden, insanlık haysiyeti icaplarına son derece aykırı ve zıt olan köleci zihniyet ile demokrasiyi sadece "*vatandaşlık*" (ki antik Yunan'daki vatandaş anlayışı yalnızca aktif statü haklarına malik olan şahsiyetleri imleyen bir mefhum ve olgu olarak telakki edilmektedir.) statüsüne malik çok sınırlı (kadınların, çocukların, kölelerin ve yabancıların dahil edilmemesi) kesime tanınmış bir aktif statü hakları mecmuası telakki edilmek suretiyle bir nevi oligarşi rejimi tasarlamış ve tanımış olmaları doktrinlerini eksik ve kusurlu kılmaktadır.¹⁷

Oysa ki Aristoteles'ten hemen sonra ortaya çıkan yeni özgün düşüncelere siyasi-ethik telakkilere, yepyeni ve hümanist nitelikte bir dünya görüşüne (Weltanschauung) sahip olan Sto-

¹⁷ Bu husus öylesine ciddi bir vaziyet teşkil etmektedir ki, Aristoteles olayı, köleliği, felsefi bağlamda meşrulaştırmaya ve bu hususu çeşitli argümanlarla desteklemeye kadar vardırmiştir.

isizm ekolü ortaya çıkarak inkişaf etmiştir. (ki Stoacılar daha sonra özgürlük ve eşitliğe ilişkin, çağlarının, içinde yaşadıkları devrin çok ötesinde bulunan yapıcı, olumlu hümanist görüş ve fikirler serdederek tabii-hukuk ekolünün temellerini ve Rönesans ile ortaya çıkan “Hümanizm” ve ilerideki insan hakları hareketlerinin ve doktrinin siyasi-etik temellerinin teşkil etmişler ve böylece hukuk devleti idesinin temelini teşkil eden adalet, özgürlük ve eşitlik prensiplerini, Hukuk devletinin felsefi-metafizik boyutlarını inşa etmişlerdir.)

Kinizm’den¹⁸ de ilham almış olan Stoisizm¹⁹ (ya da Stoacılık) ekolünü Kition’lu (ya da Sitium-Larnaka, Kıbrıs) Zenon²⁰ (yaklaşık M.Ö 340-265) kurmuştur.

Stoisizm, tarihte ilk defa insana sırf insan olması hasebiyle değer veren felsefi dizgedir. Buradan da dokunulmaz, devredilmez, zorunlu insan hakları düşüncesi ve telakkisi ortaya çıkmaktadır. “Us”u doğa ile, erdemi ise usa boyuneğme, usa uygun yaşama ile özdeşleştiren Stoacılar’a göre, insanda da mevcut olan evrensel akıl tektir, herkesi kapsar. Herkesi kapsayınca insan da doğaya bağlanacak, onun ilahi, evrensel kanunlarını kabul edecektir. Öz-denetim dolayısıyla dışsal etkenler,

¹⁸ Kinizm = Kyon: Köpek’ten Kinik ya da Kuvikos: Köpekimsi, Köpeksi) Antisthenes (Kurucu, M.Ö 445-365), kendisi aynı zamanda kuşkucudur ve şakirtlerinin (ki bunların en ünlüsü Diogenes’dir, M.Ö 412-323) her türlü dünyevi nimet, arzu ve ihtiras ve hatta ihtiyaçlarından sıyrılarak ve hiçbir şeye muhtaç olmamak suretiyle gerçek ve etik bir mutluluğa erişebileceğini düşünen, savunan felsefi ekol. Kiniklerin yaşam tarzları felsefi dizgeleriyle uyum içinde olduğundan, yani en temel ihtiyaçlarını karşılayacak araç ve gerece dahi (arzu ve ihtiraslardan sıyrılma çabaları dolayısıyla) kayıtsız kalmaları ve her türlü dünyevi nimeti reddederek feragat etmeleri yüzünden iptidai (ilkel) bir yaşam tarzı (köpeksi bir yaşam tarzı) benimsemelerinden ileri gelir Kinik tabiri. Fakat Stoa bu bağlamda Kinikler’den ayrılır. Bağlantı, Kinikler’in kozmopolit ve eşitlikçi, özgürlükçü zihniyetleri dolayısıyladır.

¹⁹ Kemerli yol, sütunlu galeri manalarında. Stoa’dan Stoisizm ekolünün kurucusu Kıbrıslı Zenon’un derslerini Stoa Poikile’de vererek okulunu burada açtığından Stoa-Polikile; resimlerle süslü, sütunlu (revaklı) bir galeriye istinaden verilmiş bir isim.

²⁰ Stoisizm’in kurucusu Zenon daha önce de belirttiğimiz gibi Kıbrıslı olmalıdır. Bundan başka Eleatik filozoflardan (İtalya’da, Elea’da) Elea’lı Zenon vardır ki, bu, meşhur paradokslarıyla (“Ashilles, -Aşil- ile Kaplumbağanın yarışı” ve “fırlatılan ok” gibi paradoksları ünlüdür) tanınan kuşkucu (skeptik) filozoftur ve Stoacı Zenon (Kıbrıslı Zenon) ile karıştırılmamalıdır.

birey kendi iradesiyle kendini onların eline bırakmadıkça onu denetleyemezler ve diğer yandan, ihtiraslarından, arzularından arınan insan da gerçek doğasına; erdeme erişen insan da iç özgürlüğüne kavuşur. İç-özgürlüğe ve usa sahip insanları da dış baskılarla sınırlamaya çalışmak ise doğayla çelişmektir, dolayısıyla tabii hukuk ve adalete de aykırıdır. Bu sebepten dolayısıdır ki, kölelik ve baskı hem doğaya aykırı, hem de gayri meşrudur. Sonuçta evrensel yasaya ve doğaya tabi, usa ve iç-özgürlüğe malik tüm insanlar özgür ve eşittir.

Stoisizm'in Roma'daki en ünlü temsilcilerinden olan meşhur Romalı hukukçu ve devlet adamı Cicero (M.Ö 106-43), hukukun asıl kaynağını doğada görmüş ve hukukun insanların keyfi iradelerine istinat edemeyeceğini belirterek hakiki adaletin tecellisi için mevzu kanunların tabii-hukuka uygun düşmesi gerektiği düşüncesini savunmuştur. Cicero'ya göre, devlet, "halkın malı"dır ("Res populi", "Res publica") ve devletin gayesi halkın iyiliğidir. Cicero, en ünlü yapıtlarından "Cumhuriyet"te ("De Republica") şöyle demektedir:

"... Şüphesiz ki asıl kanun salim akıldır. ('Vera lex recta ratio') Bu tabiata uygun herşeyde mündemiç sabit, ezeli ve edebidir. Bunu ilga etmemek, ilahi emrin icabı olduğu gibi; bundan kaçınmak da caiz değildir. Bunun ne büsbütün bertarafı mümkündür, ne de Senatonun veya halkın kuvvetiyle bundan kurtulabiliriz. ... Bu Kanun, Roma'da Atina'dakinden ve bugün yarinkinden farklı değildir. Bilakis o, her devlette, her devirde ezeli, ebedi, değiştirilemeyen tek ve aynı kanundur. ... Bu kanunu tanımayan kendini tanımaz; çünkü insan tabiatını tanımıyor demektir." (De Republica, III. Kitap, XII).

Ve böylece Cicero, "Jus naturale" (tabii-hukuk) ve "lex uno et communis" ("tek ve müşterek kanun") mefhumlarına ulaşıyordu. "Kanunlar" ("De Legibus") isimli eserinde ise:

"... Şüphesiz kanunlar yuttaşların selameti, sitelerin korunması, insanlara tatlı ve sakin bir hayat sağlamak maksadıyla kurulmuştur. ... O halde kanun sözünden, doğru ve haklıyı seçmek gücü anlaşılacağı açıktır. Şimdi sana sorarım Quintus, bir cemiyetin varlığını feda etmeksizin vazgeçemeyeceği bir şeyi, iyi şeyler arasına koymak gerekmez mi?"

Quintus:

- Hem de en iyi şeyler sırasına koymak gerekir.

Marcus:

- Şimdi, yalnız bu delile dayanarak kanunsuz bir sitenin, site olarak var olamayacağını düşünmek gerekmez mi?

Quintus:

- Başka türlü bir hüküm vermek imkansızdır.

Marcus:

- O halde kanunu, en büyük nimetler veya iyilikler arasına koymak lazımdır." (De Legibus, II. Kitap, V).

Muhakkak ki, tabii-hukuku akla istinat ettiren klasik nazariyenin ayrıca sağlam ve ciddi bir karakter taşıdığını teslim etmek gerekecektir. Böylece devletin üstünde hakim bir aklın ve tabii-hukukun mevcudiyetinden bahseden Cicero, aklın ve hukukun üstünlüğünün de tüm devletleri ve hükümdarları kapsadığını ifade etmiştir.

İşte İngiliz hukukunun meşhur prensibi olan "*Lex facit regem*" ("*Kralı Kanun yapar*")'i yaratan bu düşünce ve zihniyettir. Elbette ki kralın kendi krallığı içinde emsali yoktur; fakat o, tanrıya ve kanuna tabidir. Bu suretle Ortaçağ İngilteresi'nde tahtın siyasi kudretini sınırlamak amacıyla 13. yy'da Henri de Bracton (?-1268) tarafından "*Rule of law-Supremacy of law*" (hukukun üstünlüğü ve hakimiyeti) görüşü ortaya atılmıştır. "*Rex nihil potest nisi quod jure potest*" (Kral ancak hukuka dayanarak hareket edebilir). (Bracton- De Legibus, I, 8, 5).

Devletin hukuk normuna tabi oluşu yalnız bu telakki ile izah edilebilir. Bir bakıma "*hak kuvvetten üstündür*" vecizesini de kuran yine bu telakkidir.

Ortaçağ'da ise Hristiyanlık dini ve onun zihniyet ve telakkilerinin, çağa baştan sona damgasını vurduğunu görürüz. Dolayısıyla Ortaçağ devlet telakkileri bakımından, tarihi süreç içerisinde batıdaki gelişme üzerinde en büyük etkiyi bırakan Hristiyanlık inancı ve telakkisi olmuştur. Ve aslında Ortaçağ'da

felsefi düşünüş ve öğretiler bağlamında çok yeni ve özgün şeylere rastlayamayız.²¹

Ancak Ortaçağ felsefi ve hukuki düşünüşü ve devlet telakkileri açısından bilhassa dikkate değer, ilginç bir görüş olarak St. Thomas Aquinas'ın felsefi dizgesi gözümüze çarpmaktadır.²²

Özellikle, ünlü İslam filozofu İbn-i Rüşd'ün (Averroes: 1126-1198) çeviri ve şerhleri sayesinde öğrendiği Aristoteles felsefesi ile Hristiyanlığı uzlaştırmaya çalışmış ve aynı zamanda Stoacılar'ın da etkisini hissetmiş olan St. Thomas, felsefi görüşleri ve devlet telakkisi ile çağının ötesine geçmiş bir filozoftur. St. Thomas'a göre; hukuk, bireyler arasındaki münasebetlerde, aralarında hiçbir fark gözetilmeksizin adaletin hakim kılınması sayesinde ortaya çıkan bir olgudur. Hristiyan akidesi ile tabii-hukukun rasyonalizmini uzlaştırarak birleştirmeye çalışan St. Thomas, aslında tüm diğer Skolastiklerin de yaptığı, aynı hataya düştüğünün farkında değildi.²³

St. Thomas'a göre, bir hattı hareket kaidesinden ibaret bulunan kanun, insanlara emir ve yasaklar koymakta, bu suretle de insanların fiillerini bir düzene bağlamaktadır. Kanunlar

²¹ Gerçekten de Ortaçağ'da felsefi düşünüş alanında yeni ve özgün şeyler pek yoktur. Genellikle yapılan şey antik çağ felsefesinin tekrarı ve değişik yorumlarıdır. Bu bağlamda ise Hristiyan düşüncesi ve felsefesi eklektik ve sentetik bir adaptasyon mahiyeti arz etmekte ve en vezce ifadesini de Skolastisizm (Skolastik Felsefe)'de bulmaktadır. -Latince "Schola": Okul'dan="Scholasticus": Okulculuk.- Patristik felsefe okullarından mülhem olarak verilen bu isim aslında Hristiyanlığın felsefi temeli, altyapısı olarak benimsenmiş ve inanç ile usu birleştirme ve dini rasyonel temellere oturtma endişesinden ortaya çıkmış olup daha ziyade Endülüs Devleti ve Haçlı Seferleri sonunda İslam Dünyası aracılığıyla öğrendikleri antik Yunan felsefesi ve metinleri, İslam filozofları ve bilhassa İbn-i Rüşd aracılığıyla keşfettikleri Aristoteles felsefesi üzerine temellendirilerek kurulmuş bir dini-felsefi dizgeyi ifade eder. Burada, Hristiyan dininin yokolmaktan ya da Yahudiliğin bir çeşit mezhebi olmaktan, St. Paul'un antik Yunan felsefesi ile Hristiyanlığı birleştirerek sentezini yapması ile kurtulduğunu da ifade etmeliyiz. Zaten Hristiyanlığın felsefi altyapısı incelendiğinde karşımıza Pisagorculuk, Platon (daha sonra bilhassa St. Thomas Aquinas'ın çabalarıyla Aristoteles), Stoisizm, Kinizm ve Plotinos ile ortaya çıkan Yeni-Platonculuk akımının yer aldığını ve bütün bunların eski-ahit, Hz. İsa ve "Kilise Babaları" ile birleşerek Hristiyan dinini ve felsefi dizgesini oluşturduğunu görürüz.

akla dayanmalı ve hukuken yetkili makamlar tarafından vazedilmelidir. Söz konusu yetki ise ya doğrudan doğruya kolektiviteye ya da onun menfaatlerini idare edene aittir; dolayısıyla kanunlar kamu yararını gözetir nitelikte olmalı ve ilan edilmelidir. Ayrıca dini bir yaklaşımla kanun tefriki yapan St. Thomas, beşeri kanunların üzerinde tabii ve ilahi kanunlar tanımakta ve eğer beşeri kanunlar ilahi kanunlara dayanmaz veya onlara aykırı düşecek olursa bu kanunlara fertlerin riayet etme yükümlülüğü olmadığını belirtmektedir.

Devletin varoluş amacı, toplu halde yaşayan insanların emniyetini ve ortak yararını temin etmektir. İşte St. Thomas tam bu noktada, yani devletin iktidarı ve onun menşei meselesinde, oldukça ilginç ve dikkate değer, yeni ve özgün fikirler ortaya atarak çağının çok ötesine geçmiştir. Ona göre, yine Skolastik zihniyet doğrultusunda, devlet iktidarı Tanrı'dan kaynaklanır.²⁴ (tıpkı St. Paulus'un belirttiği gibi: "*Omnis potestas a Deo*"); fakat Tanrı bu iktidarın nasıl ve kimin tarafından kullanılacağını bildirmemiştir. St Thomas ise, bu hususta, söz konusu iktidarın kanunları yapmak yetkisi ve ödevi kime düşüyorsa onun tarafından kullanılabileceğini belirtmiştir; dolayısıyla bu yetki ve ödev halka düştüğüne ve onun hakkı olduğuna göre iktidar ancak halk veyahut onun temsilcileri tarafından kullanılabilir demiştir. Şu halde iktidar, Tanrı'dan halk vasıtasıyla

²² Bkz., Ord. Prof. Dr. Recai Galip Okandan, "*Umumi Amme Hukuku Dersleri*", İstanbul, 1952.

²³ Skolastik düşünce ve felsefenin altyapısının çürüklüğü de buradan, yani iman ile usu uzlaştırma çabalarından kaynaklanmaktaydı. Oysa ki iman, duygusal bir fenomen olarak mantık-dışı (mantıklı ya da mantıksız değil; ama mantık ile izah edilemeyen) bir yapı arz etmekte olup, bu çeşit bir rasyonalizasyon (aklileştirme) kendi doğasına aykırı bulunmaktadır. Bu aynı zamanda Ortaçağ felsefi düşüncesinin kısırlığını da ortaya koymaktaydı. Ve belki de İngilizce'de "ahmak" anlamına gelen "Dunce" sözcüğü de, Ortaçağ'ın en önemli düşünürlerinden biri olan Duns Scotus (1274-1308)'un 34 gibi çok genç bir yaşta ölmesine rağmen, sırf "Kutsal Yazılar"ın inanılmaya değer olduklarını kanıtlama ve inancı rasyonalize etme çabaları için on iki cilt kitap yazması saçmalığından kaynaklanmaktadır gerçekten de. Çünkü belirttiğimiz gibi, inanç, akıl ile telif edilebilen bir şey değildir ve her ikisini de uzlaştırmaya çalışmak ise hem her ikisinin de doğalarına aykırı hem de bu bağlamda beyhude bir çabadır. İşte bu yüzden Hristiyan inancı ve felsefesi de yalnızca bir mistisizm boyutunda kalmıştır.

²⁴ Aslında St. Paulus ve diğerlerinin benzer mülahazalarına rağmen; Hristiyanlık dünyevi iktidar heveslisi ve taraflısı değildir. Hz. İsa ile ilgili meşhur anekdotta da belirtildiği gibi Hristiyanlığın tek iddiası, orijinde uhrevi ik-

gelmektedir ("*Omnis potestas a Deo, per populum.*"); hükümet edenler ise bu iktidarı yalnızca halk sayesinde kullanabileceklerdir. Bu yüzden, iyi bir hükümet, ancak kolektiviteye dahil olan herkesin hükümet işlerine katılması sayesinde imkan dahiline girecektir.

St. Thomas, buradan yola çıkarak, iktidarın onu kullananlar tarafından suiistimal edilmesi ve şahsi menfaatlerin gözetilir olması veyahut istibdat edilmesi durumunda iktidarın gerçek sahibi olan halka bir direnme hakkı da tanımıştır. Bu bağlamda, hükümet edenler, iktidarı kanunlara uygun olarak, keyfilikten uzak bir şekilde, kullanmakla mükelleftirler. Hükümet ya da iktidar kanunların üstünde değildir; onlar da kanuna tabidirler.

Her ne kadar St. Thomas bu fikir ve görüşleriyle hukuk devletini tesis yolunda hukukun üstünlüğü prensibi ve demokrasinin bazı esaslarını ifade ediyor olsa da, bunu o kadar büyütmemek ve filozofumuzun her şeyden önce bir din adamı ve teokratik düzen taraflısı olduğunu ve bu bağlamda vicdan hürriyetine kesinlikle yer vermeyerek, hoşgörü prensibinin karşısında olduğunu ve yine felsefi dizgesinde en büyük yeri tutan Aristotheles gibi kölelik kurumunu meşru ve zorunlu kabul ettiğini de hatırlamak gereklidir ve tabii ki, bütün bunlar hem tabii-hukuk²⁵ hem de onu karakterize eden hümanist ve liberal düşüncelerden, dünya görüşünden tamamıyla uzak olup, hukuk devleti idesi ile bağdaşır bir yanı bulunmamak-

tidar olup, amaç insanların gönüllerine, vicdanlarına hitap etmek suretiyle onları hidayete erdirmektir. Nitekim Hz. İsa: "Sezar'ın hakkını Sezar'a, Tanrı'nın hakkını Tanrı'ya verin!" ve "Benim iktidarım yalnız göktedir" diyerek dünyevi iktidarla ilgilenmediğini ve dünya işlerine karışmak istemediğini bilhassa belirtmiştir. Fakat daha sonra "Kutsal Kilise"nin ve güçlü, kapsamlı kilise örgütünün kurulmasıyla birlikte dünyevi-uhrevi iktidar ayrımı kalmamış, kilise de papaların etkisiyle dünyevi iktidar hevesine kapılarak ruhun bedenden üstün ve onun hakimi olması gerçeği dolayısıyla, kilisenin de devlete üstün olması gerektiği iddialarını serdederek devletlerle çatışmıştır. Bu hususta ise kimi Skolastik düşünürler kiliseyi (St. Augustine, St. Thomas gibi), kimisi de devleti savunmuş (Dante gibi) ve ona üstünlük tanımış, kimisi de bu çeşit bir ayrıma gidilemeyeceğini (Marsilius Patavinus) savunmuştur.

²⁵ Tabii-hukuk düşüncesinin ve dizgesinin bu husustaki görüşü, büyük Romalı hukukçu Ulpianus'un şu veciz ifadesinde özetlenmektedir: "Quod ad jus naturale attinet omnes homines aequales sunt" (Doğal hukuk söz konusu olunca tüm insanlar eşittir.).

tadır. Ancak, yine de ileriye doğru, olumlu yönde bir gelişme telakki edilmesi lazımdır.

Yine Ortaçağ'da görüşleri dolayısıyla özellikle dikkat çeken bir başka düşünür ise Marsilius Patavinus (1270-1340)'dur.²⁶ St. Thomas gibi Aristoteles'ten mülhem olan, fakat daha ziyade İbn-i Rüşd'cü bir yorum ortaya koyan Marsilius oldukça liberal ve demokratik görüşler ortaya koymuş ve belki de tarihte ilk defa kanunları; tabii-hukuk açısından değil, ama pozitif hukuk açısından incelemeye tabi tutarak oldukça önemli bir merhale katetmiştir.

Belki de tarihteki ilk pozitivist hukukçu olan Marsilius, tabii-hukukun soyut ve müeyyideden mahrum kanun anlayışını eleştirerek kanunların yaptırım gücü olan ciddiyete sahip olabilmesi için müeyyidelendirilmelerini zorunlu görmüş ve beşeri kanunların tarifini yaparak, teşrii iktidarı haiz kolektivitenin veya onun temsilcilerinin iradesiyle vücuda gelen, müeyyidelerle teminata bağlanmış adil hukuk kaideleri olduğunu belirtmiştir. Bu kanunların da, beşeri, toplumsal ihtiyaçları karşılar nitelikte ve isabetliliği tecrübeli, yetenekli hukukçular tarafından temin edilerek yapılması gerekli olup, aynı zamanda kamu yararını gözeterek kolektivitenin (halkın) ya da onun temsilcilerinin tetkik ve kabulünü gerektirmektedir. Çünkü böyle bir hususta, kanunların isabetliliği, kamu yararına uygun, ihtiyaçları karşılar nitelikte olup olmadığının takdiri sadece halka aittir. Bu suretle de, devletin, hür insanlardan müteşekkil bir yapı arz etmesi sağlanır.

İcra organı (yani yürütme) kamu yararını gözeterek, kolektivite tarafından oluşturulan kanunlara riayet etmek, kanunlara tabi olmak mükellefiyetindedir. Aksi takdirde, hükümet, teşrii kuvvete sahip olan halkın direnmesiyle karşı karşıya kalır ve böylece iktidar, meşruiyetini yitiren hükümetin elinden alınır.

Bütün bunların yanında, Marsilius, Kilise ve Papalık'ın karşısında devletin muhtariyete sahip olmasının gerekliliğini belirterek, kilisenin dünyevi işlere müdahalesini reddetmiş ve

²⁶ Bkz., Prof. Dr. Muvaffak Akbay, "Umumi Amme Hukuku Dersleri", Ankara 1961.

teşrii iktidarın yalnızca halkta olduğunu ortaya koymuştur. Buradan da hareketle, fert için vicdan hürriyetini savunarak Kilise de dahil olmak üzere hiç kimsenin bu hususta hak iddia edemeyeceğini ifade etmiştir.

Ortaya koyarak gösterdiğimiz gibi aslında Ortaçağ, karanlık olmasına karanlık, ancak sanıldığı kadar da karanlık; belki davranışta, pratikte değil ama, düşüncede ve duyguda o kadar da ümitsiz ve zavallı değildir. Doğrusu şudur ki, Rönesans ve Reform hareketleri, Ortaçağ'ın korkunç karanlıklarından sonra ortaya çıkarak birdenbire parlayan düşsel bir ışık da değildir. Belirttiğimiz gibi Ortaçağ, düşünsel hareketlerden tamamen yoksun olmadığı gibi, düşüncede ve duyguda da insanlıktan o kadar uzakta değildir. Sanıldığı üzere zifiri bir karanlık olmadığı gibi kendi değişim ve dönüşüm dinamiklerini içinde taşıyan bir çağdır. Lakin Hristiyanlık tanınıp kendini kabul ettirdikten, yerleştikten sonra kendisi için istediği hoşgörü ortamını ve özgürlüğü, vicdan hürriyetini, Papalık'ın güçlenmesi ve kilise teşkilatının tamamlanmasıyla birlikte, başkalarından esirgemiş; Kilise ve Papalık ise Ortaçağ'daki özgürlüğe, sorgulayıcı hür düşünceye açılan tüm kapıları kapatarak kendi mutaassıp ve müstebit düzenini tesis etmiştir.

Nihayetinde söz konusu düşünsel ve felsefi gelişimlerin ve hareketlerin tamamlanması, hümanist düşünce sisteminin iyice ortaya çıkarak geliştirilmesi, yayılması ile beraber dönüşüm için duyulan ekonomik, siyasi, sosyal ve kültürel, bilimsel yenilikler, değişim ve gelişimler tamamlanıp gerçekleştikten sonra artık Rönesans hazırды. Bu dönüşüm, her şeyden evvel yerleşik zihniyeti, dünya görüşünü değiştirmekte ve yerine yepyeni, meraklı, umutlu ve sorgulayıcı, bilimsel bir dünya görüşünü ve bilimi getirmekteydi. Bilhassa denizciliğin ve ilgili teknolojinin gelişmesiyle meydana gelen coğrafi keşifler, matbaanın icadı (daha doğrusu geliştirilerek pratik ve modern bir hale getirilmesi), klasik eserlere yönelik çalışma, çeviri ve basın çabalarının artışı, kapitalist ekonomik evrimin ilk aşaması olan merkantilizmin ortaya çıkışı ve dolayısıyla ticaret ile milletlerarası ilişkilerin artması ve son olarak da modern bilimin temellerinin ve prensiplerinin ortaya koyularak geliştirilmesi ile bütün bunların etkisi sonucu yaşanan sosyal, siyasal, ekonomik

ve kültürel değişim ve dönüşümler sonucu Rönesans inkişaf etmiş, “insanlık” (hümanitas) “yeniden doğmuş” oluyordu.

Rönesans felsefesi, Skolastik felsefenin tam tersine kör inancın yerine akıllı, otorite ve dogmalar yerine de sorgulayıcı düşünceyi ve eleştirel, bilimsel yöntemleri getirdi. Akıl ve vicdan artık bağımsız olmayı öğrenmiş ve insan, doğayla arasındaki tüm dogmatik, metafizik ve mistik perdeleri, engelleri kaldırarak aşmıştır. Geleceğe ilişkin umutlar yeniden yeşermeye başlamış ve insan, kendine, aklına ve bilime güven duymayı öğrenmiştir.

Bu uyanış hareketinin, siyasi sahadaki etkileri sonucunda devlet, Kilise'nin baskısından neredeyse tamamen kurtuluyor ve bununla beraber, Kutsal Roma-Germen İmparatorluğu'nun tesirinden de sıyrılan krallar, feodal düzeni de yıkarak bağımsız, merkezîyetçi ve milli nitelikte devletler tesis etmeğe başlıyordu. Siyaset felsefesine gelince, Ortaçağ boyunca dini dogmalara sınıksız bağlanmış olan siyaset de tarihe ve insan psikolojisine dayandırılarak izah edilmeye ve temellendirilmeye başlanarak bilimsel yöntemlerle incelenmeye başlanmıştır.

Rönesans'ı takip eden ve bir anlamda onun mütemmimi sayılan (ki bu husus, birinin isminin geçtiği yerde hemen peşine diğerinin de isminin, ister istemez anılmasından pekala apaçıktır) Reform ise doğrudan dine yönelik bir hareket olup, kilise resmi öğretisinin ortaya koyduğu mutaassıp, akılla telif edilemeyen, mistik nitelikteki dogmaların ve kilisenin muhafazakar otoritesinin sorgulanması ve “*protesto*” edilmesi neticesinde ortaya çıkmıştır.

Reform'un bir başka nedeni ise, kilisede görülen umumi ahlak fesadı ile kilisenin yaptığı zulüm ve istibdatın artık tahammül sınırlarını zorlayarak aşmasıydı.²⁷

²⁷ Uzun süre Papalık'ın en yüksek emeli, ruhani otoritesi vasıtasıyla dünyevi menfaatlerinin temini yoluna giderek, cismani bir devlet haline gelmekti. Bunun yanında kilise, sanki Tanrı imişcesine, insanların günahları ve sevapları üzerinde dilediği gibi tasarruf edebiliyor, tüm uhrevî işleri istediği gibi takdir edebiliyor, insanları keyfine göre aziz ya da kafir, sapık ilan edebiliyor ve hatta insanlara cennetten para karşılığı tapulu arsa bile satabiliyordu. Kısacası yozlaşmanın doruğuna varmış olan Katolik kilisesi, kendi pisliği ve ahlaksızlığı içinde boğuluyor, içten içe çürüyordu.

İşte bu noktada, bir Alman din adamı olan Martin Luther (1483-1546), bol keseden günah bağışlayan Katolik Kilisesi'ni, Wittenberg kilisesi kapısına astığı, kilisenin çürümüşlüğüne karşı meşhur 95 teziyle "*protesto*" ederek toplumsal tepkiyi tetikleyen mekanizmayı ateşlemiş oluyordu. Daha sonra bundan yeni bir mezhep, yani Protestanlık doğacaktır.²⁸

Ancak esaslı bir hata vardır ki, tarihi sathi surette okuyanlar ve hatta bazı tarihçiler bile, hala bu hataya düşerler: Reform'un din ve vicdan hürriyetini getirerek tesis etmesi ve ferde kendi başına hüküm vermek hakkını tanuması. Bu esaslı bir yanılısama olarak, Reform'un kendi iç dinamikleri ile daha sonra diğer bazı faktörlerin de ona eşlik ederek doğurduğu dolaylı sonuçların birbirine karıştırılmasıdır. Hakikatte Reform'un yaptığı, ortaya yeni sosyal ve siyasi şartlar çıkartmaktan ibarettir.

Aslında Reform hareketinin başında bulunanların kafalarında, kendi doktrinlerinden başkalarına tahammül ve tolerans göstermek fikri asla yer tutmamıştır. Onlar bir otorite yerine başka bir otorite ikame ederek kilisenin otoritesi yerine İncil'in otoritesini koymuşlardı. Bununla beraber Luther, din ve vicdan hürriyetine tamamen muhalifti. Onun hoşgörüsü yalnızca köprüyü geçene kadar olmuştur. "*Necat (kurtuluş) yalnız bizim dinimizdedir*" dogması katolikleri de protestanları da aynı mevkie koymuştur. Reform'un diğer önemli şahsiyeti olan Jean Calvin (1510-1564) de hoşgörüsüzlükteki kapkara şöhreti ile teokratik devlet düzeni taraflısıydı.

Fakat bütün bunların yanında Reform'un müspet getirisi, Papalık'ın ruhani otoritesinin devletler üzerinde yarattığı nüfuz ve baskının bertaraf edilerek, devletlerin dini tesirlerden sıyrılarak laik devlet yolunda önemli adımlar atılmasına neden olmuştur. Bu suretle Reform'un gerçekleştirdiği bu etki, ileride liberal ve demokratik telakkilerin inkişafını mümkün kılan bir

²⁸ Luther'in öncüsü olduğu bu hareket, dini eski sadeliğine ve temizliğine kavuşturma çabası idi. Luther, ilk biçime, Hz. İsa'nın sözlerine, İncil'e dönüyordu. Bu Tanrı ile insanın arasına araçların girmediği, "Cennetin resmi emlakçısı" kilisenin olmadığı bir dinin özlemiydi. Ancak, kiliseyle bağları koparmanın hiç de kolay olmadığını ve söz konusu boşluğun doldurulması gerektiğini anlayan Luther, kendi anlayışına göre yeni bir kilise kurmak zorunda kaldı. Saf inanca bağlanan Luther: "Kalbinin inanıp bağlandığı her ne ise senin dinin de odur" diyordu.

fikri faaliyetin de vücuda gelmesini sağlamıştır. Bununla beraber, Batı Hristiyanlığı'nın böyle iki büyük kısma ayrılması, yaşanan bu bölünme, bir tek teoloji otoritesi yerine birçok otoritenin geçmesine neden olmuştur. Dini anane kırılarak kopmuş, sonra da protestan devletlerde en yüksek dini kudreti temsil eden hükümdar ise kilisenin menfaatleri yanında, gözetilmesi gereken diğer menfaatlerin ve koşulların zorlaması nedeniyle kilisenin müsamahasız tutum ve tavırlarını tadil etmek zorunda kalmıştı. Aynı sebeplerden dolayı katolik devletler de benzeri yollar tutmaya başladılar.

Mukaddes kitabın her insan tarafından yorumlanabileceği düşüncesinin de siyasi tepkileri olmuştur. Kutsal metinleri, yani Tanrı'nın sözlerini anlayabilecekleri ve yorumlayarak kavrayabilecekleri kabul edilen insanlar, iktidarların da menşelerini ve meşru olup olmadıklarını araştırmak sevdasına düşmüşler ve bunun ilk kurbanı da Papalık olmuştur. Sonraları bundan, mutlak monarşiler de nasiplerini alacaklardır. Chateaubriand'nun da şu veciz ifadesiyle tebarüz ettirdiği gibi: *"Dini hususlarda şüphe baş gösterdi mi siyasette de şüphe uyanır; kendi mezhebinin esaslarını araştıran insan tabii olduğu idare şeklinin prensiplerini de yoklamada gecikmez. Vicdan hürriyet istediği zaman vücut da hür olmak ister. Bu gayet tabii bir neticedir."*

Reform'un yayılması ve protestanlığın geniş bir ilgiye mazhar olması ve biraz evvel de belirttiğimiz gibi Papalık ve Katolik kilisesinin neredeyse tüm nüfuzunu yitirerek dünyevi otoritesini kaybetmesi sonucu, bilhassa Batı Avrupa'da ortaya çıkan, katolik kilisesi aleyhine yürütülen propaganda faaliyetlerinin de etkisiyle, isyanlar ortaya çıkmış; bunun yanında kilise ile onun dünyevi otoritesine ve baskısına başkaldıran protestan prenslerin mücadelesi Avrupa'yı büyük bir kargaşaya ve şiddetli mezhep kavgalarına, din savaşlarına sürüklemiştir. Bunun neticesi de Avrupa'nın göbeğinde ortaya çıkan bir anarşi ve kaos ortamı idi. İşte bu anarşi ve kaosun yarattığı güvensiz, huzursuz ve tehlikeli duruma tepki olarak da *"status quo"* nun korunması ve bunun da güçlü bir otorite, merkezi krallıklar tarafından sağlanarak teminat altına alınması suretiyle gerçekleştirilebileceği; bunun sonucunda da o özlenen huzurlu ve güvenli ortamın, barışın ve emniyetin geri getirilebileceğini dü-

şüenler olmuştur. İşte tam bu sıralarda mutlakiyet ve monarşi yanlılarının ortaya çıktığını ve sözü edilen düşünürlerin, özledikleri düzeni bu çeşit araçla elde edebileceklerini (her ne kadar araç, amaca pek o kadar yönelik ve onun doğasıyla bağdaşır nitelikte olmasa da durumu o zamanki siyasi, dini, sosyal ve psikolojik şartlar çerçevesinde mütalaa etmemiz gerekir kanaatimizce) ve beklentilerini ancak bu suretle karşılayabileceklerini tasavvur etmişlerdir. Böylece özlemleri doğrultusunda devleti mutlak anlamda güçlendirecek kuramlar ortaya atmuşlar; ancak bu sefer de yağmurdan kaçarken doluya tutulma tehlikesiyle karşı karşıya kaldıklarının farkına varamamışlardır. Sözü edilen ünlü emniyet ve asayiş kuramcısı düşünürler arasında Niccolo Machiavelli (1469-1527),²⁹ Jean Bodin (1530-1596),³⁰ Thomas Hobbes (1588-1679)³¹ ve Jacques Béningne Bousset (1627-1704)³² gibi göze çarpan tarihi şahsiyetleri sayabiliriz.

Sözü edilen bu mutlakiyet cereyanlarının yanında mutedil bir monarşik yönetimi savunan monarkomakları da zikretmek gerekir ki, saltıkçıların karşısında istibdat düşmanı olarak yer almışlar ve “*Vox populi, vox Dei.*” (“*Halkın sesi, Hakkın sesi.*”) parolası doğrultusunda, kralın ancak kendisine verdiği vekalet ve muvafakata dayanarak hükmedebileceğini öne sürmüşlerdir.

²⁹ Birçok müellif tarafından, kullandığı tarihi ve tümevarımsal metodlarıyla modern siyaset biliminin öncüsü de sayılan, meşhur “Principe” in yazarı ve adı hiç de hayırla anılmayan bir siyasi telakkinin (Machiavellism) de isim babası olan “Floransalı Sekreter” Niccolo Machiavelli, meşhur eserini yazdığından beri üzerinde çok konuşulup, tartışılıp eleştirilmiş bir şahsiyettir. Machiavelli’nin tarih ve insan psikolojisinin bir tetkik ve müşahadesine dayanarak Ortaçağ Skoloastik zihniyetinden sıyrılarak tümevarım metodunun kullanması oldukça dikkate değer bir gelişme olduğu gibi, siyasetin ahlak telakkilerinden tecrit edilmiş ve vaziyet olması da eserinde açıkça görülmektedir. Fakat ahlak telakkilerinden sıyrılmış, ahlak dışı bir dizgeden ziyade ahlaksız ya da ahlaka aykırı değer yargılarının mevcut olduğu bir dizge tasarlamış olduğu hususu da çok tartışılmıştır. Ancak şu da bir gerçektir ki, Machiavelli çürümüş bir dünya için, fakat daha çok zavallı İtalya’sı için gerçekten güçlü bir hükümdar arayışı içinde idi. Kendince yaptığı, siyaset sahnesinde olup bitenlere tercüman olmak ve hükümdarının hakikaten güçlü olabilmesi için ona yol çizmek idi. Yukarıda da belirttiğimiz psikolojik amillerin etkisinde kalması sonucunda bulunduğu çözüm yolu hiç de isabetli ve istenilebilir değildi. Daha korkuncu ise XX yy.daki büyük yıkımın sorumlusu olan totaliter ve faşist yönetimlerin ilham kaynağı oluşuydu.

³⁰ Öncelikli gayesi, zamanının Fransa’sında yaşanan dini ve siyasi karışıklıklar arasında kurtuluş yolunu gösterecek olan hukuk kaidelerinin ortaya

Bu akımlardan sonra devlet müessesinin hukuki boyutuna önem verilmesi sonucu 17. yy'dan itibaren sözleşmecî tabii-hukuk ekolü doğmuş ve bu alanda da birçok değerli düşüncüler yetişmiştir. Hukuk telakkisinin değişmesi ve devletin menşeinin içtimai mukavele (toplumsal sözleşme) esasına dayandırılarak temellendirilmesi sonucunda, devlet bu noktadan itibaren yalnızca insan iradesine istinad ettirilmiş ve dolayısıyla ferdiyetçi telakkiler ortaya çıkarak gelişme imkanı bulmuştur. Hukuk telakkisinin değişmesi dolayısıyla, Rönesans ve Reform hareketlerinin de yansımalarıyla, hukuk kavramı her türlü dini yargılardan arındırılarak laik bir düzleme oturtulmuştur.³³

Bu noktada tabii-hukuka laik veçhesinin kazandıran ve bu şekilde dizgeleşmesini temin eden Hugo Grotius'ü (1583-1645) da anmak gerekir. Yaşadığı devirde ünlü matematikçi ve filozof René Descartes'ın kurucusu olduğu Rasyonalizm akımından da etkilendiği açıkça belli olan Grotius'a göre, aklın buyruğu olan uyum içinde bir arada yaşamak insan varlığı için zorunludur ve bunu temin eden değişmez nitelikte bazı tabii kanunlar vardır. Bunlar tıpkı matematik aksiyomlar gibi "*a priori*"dir ve yine matematik aksiyomlar kadar açık, basit ve ispata ihtiyaç duymayan kaidelerdir. Bunun yanında tabii-hukuk ilkelerini

koymak olan Jean Bodin, ilk kez bölünme, sınırlama kabul etmeyen saltık egemenlik kuramını kamu hukuku literatürüne sokmuş olmasıyla ünlüdür. Yalnız bu mantık içinde kaynağını kendi kendinden alması lazım gelen saltık egemenliği metafizik söylemler ile Tanrı'ya bağlamak suretiyle kayıt altına koyması çalışması da kuramın sakatlığını meydana çıkaran boş bir çabaydı. İlginç bir gözlem: Bodin'in çağdaşlarından biri olan Johannes Althusius (1557-1638) da Bodin ile aynı saltık egemenlik kuramını ortaya koymuştur ki tek farkla, bu sefer bölünmez, devredilemez, saltık egemenliğin öznesi ve sahibi hükümdar değil, "halk"tır.

³¹ Mekanistik bir dünya görüşü olan ünlü bir filozof olarak dünya düzeninin sırrının çözmeye çalışan Hobbes'un İngiltere'sinde yaşanan iç savaş ve toplumsal, politik kargaşalar onu bitmek bilmez korku ve endişelere sürüklemiş ve o da bunun çaresini, topluluğun tüm bireylerinin muvafakati ile mutlak iktidarın bir monarka devredilmesinde bulmuştur. Hükümdar lehine tüm haklarından feragat eden insanlar, bunun karşılığında bir emniyet ve barış ortamında huzur ve güven içinde yaşayabilmek olanağına kavuşacaklardır. Devlet, sınırsız güçlü bir "ejderha", bir "Leviathan" dır. Böyle olmalıdır ki, düzen ve güvenliği sağlayabilsin. Ve bir şeyi kanun yapan da yalnızca güçtür. ("Auctoritas non veritas facit legem") Zaten Hobbes'un tercihini monarşiden yana kullanmasının nedeni de sözü edilen emniyet ve barış ortamını temin edecek elverişli koşulları yalnızca onda görmesidir. Bu bağlamda Hobbes isteği salt güvenliğin teminidir; ne de

“*a posteriori*” bir metodla da araştırmak mümkündür. Uygar ülkelerin hukuk sistemlerinde bulunan ortak hukuk kaidelerini ve müesseseleri de “*a posteriori*” tabii-hukuk ilkeleri olarak saymak lazım gelmektedir. Çünkü evrensel nitelikli bir sonuç, evrensel karakterde bir nedenin varlığını gerektirmektedir ve evrensel çerçevedeki bir inancı da insanlığın ortak sağduyusundan başka bir temele oturtmak mümkün değildir. Dolayısıyla tabii-hukukun genel ilkelerine göre ve aynı zamanda her memleketin şartlarının da gözetilerek adapte edilen pozitif kanunların çıkarılabileceğini de teslim etmek gerekir.

Grotius bununla beraber, tabii-hukukun ilahi kaynaklı olabileceğini; ancak Tanrı'nın bile bir kez tabii-hukuk kaidelerini belirledikten sonra onları değiştiremeyeceğini belirtmiştir. Tanrı adeta bir “*sened-i ilahi*” yapmış, ilkelerini belirlemiş ve “*ahde vefa*” (“*pacta sunt servanda*”) ilkesinin çerçevesi içine kendisini de dahil etmek suretiyle evrensel bir hukuk üstünlüğü ve hakimiyeti dizgesi kurmuştur.³⁴ Öyle ki, Tanrı olmasaydı ya da beşeri münasebetlere, dünyevi işlere karşı tamamen ilgisiz olsaydı bile tabii-hukuk bir zorunluluk olarak var olmaya devam edecekti.

olsa: “İnsan insanın kurdudur” (“*homo homini lupus*”) ve her yerde “herkesin herkese karşı mücadelesi” (“*bellum omnium contra omnes*”) hüküm sürmektedir. Oysa ki aracın amaca uygun olduğu ve isabetliliği iyi takdir edilmelidir. Çünkü: Özgürlüğün yolu yine özgürlükten geçer.

³² Tutarsız ve sakat kuramıyla mutlakliyetin son savunucusu ve sözcüsü olan Bossuet, krallığa bir din gibi bağlanmış ve kralı da kutsallaştırarak Tanrı'nın sözcüsü konumunda tasavvur etmiştir. Fakat Hobbes'un laiklik ve çıkarıcılık, emniyet arzusu dolayısıyla bel bağladığı krallığı; Bossuet'in geçmişe bağlılığı ve birlik temini için arzuladığını görürüz. Öğretisinin en çürük yanı ise devletin kişiliği ile kralın kişiliğini bir telakki edışıdir.

³³ Tam bu noktada 17. yy'da gelişen sözleşmecî tabii-hukuk anlayışıyla Ortaçağ'a özgü ilahi hukuk anlayışını birbirine karıştırmamak lazım gelir. Bu daha ziyade İlkçağ'daki -ve bilhassa Stoacılar'da ifadesini bulmuş olan- tabii-hukuk telakkisinin ihya edilmesidir. Zira yukarıda da belirttiğimiz gibi artık hukuk laik bir veçhe kazanmaya ve dini telakkilerle ilişkisi kesilmeye başlamıştır. Bu ayrımı en veciz şekliyle ifade eden Samuel Pufendorf (1632-1694) şöyle demektedir: “Tabii-hukuk salim muhakemenin emrettiği kaidelerdir. İlahi hukuk ise kutsal kitaplardan çıkarılmış olan kaidelerdir”. Bu bağlamda hukuk, Tanrı'nın üstün iradesi değil, ama insanların bağimsız vicdanlarının emridir.

³⁴ Grotius'un ilk belirlediği elementer nitelikli tabii-hukuk ilkesi “*ahde vefa*” (“*pacta sunt servanda*”) olmuş ve tüm diğer ilkeleri de bundan çıkarmıştır.

Tabii-hukukun kesin buyrukları, sosyal olguları ve devleti de yönlendirir. Devletin amacı ise tabii hukuku, bireysel özgürlükleri güvence altına almak ve insan doğasına uygun yaşamı, yani özgür bir yaşama ortamını sağlamaktır. Devlet de zaten hür iradelerin birleşmesiyle meydana gelmiştir. Sosyal sözleşme ile siyasal sözleşme ayırımına giden Grotius, bunun aynı zamanda tarihi bir gerçeklik olduğunu savunmaktadır. Ancak halk, kendi devletinin şeklini kendi takdir etmeye sahip olduğu halde, herhangi bir ciddi sorun ya da uyumsuzluk yaşasalar bile -söz konusu sorun bir müstebit de olabilir- tesis ettikleri düzeni değiştirme hakkına artık sahip değillerdir. Bu gibi bir müşkül durumda direnme hakkı tanımayan Grotius, esaret müessesesini de bir anlamda tanımış oluyordu. Bu bağlamda tabii-hukuk dizgesinin temelini teşkil eden "*ahde vefa*" ilkesine böylesine şekilci ve hakkaniyete aykırı bağlılığı kuramının en zayıf noktasını teşkil etmektedir.³⁵

Bu arada hukuk devleti idesinin dizgeleştirilmesi sürecinde bir başka Hollandalı olan Baruch (Benedict) Spinoza (1632-1677) ile karşılaşırız. Bilhassa kartezyen felsefeden³⁶ mülhem olan Spinoza geometrik metodu ve dizgesiyle etik alanındaki çalışmaları ile tanınmıştır. Spinoza'nın politik kurama yaklaşımı "*De Cive*" ve "*Leviathan*" başlıklı yapıtlarını incelemiş olduğu Hobbes'un politik kuramıyla aynı orijinden yola çıkmaktadır. Fakat ulaşılan sonuç açısından tamamıyla

Bu sebepten dolayı filozofumuz Tanrı'yı bile "ahde vefa" ile yükümlü kılmayı ve devlet kuramının temelini teşkil eden siyasal sözleşmenin bile her ne olursa olsun çözülemeyeceğini, hiçbir sözleşmenin fesh edilemeyeceğini benimsemek zorunda kalmıştır.

³⁵ Grotius hakkında fikir sahibi olabilmek için bkz., "*Savaş ve Barış Hukuku*", Çev., Seha L. Meray, Ankara, 1967.

³⁶ 17. yy Descartes'tan yana olanlarla Descartes'a karşı olanlar çarpıştığı bir ortamdır. Descartes, metodik şüpheciliği ve analitik geometrisi ile doğrulardan -ya doğru sanılanlardan- kuşkulanmayı öğretmiş ve bu suretle akıl yoluyla "doğru"yu bulmak için yeni bir yöntem ortaya koymuştur. Her türlü bilim dalı ile de ilgilenen Descartes, meşhur "*cogito ergo sum*" ("Düşünüyorum öyleyse varım.") önermesi ile insanın insan olma bilincini ve sırf bu "bilinç" ve hür "düşünce" dolayısıyla "varlık" kazanabildiğini açık seçik belirterek felsefeyi en temelinden inşaa etmeye başlamış ve modern felsefenin babası olmuştur. Descartes'ın bireyin önceliği ve insan bilincinin analizi hususundaki ısrarı, onun en uzun süren mirası olmuş (kurucusu olduğu analitik geometri hariç) ve Avrupa düşünce sisteminin yapısını değiştirmiştir.

farklıdır –hatta zıt- İkisinin de başlangıç noktası, her insanın, doğa tarafından kendi öz-çıkarcını gözetmek için güdülenmiş olmasıdır. İnsanlar, kaos, anarşi ve mücadele (Hobbes’u hatırlayınız. Bkz., dipnot 24) ortamından kurtulmak ve emniyetlerini temin etmek için “sözleşirler”. Sosyal sözleşmenin yapılmasındaki maksat, uygar toplumun amacı barış ve yaşamın güvenliğinden başka bir şey değildir ve öyleyse içinde insanların yaşamlarını dirlik içinde sürdürdükleri ve yasaların çiğnenmeksizin korunduğu bir egemenlik en iyisidir. Ancak Spinoza, bu noktadan itibaren Hobbes ile yollarını ayırır ve aksi istikamete doğru yol alır: Spinoza belirtmektedir ki, en ussal devlet ayrıca en özgür olanıdır; çünkü özgürce yaşamak tam onayla usun eksiksiz kılavuzluğu altında yaşamaktır. Ve bu tür yaşam en iyi güvencesini bir demokraside bulur; o demokrasi ki, *“Tüm hükümet biçimlerinden en doğal olanı ve bireysel özgürlükle en uyumlu olanıdır. Onda hiç kimse doğal hakkını artık sorunlarda sesini hiç duyuramayacağı denli saltık olarak devretmez; yalnızca kendisinin bir birimi olduğu toplumun çoğunluğuna terketmektedir. Böylece tüm insanlar, doğa durumu içindeymiş gibi, eşit olarak kalırlar. ... Bir demokraside us-dışı buyruklardan başka bir anayasa biçiminde olduğundan daha az korkulacaktır, çünkü ulusun çoğunluğunun, özellikle eğer bu büyük bir çoğunluksa, us-dışı bir tasarıda anlaşması hemen hemen olanaksızdır.”* (Tractatus Theologico-Politicus, 16.)

Spinoza birçok yönden sıkı bir politik gerçekçiydi; ama aynı zamanda devletin, içinde insanların ussal olarak yaşayabilecekleri bir düzeni sağlama işlevini vurgulamaktaydı. Ussal olan özgür olan demektir ve ussal bir varlık olan devlet insanları özgürleştirmelidir. Modern devlet düşüncesinin ilk demokrat filozofu da sayılan Spinoza, *“Tanrı bilimsel-Politik İnceleme”* si (*“Tractatus Theologico- Politicus”*) ile ömrünün vefa etmemesi yüzünden tamamlayamadığı *“Politik İnceleme”* sinde (*“Tractatus Politicus”*) bizlere konumuzla ilgili olarak -yukarıda zikredilenlerle beraber- şunları da aktarmaktadır:

“Devletin hakkı, halkın yasalarla özetlenmiş ve yüceltilmiş olan gücüdür; devletin hakkı bir uygulama yetkisidir, onun için de mutlak bir hak değildir. ... Onun için de devletin nihai ereği insanın özgürlüğüdür. ...

Hiç bir toplum bir yönetme yetkisi ve gücü, dolayısıyla insanların istek, keyif ve tutkularını dizginleyen yasalar olmadan ayakta duramaz. ... İşte bütün bunlardan ötürü, her toplum, olanaklar ölçüsünde, herkesin ortak olduğu bir devlet düzeni sağlamalıdır; öyle bir güç olmalı ki bu, herkes başkalarının değil kendi buyruğu altına girmiş olsun. ...”

Bütün bunlara ilaveten, ussal olarak örgütlenmiş bir toplumun temel niteliklerinden biri de dinsel hoşgörüdür. Spinoza'ya göre, birinin yargı, duygu ve inançları üzerindeki hak herhangi bir toplumsal bağitle vazgeçemeyeceği bir şeydir. Her insan, ortadan kaldırılamaz bir hakla kendi öz düşüncelerinin efendisidir. Böylece insanın vazgeçilemez, devredilemez tabii haklarından bahseden Spinoza, hoşgörüyü de sadece dinsel açıdan mütalaa etmeyerek sınırlamamış ve düşünce özgürlüğüne varana kadar muhakemesini sürdürmüştür ve hatta Spinoza için, salt ajitasyon, ayaklanmaya ya da yasaları çiğnemeye yönelik kışkırtma -yani bugün de kullandığımız, geçerli hukuki ölçütler- hareketleri hariç, düşünce özgürlüğünün toplum için zararlı olmasının aksine yararlı olduğunu belirtmektedir. Aynı düşünceyi çok daha derinlemesine ve dizgesel olarak birkaç yüzyıl sonra John Stuart Mill (1806-1873) inceleyecektir. Dahası özgürlük, doğal ve toplumsal bilimlerde ilerleme için de saltık olarak zorunludur. Ve bu özgürlüğün de en iyi güvencesi, bir demokrasidir. Sonuçta Spinoza'nın ortaya koymuş olduğu ilkeler bugün de tamamıyla geçerli olan prensiplerdir. Tam bu noktada, artık John Locke ile beraber siyasi liberalizmin ortaya çıkarak inkişaf edişine tanık olmaktayız. İlk kez John Locke'un politik dizgesi ile vücut bulmaya başlayan ve hukuk devleti dizgesinin ayrılmaz, olmazsa olmaz ("*sine qua non*") ilke ve unsurlarından biri olan kuvvetler ayrımı kuramı, işte tam bu noktada karşımıza çıkmakta ve bu noktadan itibaren dizgeleşmeye başlamaktadır. O yüzden, evvela, biraz kuvvetler ayrımı kuramı üzerinde duralım:

Devletin hukuka bağlanması veya devlet organlarının hukukla sınırlandırılması sorununu en etkili çözümü olarak mütalaa edilen ve hukuk devleti dizgesinin bel kemiğini teşkil eden unsurlar arasında önemli bir yere sahip olan kuvvetler (güçler, erkler) ayrımı, siyasal arenada bilhassa Montesquieu'dan beri sihirli bir formül gibi telakki edilmiştir.

Bir tüzel kişilik olarak devlet, iradesinin ifadesini ortaya koyacak somut organlara ihtiyaç duymaktadır. Bu organlar ise klasik anayasa hukuku kaidelerine göre fonksiyonel bir tasnife tabi tutulmaktadır. Çünkü devletin farklı -ya da farklılaştırılmış- görev ve fonksiyonlarının mevcudiyeti bu çeşit bir tasnifi de bilhassa sistematik açıdan zorunlu kılmaktadır. İşte bu sözü edilen klasik tasnife göre, anayasa hukuku açısından, devletin egemenliğine dayanan hukuki faaliyetleri üç kategoriye ayrılmaktadır. Bunlar: Yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarıdır.

Yasama, devletin temel hukuki işlevi, siyasal toplumun birincil karar alma mekanizmasını ifade etmekte; toplumsal yaşamı düzenleme ve toplumsal ihtiyaçları karşılama amacına yönelik, soyut, genel ve sürekli nitelikte, devlet yaptırımına bağlanmış hukuk kaidelerinin, kısaca en dar şekliyle yasanın yapılması biçiminde karşımıza çıkmaktadır. Yürütme ise, ikincil ve türev bir fonksiyon olarak yasaları özel ve özgü durumlara uygulamak ve icra etmek, işlem ve eylem şeklindeki icra faaliyetlerini gerçekleştirmek ve kamu hizmetlerinin görülmesini temin etmek şeklinde anlaşılır. Son olarak yargı fonksiyonu da dar anlamıyla toplum içerisinde ortaya çıkan her türlü hukuki sorunu, uyumsuzlukları çözüme kavuşturmak amacına matuftur.

Günümüz anayasacılığının temel sorunlarından biri olan yasama ve yürütme organları arasındaki ilişkinin nasıl düzenleneceği meselesi de bilhassa temel hak ve hürriyetlerin korunması ve teminatına yönelik olarak büyük bir ehemmiyet arz etmektedir. Hukuk devleti dizgesinin temel unsurlarından biri telakki edilen "*kuvvetler ayrımı*" ise bu sorunun çözümüne yönelik bir kuram olarak ortaya atılmıştır. Modern anayasacılık iktidarı bölerek hükümetin faaliyeti üzerinde etkin sınırlamalar sağlar. Böylece belirli bir sınırlama sistemi ile siyasal otoritenin despotik kullanımının önlenmesi ve bunun karşısında bireyin ve azınlıkların korunması sağlanmak istenir. (Aslında siyasal bilim açısından kararların alınmasına katılma biçiminde bir insan ilişkisi sosyo-psikolojik bağlamda bir rıza ve zorlama münasebetleri bütünlüğü olan iktidar, kamu hukuku ve devlet nazariyesi bakımından biraz daha farklı ve soyut bir kavramı

imlemektedir. Bu anlamda iktidarın sınırlandırılması kamu hukukunun yanında siyaset bilimini de yakından ilgilendiren bir sorun olarak karşımıza çıkmasına rağmen, biz burada olayı daha ziyade hukuki ve felsefi-nazari bağlamda incelemekte olduğumuzdan siyaset bilimi açısına girmeyeceğiz.) Bu durumun izahı ise iktidara güvenmeme ve onun gücünü denetim altında tutma isteğine dayanmaktadır. Bu bağlamda, iktidarın bölünmesinin modern anayasalarda, vatandaşlara özerk bir alanın tanınmasının da “*kuvvetler ayrımı*” içerisinde mütalaa edilmesi gerekir. Sonuç olarak kuvvetler ayrımı teorisinin gerçekleştirilmeye çalıştığı şey, sınırlı iktidarı yaratmak ya da iktidarı özünde sınırlamak ve bu suretle gücün yani iktidarın değil de hukukun üstünlüğünü ve hakimiyetini tesis etmektir.

Devletin fonksiyonları arasındaki farklılığın keşfedilmesi aslında o kadar da yeni bir olay olmayıp yine antik Yunan’a kadar uzanan bir geçmişe sahiptir. İlk olarak Platon’un “*Yasalar*” adlı eserine baktığımızda, filozofumuzun söz konusu ayrımı “*tüzenin koruyucuları*”, “*bakanlar*” ve “*kamu görevlileri*” gibisinden bir farklılaştırmaya, işbölümüne gitmesiyle sezdiğini söyleyebiliriz. Daha sonra, yine Platon’un öğreticisi olan Aristoteles’te söz konusu kuvvetler ayrımını daha açık bir şekilde bulabiliriz. Zira Aristo adalet, düzen ve kanun egemenliğinin yerleşmesi için yasama, yürütme ve yargı organlarının ayrı ayrı şekillerde kurulup, görev yapması gerektiğini savunmuştur, daha da ilginç, Aristo’ya göre kuvvetlerin ayrı olması denetim, eşitlik ve özgürlük açısından gereklidir. Bu üç güçten, biri kamu ile ilgili hususlarda karar verir; ikincisi yüksek memurluklardır, üçüncüsü ise adaleti dağıtan mekanizmadır ve bu organlar da günümüzün yasama, yürütme ve yargı organlarına denk düşmektedirler.

İşte kökleri antik Yunan felsefesine kadar uzanan, kuvvetler ayrımı dizgesi, kısaca kamu iktidarının birbirinden ayrı ve bağımsız kısımlara bölünerek bu güçlerin başka başka ellere tevdi olunması ilk olarak Amerikan ve sonra da Fransız devrimlerinde başlıca anayasal prensip olarak kabul edilerek en fazla bağlılık gösterilen anayasal ilkelere biri olmuş ve bu suretle ilk kez de pozitif hukukun içinde uygulanma olanağı kazanmıştır.

Gerek 1787 Federal Amerikan Anayasası'nı hazırlayanlar olsun, gerekse de 1791 Fransız Anayasası'nı kaleme alanlar olsun, kuvvetler ayrılığı prensibini vatandaş hak ve hürriyetlerinin teminat altında bulunması için başlıca şart telakki ederek hareket etmişlerdir. Öyle ki, Fransız Devrimi'nden hemen sonra yayınlanan İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin³⁷ 16. maddesi açıkça: "*Hakların teminat altına alınmadığı, kuvvetler ayrılığının belirtilmediği bir toplumda anayasa yoktur.*" demekte ve bu bildiri de 1791 Anayasası'nın başlangıç bölümü olarak aynen kabul edilmektedir.³⁸

Zaten Amerikan ve Fransız devrimlerinin fikri ve nazari temelleri araştırılacak olursa her ikisinde de karşımıza, hemen hemen aynı kaynaklar çıkmaktadır. Şu kesin bir gerçektir ki, Amerikan bağımsızlık Savaşı'ndan sonra ilan edilen bildirimlerde ve bilhassa 1787 Birleşik Devletler Anayasası'nda çok bariz bir şekilde Locke'un etkisi vardı. Öyle ki, anayasal metinlerde kullanılan kavramların dahi birçoğu Locke'a ait olup, Locke'dan alınmadır. Bunun yanında açık bir şekilde Amerikalıların İngiltere'den getirdikleri anayasal teamüller ve geleneklerle, kuvvetler ayrımını sistematize eden Montesquieu'nun etkileri vardır. Fransız Devrimi'nde ise Amerikan Devrimi'nin şevk, cesaret ve heyecanı ile bilhassa Fransız aydınlanma filozoflarının {Voltaire³⁹ (1694-1778), Diderot⁴⁰ (1713-1784) gibi} ve bunlardan Jean Jaques Rousseau ile Montesquieu'nun tesirleri gözlenmektedir.

³⁷ Ünlü Fransız filozoflarından ve Fransız Devrimi'nin öncülerinden Condorcet (1743-1794) bu hususta şunu söylemektedir: "Aydın kişilerin yazacağı bir İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi bütün iktidarların gerçek dizgini olur. Hakın rahatını ve bireylerin güvenliğini tehlikeye sokmadan iktidarlara izinleyecek tek yol da budur."

³⁸ Bkz., Prof. Dr. M. Aydoğan Özman, "*İnsan Hakları ile İlgili Temel Metinler*", Ankara, 1967; Mehmet Turhan, "*Anayasal Devlet*", Ankara, 1997.

³⁹ Voltaire özgürlük hakkında şunları söylüyordu: Özgür olmak, eşit insanlar arasında yaşamak, gerçek hayattır; insanın doğal hayatı. Başka türlü insanlığa aykırı bir uydurmadır; kötü bir komedyadır ... Şu gerçek su götürmez: Kim özgürlüğünü yitirmişse, onu savunmadığı için yitirmiştir." (Dialogues, 1787).

⁴⁰ Diderot ise halk egemenliği yani demokrasi ve yasalar ilişkisi ve anayasal teminatı hakkındaki fikirlerini şöyle belirtmekteydi: "Gerçek egemen ulusun kendisinden başkası olamaz; gerçek yasacı halktan başkası olamaz. Tepeden inme yasalara halkın candan bir saygı duyduğu binde bir görüldür; ama yasaları kendi yaptı mı, kendi işi bilip yürütecek, koruyacaktır onları. Bunlar artık bir kişinin sorumsuz istekleri değil, birçok insanın

Konumuza geri dönecek olursak, kuvvetler ayrılığı ilkesini ortaya koyanlar, nereden gelirse gelsin, yönetimde istibdatı önleyecek bir yol aramakta ve onu da kuvvetlerin tek bir elde toplanmasını önlemekte bulmaktadırlar. Bu telakkinin ortaya çıkışında ve kuvvetler ayrımının dizgeleştirilerek oturtulmasında kuşkusuz en büyük rolü Montesquieu oynamıştı. Ancak siyasi iktidara karşı hürriyetlerin korunması meselesinin ele alınışıyla birlikte kuvvetler ayrımının bir çözüm olarak sunulması daha evvel de belirttiğimiz gibi ilk kez John Locke (1632-1704) tarafından gerçekleştirilmiştir. Kuvvetlerin ayrılması prensibini millet egemenliği ve temsili hükümet açısından ilk defa John Locke incelemiş devlet yönetiminde yasama, yürütme ve federal zaviyeden olmak üzere üç kuvvet öngörmüştür. Locke meşhur "*Two Treatises of Government*" (1689) ("*Hükümet Üzerine İki İnceleme*") isimli eserinin ikinci kitabını oluşturan denemesinde "*sivil hükümetin asli kaynağı*" ("*treu original of civil government*") olarak yurttaşı Hobbes gibi sosyal sözleşmeyi göstermiştir. Fakat Locke'un sosyal sözleşmesi ile Hobbes'un sözleşmesi arasında bireylerin benimsediği ve devletin oluşumunu tayin eden bir sözleşme yapılması haricinde hiçbir benzerlik yoktur. Herşeyden evvel amaçlar farklı ve hatta birbirine taban tabana zıttır. Locke da Hobbes gibi, iktidarın ve devletin olmadığı yalnızca münferit bireylerin bulunduğu bir "*tabiat hali*" tasavvur etmiş; fakat Locke bu "*hali*", Hobbes gibi bir kuvvet ve mücadele, savaş hali olarak değil, ama bir barış, huzur ve esenlik ortamı olarak düşünmüştür. Locke'a göre "*doğal durumda*", insanlar doğallıkla özgür ve eşit idiler. Locke, bu ifadelerle ahenkli bir tablo çizmekteydi. Dünya, hiç

kendi mutlulukları, güvenlikleri üstüne birbirine danışarak vardıkları istekler olacaktır. Boşunadır yasalar, herkesi eşit olarak mükellef kılıyorsa; boşunadır yasalar, toplumda bir tek kişi bile onları ceza görmeden çiğneyebiliyorsa. Onun için bir anayasanın ilk işi, bana yasaları herkesin dinlemesini sağlamak için neler düşünüldüğünün söylenmesidir.

Bir anayasanın ilk sözü devletin başındakini bağlamalı, şöyle başlamalıdır: Biz halklar ve biz halkın başındakiler, bizi eşitce yargılayacak olan yasalara antlaşılarak bağlanıyoruz. Biz baştakiler, bu yasaları değiştirir ya da çiğnersek, biz halkın düşmanı olmuşuz demektir ve halk bize düşman olmakta haklıdır. Bu durumda antlaşmayı bozulmuş sayıp bizi kovuşturabilir, başından atabilir, gerekirse öldürebilir de. İlk yasamız budur bizim. Ölümünden ölüm beğensin yasaları hor gören devletli; ölümünden ölüm beğensin yasaların hor görülmesine katlanan halk." (Kralın Yasa Koymak İçin Sayılarına Yönereği Üstüne Düşünceler, 1774)

de Hobbes'un bizi inandırmaya çalıştığı gibi, yoksul, iğrenç ve acımasız değildir. Locke'un ifadeleriyle: *"Aynı cinsten, eşit statüde ve fark gözetilmeksizin tabiatın aynı nimetlerinden faydalanan ve aynı becerileri kullanmak üzere dünyaya gelen mahlukatın, hükmetmeden ve boyun eğmeden eşit bir şekilde yaşamak zorunda olmalarından daha tabii birşey olamaz ..."* (Treatises of Civil Government, II, 4).

Burada Locke'un da ifade ettiği gibi tabiat kanunu egemendir ve bu kanun usa uygundur. Ve doğa durumu da başı buyrukluk değil, bir özgürlük durumudur. *"Doğa durumunun onu yönetecek bir doğa yasası vardır ki herkesi bağlar ve bu yasanın kendisi olan us, ondan başka hiçbir şeye danışmayacak olan insanlığa öğretir ki, tümü de eşit ve bağımsız olmakla, hiç kimse bir başkasının yaşamına, sağlığına, özgürlük ya da iyeliklerine zarar vermemelidir."* (Deneme, II, 6). Ve buna göre, insanın doğal hakları olduğu gibi, bu hakları ve özgürlüğünü koruması sadece bir hak değil, aynı zamanda bir ödevdir.

Bununla birlikte, Locke'un dikkatini birincil olarak yönelttiği hak, mülkiyet hakkıydı. İnsanın kendini koruma ödevi ve hakkı olduğu için, bu amaca yönelik araçlara da ihtiyacı vardı. Locke, burjuvazinin görüş ve beklentilerinin bir sözcüsü ve kuramcısı olarak, tabii-hukukun özel mülkiyet hakkını tanıdığını ve gerektirdiğini ifade ediyor ve bir şeye sahip olma hakkını yani mülkiyet hakkını verenin, meşrulaştırmanın emek olduğunu söylüyordu. *"Vücutunun ortaya koyduğu iş ve ellerini kullanarak ortaya koyduğu eserin, esasen kendi serveti, mülkü olduğunu söyleyebiliriz. ... ona kendi emeğini karıştırmış. ... Böylece onu kendi mülküne dönüştürmüştür."* (Deneme II, 27).

Ancak Locke, sınırsız mülkiyet hakkını da reddediyor ve *"Bu yolla bize mülkiyet veren aynı doğa yasası o denli de o mülkiyeti sınırlar"* diyordu. (Deneme II, 39). Ve böylece, her insan ihtiyacı olduğu kadar mülk sahibi olmalıdır. Fakat genel olarak alındığında mülkiyet kavramı çerçevesinde yaşam ve özgürlük hakkını da gören Locke bundan sonra politik toplumun oluşumuna geçmektedir. Zira bu toplumun gaye ve hedefi ise: *"Özgürlüğün ve mülkiyetin karşılıklı olarak korunması için birarada yaşamaktır; genel mülkiyet kavramı ile benim özetlemek istediğim budur."* (Deneme II, 23). Çünkü insanlar doğa durumunda dü-

şünüldüklerinde birbirlerinden bağımsız olsalar da, edimsel yaşamda hak ve özgürlüklerini korumak güçtür. Zira tümünün de eşit haklardan ve ahlaksal olarak başkalarının haklarına saygı gösterme yükümlüğü altında bulunmaları olgusundan tümünün de edimsel olarak başkalarının haklarına saygı gösterdikleri sonucu çıkmaz. Öyleyse, hak ve özgürlüklerinin daha etkili bir şekilde korunması için örgütlü bir toplum oluşturmak lazım gelir. Buradan aynı zamanda, aynı makul nedenlerden ötürü (pratik hayat dolayısıyla) doğal yasayı tanımlayacak ve çekişmeleri bir karara bağlayacak bir yasanın mevcudiyeti de elzemdir ve aynı şekilde yerleşik ve ortak olarak tanınan bir hukuk dizgesinin olması da gereklidir. Politik toplum, insanların karşılıklı rıza ve muvafakati üzerine doğmuştur. Locke bu hususta şöyle demektedir: “*Siyasal toplum, ancak üyelerinden her birinin, bizzat toplum otoritesi tarafından yapılan, onun korunması için müracaat edilen ve bireyi bundan hariç tutmayan kendi tabii otoritesinden toplum yararına her durumda feragat ettiği yerde teşekkül eder.*” (Deneme II, 87).

Dolayısıyla sivil ya da siyasal toplum –ki Locke her iki kavramı da aynı anlamda kullanmaktadır– özgürlüğü muhafaza etmek için bir takım hak ve özgürlüklerden feragat etmeyi gerektirir. Ve her birey, gerçekten de doğa durumundaki sahip oldukları kendi yasama ve yürütme güçlerinden vazgeçmektedir. Ama insanlar bu güçlerden, özgürlüklerinden daha güvenli bir biçimde yararlanabilmek için vazgeçmektedirler. Bu bağlamda, yasama ve yürütme güçlerinin kaynağı da söz konusu toplum olmaktadır ve siyasal toplumlar ittifaklar neticesinde teşekkül ettikleri içindir ki, bu toplum çoğunluk prensibince yönetilir.⁴¹

⁴¹ Bu telakki Locke’un görüşlerinin belki de en zayıf noktasını teşkil etmektedir. Çünkü bu suretle çoğunluğun istibdatı dediğimiz tehlikeli olgunun ortaya çıkması muhtemeldir. Ancak Locke, ya bu kadar ince düşünememiş veyahut bu düşünceden kaçınmıştır. Ya da başlıca kaygısı olan mutlak monarşinin toplumsal sözleşmeye aykırı olduğu gerçeğini göstermek ve hiç kuşkusuz çoğunluk egemenliğinin özgürlük için yarattığı tehlikenin mutlak monarşinin yarattığı tehlikeye nisbeten önemsiz olduğunu düşünmüştür. Ne de olsa: “kimi insanlar tarafından dünyada biricik hükümet olarak sayılan mutlak monarşi, gerçekten de yurttaş toplumu ile bağdaşmazdır ve böyle bir yurttaş hükümeti biçimi olamaz”. (Deneme VII. 90) Daha sonra bu telakki biçimi Rousseau’da en tehlikeli şekline kavuşacaktır.

Ayrıca Locke, yine Hobbes'tan farklı olarak tek bir sözleşmeden değil; ama toplumun kurucusu olan bir toplumsal sözleşme ile hükümetin kurulmasını sağlayan bir siyasal sözleşmeden bahsetmiştir. Bu bağlamda, Hobbes'un kuramı üzerine egemenin devrilmesi mantıksal olarak söz konusu toplumun da çöküşünü ve çözülüşünü getirirken, Locke'un kuramına göre egemenin devrilmesi ya da değişmesi bu çeşit bir mahzur ihtiva etmemektedir. Bu ise Locke'un kuramının demokratik karakterinin pekiştirmektedir. Burada belirtilmesi gereken bir husus ise Hobbes'un kuramında, toplumsal sözleşme ile kişi tüm hak ve özgürlüklerinden egemen lehine vazgeçerek bir çeşit köle haline gelirken; Locke'a göre kişi, sözleşme ile birlikte tüm hak ve hürriyetlerinden feragat etmemiş ve zorunlu, vazgeçilmez, devredilemez, tabii nitelikteki hak ve hürriyetlerini muhafaza etmiştir. Bu çekirdek hak ise daha evvel belirttiğimiz üzere geniş anlamda mülkiyet hakkıdır.

Locke, yasamadan "*commonwealth*"deki en yüksek güç olarak söz etmektedir. Ve toplumun herhangi bir üyesindeki ya da parçasındaki tüm başka güçler, ondan türemeli ve ona alt güdümlü olmalıdır.⁴² Locke'a göre, yasaları yapan kişilerin onları kendilerinin yürütmeleri hiç de istenilebilir birşey değildir. Çünkü; "*kendilerini, yaptıkları yasalara boyun eğmeden bağışık tutabilirler ve yasayı hem yapılması hem de yürütülmesi sürecinde kendi öz çıkarlarına uydurarak toplumun geri kalanından ayrı bir çıkar gütmeye başlayabilirler.*" (Deneme XII. 143). Öyleyse devletin yasama ve yürütme organları ayrı ayrı olmalıdır. Bununla birlikte, yalnızca tek yüksek güç olan yasama erki yine de belli amaçlar doğrultusunda davranması gereken bir güçtür ve halk, yasama erkinin ona duyulan güvene aykırı davrandığını gördüğü anda onu iktidardan uzaklaştırma ya da değiştirme için gereken yüksek karakteri de her halükarda muhafaza etmektedir. Dolayısıyla yasamanın gücü de mutlak ve keyfi, denetimsiz bir güç değildir.

Yasama organının yerine getirmekle mükellef olduğu sorumluluklar vardır. Bunlar; herkes için aynı olan ve özel, bireysel durumlarda değişmeyen, eşit ve bildirilmiş yasalar

⁴² Bu tercihin nedeni ise tarihsel ve psikolojik sebeplerle izah edilebilir. Locke, bir İngiliz'dir ve parlamento yanlısı bir pürüten.

yoluyla yönetmek; yasalarla kamu yararını gözetmek; halkın ya da temsilcilerinin muvafakatı olamadan vergileri yükseltmemek ve son olarak da yasama yetkisini, halkın bu gücü vermediği birine ya da makama, organa devretmemektir.

Burada Locke, halka herhangi bir düşman işgali ya da despotik, müstebit bir idare karşısında direnme hakkı da tanımaktadır. Yönetim ya da hükümet, iktidarının meşruiyetini ne zaman yitirir ve gayri meşru bir otorite ve hükümet haline dönüşürse, halkın itaat mecburiyeti kalkar ve direnme bir hak ve hatta bir ödev olarak karşımıza çıkar. Çünkü sözleşmeye dayanan devlette, yasama ve yürütme yolunu şaşırarak, yoldan çıkacak olursa, söz konusu temel dayanak, sözleşme, bozulur ve ulus direnme (ve devrim) hakkını eline alır. Keyfi idare başgösterdiği takdirde ulusun iradesi hiçe sayılmış olur ve istibdatla mücadele ise insanlığın en aziz hakkı ve en başta gelen borcudur. Burada direnme hakkının meşruiyeti daha doğrusu haklı olarak kullanılıp kullanılmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Soru ise hakemin kim olacağı, hakkın meşru suretle kullanılıp kullanılmadığının kimin tarafından takdir edileceği meselesidir. Locke, buna şöyle cevap vermektedir: *"Borçlunun, borcu verip vermediğini alacaklıdan başka kim daha iyi bilebilir ki? Hükümet ve meclis, politik topluma karşı birtakım ödevler borçludur. Bu ödevleri yerine getirip getirmediğini de yine halktan başka kim daha iyi değerlendirebilir ki?"* Fakat yine de bir açık nokta kalmaktadır. Söz konusu mesele ise hakkın meşru kullanımı sorunsalına yönelik hüsnüniyet sorunsalıdır. Ona da biz cevap verelim: Hüsnüniyet sorunsalının çözümü ise halkın vicdanındadır. Kanaatimizce halk oldukça sabırlı, sebatkar ve hoşgörülü olduğundan başka vicdanlıdır da.⁴³

Son olarak Locke, *"Hoşgörüyeye Dair Mektup"* ("A Letter Concerning Toleration") -1689- isimli eserinde de devlet ve kilise arasında ilişkileri ele alırken bu iki müessesenin kesin bir şekilde ayrılmasını tavsiye etmiştir. Çünkü Locke'a göre devlet, hayat, özgürlük ve mülkiyet gibi vatandaşın çekirdek hak ve özgürlüklerini korumakla iktifa eder ve bundan sonra vatandaşının özel hayatına müdahale edemez. Din ve vicdan

⁴³ Direnme hakkı -ya da devrim- için bilhassa bkz., Mahmut Esat Bozkurt, *"Atatürk İhtilali"*, İstanbul, 1995 ve genel bilgi için: Prof. Dr. Münci Kapani, *"Kamu Hürriyetleri"*, Ankara, 1981.

hürriyetini de bu suretle tanımış olur. Bu hususta da düşüncesini desteklemek için şu argümanları ileri sürer: Tanrı hiç kimseye bir başkasını hidayete erdirmeye görevi vermemiştir; devlet, zor kullanarak kimseyi hakiki imana kavuşturamaz, çünkü inanç, "kanunlar yolu ile düzenlenemez" ve kanuna konu olamaz; son olarak da zorla iman insanın ruh sağlığını temin edemez. (Burada empirizmin -görgücülük- de kurucusu olan liberalizmin babası Locke'un epistemolojik yargılarını da müşahade edebiliriz.) Locke, burada kendi zamanını da aşarak eleştirel bir akılcılık yürütmekte ve insanı Tanrı'ya götüren yolun belli olmadığını, dolayısıyla insanı Tanrı'ya ulaştırabilecek birçok yol olabileceğini ve kilise de dahil olmak üzere beşeri doğası gereği herkesin yanılabilceğini kabul etmektedir. Hiç kimse kendi yolunun doğruluğunu garanti edemez; hatta otoriteler bile. Bu nedenle yönetenler de mantıki olarak hiç bir inanç ve kanaati zorla kabul ettirme hakkını kendinde bulamaz. Zaten iman, insanın Tanrı ile kendisi arasında gelişen özel ve vicdani-tinsel bir ilişkidir. Buradan yola çıkarak Locke hoşgörüyü salık vermekte ve hatta bu hoşgörünün ateistleri de kapsamaması için hiçbir neden görmemektedir. Zaten insan kendi vicdani kanaatleri yerine bir başkasının empoze ettikleri ve talimatları ile hareket ederse Tanrı katında günah işlemiş sayılır. İşte burada da filozofumuzun çağların ötesine geçen görüşleriyle karşı karşıyayız. Locke'un hoşgörü öğretisi de Hukuk devletinin vazgeçilmez prensip ve unsurlarından biri olan laiklik ilkesi için yeterli bir felsefi, manevi argüman, dayanak teşkil etmektedir kanaatimizce.

Lakin "Aydınlanma" üzerinde büyük bir etkisi olan ve Amerikan anayasal sisteminin de doktrin açısından manevi rehberi olan Locke'u bir super-kahraman gibi görmemek de realitelere uygun bir davranış olur. Bütün bunlara rağmen, Locke'un demokratik ve liberal hak ve hürriyetlerinin kadınları⁴⁴

⁴⁴ Burada kadın haklarının savunusunu gerçekleştiren ve zamanının güya aydınlanmış entellektüellerinin dahi duymaktan pek hoşlanmadığı -ya da duymak bile istemeyeceği- türden savlar ortaya atan Mary Wollstonecraft'ı (1759-1797) anmak isabetli olacaktır. "Kadın Haklarının Savunusu" adlı yapıtı ile Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi ve Thomas Paine'in "İnsan Hakları" isimli yapıtını yankılayan bir feminist bildirge olarak telakki edilebilecek nitelikte bir eser ortaya koyan Wollstonecraft'ın yaptığı, liberalizmin vazgeçilmez ve devredilmez tabii haklar öğretisini kadınlara uyarlamaktı. Wollstonecraft çok haklı olarak şöyle diyordu: "Zihnin cinsiyeti yoktur."

ve yoksulları kapsamadığı öne sürülmüş ve kendisinin ticaret ve plantasyonlar kurulunun sekreteri olması dolayısıyla köle ticaretinden para kazandığı ileri sürülmüştür. Ancak daha evvel, Locke'un mülkiyet anlayışı hususunda belirttiklerimize bakılırsa iddiaların bazılarının yersiz ve hatta yanlış olduğu akla gelmektedir. Ama şu da bir gerçektir ki, kimse bir melek değildir.⁴⁵

Kuvvetlerin ayrılmasından bahsedilince adı en başta hatırlanan Montesquieu de geniş ölçüde Locke'un ve İngiliz Anayasal sistemini tesiri altına kalmıştır. Ancak Montesquieu Locke'dan farklı olarak, yasama ve yürütme güçlerine yargı gücünü de eklemiş ve kuvvetler ayrımı üzerinde bilhassa durarak açık ve net bir kuram ortaya koyarak kuvvetler ayrımı prensibinin dizgeleşmesini sağlamıştır.

Montesquieu (1689-1755) tümevarım metodunu kullanarak ve gerek tarihi realitelere ve gerekse müşahadelere dayanarak ortaya çıkardığı "*Kanunların Ruhu*" ("*De L'esprit des Lois*") isimli eserinde mukayeseli bir toplum ve hukuk incelemesine girişmiştir. Her ne kadar hukuk sosyolojisinin öncülerinden sayılsa da kullandığı tarihi, sosyolojik ve görgül metoda rağmen Montesquieu tabii-hukuk telakkisine de yakın görünmektedir. Montesquieu'ye göre geniş anlamda kanunlar, eşyanın tabiatından gelen zorunlu ilişkilerdir. Bu bağlamda Montesquieu, fizik kanunlardan yola çıkmaktadır. Montesquieu de bir "*tabiat hali*"nden söz etmiş, bu haldeki insanların toplumu oluşturmadan evvel doğa kanunlarına göre yaşadıklarını tasavvur etmiştir. Locke gibi, Hobbes'un da görüşünü paylaşmayan Montesquieu, barış, huzur ve güven ortamı arayışları, zorunlu ihtiyaçların tatminini temin ve bir arada yaşama (sosyallik) güdüsü dolayısıyla toplumun vücut bulduğunu; ancak toplumun ortaya çıkışından sonra bir mü-

⁴⁵ Locke'un mülkiyet anlayışının geniş bir anlama sahip olduğuna ve Locke'un mülkiyet kavramının çekirdek hakları kapsadığına dikkat çekmek isteriz. Ayrıca temsil hususunda da "no taxation without representation" (temsilcilerin onayı olmadan vergi konulamaz) prensibi ile "no representation without taxation" (vergi yoksa temsil de yoktur) prensibi karıştırılmamalıdır. Locke burada vergi vermeyenin (yani mülkü olmayanın) temsil edilemeyeceğini değil, fakat temsilsiz vergi olmayacağını ifade etmiştir. Bunun da yoksulları siyasal haklardan mahrum kılabilecek bir boyutu yoktur diye düşünmekteyiz.

cadele ve savaş halinin başladığını ileri sürmektedir.⁴⁶ Çünkü siyasal toplum ortaya çıkmadan evvel korku ve endişe içindeki güçsüz bireyler, siyasal toplumun vücut buluşuyla kendilerinde bir mücadele kuvveti bulurlar ve bu suretle mücadele ortamı doğar. Ve çünkü siyasal toplum içerisindeki her fert, toplumun başlıca kaidelerini kendi çıkarları ve yararları doğrultusunda değiştirmek ister. İşte, bu mücadeleleri önlemek, barış, huzur ve güven ortamını tesis etmek için beşeri münasebetlerin kanunlarla düzenlenmesi gerekmektedir. (Burada Montesquieu üçlü bir hukuk tasnifi yapmakta ve “*droit des gens*” (kavimler hukuku), “*droit politique*” (siyasi hukuk) ve “*droit civil*” (medeni hukuk) ayırımına girmektedir.) Montesquieu’ye göre, her milletin kanunları : Mevcut hükümet şekline, iklime ve coğrafyaya, halkın yaşam tarzına, anayasanın tanıdığı hürriyet derecesine ve son olarak da halkın nicelik ve niteliklerine göre olmalıdır.⁴⁷ Bunların haricinde bir de kanunun yöneldiği amaç vardır ki, bu da “*kanunların ruhu*” dur.

İklimlerin ve bunun yanında coğrafyanın toplum ve hükümet şekillerine ve niteliklerine yönelik tesirleri üzerinde hususiyetle durarak sosyo-psikolojik tahliller yapan Montesquieu siyaset sosyolojisinin de habercilerinden biri olarak telakki edilebilir. Aynı zamanda, Stoacılar’dan beri, esaret müessesesine ilk kez en sert çıkışı ve reddi gerçekleştiren de Montesquieu olmuştur. Montesquieu, savaş esirliği de dahil olmak üzere köleliğin her türüne karşı çıkmış ve reddetmiştir. Bu arada hükümet şekilleri yönünden bir tasnif de gerçekleştiren Montesquieu, monarşi, aristokrasi, demokrasi ve despotizmi tanımlamış ve gayri meşru bir hükümet biçimi olan despotik idareyi, anayasanın ve yasaların olmadığı korku dolu, keyfi bir zulüm idaresi olarak tanımlamıştır. Fakat gerek sistematik, gerekse esas yönünden sakat olan bu tasnifin en hatalı yönü monarşiyi verili olarak erdemli bir idare olarak kabul etmesidir. Oysa ki aristokrasi ve monarşi ile despotizm arasındaki çok ince bir sınır vardır ve tabii ki, halkın idaresinin kaim olmadığı bir yerde de hürriyetten söz açılmaz. Bunun tenkidini bir yana bırakıp kuvvetler ayrımı nazariyesine dönecek olursak;

⁴⁶ İşte tam bu noktada Hobbes ve Locke’un tasavvur ve görüşlerinden çok daha farklı bir tasavvurun yer aldığını görmekteyiz.

⁴⁷ Buradan yasaların göreliliğine ulaşmaktadır Montesquieu.

Montesquieu, bu prensibe, anayasaların vatandaş hürriyetiyle olan münasebetlerini incelerken ulaşmaktadır. Politik özgürlük der Montesquieu, sınırsız özgürlükten değil, ama “yalnızca istememiz gerekeni yapma gücünden ve istemememiz gerekeni yapmaya zorlanıyor olmamaktan” kaynaklanır. Montesquieu’ye göre: “Özgürlük, yasaların izin verdiği herşeyi yapma hakkıdır”. (Yasaların Ruhu, XI, 3). Özgür bir toplumda hiçbir yurttaş, yasa tarafından izin verilen yolda davranmaktan alıkonamaz ve hiçbir yurttaş yasa, onun kendi eğilimini izlemesine izin verdiği halde tek bir yönde davranmaya zorlanamaz. Bu halde Montesquieu’nun özgürlük anlayışı oldukça sorunludur. Çünkü salt mevzu kanunlara riayetle hürriyetin gerçekleşeceğine inanmak tamamiyle bir yanılgı ve aldatıcı bir sanıdır. Zira, kanun, despotik ve baskıcı bir düzenlemenin de ifadesi olabilir. Montesquieu’nun hatası, kanunun menşeyini hukukta arayacak yerde, hukuku kanuna dayandırmış olmasıdır.⁴⁸

Montesquieu’ye göre, yasama, yürütme ve yargı erkleri tek bir insanın ya da tikel bir insanlar kümesinin yetkisine bırakılmamalıdır.⁴⁹ Birbirlerinden öyle bir yolda ayrı ya da bağımsız olmalırlar ki, birbirleri üzerinde denetleyici bir etkide bulunabilsinler ve despotizme karşı bir çeşit koruyuculuk işlevini gerçekleştirsinler. Montesquieu’ya göre, bu suretle egemenlik üç ayrı kuvvet arasında bölüşülmüştür. Bunların herbiri ayrı ve müstakil ellere tevdi edilmelidir. Bunun nedenlerini ise şöyle sıralamaktadır: İnsan tabiatı elindeki gücü suistimale müte-mayildir. Hürriyet ise ancak iktidarın kötüye kullanılmadığı toplumlarda mevcut olabilir. Montesquieu’nun buna önerdiği çözüm ise şudur: “Güç, gücü durdurur. Gücün suistimal edilmemesi için tek çare, gücün gücü durdurmasıdır.” Aksi halde kanunun veya Anayasa’nın çizdiği sınırlar ister istemez çiğnenecektir. Kanunlara uyulsa bile, bu kuvvetlerden ikisi veya üçü birden aynı organın elinde toplanırsa kişi özgürlüğü tehlikeye girer. Yasama yetkisi ile yürütme yetkisi veyahut yasama yetkisi

⁴⁸ Bu hatalı ve tehlikeli telakkinin en radikal ifadesi ise 20. yy’da Hans Kelsen’in ortaya koymuş olduğu normativist-pozitivist kuramda karşımıza çıkmaktadır.

⁴⁹ Montesquieu bu hususta şöyle demektedir: “Eğer aynı insan veya soylular veya zenginlerin önemli bir bölümü veya halk arasından gelenler bu üç iktidarı da kullanacak olursa her şey yitirilecek demektir...” (Yasaların Ruhu, VI, 11)

ile yargı yetkisi aynı organda toplanacak olursa zalimane bir biçimde tatbik edilmek üzere yine zalimane kanunlar yapılabilecektir. Bu vatandaşların hayat ve hürriyetleri üzerinde her türlü keyfi tasarrufun gerçekleştirilebileceği anlamına gelmektedir.

Montesquieu'nun kuvvetler ayrımı kuramı, ortaya atıldığı tarihten günümüze kadar çok çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır. Ancak 18. yy'ın sonlarında mutlakiyeti yıkmak ve onun yerine demokratik bir rejim getirme çabasında olan devrimciler için kuvvetler ayrımı derde deva bir formül telakki edilmiştir. Fakat günümüzde bu prensibe etkisi kadar bel bağlanmamaktadır. Zira günümüzde siyasal rejimlerin boyutları ve içerikleri farklılaşmış ve kompleks bir mahiyet arz etmeye başlamıştır. Nitekim devletlerin politik kurumları ve organları siyasi partiler, baskı ve menfaat grupları, sosyal sınıf olguları tarafından derinden etkilenmekte ve sosyo-politik, ekonomi-politik ilişkiler çok karmaşık bir mahiyet arz etmektedir. Bu sebeplerden ve bilhassa siyasi partiler ve parlamenter ilişkiler, günümüzde, yasama ve yürütme erk ve organları arasında bu çeşit bir ayırım yapabilmeyi güçleştirmektedir.⁵⁰ Bugün parlamenter rejimlerin kuvvetlerin ayrılması ve erkler arasında denge sağlama prensipleri üzerine oturduğunu pek söyleyemeyiz.

Ancak kuvvetler ayrımı kuramının, Birleşik Devletler'de, bazı anayasal usul ve teamüllerle tadil edilip uyarlanmasıyla ve yargı erkine özel bir önem verilmesiyle (Supremecourt'u hatırlayınız) kuramın teorisyenleri tarafından öngörülme-yen bir şekilde, pratik bir kullanıma sahip olduğunu da görmekteyiz.

İşte tam bu noktada yargı erkinin özel bir önem kazandığını görürüz. Gerçekten de, artık kuvvetler ayrımına gidilmesinden ziyade, hak ve özgürlüklerin, hukukun üstünlüğü ve hakimiyetinin teminatı bağlamında bağımsız yargı gücünün bilhassa diğer devlet organları ve öncelikle yürütme üzerindeki denetim yetkisinin arzettiği önem kuşkusuzdur. Bu noktada yargı erki anahtar bir rol oynamaktadır. Devlet kudretini sınırlama hususunda yargı erkinin frenleyici ve denetleyici etkisi tartışılmaz

⁵⁰ Zaten zamanımızda kuvvetler ayrımı sert bir biçimde telakki edilmekte ve kuvvetler dengeli işbirliğinden söz edilmektedir.

olup, devlet faaliyetlerinin ve işlemlerinin hukuka uygunluğu yargı denetimi sayesinde gerçekleştirilebilir ancak.⁵¹

Bütün bu gerçekler ise hukuk düzeninin yapılanmasında idari yargı denetimini de gündeme getirmektedir. İdari yargı denetiminde, ilke, "yaygın denetim"dir. Denetim sistemi ne olursa olsun, bir kısım idari işlem ve eylemler yargı denetimi dışında bırakılabiliyorsa hukuk devleti dizgesinin tam olarak gerçekleştirildiği söylenemez. Bununla beraber yargı denetimi yetkisi geniş olmalı ve dolayısıyla söz konusu denetim de uygun bir biçimde gerçekleşebilmelidir. Ayrıca denetimin mümkün olduğunca -olumsuz sonuçlar doğmadan evvel- ivedilikle gerçekleştirilmesi ve yargının ağır işleyiş sorununun bir çözüme kavuşturulması da bir zorunluluktur. Ne de olsa: "Geç gelen adalet, adalet değildir; reddedilmiş demektir." Bu noktada yüksek bir avantaj sağlayan yürütmenin durdurulması müessesesinin de öncelikle dikkate alınması gereklidir.

Tam bu noktada yargısal denetimin en iyi ve verimli bir şekilde işleyebilmesi; hukukun üstünlüğünün, hakimiyetinin ve hürriyetlerimizin teminatı olabilmesi için bağımsız bir yargı mekanizmasının olması ön koşuldur. Bunun gerçekleştirilebilmesi için de öncelikle ele alınması gereken hususlar da hakim teminatı ve bağımsızlığıdır. Çünkü hukuk devleti, ayrı ve bağımsız yargı organlarının bulunmasını icap ettirdiği gibi, yargısal denetimi gerçekleştirecek şahısların ve makamların imtiyaz ve teminatı bağlamında, kamu kudretinin -yasama ve yürütme organlarının- yetki tecavüzleriyle hudutlarını aşma tehlikesini önleyebilecek ve bundan hiçbir hakkı zarar görmeyecek bağımsız, hür vicdanlı yargıçların bulunması gerekmektedir. Bu açıdan, yargı, diğer organların fevkindedir. Fakat yargının üstünlüğü, yargı organlarının kendisine ait bir üstün nitelik ya da yetkiden, vasıftan değil, hukukun üstünlüğünden kaynaklanmaktadır.

Yargıç önceden konulmuş normlara göre karar verir. Bu da yetkinin saptırılmasının (fonksiyon gaspı) önüne geçilmesi için bir güvence teşkil eder. (Bu çeşit bir güvence yargının doğasından kaynaklanmaktadır. Yargıyı karakterize eden özellikler bu bağlamda, yargılamanın açıklığı, savunma hakkı, kararların

⁵¹ Bkz., *Kamu Hürriyetleri*, s. 290.

gereçlendirilmesi, temyiz ve istinaf yollarıdır.) Bağımsızlığın çok yönlü olması, yani sırf siyasi iktidara karşı değil, ama aynı zamanda özel güçlere karşı da olmasını gerektirir. Bu bağımsızlığın vatandaşlar açısından da teminat teşkil edebilmesi için de tabii yargıç müessesesinin yerleştirilmesi de bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yürütme ve idare organlarının işlemlerinin, bağımsız yargı merciileri tarafından denetime tabi tutulması, özeldede kanunilik (yasal yönetim) prensibinin ve genelde hukuk devleti dizgesinin vazgeçilmez gereklerinden biridir. Devletin hukukla bağlı olması ve hukukun üstünlüğü, hakimiyeti düşüncesi, bu bağılılığın pratik alanda sağlanıp sağlanmadığının denetlenmesi gerektiği fikrini de beraberine getirir. Bir hukuk devletinin, bu vasafta ne derece hak kazandığı, kişilere bu alanda sağlanacak güvencenin, başka bir deyişle yargı denetiminin etkinlik derecesi ile ölçülebilir.⁵²

Hukuk devleti dizgesi ile demokrasi arasındaki yakın ve içten bağa ve her ikisinin de iç içe geçmiş kavram ve olgular olduğuna daha evvel değinilmişti. Bu bağlamda Fransız Aydınlanma düşünürlerinden Jean Jacques Rousseau'dan da biraz bahsetmek icap eder.

Yine sosyal sözleşmecilerden olan Rousseau'nun hukuk devleti dizgesine katkısı demokrasi rejiminin felsefi temellenendirilmesi ve hükümete halk iradesinin hakim olması gerektiğini, bireysel hak ve özgürlükler için demokratik prensipleri ve yasal yönetim ilkesini savunması dolayısıyla Rousseau'nun gerçekten de, siyaset ve hukuk felsefecileri ve demokrasi kuramcıları tarafından çok fazla tartışılıp incelenmiş ve bilhassa, hususiyetle üzerinde titizlikle durulmuş olması dolayısıyla Rousseau'ya, bu çalışmada, bilinçli olarak pek değinmeyeceğiz. Zira kendisi ve demokrasi kuramı hakkında muazzam bir külliyat ve kaynak bolluğu mevcuttur; bu sebepten ötürü bilinenleri tekrarlamak istemedik. Ancak özellikle belirtilmesi gereken husus şudur: Rousseau, saltık demokrasi kuramı dolayısıyla çoğunluğun tahakkümü ve istibdatına olanak tanınması ve kanun fetişizmine mütemayil oluşu dolayısıyla hukuk devleti dizge-

⁵² Bkz., Prof. Dr. Münci Kapani, "Kamu Hürriyetleri", Ankara, 1981; Doç. Dr. Şeref Ünal, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", Ankara, 1995.

sine ilişkin olarak tehlikeli ve yıkıcı nitelik arzeden görüşlerin de sahibidir aynı zamanda.⁵³ Rousseau'ya göre, "Genel irade her zaman haklıdır. ... Genel irade yanılmaz." Bu sözü edilen "genel irade"nin ("volonté generalé") ne olduğu hakkında kendisinin de açık bir düşüncesi olmayan Rousseau, sürekli bahsettiği ve kuramının temel kavramı olan "genel irade"nin ne olduğunu yahut ne olması gerektiğini kendisi de açıklayamamış çelişkili tanımlar vererek bir anlamda kendi kuramının altını yine kendisi oymuştur. Bu açıdan baktığımızda, Rousseau'nun teorisi tam bir tutarsızlıklar ve çelişkiler örgüsüdür.

19. yy'a kadar, aydınlanma çağı boyunca bilhassa Fransız filozofları tarafından tebarüz ettirilmeye çalışılan demokrasi, özgürlük ve eşitlik düşünceleri bu çağa hakim olmuş ve hukuk devleti dizgesinin gelişimine büyük katkılarda bulunmuştur. Fransız Devrimi'nden sonra ortaya çıkan meşrutiyet, demokrasi ve anayasacılık hareketleri de 19. yy'da büyük bir ilerleme ve gelişme kaydetmiştir ve yine 19. yy'da ortaya çıkan sosyalist hareketlerin ve 20. yy'ın ilk yarısında yaşanan ekonomik, sosyal, politik ve kültürel değişimlerin sonucunda hukuk devleti dizgesi sosyal bir nitelik de arzelmeye başlamıştır. Böylece dizge, sosyal-hukuk devletine dönüşerek tamamlanma sürecine girmiştir.

20. yy'da ise Avusturyalı hukukçu Hans Kelsen'in çabaları sonucunda ortaya çıkan normlar hiyerarşisi kuramı, temel hak ve hürriyetlerin teminatı bağlamında çok önemli ve büyük bir güvence getirmiş ve temel hak ve hürriyetlerin anayasada yer alarak güvence altına alınmalarına, normlar hiyerarşisi dolaşısıyla yasama ve yürütme organlarının faaliyet ve işlemlerini hem kanunilik hem de yargısal denetim açısından bağlanmasına, hukuka tabi kılınmasına neden olmuştur.

⁵³ Rousseau, anayasal devletten daha çok demokratik mutlakiyetçi bir görüşe sahipti. Rousseau'ya göre, genel iradenin saptadığı her şey doğru idi; çünkü ona göre rasyonellik bir tek genel irade kavramıyla anlaşılabilir bir şeydi. Devletin bu mutlakiyetçi anlaşılış biçimi Kant'ta "anayasal biçime" dönmüştür. Topluluğun keyfi iradesi Kant'ta kategorik emperatif kuramından rasyonel bir destek bulmuştur. Bu kategorik emperatif anayasal düzenin güvenliğini ve varlığını ister. Hukukun sürdürülmesi anayasal düzenin kendisinin temel bir önkoşulu olduğundan devletin anayasal varlık nedeni hukuk kurallarının titizce uygulanmasını gerektirir.

Yeni-Kantçı Marburg okulunun ve Rudolf Stammler'in saf hukuk kuramının etkisi altında kalarak ve Yeni-Kantçı görüşlerden mülhem olarak Kelsen, hukukun "olan"ı değil, "olması gereken"i imlediğini ortaya koyarak normatif bir hukuk dizgesi kuramı geliştirmiştir. Hukukun normatif bir bilim olduğunu ve metafizik kavramlardan, değer yargılarından arındırılması gerektiğini belirten Kelsen; bu sebepten dolayı da adalet sorununu kendi incelemesinin dışında bırakmıştır.⁵⁴ Böylece "saf hukuk kuramı" nı geliştiren Kelsen, hukuka bu suretle bilimsellik vermeye ve objektif bir nitelik kazandırmaya çalışmıştır. Salt metodolojik ve sistematiğe yönelik bir çalışma yapan Kelsen, devletin hukuk düzenini bir hiyerarşik normlar dizgesi olarak tanımlamıştır. Kelsen'e göre, hukukun tek ve biricik kaynağı salt devlettir. Bu yüzden de devlet ve hukuk düzeni aynı kavramlardır. Devletin sosyolojik ve hukuki teorilerini ayırt etmek gerekmektedir aynı zamanda. Bir normlar sistemi olan devleti, diğer normatif düzenlerden ayıran öncelikli unsur ise devletin normatif dizgesinin müeyyidelendirilmiş olmasıdır. Ayrıca, Kelsen'e göre, bir hukuki ve normatif düzenin devlet sayılabilmesi için siyasi bir teşkilata da ihtiyacı vardır. Devlet düzeninin normatif koşullarından kaynaklanan diğer vasıfları ise geçerlilik ve etkinliktir. Bu açıdan da Kelsen'in normatif hukuki düzeni olan devlette de bireylerin devlete itaat etmek ve normatif düzene tabi olmak zorunda oldukları gerçeğiyle de karşı karşıya kalırız.

Kelsen'in ortaya attığı normlar hiyerarşisi kuramını kısaca şu şekilde açıklayabiliriz: Kelsen'e göre, her hukuk kaidesi bir normdur ve her norm hiyerarşik bir düzen, bir dizge içerisinde

⁵⁴ "Lex iniusta non est lex." ("Adil olmayan kanun, kanun değildir.")-Adil yasa sorunu hukuk dışı olarak düşünülüp bir kenara bırakıldığı takdirde meşruiyet sorunu da salt yasallığa daha doğrusu salt biçimsel anlamda bir yasallığa döndürür. Bu da yasama organı tarafından vazedilen yasa olgusunu devletin her türlü ve bütün emirlerinin kabul edilmesi zorunluluğu yaratarak her "iustum" u "ius" olarak telakki etme alışkanlığını meydana çıkarır. Bunun nedeni ise -hukuki ve meşru- yasa kavramının salt yazılı yasaya (biçimsel anlamda) indirgenmesi ve böylece normativist-pozitivist görüşe göre şekli anlamda bir yasaya güvenememizdir. Bir başka deyişle, bizler ancak terimin liberal ve "garantiste" anlamıyla anayasal devlet telakkisine bağlı kaldığı sürece yasaya güvenebiliriz. "Leges iniqae" (Haksız kanunlar. Şeklen kanun, ama meşru bir nitelik arzetmiyor demektir.) sorunsalı ...

yer almaktadır. Söz konusu hiyerarşik düzen, bugünkü hukuk düzenimizin sistematik açıdan bel kemiğini teşkil eden hukuk kuralları sıralamasıdır. Normlar arasındaki kademelendirme soyuttan somuta doğru, bir piramit şeklinde tezahür eder. Piramitteki her kademe geçerliliğini bir üstteki normdan alır. En tepede ise temel-norm ("*grundnorm*") yer almaktadır. Temel norm ise anayasada somutlaşır, somut gerçekliğini anayasada bulur. Kurama göre, her norm hiyerarşik açıdan bir üst norma uygun olmak ve onunla çelişmemek, tutarsızlığa düşmemek ve ona tabi olmak zorundadır. Bunun sonucu olarak devletin temel örgütlenişini düzenleyen ve pozitif hukuk dizgesinin temeli olan, hukuk düzeninin en yüksek normu anayasanın yasalara, yasaların tüzük ve yönetmeliklere ve idari işlemlere üstünlüğü bulunur. Fakat bu aşamalı hukuk dizgesinin kurulması kaynakların çoğulculuğunu da beraberinde gerektirir. Bunun anlamı ise hukuk normlarının her türlü farklılaşma ve aşamalanma olanağının, hiyerarşik olarak devletin hukuki ve siyasi organ ve makamlarının mevcut hiyerarşi dolayısıyla sahip buldukları yetkileri nisbetinde hukuki norm vazetmeleri ve/veya hukuki işlem yapmaları demektir. Değişik devlet organları ancak bir hukuki yetkilendirme çerçevesi içinde hareket edebilirler. Bu durumda da bir gücün ve özellikle maddi gücün kullanılması, sınırları hukukça belirlenmiş bir yetkiye dönüşür. Normlar hiyerarşisi dizgesi, değişik devlet organ ve makamlarının üstün hukuk normlarına bağlılığını temin ederek yasal yönetim ilkesini tamamlar, güvece altına alarak taçlandırır. Sonuç ise hukuk devleti dizgesinin gelişimi ve tebarüz ettirilmesidir.

Normatif düzenin teminatı problemi ise yargısal denetim yoluyla çözüme kavuşturulur. Yargısal denetim unsurundan daha evvel bahsetmiş olduğumuz için tekrar söz etmeyeceğiz; ancak daha evvel yalnızca yürütme organının ve idare makamlarının yargısal denetiminden bahsetmiştik. Dolayısıyla bu durumda yasama organının denetimsiz bir güç arz etmemesi için ortaya konulan ve normlar hiyerarşisi kuramının da doğal bir sonucu olan anayasal yargıdan da söz etmek lazım gelir.

Yürütme ve idare işlemlerinin yargısal denetimi hukuk devletinin temel ilkelerinden ve zorunlu unsurlarından biri

olmakla beraber, hukukun üstünlüğünü ve hakimiyetini ve bireylerin hukuksal güvenliğini sağlamaya tek başına yeterli değildir. Yasaların kendisi anayasaya aykırı ve gayri meşru olduğu sürece yurttaşların anayasal hak ve hürriyetlerinin çiğnenmesinin önüne geçilemez. Bu bağlamda karşımıza yasaların anayasaya uygunluğu denetimi müessesesi çıkmaktadır. Günümüzde yasaların anayasaya uygunluğunun denetim mekanizması olarak benimsemiş ve genel kabul görmüş olanı ise anayasa yargısıdır. Böylece denetimi yapan organ, yasayı yapan organdan ayrılmış, bağımsız bir müessesedir.

Kelsen gerçekten de oldukça eleştirilmiş ve normativist kuramının, realiteleri, sosyolojik gerçekleri yani toplumsal gerçeklik içerisinde yer alan hukuku dışladığı haklı olarak ileri sürülmüştür. Nitekim ünlü Fransız hukukçusu Leon Duguit (1859-1928), gerçek anlamda metafizik spekülasyonları dışlayan bir kuramın realitelere, nesnel gerçeklere dayanması gerektiğini belirterek realist kuramı geliştirmiş ve böylece de Realist ekolün kurucusu olmuştur. Sosyolojik verilerden ve kavramlardan tola çıkan Duguit, tarihsel kanıtların, hukukun devletten önce doğduğunu ve devletin dışında olduğunu gösterdiğini ileri sürerek hukuku ve devleti aynı şey olarak ve hukukun kaynağının devlet olduğunu iddia eden Kelsen'in karşısında yer aldı. Böylece, devleti hukukun kaynağı saymayarak devletin insanlar arasındaki yöneten yönetilen farklılaşması sonucunda vücut bulan bir varlık olarak mütalaa etti. Devlet, kendileri de hukukla sınırlı yöneticiler topluluğundan başka bir şey olmadığı için egemen bile sayılmazdı. Böylece Duguit hukukun üstünlüğünü en iyi şekilde tebarüz ettirmiş oluyor ve hukukun hakimiyetini temin edecek nitelikte bir kuram vücuda getirmiş oluyordu. Hukuk, Duguit'ye göre, toplumsal ilişkiler sonucunda doğan kurallar bütünü olarak meydana çıkmaktadır. Bu kurallar, bazı önderler bunlara uyulmasını güvenceye almak için bunları yaptırımlarla desteklemenin uygun olacağı yönünde bir karar aldıkları zaman yasa haline gelir.

Duguit'ye göre, devlet ve hukuk arasında, Kelsen'in önerdiği biçimde zorunlu bir bağ yoktur. Şüphesiz devlet, normal olarak vatandaşlarının çoğunluğu tarafından uyulan buyruklar çıkarır; fakat bunların gerçekten yasa olup olmadıkları, devlet

tarafından vazedilmiş olmalarına değil, gerçek karakterlerine ve hizmet ettikleri amaca bağlıdır. Dolayısıyla bu yasaların çoğunun kökleri devletin ortaya çıkışından önceki çağların toplumsal amaçlarına dayanmaktadır; dolayısıyla, gerek yazılı gerekse de yazısız tüm bu düzenlemelerin yasa niteliğine kavuşabilmek için toplumsal dayanışmaya yönelik olması gereklidir. Duguit, toplumsal dayanışma olmaksızın ne toplumun ne de bireyin varlığını sürdürmeyeceğini düşünüyordu. Bu görüşü de şekli anlamda yasa olan, fakat içerik açısından yasanın gütmesi gereken amacı izlemeyen bir yasanın gerisinde ne kadar örgütlü güç olursa olsun veyahut ne kadar çok kimse tarafından kabul görürse görsün asla yasa sayılamayacağı fikrine kadar götürmüştür. Duguit' nin bu görüşleri çok eleştirilmiş ve kuramının doğal olarak anarşizme yol açması, kendisine "*kürsü anarşisti*" lakabının takılmasına neden olmuştur. Çünkü Duguit' ye göre, toplumsal dayanışmaya aykırı olan, ister yasama organının çıkardığı kanunlar olsun, ister yürütmenin kararları ve isterse de yargının kararları olsun sonuçta hukuka aykırıdır.

Bununla beraber Duguit, tabii-hukukun vazgeçilmez ve devredilmez nitelikteki tabii haklar kategorisini ve adalet telakkisini reddetmiş ve yasaların rasyonel dayanaklarıyla ilgilenmemiştir.⁵⁵ Çünkü kuramının doğal sonucu olarak, bir yasanın geçerli olup olmadığı, yasanın toplumsal dayanışma

⁵⁵ Duguit subjektif hak kavramını reddetmekte ve onun yerine objektif hak tabirini kullanmaktadır. Duguit' ye göre, tabii-hukuk ekolünün benimsediği subjektif haklar teorisi metafizik bir fiksiyondan ibarettir. Lakin haklar, ancak toplum içinde, sosyal çevredeki ilişkiler dolayısıyla vücut bulurlar; bu yüzden de kolektivitinin dışında, toplumsal ilişkilerin bulunmadığı bir ortamda, kişinin haklarını ileri sürebileceği bir karşı taraf bulunmadığından ötürü herhangi bir hak mevcut olamaz. Duguit' nin bu iddiası, sosyolojik düzlemde toplumsal gerçeklikler ve görüngüler açısından doğru bir müşahade olmakla birlikte, kanaatimizce bir çeşit yanılığın ve önyargının eseridir. Bir yanılığdır: Çünkü insan hakları ya da kişi hakları (subjektif haklar) daha ziyade felsefi-nazari bir veri ve gerçeklik olup bunun somut gerçekliğe yansımaları ise ancak toplumsal yaşam ve ilişkiler dolayısıyla ortaya çıkmaktadır. Oysa ki, felsefi-nazari ve soyut, transandental bir gerçeklik olan tabii haklar (subjektif haklar) kategorisi toplumsal yaşam ve sosyal münasebetler dolayısıyla somu gerçeklik boyutuna taşınmadan evvel de insan doğasında mevcut olup değişmez niteliktedirler. Çünkü bunlar insan onurundan, tüm insanlarda ortak olan evrensel akıldan ve insan-olma bilincinden, hür iradede kaynaklanırlar.

amacına matuf olup olmadığı sorunundan ibaretti. Bu ise Duguit'nin kuramının bireyci değil, ama kollektivist bir karakter taşımasına neden olmuştur. Çünkü hukuk sadece devletten değil, aynı zamanda bireyden de üstündür. Bu düşünce muhakkak ki hukukun üstünlüğü ve hakimiyetini tebarüz ettirme bakımından çok büyük bir öneme sahiptir. Zira Duguit, hukukun devlet de dahil olmak üzere her şeyin üzerinde olduğu hususundaki ısrarı ve dolayısıyla geliştirdiği kuram, şüphesiz hukuk devleti dizgesi açısından çok büyük bir kuramsal katkı sağlamaktaydı; ancak Duguit'nin de Kelsen gibi kendini dar kalıplar içerisine sıkıştırması ve kuramını tek boyutlu bir şekilde inşaa edişi onun sakat yönünü teşkil etmiş ve bilimsellik arayışı bu noktada Kelsen gibi onu da bir anlamda metafizik bir bataklığa sürüklemiştir.

Çoğulculuk telakkisinin daha çok hukuksal uzantılarıyla ilgilenen düşünürler arasında Duguit'in yanı sıra aynı zamanda Hugo Krappe (1857- 1936) de yer almaktadır. Hukukun üstünlüğünü savunmakla Duguit kadar derinden ilgilenen Krappe de hukuku, devletten önce ortaya çıkmış olan ve hiçbir anlamda bir egemenin iradesine ya da buyruğuna bağlı olmayan kurallar olarak görmüştür. Ancak bir yasanın geçerliliğinin tek ölçütünün, onun taşıdığı amaç olduğu görüşüne katılmadı. Tersine, yasayı, *"ister yazılı ister yazısız olsun insanların neyin doğru olduğu yolundaki duygularından ya da sezgilerinden kaynaklanan her bir genel veya özel kural"* olarak tanımladı. Devletin görevi, toplumdaki hangi kuralların halkın hak ve adalet ideallerine uygun olduğunu bulup bunlara yazılı yasa sıfatı kazandırmaktır. Böylece yasalar, yalnızca vatandaşları değil, devleti de bağlayıcı olurlar. Yasa, insan iradesinden ya da buyruğundan bağımsız, nesnel ve ebedi bir varlığa sahip olan adaletin somut olarak dile getirilmesinden başka bir şey olmadığı için ne yöneticiler ne de başka bir kimse hukukun üzerinde olamaz. Krappe, devletin yasaları yapan ya da yasaların kaynağı olduğunu iddia eden ve Austin ile başlayıp Kelsen ile doruğuna ulaşan düşünceyi reddederek devletin, adaleti dile getirdikleri için zaten yasa olma niteliğini kazanmış bulunan kuralları onaylamak ve onların uygulanmasını sağlamak dışında hiçbir işlevi olmadığını ortaya koydu. Krappe aynı zamanda, devletin otoritesinin iradesini uyruklarına dayatma gücüne dayandığı kuramını da reddetti.

Krappe'ye göre, devletin otoritesi hukukun üstünlüğüne ve hakimiyetine dayanmaktadır. Devlet ancak, eylemleri hukuka uygun olduğu zaman halkın kendine bağlılık göstermesini haklı olarak isteyebilir.

Duguit, bir kamu hizmeti devleti tasavvur ederken, Krappe, devlete Duguit'den çok daha sınırlı bir alan tanımış ve devletin eylemlerini, hukuk kurallarını bulup ortaya çıkarmak olarak telakki etmiştir. Krappe'nin hukuk kuramı demokratik bir nitelik arz etmektedir; çünkü Krappe'ye göre, hiçbir otokrat ya da oligarşi toplumun adalete ilişkin duygularını keşfedemez. Ve devletin yetki alanı hukuk alanını aşamaz.

Son olarak da incelememizin başından beri kavramlarını sık sık kullandığımız Toulouse Hukuk Fakültesi'nin meşhur dekanı Maurice Hauriou'nun "*müessesese teorisini*" ele almak istedik. "*Müessesese Teorisi*"ni inceleyen birçok hukukçunun ortak görüşü, bu teorinin eski ve yeni fikir akımları ile de bağlantısı bulunmasına rağmen, oldukça orijinal ve yeni bir kuram olduğudur. Platon'dan ve Bergson'un "*Yaratıcı Tekamül*" fikrinden mülhem olan Hauriou, sentetik bir dizge oluşturmuştur. Aynı zamanda, Haouriou'nun kuramının ferdietçi ekol ile kollektivist ekol arasında bir senteze ulaştığı da söylenebilir.

Hukukun, devletin ortaya çıkışından evvel mevcut olduğu fikrine katılan Hauriou, devletin kuruluş devrinin hukuk dışında düşünülemeyeceğini "*hukukun temelleri hukukun dışına atılamaz*" diyerek belirtmiştir. Kelsen ve Duguit'yi de daha evvel belirttiğimiz açılara benzer şekilde eleştiren Hauriou, hukuk öğretisinin herşeyden önce derin bir sosyolojik incelemeye dayandırarak hukukun yalnızca mantıki bir sistem olmadığını ve hayatın içerisinde yer alan dinamik bir olgu olduğunu ve pratik amaçlara yöneldiğini ortaya koymuştur. Sosyal olaylarla ve olgularla temellendirdiği kuramında adalet kavramını da dışlamış değildir. Bilakis, Hauriou'ya göre, hiçbir hukuki kuram metafizik yaklaşımlardan kurtulamaz. Bu noktada, Hauriou'nun doktrininin objektivizm ile subjektivizmin, Gurvitch'in deyimiyle ideal ile realitenin telifinden hasıl olmuştur.

Hauriou'nun hukuk telakkisi düalist bir yaklaşım olup hukukun hem şekli hem de içeriksel yönünü kavramaktadır.

Bu içerik ise, esas itibariyle toplumsal düzen ve adalet temel alınmak koşuluyla fert hürriyetine irca edilebilir. Toplumsal ilerlemeyi cemiyetin temel kanun sayan Hauriou'ya göre, sosyal düzen statik ve dinamik arasındaki bir mücadele sonucunda dinamik kuvvetlerin galip gelerek toplumsal ilerlemeyi sağlamalarıyla ortaya çıkmaktadır.

Devlet toplumsal düzenin başlıca müessesesi olmak bakımından hukukun bir unsurudur. Devlet, egemen, üstün, hukuki varlıklar arasında en yüksek mevkiî işgal eden bir müessesedir.

Hauriou'nun müessese tabirinden kastettiği anlam, sosyal olgu şekline dönüşmüş gerçek dünyadaki objektif ve pozitif bir içerik ve varlık edinmiş bir fikirdir. Bir toplumda hukukun asli kaynağı fertlerdir. Çünkü bireyler birtakım fikirlere sahip olarak bu fikirleri gerçekleştirmek üzere birtakım faaliyetlerde bulunurlar ve birey sosyal bir varlık olarak aynı zamanda toplumsal düzen fikrine de sahiptir. Yine bireylerin içinde adalet duygusu da mevcuttur. İşte fertlerin, bütün bu fikirleri ve diğerlerini gerçekleştirmek üzere bir takım faaliyetlerde bulunmaları dolayısıyla ve bunların tekrarlanması sonucunda teamüller ortaya çıkar. Dolayısıyla teamül bir fikrin güdülediği ferdi faaliyet ile sosyal çevrenin tepkisi arasındaki bir dengelemeden doğar. Pozitif Hukuk'un kaynağı da bu sürekli olarak tekrarlanan teamüllerdir. Teamül, aynı zamanda bir fikrin subjektif olmaktan çıkarak objektifleşmiş ve sosyalize olmuş şeklidir. Bu çeşit müesseseler bir sübjektif fikrin sosyal çevrede tekrarlanmasından hasıl olan bir kalıptan ibarettir. Hauriou, bu müesseselere eşya-müesseseler adını vermektedir. Ve bu müesseseler ise toplumsal düzenin pasif, sınırlayıcı unsurlarıdır.

Bunun yanında bir de şahıs-müesseseler vardır ki, bunlar bünyelerinde bireyleri ve sosyal örgütleri içermektedirler ve Hauriou'yu asıl ilgilendiren bu müesseselerdir. Bu korporatif nitelikli müesseseler, insanları güdüleyen fikirler etrafında bireylerin birleşmeleri ve ortak bir bilince ulaşmaları sonucunda ortaya çıkmışlardır. Bu ortak fikir ve işbirliği olgusu insanları birbirlerine yaklaştırarak aralarında bir çeşit toplumsal dayanışma, müessesevi bir yakınlık kurmakta ve bu suretle fikir mensuplarının bireysel varlıklarının üzerinde objektif bir

şahsiyet yaratmaktadır. Korporatif müesseseler sosyal hayatın dinamik unsurlarını teşkil ederler.

Hauriou'ya göre, devlet teamüli bir müessese olarak korporatif müesseselerin en büyüğüdür. Devlet müessesesinde bütün korporatif müesseselere ortak olan unsurlardan başka, ayırıcı nitelikler mevcuttur. Devlet, bir milletin merkezi idaresini teşkil etmesini ve kamu hizmetlerinin ifası girişiminin tekamülünü sağlar. Devletin bu bağlamda üç unsuru vardır: Ulusal birlik, merkezi hükümet ve kamu hizmetlerinin görülmesi fikri.

Toplumsal sözleşme teorisi belki devletin kuruluşunu açıklayabilir; ancak kurulmuş devletin hukuki esası olarak kalamaz. Devletin hukuki esası idare edilenlerin muvafakatıdır. Devlet genel bir anlaşma ile yaratılmış bir birlik değil, teamüle dayanan bir müessesedir. Söz konusu muvafakat, anlaşma ya da uyuşma değildir; çünkü devletin tesisi ile aynı zamanda ortaya çıkmaz. Bunun yanında da kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi fikri devletin birliğini ve devamını sağlar. Devlet hukukunun meşruiyeti, yazılı ve şekli kanunlardan değil, ama devletin müessesevi yani teamüli oluşundan gelir. Zaten anayasayı ve organik kanunları da hukukileştiren, meşrulaştıran bu teamüli muvafakattır. Başka bir ifadeyle pozitif hukukun meşruiyeti sözü edilen muvafakata dayanır.

Hauriou'nun müessese teorisi gerçekten de modern hukuk literatüründe çok önemli bir mevki işgal etmektedir ve birçok açıdan tamamiyle isabetli yaklaşım ve gözlemleri içermektedir. Ancak her insan yapısı gibi bu kuramın da her türlü kusur ve sorundan azade olduğunu düşünmek pek de makul değildir. Zira, Hauriou'da çeşitli eleştirilerin hedefi olmaktan kurtulamamıştır. Bu bağlamda, söz konusu müessese kuramında bilim ve tekniğin doğasından kaynaklanan aralarındaki zorunlu içeriksel, sistematik ve amaçsal ayırım gerektiği gibi tebarüz ettirilememiş; aynı zamanda müessese tasnifi ve tipolojisinde müesseselerden hangisinin diğerine üstünlük kuracağı hususunda bazı çelişkilere ve tutarsızlıklara düşülmüştür. Dolayısıyla kuramın kendi içerisinde tamamiyle tutarlı bir mahiyet arzettiği hususu da şüphelidir.

Hukuk devleti, “*hukukun üstünlüğü*” kavramları anayasanın üstünlüğü kavramında olduğu gibi teknik anlamda, yani anayasa hükümlerinin yasalara üstünlüğü anlamında değil; devletin, bütün organları ile hukukun ortak ve genel ilkelere saygı ve riayet gösterilmesi anlamında kullanılan ideali, hedefi imler.

Hukuk devleti veya hukukun üstünlüğü, pozitif bir hukuk kaidesi olmayıp toplum ve devlet hayatında hukuk ilkelerine bağlılığı, ideal hukuk ile pozitif hukuk arasındaki mesafeyi kapatma hedefini ifade eder. Bu bağlamda, hukuk devletinin, salt bir kanun devleti olmadığı da sık sık tekrarlanan bir gerçeği belirtmektedir.

Genel olarak hukuk alanında iki aşırı görüşün tuzağına düşme tehlikesi de mevcuttur. Bu ise insanı 20. yy’ın ilk yarısında yaşanan korkunç felaketlere götüren süreci, tetikleyen mekanizmayı harekete geçirmektir. “*Kanun fetişizmi*”⁵⁶ de denilen kanunlara tapma düzeyine varan bağlılık ve hayranlık, yani yasalar ile (pozitif hukuk) hukuku eş tutma veyahut devlet ile hukuku bir addetme görüşüdür. Bu telakki her ne suretle olursa olsun biçimsel bir takıntıyla (normativist pozitivizm gibi) şekli anlamda kanun olan her hukuk kaidesini hukukla özdeşleştirmek ve en doğru, adaletli ve makul çözümleri içerdiği sanısına kapılmaktır. Günümüzde ise hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesini benimseyen birinin bu çeşit bir anlayışa kapılması yalnızca bir tutarsızlık ve çelişkiyi imler. Hukuk devleti pozitif hukukun, en geniş adalet, eşitlik ve özgürlük, hümanist bir dünya-görüşü (weltanschauung) ve prensiplerine uygunluğunu temin etmektir.

Hukuksal pozitivizmin salt dar kalıplar arasına sıkıştırılmış olan biçimsel kanunilik telakkisi, kesinlikle meşruluğu ifade etmeyen bir anlayışın yansıması olarak şekli anlamdaki (biçimsel ölçütlere uygun olan) tüm kanunların içeriğini tetkik etmeden meşruiyetini verili olarak kabullenen bir kör yaklaşıma neden olacaktır. Hukuki pozitivizm olsun normati-

⁵⁶ Anayasal ve anayasal olmayan rejimler (hukuk üstünlüğü yahut otorite üstünlüğü devletleri ayrımı) benzer biçimde meşrulasırlar ve bu nedenlerle anayasa sadece meşruluk sağlamakla kalmaz, anayasanın kendisinin de meşruluğa ihtiyacı vardır.

vist-pozitivizm olsun, her iki yaklaşım da meşruiyet olgusunu devletin tartışılmaz otoritesine ve iradesine indirgemektedir. Ancak bu iradenin yanılması olasılığını dışlayan söz konusu yaklaşımlar, bu çeşit bir durumla karşılaşıldığı takdirde bir çözüm yolu üretmekten acizdir. Meşruiyet problemini, sosyal realite çerçevesi içinde çözümlenmeye çalışan sosyolojik okulların ise bireyin toplum içerisinde eriyerek hürriyetini ve benliğini yitirmesi olgusu karşısında maalesef söyleyecek bir şeyi yoktur. Bu telakkiye göre, yürürlükteki hukuk kuralları sosyolojik bir gerçeği imlemekte ve bu bağlamda toplumsal ihtiyaçları gidermek amacına yönelmektedirler. Hukuk, ancak sosyal olgulara dayanarak ve meşruiyetlerini toplumun muvafakatinden alarak gerçeklik kazanır. Fakat toplumsal dayanışmanın temini için pekala baskıcı uygulamalara yönelerek terör estiren siyasal iktidar ve rejimlerin de meşru bir temele oturduğu iddia edilemez. (Nasyonal-sosyalist ve faşist yönetimlerin yol açtığı felaketlerin yaraları, yarım asır geçmesine rağmen hala hatırlardadır.) Tabii-hukuk ekolü içinse, meşruiyet kavramı, tamamiyle adalet idesi ve bunun özel kategorileri olan özgürlük ve eşitlik idealleri üzerinde yükselmektedir. Ancak şu da bir hakikati ifade eder ki, kuru kuruya soyut özgürlük ve eşitlik idealleri de somut gerçeklik karşısında çaresiz kalmaktadır. O halde bütün bu yaklaşımların ortaya koymuş olduğu gerçeklik tipleri hakikati değil, ama onun çeşitli görüntülerini ve farklı boyutlarını ortaya koymaktadır. Yapılması gereken şey ise, bu durumda, hakikatin somut ve soyut gerçekliklerini ortaya koyan ve aynı gerçekliğin farklı yüzlerini gösteren tüm bu birikimlerin, adaletin ve onun çok boyutlu kategorileri olan özgürlük ve eşitliğin ışığında eklettik ve sentetik bir bütünleştirme sürecine girerek, hümanist bir yaklaşımla insanlığın ortak değerlerinin ve birikimlerinin ifadesi olan dizgesel bir bütünlüğe eriştirilmesi suretiyle synkretismosist dizgeyi, yapıyı inşaa etmektir.

Unutulmamalıdır ki, bu şekli müessese ve mekanizmalar nihayetinde birer araçtır ve demokrasi de dahil olmak üzere hiçbirini "*hukuk devleti*" ile özdeş değildir. Çünkü hukuk devleti idesi maddi içeriğinden soyutlandığı takdirde anlaşılabilir bir şey olmaktan çıkar. Dolayısıyla hukuk devleti, bir değerler dizgesinden bağımsız olarak telakki edilemez. Çünkü "*hukukun*

üstünlüğü" bir "ideal" olarak, "olan" ı ("sein") değil, ama "olması gereken" i ("sollen") ifade eder. Bu "olması gereken" ise tüm insanlığın paylaştığı, evrensel nitelikteki adalet idesini ve bunun çok dimansiyonlu (çok boyutlu) kategorileri olan özgürlük ve eşitlik idelerini imler.⁵⁷

Hukuk, devletten değil, bilakis hürriyetten ve insandan kaynaklanır. Devletten hareket ederek hukuka varamayız; hukuka varabilmek için önce insana ve insanlık değerlerine ulaşmamız, insanı ve insanın taşıdığı mutlak değerleri hareket noktası olarak ele almamız gerekmektedir. Hukuk düzenleri salt bir yapı olarak amacı değil, aracı teşkil eder. Amaç evrensel hümanizmin tesisi, adaletin ve onun çok boyutlu kategorilerinin imkanlar dahilinde somut gerçekliğe taşınmasıdır. Bu ise hukukun "ethik" i ve evrensel "ödev" idir. Sonuç olarak hukuk düzenlerinin meşruluk ölçütü ise hukukun üstünlüğünü ve hakimiyetinin gerçekleşme derecesiyle mukadderdir ve hukukun üstünlüğünün yöneldiği amaç ise hukukun amacıdır. Amaç: İnsandır, hür insan, yalnızca insan ...

⁵⁷ Kant, sadece "olan" ı gözlemlemek ve değerlendirmekle temel sorun olan "adalet sorunsalını" çözemeyeceğimizi çok büyük bir isabetle ortaya koyarak dile getirmiştir.

KAYNAKÇA

(Yararlanılan kaynakların tümü burada belirtilmemiş olup, burada yalnızca birincil olarak faydalanılan ve alıntı yapılan kaynaklar belirtilmiştir.)

- Prof. Dr. Akbay, Muvaffak, "Umumi Amme Hukuku Dersleri" I. Cilt, 1961 Ankara.
- Prof. Dr. Akın, İlhan, "Kamu Hukuku: Devlet Doktrinleri ve Temel Hak ve Özgürlükler", 1974, İstanbul.
- Prof. Dr. Aral, Vecdi, "Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları", 1992, İstanbul.
- Prof. Dr. Balta, Tahsin Bekir, "İdare Hukukuna Giriş" 1968/70, Ankara.
- Burns, Edward Mc'Naal; "Çağdaş Siyasal Düşünceler", Ankara 1984. çev., Alaattin Şenel.
- Cassirer, Ernest; "Devlet Efsanesi", 1984, İstanbul çev., Necla Arat.
- Prof. Dr. De Page, Henri, "Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizm" AÜHF Dergisi. 1944, Cilt.
- Prof. Dr. Erdoğan, Mustafa, "Anayasal Demokrasi", 1997, Ankara.
- Prof. Dr. Esen, Bülent Nuri, "Anayasa Hukuku", 1970, Ankara.
- Frederick Copleston, "Felsefe Tarihi - Yunan ve Roma Felsefesi" Cilt I, Bölüm 1b- Platon, İstanbul 1995. çev., Aziz Yardımlı.
- Frederick Caoleston, "Felsefe Tarihi-Çağdaş Felsefe" Cilt IV, Bölüm b- Kita Ussalcılığı, İstanbul 1991.
- Frederick Copleston, "Felsefe Tarihi-Çağdaş Felsefe, Cilt V, Bölüm ab- İngiliz Görgücülüğü", İstanbul 1991.
- Frederick Copleston, "Felsefe Tarihi-Çağdaş Felsefe", Cilt VII, Bölüm 1- Aydınlanma, İstanbul 1996.
- Friedrich, Carl J., "Sınırlı Devlet", Ank., 2000. çev., Mehmet Turhan.
- Gaston Bouthoul, "Politika Sanatı", İstanbul 1997, çev., Sebahattin Eyuboğlu - Vedat Günyol.

- Prof. Dr. Günday, Metin, “İdare Hukuku” 1998, Ankara.
- Prof. Dr. Güriz, Adnan, “Hukuk Felsefesi”, 1996, Ankara.
- Hançerlioğlu, Orhan, “Erdem Açısından Düşünce Tarihi”, İstanbul 1963.
- Hardy Boullion, “John Locke”, Ankara., 1998, çev., Ali İbrahim Savaş.
- Prof. Dr. Hüseyin, Hatemi , “Hukuk Devleti”
- Prof. Dr. Hirsch, Ernest Eduard, “Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Dersleri”, 1996, (Banka ve Ticaret Hukuk Araştırma Enstitüsü Yayını.)
- Prof. Dr. Kapani, Münci, “Kamu Hürriyetleri”, 1981, Ankara.
- Karasan, Mehmet, “Büyük Felseoflar Antolojisi”, İstanbul 1949.
- Prof. Dr. Okandan, Recai Galip, “Umumi Amme Hukuku Dersleri” 1952, İstanbul.
- Prof. Dr. Sıddık Sami, Onar, “İdare Hukukunun Umumi Esasları”, 1966, İstanbul.
- Prof. Dr. Özbudun, Ergun, “Türk Anayasa Hukuku” 1998, Ankara.
- Prof .Dr. Özman, M. Aydoğan, “İnsan Hakları ile ilgili Temel Metinler”, Ankara 1967.
- Prof. Dr. Öktem, Niyazi, “Sosyoloji ve Felsefenin Verileriyle Devlet ve Hukuk Felsefesi Akımları”, 1995, İstanbul.
- Sahakian, William S., “ Felsefe Tarihi”, 1997, İstanbul, çev., Aziz Yardımlı.
- Prof. Dr. Sarıca, Murat, “100 Soruda Siyasi Düşünce Tarihi”, 1996, İstanbul.
- Prof. Dr. Soysal, Mümtaz, “100 Soruda Anayasanın Anlamı”, 1997, İstanbul.
- Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta, Prof. Dr.Hüseyin Nail, Kubalı; “Türkiye’de Hukuk Devleti Anlayışı”, SBFD.
- Prof. Dr. İbrahim Ö. Kaboğlu; “Türkiye’de Hukuk Devletinin Gelişimi”, İnsan Hakları Yılığ (İHY)

- H. Yılmaz, Günal, "*Hukuk Devleti Kavramı*", SBFD.
- Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil, "*Devlet Nedir ?*"
- Ord. Prof. Dr. Walter Burckhardt, "*Vakua ve Postulat Olarak Hukuk*", İÜHFM.
- Ord. Prof. Dr. Richard Honig, "*Hukuk İdesinin Müspet Hukuk İçin Ehemmiyeti*", İÜHFM.
- Ord. Prof. Dr. Giorgio Del Vecchio, "*Adalet ve Hukuk*", İÜHFM.
- Ord. Prof. Dr. Richard Honig; "*Eski ve Yeni Tabii Hukuk*", Adliye Ceridesi, Yıl: 30 S. 12.
- Prof. Dr. İbrahim Kaplan; "*Demokrasi-Hukuk-Otorite*", SBFD.
- Prof. Dr. Yaşar Karayalçın, "*Hukukun Üstünlüğü (kavram-bazı problemler)*"
- Prof. Dr. Turhan Feyzioğlu, "*Kuvvetlerin Ayrılığı Nazariyesi*", AÜHFD.
- Prof. Dr. Orhan Münir Çağıl, "*İnsan Hakları ve Tabii Hukuk*", İÜHFM.
- Prof. Dr. Semih Gemalmaz, "*Tarihselliği Bağlamında İnsan Hakları*", İHY., 1986.
- Prof. Dr. Henri De Page; "*Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizm*", AÜHFD. Yıl: 1944.
- Eser Tahlil ve Tenkitleri, Andreas Brunner, "*Rechtstaat Gegen Totalstaat*" (rechtsteoretischer teil und rechtspolitischer teil) -1948-(iki kitap) İnceleyen: Orhan Münir Çağıl.
- Prof. Dr. J. Dennis, "*Kadim Yunan'da Ahlaki ve Hukuki Fikirler*", İÜHFM.
- Hasan Refik Ertuğ; "*Büyük Hukuk Bilgini: Hugo Grotius*", SBFD.
- Prof. Dr. İbrahim Özden, Kaboğlu, "*Türkiye'de Hukuk Devleti'nin Gelişimi*"
- Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta, Prof. Dr. Nail Kubalı, "*Türkiye'de Hukuk Devleti Anlayışı*" SBF Dergisi.
- Prof. Dr. Yaşar Karayalçın, "*Hukukun Üstünlüğü (Kavram, bazı Problemler)*"

- Ord. Prof. Dr. Antonio, Salandra, “ *Modern İdare Hukukunda Hukuk Devleti Kavramı*”
- H. Yılmaz, Günal, “ *Hukuk Devleti Kavramı*” SBF Dergisi.
- İhsan Olgun, (Emekli Danıştay 10. Daire Başkanı) “ *Çağımızda Hukuk Devleti Anlamı*”.
- Prof. Dr. İbrahim, Kaplan, “ *Demokrasi-Hukuk-Otorite*” SBF Dergisi.

2003 Faruk Erem Ödülleri

**TÜRKİYE'DE HUKUK EĞİTİMİ
VE
GELECEĞİ**

Doç. Dr. Selma BAKTİR

Cüneyd ALTIPARMAK



Prof. Dr. Selma BAKTIR

**TÜRKİYE'DE HUKUK EĞİTİMİ
VE
GELECEĞİ**

Bir yıl sonrasını düşünüyorsan eğer, tohum ek.
On yıl sonrası ise tasarladığın, ağaç dik.
Ama yüz yıl sonrası için, halkı eğitmeye çalış .
Bir kez tohum ekersen, on kez ürün alırsın,
Bir kez ağaç dikersen, on kez ürün alırsın,
Yüz kez olur bu ürün, eğitilirse ulus.
Birisine bir balık veririsen, doyar bir kezinde,
Balık tutmayı öğret, doysun herkesinde.
Konfüçyus

I. Türkiye’de ve Gelişmiş Ülkelerde Hukuk Eğitimi

Bir konunun nasıl yapıldığını bilmeden nasıl olması gerektiğini tartışamayız. Bu nedenle öncelikle hukuk eğitiminin ülkemizde ve gelişmiş ülkelerde nasıl yapıldığı hakkında genel bir bilgiyi başlangıca koymayı uygun bulduk.

1. Türkiye’de Hukuk Eğitimi

A. Osmanlı Döneminde Hukuk Eğitimi

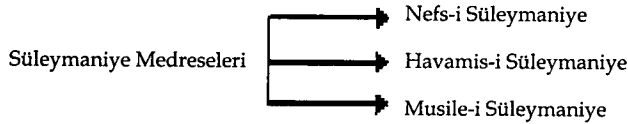
Osmanlı Eğitim örgütü iki kademededen oluşurdu, “*okuyup-yazma ve Kur’an okumanın öğretildiği mahalle mektepleri*” (sübyan mektepleri) ve bunların üstünde çeşitli kademelerden oluşan “*medreseler*”. Medresede yapılan eğitim, tek bir sistem içindedir; yani medresede okuyan öğrenci, tüm bilgileri “*tek sistem*” olarak görür ve böyle anlar. Aslında bu, Avrupa ve İslam ortaçağının bilim anlayışıdır. Tüm bilimlerin kaynağı Tanrı’dır. Bu nedenle tüm bilimler de tek sistem içinde kavranabilir. Bu yüzden Osmanlı medreselerinde de İslam dini çerçevesinde tek bir bilgi verilmişti. Tıp ve matematik bile, bu sistem içinde dinsel bilgilerin bir parçası olarak öğretilmiştir. Bu nedenle o dönemde örneğin bir tıp profesörü, isterse yargıçlık da yapabiliirdi.¹

¹ Üçok, Mumcu, s. 273, 274, Cırhinlioğlu “*Türkiye’de Hukuk Mesleği*”, s. 29 vol; Bozkurt, “*Türkiye’de Hukuk Eğitiminin Tarihçesi*”, (Ed., Guriz) Hukuk Öğretimi Sempozyumu, s. 5.


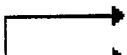
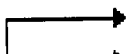
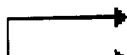
Hukuk Eğitimi Osmanlı'larda çok ciddi olarak yapılırdı. Kadı atamalarında aldıkları eğitimin kalitesi oldukça önemli bir rol oynardı. Bu atanma hiyerarşisini şu şekilde gösterebiliriz.²

- Mollalar (Rumeli kazaskeri, Anadolu kazaskeri, İstanbul kadısı)
- Menasib-i Devriye Kadıları (ülkenin önemli fakat belirli kentlerinde yargıçlık yaparlar)
- Müfettişler (kadıların çalışmalarını denetler)
- Asıl Kadılar (Rumeli, Anadolu ve Mısır Grupları var)
- Naip Hakim (kadı vekili) (en alt kademede bulunur)

Naiplikten Mollalığa kadar, yargıçların atanmaları, öğrenimleri ile sıkı sıkıya bağlıdır. Şöyle ki en alt derecede olup (İptida-i Hariç-Hareket-i Hariç), onu bitirenler ancak Dahil Medresesine gitmeye hak kazanırlar. Bu aşamayı bitirenler bir staj döneminden sonra ancak adalet örgütünün en alt kademesi olan naip hakim olmaya hak kazanırlardı. Öğrenimlerine devam etmek isteyenler Sahn medresesine gidebilirlerdi. Burayı bitirenler kaza kadılığı yapabilirlerdi. Daha sonra ise Altmışlı denilen Medreseler vardır. Bu medreselerden sonra, Kanuni'nin kurdurduğu Süleymaniye Medreseleri vardır. Altmışlı'dan sonra her öğrenci (ruas sınavını vererek de) müderris olabilir. Ancak daha iyisi Dar ül-Hadis'i bitirip müderris olmaktır.³ Süleymaniye'de müderrislik yapma hakkını kazananlar, adalet örgütünde molla olabilirlerdi, yani yüksek rütbeli yargıç olmak için "*hukuk profesörlüğü*" yapmış olmak gerekiyordu.



² Üçok, Mumcu, s. 230.

Altmışlı Medreseler		Hareket-i Altmışlı İptida-i Altmışlı
Sahn Medreseleri		Müsile-i Sahn Sahn-i Sem'an
Dahil Medreseleri		Hareket-i Dahil İptida-i Dahil
Hariç Medreseleri		İptida-i Hariç Hareket-i Hariç

Medreselerden bu yöntemle değerli pek çok hukuk bilgileri ve kadılar yetişti.⁴ Ancak devletin tüm kurumlarındaki çökmenin eğitim kurumlarına da yansımaları sonucu, devlet hizmeti görececek kişilerin de eğitimi de yozlaşmış, sonuçta yetersiz ve geleceğin getirdiklerini sezmeğinden yoksun bir aydın sınıfı oluşmuştur.⁵

Tanzimat döneminde eğitim örgütünü geliştirmek yolundaki çabalara rağmen bozulan medrese eğitimi kaldırılmamış, yalnızca yeni teknik ve askeri okullar açılmıştır. Tanzimat reformları ile birlikte başlayan değişim süreci İslam yasaları ile birlikte Batı yasalarının da uygulanmak istenmesi hukuk düzenini içinden çıkılmaz kargaşalara yol açmıştır. Böylece her konudaki "ikicilik" bu alanda da kendini göstermiştir.⁶

B. Cumhuriyet Döneminde

Cumhuriyetin ilanından önce 1878'de Mekteb-i Hukuk adıyla kurulan İstanbul Hukuk Fakültesi⁷ ülkemizin ilk hukuk fakültesidir. 5 Kasım 1925'te açılan Ankara Hukuk Mektebi de

³ Üçok, Mumcu, s. 23, Bozkurt, s. 51, 52.

⁴ Kadıların adli görevlerinin yanında idari görevleri de vardır. Kadılar, çocuklar ve yetimler gibi kendilerini korumakta güçlükleri olan insanlara yardım ederlerdi, Cihniçlioğlu, "Türkiye'de Hukuk Mesleği" s. 33.

⁵ Üçok, Mumcu, s. 273.

⁶ Üçok, Mumcu, s. 339, 340. Cihniçlioğlu, "Türkiye'de Hukuk Mesleği" s. 36, 37.

ilk laik hukuk eğitimi veren okuldur. Bugün ülkemizde 26 adet hukuk fakültesi olup, hukuk eğitimi 4 yıldır. Hukuk fakültesine devam edebilmek için orta öğretimden sonra merkezi yapılan sınavı kazanmak gerekir.

2. Amerika'da Hukuk Eğitimi

Amerika'da ilk hukuk eğitimi 1453'lere rastlar. Ancak, hukuk eğitiminin üniversitelerde yer alması 1817'lerde Harvard Hukuk Okulu'nun, 1859'da Columbia Hukuk Okulunun açılmasıyla başlamıştır.⁸

Koloniler devresi Amerikası'nda, hukuk mesleği alışılmış bir meslek değildi. Püritenlerin New England'ın da dinin her alandaki egemenliği hukukta da kendini göstermiş ve kutsal kitabı (İncili) okuyan herkesin yeterli hukuk bilgisi varsayıyordu.⁹

Bu dönemde resmi bir hukuk eğitimi yoktu. Hukukçular Londra'daki İngiliz Staj Derneği'nde eğitim görüyorlardı. Bu dernekler, yenilip içilen klüplerden çok az farklıydı. Bir kimse tek bir hukuk kitabı okumadan hukukçu olabiliyordu.¹⁰ Daha sonra hukuk eğitim modeli olarak usta-çırak metodu yerleşmeye başladı. Bu sisteme göre hukuk bir sanat, bir teknikti ve bu nedenle ancak bu işi bilenlerin yanında çıraklık edilerek öğrenilebilirdi. Usta-çırak eğitimi daha çok uzmanlığa dayanıyordu. Bu nedenle hukuk eğitimi ustanın bürosuna gelen işle sınırlı kalıyordu. Yine de bu metod 150 yıldan fazla hukuk mesleğinde rol oynadı.¹¹

1830-1860 yılları arasında birçok eyalet çıraklık sistemini bıraktı. Bu dönemde kendi kendine çalışma (self-study) metodu uygulandı. Bunun en meşhur örneği de Abraham Lincoln'du.

⁷ İstanbul Hukuk Fakültesi, kuruluşunu 17.6.1880 kabul eder, Çelik, s. 41.

⁸ Farnworth, "Amerika Hususi Hukuka Giriş", s. 56, Farnsworth, "Introduction to the Legal System", s. 13.

⁹ Arat, s. 5.

¹⁰ Garner, Brigham, s. 2.

¹¹ Garner, Brigham; s. 2, 3.; Arat, "Amerikan Hukuk Öğretiminde", s. 6, 7.

Ancak bu sistem resmi hukuk okullarında yaygınlaşmadı. Çı-
raklık sisteminde öyle bir durum oldu ki iyi bir öğretmen olan
büro sahibine, müşteriden çok öğrenci gelmeye başladı. Bir
yandan hukuk öğretmenlerine talebin artması diğer yandan
hukukun yalnızca bir yetenek olmadığı, bir altyapı gerektirdiği
fikri ise kitaba duyulan gereksinimi arttırdı. Böylece 1700'ler-
den itibaren bir çok kolejde hukuk kursu açıldı. Bunların baş-
lıcaları 1779'da açılan William and Mary's kolejinde 1790'da
Pihiladephia Koleji'ndeki hukuk kürsüleri idi. Böylece hukuk
öğretimi alanında üniversiteye ilişkin ilk adım atıldı. Ancak
Amerika'da Üniversite'ye bağlı ilk hukuk okullarının açılması
1800'lü yıllarda başlar.¹² Amerika'da Hukuk Fakültesi'ni ilk
açan üniversite bilindiği gibi Harward Üniversitesi'dir (1817).
Bunu 1826 yılında Yale Üniversitesi izledi. Üniversitelerde hu-
kuk öğretiminin başlamasıyla birlikte bir başka sorun ortaya
çıktı. Bu sorun yöntem sorunuydu. İlk dersler Kıta Avrupa-
sı'nın geleneksel yöntemi anlatım (takrir, lecture) yöntemiyle
verilmeye başlandı. Bu yöntemde öğretici dersi anlatıyor,
gerekirse öğrencilere yazılıp dağıtılıyor ve yapılan sınavlarla
öğrenciler denetleniyordu. Kitap ve notlara ek olarak, bu sis-
temde "moot court" (eğitim mahkemeleri) denilen öğrencilerin
uygulama mahkemeleri vardı.¹³

Anlatım (lecture) yönteminde, dersler ne kadar uygulamaya
dönük anlatılırsa anlatılsın bu öğretim yöntemi, Amerikalı
hukukçularda bir türlü güven sağlayamıyordu. 1908 yılında
Michigan Hukuk Fakültesi Yönetim Kurulu'nda, modern ted-
ris sisteminin amacının prensipleri olduğu kadar muhakeme
etmeyi de öğretmek olduğunu ve bunun ancak öğrencilerle
teker teker meşgul olunarak başarılabilceği belirtilmiştir.
Böylece bundan sonraki dönemlerde daha fazla karar malzemesi
kullanılmaya başlanmıştır.¹⁴ Ancak bu metodun tama-
men terkedilmesi, hukuk eğitimi dünyasında devrim yapan
Christopher Columbus Langchell'le gerçekleşmiştir. O adaşı

¹² Arat, "Amerikan Hukuk Öğretiminde" s. 9, 10; Farnsworth, "Introduction to the Legal System", s. 14, 15; Garner, Brigham, s. 3, 4.

¹³ Arat, s. 9, 10; Okay, s. 368, 369.

¹⁴ Okay; s. 372.

Christopher Columbus'un coğrafya da yaptığını, hukuk eğitimi alanında yaparak, ders kitaplarını atıp, yerine olaylar, problemler (cases) sistemini getirdi. Öğrencilerin küçük bir çocuğu ağızdan besler gibi, hukukun temel prensiplerini teorik olarak yineleyen, bellekten ezberleten öğretim sistemini reddetti. Ona göre öğretim üyesinin görevi olayların (cases) arasına gizlenmiş olan öz, prensip ve kavramla, öğrencinin anlamasına yol göstermektir. Böylece olayların arasındaki tomurcuklar öğrenciler tarafından anlaşılacak güle dönüşecektir. Ona göre anlatım (lecture) metodu eleğin içine su pompalamaya benzer ve faydasızdır. Hukuk bir bilim dalıdır, mutlak doktrinler veya kurallar içerir. Gerçek bir hukukçu kördüğüm haline gelmiş insan ilişkilerinde bu doktrin veya kuralları uygulayarak çözer. Her azimli hukuk öğrencisinin de bu ustalığı elde etmesi gerekir. Olay (Case) metodunda öğretim üyesi rehber olsa da, olayların çözümü ve fikir öğrenciye aittir, adeta öğrenci ile hoca yer değiştirmiştir.¹⁵ Öğretim üyesinin görevi, kendisinin ya da bir başkasının mahkeme kararlarından çıkardığı önermeleri derleyen bir metin meydana getirmek, bu metin ile ilgili, kişisel görüşlerini açıklayan bir ders vermek, ya da sonuçlara ulaşmakta izlediği yolu, mahkeme kararlarını örnek olarak açıklayan bir kitap hazırlamak değil, ilgili doktrinlerin geliştirdiği bir dava dizisini bulup, seçmek, öğrencilerin önüne, hakim ve avukatların uyuşmazlıkları çözmede kullandıkları temel gerekçeleri sermektir. Amaç öğrenciye hukuksal düşünme yeteneğini kazandırmaktır.¹⁶ Bu nedenle karar metodunda prensiplerin bizzat ve doğrudan doğruya öğrenciler tarafından bulunup öğrenilmesi sağlanır. Bazı hocalar bu metodun esas gayesini gözönüne alarak, derslerde, her türlü direkt açıklamalardan, hatta öğrencilerin sordukları soruları bile doğrudan doğruya açıklamaktan kaçınıp, sadece aynı soruyu başkalarına yöneltmekle yetinmekte ve bu suretle öğrenmelerini, dersleri bizzat ve şahsi emek ve gayretleriyle öğrenciler sağlamaktadırlar.¹⁷

¹⁵ Garner, Brigham, s. 6, 7, 8; Farnsworth, "Amerikan Hususi Hukuk" s. 16, 18.

¹⁶ Arat, s. 18-21; Garner, Brigham, 6.; Ansay, "Hukuk Öğretimi" s. 21.

¹⁷ Oktay, s. 373; Redlich, s. 12; David, s. 395, 396.

Hukuk eğitiminin yüksek öğrenim düzeyine çıkmasıyla, hukuk eğitimi bir meslek öğrenimi (graduate study) yani kolej bittikten sonra yapılan bir öğrenim haline geldi. Bizdeki aşağı yukarı liseyi karşılayan Amerikan High School'u 17-18 yaşlarına kadar devam eder. High School'u bitiren bir öğrenci hemen bir meslek okuluna gidemez. Bunun için önce 4 yıllık bir kolej (özel veya devlet) eğitimi görmesi gerekir. Kolej'de öğrenci, hukuk ya da tıp gibi bir meslek bilgisi değil, tarih, ekonomi, sosyal ilimler ve edebiyat gibi genel bir üniversite eğitimi elde eder ve bu alanlarda uzmanlaşır, iyi hukuk okullarına girmek için iyi akademik derece almak ve tek şekilde yapılan kabul sınavlarını geçmek gerekir. Yirmi bir yaşındaki bir öğrenci, ancak kolejden mezun olduktan sonradır ki, hukuk çalışmalarına başlayabilmek ehliyetini kazanır. Hukuk eğitiminin süresi 3 yıl olmasına rağmen hiç kimsenin yaş bakımından 24 yaşından önce hukuk mezunu (bachelor of law) olmasına izin verilmez.¹⁸

Bir hukuk fakültesi, eğer öğrencilerinin öğrenime, analiz yapma, soru sorma, araştırmada bulunma, yazma ve düşünme yeteneklerini geliştirmede kendilerine destek olabiliyorsa, fonksiyonunun en iyi biçimde yerine getiriyor demektir.¹⁹

Hukuk fakültesi bittikten sonra, öğrencinin uygulamaya geçebilmesi için bir de baro sınavını (bar examination) geçmesi gerekir. Bir çok federe devlette, baro sınavını başarmak hukuk tatbikatı için yeterlidir. Ancak bazı devletlerde ayrıca staj vardır. Hakimler dahi baroya kayıtlı kalabilirler. Ancak, hakimlerin avukat olmaları şart değildir. Konumuzun dışına taşmamak için burada Amerika'da hakimlerin kaydı hayatla atandıklarını veya seçilerek geldiklerini belirtmekle yetiniyoruz.²⁰

¹⁸ Farnworth, "Amerikan Hususi Hukuku", s. 6.

¹⁹ Columbia University Bülteni; Ansay, "Hukuk Öğretimi", s. 22..

²⁰ Conard, s. 64-68; David, s. 396, 397, Farnsworth, "Introduction to the Legal System", s. 21, 22, 68, 69.

3. İngiltere’de Hukuk Eğitimi

İngiltere’de öğrenciler 16 yaşına kadar ilk ve orta öğretimi tamamlarlar. Üniversiteye gidecek öğrenciler 18 yaşına kadar ileri düzey öğretimi yaparlar. Hukuk öğretimi dışında hiçbir üniversite özel koşul aramazken, hukuk öğrencisi olacak kişinin sağduyulu, kendi kararlarını sağlıklı bir şekilde verebilen, konulara eleştirel bakış açısıyla yaklaşabilen, ve gerekli ile gereksizi ayırt edebilen kişiler olması, okumayı ve araştırmayı sevmeleri ile mahkeme kararları, kanunlar ve akademik çalışmalardan yola çıkarak rahatlıkla kendi görüşlerini oluşturabilecek bir yapıda olmaları şartı aranır.²¹

Hukuk öğrenimi genelde üç yıl olup, her üniversite kendi eğitim anlayışına göre değişik nitelikte derslere ağırlık verebilir. Derslerde sadece kuru bilgi vermek yerine, öğrencilere bir hukukçu gibi nasıl düşünüleceğinin yolları öğretilir. Zira üniversitelerin amacı, öğrenciye genel hukuk kültürü vermek, onun hukuku bütünüyle kavramasını sağlamak olup, öğrenciyi mesleğe hazırlanmaya çalışmaktır. Sorular öğrencinin ezberleme yeteneğini ölçmekten çok, ders boyunca kendisine öğretilen bilgilerin bir yorumunun yapılmasına ve değerlendirilmesine yöneliktir. Öğrenci mezun olduktan sonra, seçeceği mesleğe göre eğitimini alır. Bu eğitim çeşitli meslek örgütlerince yapılır.²² Üniversitedeki hukuk eğitiminin gerçek amacı, tarihsel gelişim içinde hukuk fikrinin ve hukuk ilkelerinin nasıl oluştuğu, ne şekilde ve nerelerden kaynaklandığını belirlemek, nedenlerinin neler olduğunu araştırmak, günümüzde uygulanan kurullarla temel hukuk ilkeleri arasındaki bağlantıyı sağlamak, hukuk tarihi ve sosyal tarih incelemelerinin sonuçlarıyla birlikte, gelecekte uygulanacak hukuku ana hatlarıyla ortaya koymaktır. Kısaca hukukun hem İngiltere’de hem de dünya düzeyinde (evrensel) ulus ve uluslararası rolünü, önemini ve etkinliğini kavratmaktır. İngiltere’de yalnızca öğrenciler değil, eğitim kuruluşlarında çalışanlarda (bütün kamu görevlilerinin olduğu gibi) başarılı olmak zorundadırlar. Bir görevin sürdürü-

²¹ Akipek, s. 36, 39; Yalçınkaya, s. 144, 143, 144.

²² Cirhinlioğlu, "İngiltere’de Hukukçular", s. 5-7; Akipek, s. 39. Yalçınkaya, s. 144.

lebilmesinin tek kaynağı başarılı olmaktır. İngiltere’de herhangi bir göreve bir kez getirilmiş olmak hiçbir güvence sağlamaz. Eski hukuk anlayışı olarak kabul ettikleri (müktesep hak kavramı) İngiliz hukukunda geçerli değildir.

İngiliz eğitiminde, öğretim ve eğitim kavramları arasında da denge kurulabilmiştir. Hangi kademede olursa olsun herhangi bir dalın en iyi biçimde öğretilmesi, yani öğrencinin belli bir konuda uzmanlaşmasının sağlanmasının yanısıra genel eğitim yönünden de üstün bir düzeye getirilmesi ana amaçtır. Zira bir dalda ne kadar üstün bir düzeyde yetişmiş olsa da, genel düşünce, manevi değerler, insanlık ve toplum anlayışı açısından yeterince geliştirilmemiş bir gencin ne kendisine ve ne de içinde bulunduğu topluma yararlı olamayacağı yaygın ve hakim bir düşüncedir.²³

İngiltere’de hukukçuların mutlaka hukuk fakültesi mezunu olması da gerekmez, uygulama içerisinde yetişmiş kimseler de olabilirler.²⁴

4. Almanya’da Hukuk Eğitimi

Almanya’da hukuk fakültesinden önce alınacak orta öğretim süresi 13 yıldır. Bundan sonra öğrenci dilerse hukuk öğrenimi yapabilir. Hukuk öğrenimi tamamladıktan sonra, Adalet Bakanlığı’nın açtığı sınava girebilmesi için de en az bir yıl hazırlık çalışması yapması gerekir. Bu sınavı kazandıktan sonra da 2 yıl staj gerekir. Yani Almanya’da bir kimsenin hukuk fakültesini bitirip avukatlık veya yargıçlık yapabilecek duruma gelmesi en az 28 ya da 29 yaşına gelmeyi gerektirir.²⁵

Almanya’da hukuk öğretimi yargıçlık mesleğini esas olarak düzenlendiğinden, hukuk fakülteleri öğretimlerini buna göre yapmaktadır. Almanya’da hakim olmak isteyenlerin hukuk fakültesinde okumaları gereken süreyi, hangi konularda sınava gireceğini; sınavların biçimini ve yargıçlık stajını Hakimler

²³ Yalçınkaya, s. 142, 143.

²⁴ David, s. 312, Yalçınkaya, s. 145, Ansay, (ABD’de) s. 17.

²⁵ Ansay, (Almanya’da) s. 14, 15.

Kanunu düzenlemiştir. Hakimlik sınavı Adalet Bakanlığı, Avukatlık sınavı, Barolar Birliği tarafından yapılmaktadır. Dersi Profesörler verdiği halde sınavı yargıçların yapması eleştiri konusu olmakta ve sınav yetkisinin Adalet Bakanlığı'ndan alınıp hukuk fakültelerine verilmesi önerilmektedir.²⁶

Avukatlık mesleğini yapabilmek için ise yargıçlık mesleğine kabul koşullarına sahip olmak veya intibak sınavını başarmak gerekir. Almanya'da avukatlık stajı 30 ay olup, bunun 24 ayı savcılık, hukuk ve ceza mahkemeleri, idare organları ve avukat yanında geçer. Bu süreyi takip eden 6 ayda ise staj idare, iş, ticaret hukuku ve sosyal güvenlik alanlarından birim seçilerek yapılır. Fedaral Alman Avukatlık Yasası'na göre hukukçular belirli hukuk alanında (idare hukuku, vergi hukuku, sosyal hukuk, aile hukuku ve ceza hukuku) uzman avukat ünvanını alabilirler (m. m3/c). Uzman avukatlık ünvanı verilecek (bir avukat ancak iki hukuk alanı için uzman avukat ünvanı kullanabilir) avukatın en az üç yıl kesintisiz avukatlık yapması, yetkili öğretim kurumlarında ders sınavlarını başarması ve uzmanlık istediği alanla ilgili belirli sayıda görev almış olması zorunludur.²⁷

5. Fransa'da Hukuk Eğitimi

Fransa'da hukuk fakültesine gidebilmek için liseyi bitirmek ve bakalorya sınavını vermek gerekir. Hukuk lisansı dört yıldır. Savcı ve yargıç olabilmek için, hukuk alanında uzmanlık çalışmaları yapmış olmaları şartı vardır.²⁸

Avukatlık için ise 2 yıl avukat yanında stajyer avukat olarak çalışmak zorunluluğu vardır.²⁹

²⁶ Ansay, "Hukuk Eğitimi" s. 13, 18; Ansay, "Hukuk Öğretimi" s. 17.

²⁷ Çelik, s. 34, 36, 100.

²⁸ Daver, s. 10, 12, 13.

²⁹ Çelik, s. 105.

II. Hukuk Eğitimi Öğretimi

1. Eğitim Öğretim Kavramı

Eğitimin bireysel, toplumsal, parasal bir çok yanı vardır. Bu nedenle eğitimin tanımını yapmak oldukça güçtür. Çağdaş eğitimcilerin çoğu, eğitimi; bireylerin toplumsal özelliklerini, inançlarını ve yaşam biçimlerini belirleyen bir süreç olarak tanımlarlar.³⁰

Diğer bir tanıma göre eğitim, bilgi ve beceri edinmenin yöntemi hatta tekniğidir.³¹

Özgen'e göre eğitim, usu toplumsal yaşama zorunlu olarak katan sürekli bir olgudur.³²

Karayalçın'a göre ise eğitim, insanların bilgilerini, davranışlarını, bedeni-ahlaki-fikri kabiliyetlerini düşünme, yaratma, problem çözme, karar verme ve uygulama güçlerini oluşturmak ve geliştirmek için yapılan çalışmaların tümüdür.³³

Arslan'a göre eğitim; bir insana özellikle çocuğa, bir gence bir takım bilgilerin, becerilerin, arzu edilen davranışların, iyi değerlerin kazandırılmasıdır.³⁴

Tüm tanımlar gösteriyor ki, eğitim bir süreçtir, doğumdan ölüme kadar giden bir süreç. Nitekim Milli Eğitim Temel Kanunu da genel ve mesleki eğitimin hayat boyunca devam etmesini esas almıştır (m.9). Yani eğitim bir insanın bedensel, ruhsal ve zihinsel fonksiyonlarını kendisinde var olan kapasitenin en iyisine ulaştırılması çabasıdır. Elbette bu fonksiyonların ahenkli de olması gerekir.

Söyle örnek verelim, yalan söylemek doğru değildir. Zihin bunu öğrendi, bunun doğruluğuna ruh inandı, beden de yalan söylemiyor artık, ancak bu üçleme ile bilgi gerçek bilgi oluyor. Tüm bunlar da insanın değer yargılarını oluşturuyor.

³⁰ Özgen, s. 15; Tanilli, s. 12.

³¹ Özden, s. 518.

³² Özgen, s. 16.

³³ Karayalçın, s. 8.

³⁴ Arslan, s. 252.

Öğretime gelince, öğretim kişiye bilgi aktarmadır. Bilgi edindirmektir.³⁵ Bir eğitimciye göre öğrenmenin 4 aşaması (temel kavramları edinme, analiz, sentez ve değerlendirme) vardır. Öğretim eğitimin ilk aşamasıdır. Eğitim ise öğrendiğini içselleştirip, onları uygulayacak aşamaya gelmektir. Yani önce temel kavramlar edinilir, bu analiz edilir, bunu sentezleme becerisi izler ve en son aşama bu bilginin farklı bir amaçla kullanılması ya da değerlendirilmesidir.³⁶

Selçuk'a göre; eğitimden vazgeçilmelidir; ona göre insanlar eğitilmez, devlet insanları kalıplara sokamaz, devletin işi, bilimin verilerini insanın değerlendirmesine eğiþ bükmeden olduğu gibi sunmaktır ve öğrenim dört bilinci yaratabilmelidir; eleştiride Montaigne bilinci, hoşgörüde Yunus ve Veysel bilinci, başka olma konusunda Mevlana ve Nazım Hikmet bilinci, başkalarının başka olma ve kalma haklarını savunma bilinci konusunda Voltaire bilinci. Öğrenim bu bilinçleri kazanırdırabildiği oranda ancak çağcıdır.³⁷ Ancak, hoşgörü bilincini oluşturmak için de öğretimden öte eğitime gereksinim yok mudur ya da kişilerin hoşgörülü olmalarını istemek de bir dayatma değil midir?

Eğitim ve öğretim kavramlarının sınırlarını çizmek kolay değildir.³⁸ Bazen bunları birbirinin yerine bazen de yan yana kullanıldığını görmekteyiz.³⁹ Öğretim, bir bilginin aktarımını anlatırken; eğitim kişiyi o bilgileri kullanacak duruma da getiren bir süreçtir. Bu nedenle biz üniversitede önce hukuk öğretimi mi hukuk eğitimi mi yapacağız ya da hukuk eğitiminin öğretimi hangi aşamada bitmeli? Bunun cevabını vermeliyiz. Bunun için de önce amacımızı saptamalıyız.

³⁵ Karayalçın, s. 8., Sav., s. 102, Bostancıoğlu, "Hukuk Kurultayı", s. 601.

³⁶ Abacıoğlu, s. 7.

³⁷ Selçuk, s. 31.

³⁸ Karayalçın, s. 8.

³⁹ Bkz., Hukuk Eğitimi Reform Paneli (ed., Adnan Güriz) Ank., 1997 ve Hukuk Öğretim Sempozyumu (ed., Adnan Güriz) Ank., 1993.

2. Eğitim-Öğretimin Amacı

Eğitim de, öğretim de amaçsız yapılamaz. Örneğin dünyaca ünlü Oxford Üniversitesi'nin 17. yüzyıldaki amacı öğrencilerinin, kibar bir erkek olarak yetişmesiydi.⁴⁰ Bu gün ise Amerika ve İngiltere'deki üniversiteler iki amaç için vardır. Birincisi erkek ve kadınları belli meslekler için eğitmek ve ikincisi de kısa vadeli yarar gözetmeden bilim ve araştırmayı sürdürmek.⁴¹

Özgen'e göre eğitimin birçok amacı vardır; öncelikle eğitim, eğitilen bireyde varolan beceri ve yetenekleri sonuna dek geliştirmelidir. Sonuç olarak da eğitilen birey, iyi insan, iyi yurttaş, iyi meslek elemanı olmalıdır.⁴²

Erdoğan'a göre eğitim, sadece kuşakların yaptıklarını yineleyen değil, yeni şeyler yapabilme yeteneği olan insanları yetiştirmeyi amaç edinmelidir. Eğitim ve öğretim etkinlikleri bireyleri her an değişen koşullara uyum sağlayacak şekilde donatmalıdır. Bu amaçla etkili okuma, yazma, konuşma, yaratıcı düşünme, problem çözme, karar verme araştırma yapma ve nasıl öğrenileceğini öğrenme gibi önemli becerilerin kazandırılması üzerinde özenle durulmalıdır.⁴³

Einstein'e göre bir yüksek bilimler okulunun amacı kitaplarda öğrenilmeyecek olan şeyi, yani düşünmek için aklı eğitmek olmalıdır.⁴⁴

Konumuz hukuk eğitimi olduğuna göre ,daha özel olan "*Hukuk eğitiminin amacı nedir?*" sorusunun cevabına gelince;

Sav'a göre, "*hukuk fakültelerinin amacı hem bilim üretmek, hem de yüksek düzeyde bilim öğretimi yapmaktır. Ülkemizdeki hukukçuların çalışma alanı da öncelikle yargıçlık-savcılık, avukatlık ve noterlik olduğuna göre; hukuk öğretimi planlaması yapılırken, öğretim ve ders çizelgeleri hazırlanırken bu alanda çalışanların*

⁴⁰ Russel, s. 214.

⁴¹ Russel, s. 216.

⁴² Özgen, s. 18.

⁴³ Erdoğan, s. 207.

⁴⁴ Einstein, s. 100.

*yararlanacakları, kullanacakları, bilgileri edinmelerini düşünmek gereklidir. İyi meslek adamı, iyi hukukçudan çıkar. İyi hukuçu için de, iyi bir hukuk öğretimi gereklidir. Ancak hukuk bir bilim, yargıcılık, savcılık, avukatlık ve noterlik ise hukuka dayalı meslekler olup meslekler eğitimi gerektirir. Meslek, meslek adamından ve meslek uygulaması ile öğrenilir. Fakülte öğretimi hukukçu yetiştirmelidir. Hukuk fakülteleri adalet duygusu gelişmiş, hukukçu gibi düşünme yeteneğine erişmiş hukukçu yetiştirmeyi amaçlamalıdır”.*⁴⁵

Bir diğer görüşe göre; hukuk öğretiminin amacı kişilikli, çağını yakalamış ve mesleğinin ehli hukukçular yetiştirmektir. Yani birey ve vatandaş olma bilincinde hukuksal düşünme yeteneğini kazanmış, mesleğinin kurallarını iyi bilen ve uygulayan insandır.⁴⁶

Karayağın'a göre ise hukuk öğretimi ve eğitiminin temel hedefi, problemleri zamanında görebilen ve doğru çözüme yeteneğine sahip olan hukukçular yetiştirmektir. Bu nedenle öğrencilerin kavramlara, kaynaklara, ilkelere, müesseselere, hakim olmalarını sağlamak hukuk, öğreniminin ve eğitiminin hedefi olmalıdır. Hukukçu aynı zamanda genel kültürü, meslek ahlakı ve çalışma disiplini olan kişidir. Bu nedenle hukukta etik problemler adli bir dersin yer alması tartışmalıdır.⁴⁷

Kanaatimizce hukuk eğitim-öğretiminin amacı elbette ki iyi hukukçu yetiştirmektir ve iyi hukukçu iyi hukuki düşünceye sahip yani gördüğü her şeyi hukuk diline, çevirebilen konuyla ilgili problemleri çıkarabilen, bu problemlerin cevabı için nerelere bakabileceğini bilen, ve araştırıp cevabını verebilen bu cevabın daha sonrası için değiştirilip değiştirilemeyeceğini tartışabilen, iyi insandır. O halde amaç iyi hukukçu olan, iyi insanı yetiştirmektir. Bilgi kötü kişilerin eline verildiğinde bir silah olabilir. O halde amaçlardan biri de iyi insanı yetiştirmek olmalıdır. İki adım ahlak bir adım bilgi hedef olmalıdır. Özden'in dediği gibi adaletçi sağlamadan adalet sağlanamaz.⁴⁸

⁴⁵ Sav, s. 102, 103, 105.

⁴⁶ Güven, s. 107, Bostancıoğlu, s. 601.

⁴⁷ Karayağın, s. 54.

⁴⁸ Özdemir, s. 523.

Hukukçu özel olarak yetiştirilen kişi olmalıdır.⁴⁹ Amacımızı saptadık, bu amaca nasıl ulaşacağız yani metodoloji (yöntem bilimimiz) ne olacak; buna karar vermeliyiz.

3. Eğitim-Öğretimin Yöntemi

Klasik eğitim metodunda, öğrenci alıcı (pasif) durumdadır; kürsüdeki hocasının söylediklerini dinleyerek anlamaya veya kağıda geçirmeye çalışır.⁵⁰ Bu yöntem ile öğrenci hocadan aldıklarını öğrenecek ve sınavda geri verebilecek konumda olacaktır. Öğrenci sürekli pasif durumda olup derslerde akıl süzgecine gereksinimi yoktur. Böylece de öğrenci öğrenerek değil, bir süre sonra unutulacak bilgileri ezberleyerek dersi geçirmektedir. Ayrıca bir diğer sakınca da öğrencinin uygulamadan uzak yetişmesidir. Bu yöntemde öğretim üyesinin görevi, bilim malzemesini aktarmaktan ibarettir. Bu yöntemin yetersiz olduğu görüşünden hareketle, öğrencilerin de derse hazırlanarak gelmeleri, derslerde ilgili konular, problemler, çözümler hakkında düşüncelerini, sorular sorarak kendi görüşlerini, varsa tenkitlerini belirtmeleri gerekir öğrencinin de aktif olduğu bu sistem ise interaktif sistemdir.⁵¹ Ayrıca teorik bilgilerin örneklerle aydınlatılması için hukuk fakültelerinde pratik kurlar yapılmakta olup, birçok hukuk fakültesinde bunlar zorunlu ders haline de gelmiştir. Pratikler ile öğrenciler teorik derslerde elde edilen bilginin somut olaya nasıl uygulanacağını öğrenmiş olurlar.⁵²

Bir diğer yöntem aktif öğrenme kavramı altında tamamen öğrencinin aktif olduğu, probleme dayalı öğrenme (PDÖ) yöntemidir. Bu eğitimin ana yapısı; *"gerekli olduğuna inanılan ve mesleki açıdan öncelik taşıyan bilgilerin merak ve kuşku duygularıyla, öğrenci tarafından çıkartılan öğrenme hedefleriyle araştırılarak öğrenilmesi ve bir sorunun çözümlenmesinde kullanımına dayalıdır. Bu eğitim yöntemi ile öğrenciye, gerçek meslek yaşamında karşılaşılabi-*

⁴⁹ Çelikel, s. 606, *Hukuk Kurultayı*.

⁵⁰ Güven, s. 108, 109; Hirsch, s. 1; Karayalçın, s. 51, 52; Olcay, s. 368; Arat, "case metod" S. 86.

⁵¹ Karayalçın, s. 52.

⁵² Hirsch, s. 3.

*leceği sorunları çözerken, alışkanlığı kazanılmış bir mantık yürütme, analiz etme, sentezlere, bilgiye ulaşma ve yorumlama becerisi verilir. Problem veya keşfetme temeline dayanan öğrenme ile öğrencinin, bilgi ve beceriyi aynı anda geliştirmesi, bilgiyi sentez ve analiz etmesi, kendi kendine sürekli öğrenme yetisi kazanması sağlanmaktadır”.*⁵³

Buna benzer bir yöntem ABD’de hukuk alanında yaklaşık 1800’lerden beri uygulanan “*Case Method (Dava Yöntemi)*” dir. Bu yöntemde adeta profesör ile öğrenci yer değiştirmektedir. Amaç öğrenciyi 3 yıllık bir çalışma ile hukukun temel prensiplerini öğretmektir. Case method, hukukçu gibi düşünmeyi etkili bir şekilde öğrencilere öğretmeyi yüce bir yöntem (methodoloji) olarak kabul eder. Case method anlatım yöntemine karşı çıkar ve öğrenciyi tıpkı bir hukukçu gibi davalarla başbaşa bırakarak, ona davaların öğelerini çözümleyerek kuralları oluşturdukları yerde saptamak ve böylece hukuksal ilkeleri sorunlarda değerlendirmek yoluyla hukuku öğretmeye çalışır. Bu yöntemin yararları şu şekilde sıralanır.⁵⁴

1. Öncelikle bu olay yöntemi, “*hukukçu gibi düşünme*”yi öğrencilere öğretir.⁵⁵ Öğrenciler ezberleyerek değil düşünerek, araştırarak, anlayarak öğrenir. Öğrenci böylece dogmatik hukuk anlayışından da kurtulur. Kendisine verilenleri olduğu gibi kabul etmemeyi öğrenir.

2. Öğrenciler öğrenmeyi öğrenir. Kendi kendilerine nasıl öğreneceklerini öğrenmeyi, akıl yürütmeyi, keşfetmeyi öğrenir ve öğrenci artık pasif durumda değil aktif durumdadır. Böylece öğrenilen de unutulmaz. Bu metod az sayıda da olsa mükemmel hukukçu yetiştiren en iyi metottur. Çünkü bu hukukçu da bulunması gereken tahlil ve münakaşa kabiliyetini en çok geliştiren metoddur.⁵⁶

⁵³ Abacıoğlu, s. 25. “DEÜ Tıp Fakültesi’nde bu yüzden 1997-1998 akademik takviminden beri uygulanmaktadır. Aynı üniversitenin hukuk fakültesi de 2001-2002 öğretim yılında bu yöntemle başlamış olup, bu eğitim modelinin Türkiye’de öncülüğünü yapmaktadır.”

⁵⁴ Garner, s. 32, 37; Okay, s. 374, 378.

⁵⁵ Carter, s. 1. vd.

⁵⁶ Okay, s. 376.

3. Öğrenciler zorunlu olarak derse devam ederler. Zaten dersler öğrenciler için bir zevktir. Öğrenciler hem derslerden yararlanmakta hem de arkadaşlarına mahcup olmamak için çalışmaktadırlar. Zira bu öğretim bir ekip işidir ve kimsenin en zayıf halka olmasına izin verilmez.

4. Çalışma öğrenciler için bir yaşam biçimi olur. Böylece öğrencinin daha çok çalışması da sağlanmış olur.

5. Bir diğer faydası da öğrenciyi uygulamaya hazırlamasıdır. Öğrenci yaşayan, canlı hukukla tanışmış olur. Böylece öğrenci daha uygulamaya geçmeden önceden bu nitelikleri elde etmeye başlar.

6. Öğrenci öğrendiği bir kuralın ne işe yaradığını da görür. Bu nedenle öğrendiklerinin ne işe yaradıkları sorusunun cevabını da bulmuş olurlar. Öğrenciye lüzumsuz bilgiler verilmaz.

7. Öğrenci sürekli araştırıp sorguladığı ve anlattığı için anlayışı ve anlatımı gelişir.

8. Bir diğer nokta da bu yöntemin öğrenciler kadar öğretim üyesi için de çok zevkli olmasıdır. Zira her yıl biraz değişen misallerle aynı şeyleri anlatmak yerine, her yıl farklı kişiliklerin (öğrenci gruplarının) oluşturduğu beyin fırtınası⁵⁷ ile hoca da coşup taşacaktır. Ders öğretim üyesi için de bir zevk haline gelecektir.

Bu yöntemin sakıncalarına gelince;

1. Hukuk fakültelerinin öğrenci sayısı göz önüne alındığında, bu yöntemde başarılı olunamaz.⁵⁸ Zira bu yöntemde hoca ders anlatmadığından, öğrencinin de hazırlanıp geldiği kalabalık sınıflarda konular anlaşılacak, ders, çalışan bir-

⁵⁷ Beyin fırtınası; insanların grup içinde hiçbir engelleme ya da eleştirilmeyle karşı karşıya kalmadan, yaratıcı, üretici düşünmeye yönelten basit ve direkt bir yaklaşımdır. Temel kuralları şöyle sıralanır;

a. Hiçbir fikir gülünç değildir. Mümkün olduğunca çok fikir üretilmelidir.
b. Ortaya çıkarılan fikir, fikri üreten kişiye değil, grubun tümüne aittir.
c. Hiçbir fikir eleştirilemez. Yozgat, s. 454, 455.

⁵⁸ Okay, s. 378, Arat, s. 48.

kaç öğrenci arasında geçecek, kaldı ki çalışıp gelenler bile söz alamadığından öğrencilerin şevki kırılacaktır.

2. Bu yöntemin bir değer sakıncası öğrencileri de bazen bıktırarak kadar çok okuma ve alıştırmaya zorlamasıdır. Bu nedenle sıkıcı bir eğitim metodudur. Öğrencilerin kısa bir eğitim süresinde bir hukukçu gibi düşünmeyi öğrenmeleri zordur.⁵⁹ Öğrencilerin hiç boş vakti kalmaz, bütün zamanları okuma ve araştırma ile geçer.

3. Bu yöntemle hukukun tüm temel kavramlarını tam olarak öğretmek çok güçtür. Özellikle buna uygun davalar bulmak her zaman kolay değildir.⁶⁰ Böylece öğrenci yanlış sonuçlara da gidebilir.

4. Bu yöntemle öğretmede öğrenciye birçok teorik bilgi verilemeyecektir. Zaten hukukta bazı dersleri dava yoluyla vermek oldukça zor hatta olanaksızdır. Örneğin vergi, anayasa hukuku gibi. Öğrenciler özellikle fakülte sonrası göreceği sınavlarda (banka, kaymakamlık, müfettişlik, baro, hakimlik gibi) bilgiye dayalı sorular sorulduğunda bocalayacaktır.

5. Bu yöntemin amacı bir hukukçu gibi düşünmeyi öğretmek olmakla birlikte bu fakülte mezunları bir hukukçunun yaptığı işleride yapacaklardır. Halbuki bu yöntemde öğrenci, sanki hukuk, mahkeme kararlarından ibaretmiş gibi algılayacaktır. Halbuki mahkeme, hukuku yaratmaz sadece mevcut hukuku uygular.⁶¹ Bu nedenle öğrenciye yasaların nasıl yapıldığı hangi amaçla çıkarıldığı da öğretilmelidir. Kaldı ki her dosya (dava) bir diğerine benzemez ayrıca bir davanın karara yansımayan bir sürü boyutu vardır. Öğrenci bunları da göremez. Bu nedenle benzer bir davada aynı sonucun alınamayacağını da göremez.

6. Bu yöntem öğrencilerin analiz yeteneğini geliştirmekle beraber sentez yeteneğini zayıflamaktadır.

⁵⁹ Garner, s. 14.

⁶⁰ Garner, s. 13, 14.

⁶¹ Okay, s. 380, Arat, s. 38.

7. Bu yöntemde öğrenciler çok çalıştığından hocaları tembelliğe sevkeder. Teorik kitaplara da yer verilmediğinden hocaları teorik kitap yazmaktan alıkoymasını da sakıncalar arasında sayabiliriz.

8. Hukuk öğretimi yalnız davalar ele alındığından olayın ekonomik, sosyal ve politik konularda ele alınması olanaksız olacaktır.⁶² Bu da öğrencinin kapasitesini düşürecektir.

Sonuç

Mevzuatımız orta öğretimden sonra yapılan öğretime yüksek öğretim adını vermiştir. Öğretimde genelde iki kişi vardır. Öğreten ve öğretilen (öğrenen). Ancak eğitimden farklı olarak öğretimde yalnızca öğrenende olabilir. Kişi tek başına da bir konuyu mevcut kaynaklardan (ki bu kaynaklar da onun için öğretici tarafında hazırlanmıştır) öğrenebilir. Zira öğretim belli bir amaca uygun olarak bilgilerin verilmesidir. Nitekim yüksek öğretimde de ağıktan öğretim, ekstern ya da halk arasındaki deyimiyle mektupla öğretim vardır. Hukuk öğretiminde öğrenci olabilmek için, bizim yüksek öğretim sistemine göre orta öğretimi bitirip merkezi sınavla bir hukuk fakültesini kazanması gerekir. Böyle bir kişi artık hukuk öğrenebilir, kavrayabilir olarak kabul ediliyor. Bundan sonra bir hazırlık sınıfı gerekir mi, gerekmez mi tartışması yapılmaktadır. Bu öğrencilerin orta öğretimde öğrendikleri ile yakından ilgilidir. Elbette sosyoloji, felsefe, ekonomi gibi genel kültür bilgileri ile öğrencinin donanmış olması, anlayışını değiştirecektir. Bu açıdan, öğrencilerin seçmek istedikleri dala göre, orta öğretimden bu bilgilerle donatılmış olarak gelmesi kanaatimizce daha doğrudur. Öğrenciye yeni baştan genel kültür bilgileri verilmesi onlar için sıkıcı olabilir. Ancak bütün sosyal bilimler için konacak olan genel bir hazırlık sınıfı, belki bizim öğrencimize bir yıl üniversite sınav stresini attıktan sonra üniversiteyi tanıma, istediği fakültenin hedeflerine uygun olup olmadığı ve derslerin içeriğiyle ilgili bir bilgi edineceği ve genel bir hazırlık eğitimi

⁶² Karayalçın, s. 41.

olduğu için de fakülteler arası geçişlerin olanaklı olduğu bir yıl olarak düşünülebilir.

Hukuk öğretici olmadan öğrenilebilir mi? Sorusuna gelince birçok hukuk fakültesinde ekstern öğrenci olduğu ya da derse devamın zorunlu olmadığı fakültelerde yalnızca sınavdan sınavı gelen öğrenci olduğu gözönüne alındığında, evet cevabını verebiliriz. Ancak bir kimse ne kadar çok hukuk kitabı okursa okusun ona hukukçu sıfatını ancak bir hukuk fakültesi verebilir. Bu anlamda hukuk fakülteleri hukukçu sıfatını alabilmek için öğrencilerin neyi, ne kadar bilmeleri gerektiği konusunda bir öğretim programı yaparlar. Bu programın ülkedeki tüm hukuk fakülteleri için aynı olması gerekir. Karayalçın'a göre lisans kademesinde amaç, verilecek bilgi ve becerilerle ilkelere, müesseselere, kavramlara, kaynaklara hakimiyeti sağlayacak, problemleri görme ve doğru çözüme yeteneğini kazandıracak ve geliştirecek bir hukukçu yetiştirmek olmalı; derslerin, ders kitap ve notlarının düzeyi bu amaç gözönüne alınarak belirlenmelidir.⁶³ Kanaatimizce de burada öğrenciye verilmesi gereken hukuk kavramlarına ve kaynaklarına hakimiyet ve gerekli bilgiler olmalıdır. Becerilere katılmıyorum çünkü her meslek için gereken beceri ayrıdır. Örneğin problemi doğru görme ve çözüme becerisi, bir hakim ve hukukçu için son derece gerekli bir beceri iken, bir noter için gerekli olmayabilir.

Öğrenciye gerekli olan bu bilgi aktarımı nasıl olmalıdır, yöntemi ne olmalıdır sorusuna gelince; elbette az sınıflarda, öğrenci ve öğretim üyelerinin bire bir ilişkide olduğu, öğrencinin notlarının kişiselleştirilerek verilebildiği bir ortam daha iyi sonuçlar verir. Çünkü biraz önce de belirttiğimiz gibi bir kimseye "hukukçu" diyeceksek onun bilgisini ölçmek gerekir. Ölçme; bir şeyin belli bir özelliğe sahip olup olmadığının, sahip oluş derecesinin gözlemlenmesi ve gözlem sonuçlarının sayı ve sembollerle ifade edilmesidir⁶⁴ ve eğitimde ölçme ve değerlendirme, bir bilim dalıdır. Ancak ne yazık ki ülkemiz öğretim üyeleri için böyle bir formasyon verilmemekte ve zorunlu

⁶³ Karayalçın, s. 41.

⁶⁴ Gözler, s. 9.

olarak istenmemektedir. Orta öğretime, öğretmen olacak olan adaylardan fakülte sonrası istenen formasyon, öğretim üyeleri için istenmemektedir. Oysa buna benzer bir formasyon öğretim üyeleri içinde zorunlu olmalıdır. Öğretmen, bir öğrencinin ne bilmediğini bulmak için tasarlanmış sorularla zaman harcamamalıdır. Gerçek soru sorma sanatı, öğrencinin ne bildiğini ve ne bilecek yetenekte olduğunu bulmayı amaçlar.⁶⁵

Öğrenci eğer öğrendiği bilgileri kısa bir süre sonra unuttuyorsa, yapılan iş, büyük bir para, zaman ve emek israfıdır. Elbette öğrenci öğrenen durumundadır ancak Valéry’inde dediği gibi “*özümsemek koşuluyla başkalarından beslenmek kadar özgün bir şey yoktur*”.⁶⁶ Onun için atasözündeki gibi “*arsları arslan yapan özümsemişi koyun etidir*.” İnsan elbette öğrenirken kendisinden önce düşünülmüş görüşlerden, varılan sonuçlardan yararlanır ancak bunları olduğu gibi değil sorgulayarak, özümseyerek bellemelidir. Einstein’da dediği gibi, bilimin tamamı düşünce inceliğinden fazla bir şey değildir. Bir insan için olguları öğrenmek o kadar önemli değildir. Bunun için bir yüksek okula gerçekte ihtiyacı da yoktur. Bunları kitaplardan öğrenebilir. Bir yüksek bilimler okulundaki eğitiminin değeri birçok gerçeği öğretmek değil, kitaplardan öğrenilemeyecek şeyi düşünmek için akli eğitmektir.⁶⁷ Bunu da anlatım yönteminde başarmak çok zordur. Öğrenciyi düşünmeye sevkeden, birlikte öğreten sistem, aktif eğitim sistemidir. Ancak bu sistem yüksek öğretimdeki öğrenci sayısını azaltacaktır. Ülkemiz koşulları ve birde her insanın farklı öğrenme yöntemi isteyeceği gözönüne alındığında, fakültelerde farklı yöntemle öğretim sunmak daha doğru olur kanaatindeyiz. Böylece araştırarak öğrenmek isteyen, dinleyerek öğrenmek isteyen veya okuyarak öğrenmek isteyen öğrencilere farklı seçenekler sunulmuş olacağı gibi öğrenci sayısında bir azaltma yapmak da gerekemeyebilir.

⁶⁵ Einstein, s. 100.

⁶⁶ Selçuk, s. 26.

⁶⁷ Einstein, s. 115.

Öğrencilerin hukuk fakültesinden mezuniyet sonrası çalışabilecekleri alan, başta yargı (hakim, savcı, avukat, noter) olmak üzere, yönetim (müfettişlik, kaymakamlık, memurluk gibi) yasama veya öğretim-egitim alanları olabilir. Karayalçın'a göre dar anlamda hukukçu bu sıfatla öğretim, araştırma, danışma, savunma ve yargı alanlarında sorumluluk taşıyan kişidir.⁶⁸

Öğrenci okulu bitirdikten sonra amacına göre bir meslek seçimine karar verecektir. Hukuk öğrencileri genelde yargı alanında çalışmayı amaçlarlar. Zira adli yargıdaki hakim ve savcılık, noterlik ve avukatlık yalnızca hukuk fakültesi mezunlarının yapabileceği mesleklerdir. Diğer meslekler için hukuk fakültesi zorunlu olmadığından daha ağır bir öğretimi bu meslekler için öğrenciler seçmeyi yeğlemezler. Bu mesleklerden birinde çalışmak isteyen öğrenci yeniden bir sınava girecektir. Avukatlık için baronun (şimdilik baronun sınavı askıya alındı), hakimlik için Adalet Bakanlığı'nın, araştırma görevliliği için hukuk fakültesinin açtığı sınavlara girecektir. Bu sınavlar neyi ölçecek, kim daha iyi öğrendi onu mu ölçecek? Öğrenmenin sonuçları kişiseldir, oysa mesleki eğitimin sonuçları, toplumsaldır. Bu nedenle öğretimde asıl önemli olan bundan sonraki aşama meslek eğitimi aşamasıdır. Ancak ne yazık ki ülkemizde mesleki eğitim bilimsel olmayıp bir nevi usta-çırak ilişkisi içerisinde (aslında usta-çırak ilişkisi de değil, çünkü usta ya da ustalık diploması veren bir okul da mevcut değildir) yürütülmektedir. Avukatlık, hakimlik, savcılık ve noterlik fakülte sonrası yapılan stajlarla elde edilen mesleklerdir. Bir süre yargı kurumlarında, bir süre de bu meslekten kişinin yanında yapılan staj, bu hukukçuyu meslek sahibi yapmaktadır; mesleğin tüm inceliklerini, gereklerini bildiği varsayılmaktadır. Varılan sonuç, yapılan bir araştırmaya verilen cevaplarda yatmaktadır.

Soru şu, avukatlar, meslek ahlak kurallarına uygun hareket ediyorlar mı?

⁶⁸ Karayalçın, s. 36, 37.

Yüzde	
Evet: 56	25,2
Hayır: 166	74,8
Halk avukata güveniyor.	
Evet: 28,1	
Hayır: 71,9	
Yargıçlar çok yetersiz	
Evet: 52,3	
Hayır: 47,7. ⁶⁹	

Yapılması gereken, asıl öğretimden sonrasına yani toplumsal yönü ve sonuçları önemli olan olan meslek eğitime önem vermektir.

Osmanlı'nın parlak dönemlerinde yargıya son derece önem verilmiş, daha önce de anlatıldığı gibi yargıçların bilgisine ve kişiliğine göre yükselmesine izin verilmiştir. Her aşamada bir sonraki aşamaya gidebilecek durumda olup olmadığına önem verilmiştir. Mecell' de hakimin nasıl olması gerektiği tanımlanmıştır. Hakim, bilge, kavrayışlı, dürüst, güvenilir, ağırbaşlı, yürekli olmalıdır. (m. 1792)⁷⁰ Günümüzde ise Hakimler ve Savcılar Kanunu hakimi, adli ve idari yargı kuruluşlarında çalışan hakimler olarak tanımlıyor (Hakimler ve Savcılar Kanunu m. 3). Yani onlarda olması gereken sıfatları belirtmiyor, belli sınavları aşmak yeterli. Yine Cirhinlioğlu'nun yaptığı bir araştırmasındaki örnek grubunun yarısından fazlası yargıçların iyi eğitim almadıklarının belirtildiği görülmüştür. Hukuk mesleğinde tecrübe ve araştırma, teorik gelişimi tamamlama gibi özellikler aranmamaktadır.⁷¹ Oysa Osmanlı'da kadı atamalarında aldıkları eğitimin kalitesi oldukça önemli rol oynardı.⁷² Ne zaman eğitimin kalitesi bozuldu, adalet dağıtan kişilerin niteliği değişti, devlet de zayıflamaya başladı. Oysa yargıç, her olaydaki adil çözümü Tanrı gözündeki şekliyle araştıran

⁶⁹ Cirhinlioğlu, s. 81, 94, 95.

⁷⁰ Karayalçın, s. 113.

⁷¹ Cirhinlioğlu, s. 83.

⁷² Cirhinlioğlu, s. 33, Bozkurt, s. 52.

kişidir.⁷³ Yargıçlar karar verirken vicdan kanaatlerini de kullanırlar (Ay. no: 135). Oysa biz hakim atamalarında yargıçların vicdanlı olup olmadıklarına hatta iyi insan olup olmadıklarına bile bakmıyoruz. Yasayı meclis, hukuku yargıç yapar. Yargıcın peygamber postunda oturduğu söylenir.⁷⁴ Bader'in de dediği gibi, iyi hakimler, iyi yasalardan daha önemlidirler.⁷⁵ Hukuk, hakimın sürekli yaratmasıdır, yaratıcı güç isteyen hukuki bir anlaşmazlığı çözümlene hakimın eseridir. Bu kadar toplumsal yönü ağır basan, sorumluluğu olan mesleği yapacak kişilerin yetiştirilmesi için de bir staj akademisi kurulmalıdır. Karayalçın, böyle bir tasarımı sunmuştur.⁷⁶ Her ne kadar 1985 yılında hakim ve savcı adayları için bir eğitim merkezi kurulmuş⁷⁷ ve eğitim merkezinin amaçları arasında *"hakim ve savcılık, mesleğinin gerektirdiği, onur, tarafsızlık ve adalet duygusuna sahip kişiler"* olarak yetiştirmek diyorsa da, bu merkez bir başkan ve iki başkan yardımcısı ile bürodan ibaret (m.3) olup, sürekli bir akademik ve mesleki kadrosu yoktur. İki yıllık staj döneminin çok az bir kısmı burada geçmektedir (m.8). Aynı şekilde avukatlık ve noterlik toplumu etkileyen mesleklerdir. Örneğin avukatlar ile müvekkillerinin uzlaşarak imzaladıkları, belge niteliğindedir. (Avukatlık Kanunu, m. 35/A). Böyle bir yetki için meslek eğitiminin aranmaması ya da evet avukatlık, hakimlik yapabilir denecek bir eğitimden geçmemesi düşünülemez. Ama ne yazık ki böyle bir eğitim akademimiz yok.

Hukuk öğretimi, hukuku öğretir, meslek eğitimi ise o mesleği yapar duruma getirir. Bu da ancak ayrıca alınacak meslek eğitimi ile -ki bu akademisyen ve uygulamacıların ortaklaşa görev aldıkları ve aktif eğitim yönteminin uygulandığı akademilerde yapılan bir eğitimle- gerçekleşebilir. Amerika Birleşik Devletleri'nde 24 yaşından önce hukuk fakültesinin bitirilmesine izin verilmezken⁷⁸ bizim ülkemizde bu yaşta çoktan hakim, savcı, avukat veya noter olabilirsiniz.

⁷³ Perelman, s. 387.

⁷⁴ Ökçesiz, s. 179.

⁷⁵ Aral, s. 356.

⁷⁶ Karayalçın, s. 45.

⁷⁷ 3221 sayılı Hakim ve Savcı Adayları Eğitim Merkezi Kuruluş ve Görevleri Hakkında Karar. 15.6.1985 T.R.G.

⁷⁸ Bkz., s. 8.

Hukuk eğitim-öğretiminde bir diğer sorun da günümüz dünyasında uzmanlaşma bu kadar önemli hale gelmişken ve her alandaki ilişkilerle ilgili düzenlemeleri bilmek imkansızken, bizim ülkemizde hukuk fakültesinden yeni mezun öğrenciler bir yıl yaptıkları stajla her konuda dava alabilecek durumda ya da her davayı çözebilecek durumda kabul ediliyorlar. Oysa kanaatimizce yapılması gereken hukuk alanında da -tıpta olduğu gibi- uzmanlaşmanın şart koşulmasıdır. Marka ve patent vekili olabilmek için bu konuda uzmanlığınızı ölçecek bir sınava giriyorsunuz. Oysa ceza avukatı olmak için buna gereksiniminiz yok. Halbuki bir ceza avukatı veya yargıcı, kişinin özgürlüğü ile ilgili pekçok önemli görevler üstlenmektedir. İdari, ticari, iş, icra, ceza gibi alanlarda ayrı barolar olmalı, yalnızca o konularda akademik eğitim alan kişiler bu ilgili baronun veya kurumun açtığı sınavlara girebilmeli ve uzmanlık sayısına da bir sınır getirilmelidir; örneğin en çok iki alanda uzman olunabilir gibi. Bu aynı zamanda avukatları hukuk bürosu şeklinde çalışmaya da zorlayan bir husus olacaktır. Aynı şekilde hakimler için de ihtisaslaşmaya gidilmesi esas olmalı ve kişilere eğitimleriyle ilgili görev verilmeli. Bugün birçok alanda özel mahkemeler kurulmaktadır. Örneğin; tüketici mahkemeleri, markalarla ilgili ihtisas mahkemeleri ve şimdi tasarı halinde olan aile mahkemeleri gibi. Kurulan mahkemeler kağıt üzerinde kalmakta ya da yargıçlar mevcut görevlerine ilaveten bu mahkemelere de bakmaktadırlar ya da hiç bir uzmanlık eğitimi vermeden atama yapılmaktadır. Böyle bir meslek akademisi kurulduğunda bu konularla ilgili de ihtisaslaşma sağlanabilecektir. Örneğin ticaret mahkemeleri, iş mahkemeleri, çocuk mahkemeleri için meslek eğitimi verilebilecektir. Bu akademiye ayrıca tıpkı tıpta olduğu (öğrencilerin hastanede çalıştıkları) gibi öğrencilerin çalıştığı hukuk büroları açılmalı, öğrenciler buradaki vakaları ustalarına (hoca ya da meslekteki eğitimcisine) sunmalı, mesleğe bu şekilde hazırlanmalıdır. Bu aynı zamanda toplumsal bir hizmettir de.

Unutmayalım ki eğitimle ancak bir toplum mevcut bütünlüğünü korumaya ve gelecekteki devamını güven altına almaya

çalışır. Eğitimin amacı, eğitilmiş insan yetiştirmektir.⁷⁹ Eğitilmiş insan da, alanında uzmanlaşmış ve bu bilgisini insanlık için kullanan iyi insandır. Bu nedenle mesleki eğitimde bu mesleği yapar duruma getirmenin yanısıra, bu mesleği yapmaya layık olup olmadığı da sınanmalıdır. İnsan onurunu, hukuksal kaygılarının, kanaatlerinin ve eylemlerinin kaynağı yapamayan bir yargıç tipinin, üretimi çok kolay olup, zahmetsiz ve masrafsızdır. Yetersiz hukuk öğretimi ve hukukçu eğitimi programları karşımıza daha çok bu yargıçları getirecektir.⁸⁰ Burada öğrenciler, hocaları kadar bilir değil, hocaları gibi yapar ve hatta geçer duruma getirilmelidir. Konuyu Mevlana'nın bir sözüyle noktalamak istiyoruz "*Tanrı'dan başka bütün mahlukat; hem sanatında, hem sözünde, üstada tabidir, örneğe muhtaçtır*".⁸¹

⁷⁹ Arslan, s. 248.

⁸⁰ Ökçesiz, s. 182.

⁸¹ Mesnevi, s. 13.

KAYNAKÇA

- Abacıoğlu, H., Akalın, E., Atabey, N., Dicle, O., Miral, S., Musal, B., Sarioğlu, S., *Probleme Dayalı Öğrenim*, İzmir 2002.
- Aral, U., *Hukuki Değer Olarak Adalet, Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, İstanbul 1997.
- Arat, T., *Amerikan Hukuk Öğretiminde Case Method*, Ankara 1968.
- Arslan, A., *Felsefeye Giriş*, Ankara 1998.
- Ansay, T., *Amerika Birleşik Devletlerinde ve Federal Almanya'da Hukuk Öğretimi* (Hukuk Öğretimi Sempozyumu Ed., Güriz, A.) Ankara 1993.
- Ansay, T., *Almanya'da ve Amerika Birleşik Devletleri'nde Hukuk Öğrenimi* (Hukuk Öğretiminde Reform, (Ed., Adnan Guriz)) Ankara 1997.
- Akipek, Ş., *İngiltere'de Hukuk Öğretimi* (Hukuk Öğretimi Sempozyumu Ed., Güriz, A.) Ankara 1993.
- Bostancıoğlu, M., Akıntürk, T., Çelikel, H., Erzurumluoğlu, E., Karayalçın, Y., *Hukuk Eğitimi ve Sorunlar*, (Hukuk Kurultayı) Ankara 2000, AB/16 Ocak, 2000.
- Bozkurt, G., *Türkiye'de Hukuk Eğitiminin Tarihçesi* (Hukuk Öğretimi sempozyumu Ed., Güriz, A.) Ankara 1993.
- Cirhinlioğlu, Z., *Türkiye'de Hukuk Mesleği*, Ankara 1977.
- Cirhinlioğlu, Z., *İngiltere'de Hukukçular ve Hukuk Eğitimi Adalet Dergisi*, s. 34, 1994.
- Conard, A., F. Anglo, *Amerikan Hukukuna Giriş* (Çeviren Özsunay, E.) İst., 1959.
- Carter, K., *The Case Against Thinning Like a Teacher Journal of Teacher Education*, May/June, Vol, 45, Issue 3, 1994.
- Çelik, G. A., *Tarihte Savunma-Meslek Kuralları*, Denizli 1999.
- David, R., *Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri* (Çev.; Adnan Köteli) İstanbul 1985.
- Daver, B., *Fransa'da Hukuk Eğitimi – Öğretimi ve Türkiye'ye Etkisi*, (Hukuk Öğretimi Sempozyumu, Çev.; Güriz A.), Ankara 1993.

- Erdoğan, Çağdaş Eğitim Sistemleri, İstanbul 1997.
- Einstein, A., Yaşam, Ölüm, Savaş, Barış, Bilim, Din, Tanrı ve Diğer Şeyler Üzerine, (Çev.; Başak Gündüz) İstanbul 2000.
- Farnsworth, A. E., Anglo, Amerikan Hukukuna Giriş. (Çev.; Ergün Özsunay) İstanbul 1959.
- Farnsworth, A.E., *Introduction to the legal System of the United States* NewYork, 1983.
- Garner, D., Brigham Y. *The Continuing vitality of the case method in the twentyfirst Century*, University Education Law Journal 2000.
- Güven, G., Lisans Öğrenimi-Yüksek Lisans Öğrenimi, Hukuk Öğretimi Sempozyumu, Ankara 1993.
- Gaarder, K., *Hukuk Eğitiminde Sınavlar*, Bursa 1999.
- Karayalçın, Y. *Hukukda Öğretim, Kaynaklar, Metod, Problem Çözme*, Ankara 2001.
- Konfüçyus, *Konuşmalar*, (Çev.; Muhadde-e Nabi Özerdin), İstanbul 2000.
- Okay, S. Michigan Hukuk Fakültesinde Hukuk Tahsili ve Öğretim Tekniği, *İÜHF Mecmuası*, C. XXVII, S. 1, 4. İstanbul 1962.
- Ökçesiz, H., *Hukuk Devleti ve Yargıcı, Etik ve Meslek Etikleri* (Haz.; Harun Tepe) Ankara 2000.
- Özden, Y. G., *Hukukun Üstünlüğüne Saygı*, Ankara 1996.
- Özgen, B., *Türkiye'de Paralı Eğitim*, İzmir 1996.
- Perelman, C., *Yeniden Soruşturulan Adalet* (Çev.; Murat Öndervan) *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk İncelemeleri* (Hazırlayan Hayrettin Ökçesiz), İstanbul 1997.
- Redlich, J., *The case method in American Law Schools*, New York City 1914.
- Russel, B., *Eğitim Üzerine*, İstanbul 1996.
- Rumi, Mevlana C. Mesnevi C. I, (Veled İzbudah) İstanbul 1966.
- Sav, A., *Hukuk Öğrenimi-Meslek Eğitimi* (Hukuk Öğretimi Sempozyum. Ed., Güriz, A.) Ankara 1993.

Selçuk, S., *Öğrenim Üzerine Bir Öneri Deneme* (Hukuk Eğitiminde Reform) Ed., Güriz, A.) Ankara 1997.

Tanilli, S., *Nasıl Bir Eğitim İstiyoruz* İstanbul 1988.

Üçok, C., Mumcu, A., *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara 1976.

Yalçınkaya, N. K., *İngiliz Hukuku* Ankara 198.

Yozgat, U., Sayısal Olmayan Kararname Tekniklerine Bir Bakış, *Marmara Üniversitesi İİBF. Dergisi* C. XV S. 1, İstanbul 1999.

Cüneyd ALTIPARMAK

**HUKUK, HUKUKÇU
VE
HUKUK ÖĞRETİMİ ÜZERİNE**

I. GİRİŞ

Hukuk toplumdaki düzenin vazgeçilmez kaynağıdır. Hukukun bulunmadığı toplumda düzen bulunmaz. Hukuka uymayı sağlamak için, insanlar arasında hukuka güvenin arttırılması gerekir. Bu da bazı koşullara bağlıdır. İlk olarak topluma, hukuksal genel bilgiler verilmelidir. Daha sonra da etkin bir yargı mekanizması oluşturulmalıdır. Ancak tüm bunlardan önce gelen bir koşul vardır ki, bu da iyi hukukçu yetiştirilmesidir.

Bu yazıda hukuk öğretiminde görülen eksiklikler ve çözüm yolları sunulacaktır.

Hukuk öğretiminin gelecekte oluşabilecek ve günümüzdeki problemlerinin saptanması için bu konunun sistematik bir biçimde ele alınması gerekir. Biz bu konuyu incelerken ilk etapta -her ne kadar hepimizce bilinse de- hukukun ve hukukçunun tanımını ve ideal hukukçuda bulunması gereken özellikleri belirteceğiz. Daha sonra ise hukuk öğretimindeki standardı belirleyebilmek için, bazı yabancı ülkelerdeki hukuk öğretim sistemi incelenecektir. Ardından da ülkemizde üniversite olgusunun gelişimi ile hukuk öğretimimizin kısa bir tarihi verilecektir. Bunun yanında günümüzde İlköğretim ve Lise gibi Yüksek Öğretim Kurumları öncesindeki hukuk bilgisi üzerinde durulacaktır. Tüm bu konulara değinilmesindeki temel amaç; olması gereken hukuk öğretimi hakkında genel bilgi elde edilmesidir.

Son olarak; Türkiye'deki hukuk öğretimi ve geleceğine yönelik öneri ve değerlendirmelerimiz sunulacaktır.

Ancak konumuza girmeden önce “*Hukuk Eğitimi*” kavramı üzerinde durulması yerinde olacaktır. Hukuk Eğitimi kavramı yerine, “*Hukuk Öğretimi*” kavramı kullanılmalıdır. Zira, Eğitim; bireyin bedensel, duygusal, zihinsel ve toplumsal yeteneklerinin belirli bir düzeyde ve doğrultuda yönlendirme eylemidir. Eğitim, toplum içinde olabileceği gibi okul döneminin belirli bir kısmını da kapsar niteliktedir. Yani eğitim; birey, toplumun ögesi olduğu için devamlı sürer. Eğitim kelimesinin yabancı dillerdeki karşılıklarına bakıldığında zaman bu kelimenin yukarıdaki anlamlarda kullanıldığı görülür. Örneğin; Osmanlıca’da “*Terbiye*” kelimesinin sözlük karşılığı da aynı doğrultudadır.¹ Fransızca’da, “*Pedagogie*”; İngilizce’de, “*Training*”; Almanca’da, “*Bildung*” veya “*Erziehung*” kelimeleriyle karşılanır.² Yani Eğitim birey davranışlarıyla ilgili temel yönlendirmeler sağlayan ve daha çok bireyin çocukluk ve ergenlik dönemlerinde yapılabilecek uygulamaları kapsayan bir içeriğe sahiptir. Öğretim ise; teşkilatlı ve düzenli olarak belli bir kurumda, bilgi aktarılmasını ifade eder. Yani öğretim bireye kendi alanıyla ilgili bilgilerin, bir kurumca verilmesidir. Öğretim kelimesi Osmanlıca’da “*Tedris*” veya “*Talim*” kelimeleriyle karşılanır.³ Fransızca’da, “*Enseignement*”; İngilizce’de, “*Education*”; Almanca’da ise “*Unterricht*” kelimeleriyle karşılık bulur. Öğretim daha çok bilgi akışı veya öğrenciye belirli bilgilerin aktarılması ve öğrencinin bunu kullanarak hareket ve düşünce dünyasına yön vermesinden ibarettir.⁴

Öğretim ve eğitim biri biriyle benzeşen müesseselerdir. Lakin aynı anlamda değildirler. Eğitim daha çok üniversite öncesi kurumların işi olmasıyla beraber, insan için hayatta otonom olarak da sürmektedir. Tartışılmaz bir gerçektir ki; öğrenimli insanın eğitim seviyesi daima yüksektir. Öğretim ise eğitim ve bilgi seviyesi belirli düzeyde olan insanlara düzenli ve sürekli bilgi akışından ibaret olup, insan ufkunu açan ve ihtisaslaşmayı esas alan bir müessesedir. Şüphesiz eğitim

¹ Terbiye: Beslemek, yetiştirmek, büyütmek, alıştırmak, eğitim kelimelerini karşılar. Yani bir birey hakkında yapılan temel yönlendirmedir. (Özön, Mustafa Nihat, Büyük Osmanlıca-Türkçe Sözlük İstanbul-1987 s. 850).

² Akyüz, Yahya, *Türk Eğitim Tarihi*, Ankara-1989, s. 2-3.

³ Tedris: Ders verme, öğretme; Talim: öğretmek, belleme, okutmak, ders verme (Özön, Mustafa Nihat, s. 830).

⁴ Akyüz, Yahya, s. 1-2.

ve öğretim biri birinin tamamlayıcısıdır. Ancak, üniversitede öğretim daha çok ön plana çıkmaktadır. Üniversitelerde birey davranış ve hareketlerine ilişkin direkt bir yönlendirme söz konusu değildir.

Kısaca bu konu ile ilgili diyebiliriz ki; üniversiteler öğretim kurumlarıdır. Çünkü buralarda öğrencilerin bilgi düzeyine etkili dersler verilmektedir. Yani öğrencinin hareketlerini etkileyecek bir yol izlenmemektedir. Eğitim daha ziyade ilköğretim ve lise gibi kurumların işidir. Bizde bu yazıda Hukuk Eğitimi ifadesi yerine, yukarıda izah edilen gerekçelerle, Hukuk Öğretimi ifadesini kullanacağız.

Ayrıca bu çalışmadaki temel amacımız; Hukuk-Hukukçu-Hukuk Öğretimi üçgeninde, Hukuk Öğrencisine yüklenen bilgilerin uygulamadaki kullanılabilirliğinin tespiti olacaktır.

II. HUKUK VE HUKUKÇU

A. Sosyal Düzen Kuralları ve Hukuk

1. Sosyal Düzen Kuralları

İnsanların bir araya gelerek oluşturduğu gruba "*toplum*" denir. Birey, bu grubun tartışmasız bir ögesidir. Toplumda insanların her istediğini yapması gelişen bazı ilkelerle engellenmiştir. Toplumsal yaşantıda kural yoksa, insan grupları toplum niteliğini kazanamaz, aksine düzensizliğin ifadesi olan "*sürü*" yada "*güruh*" olarak nitelendirilir.⁵

İnsan, doğumundan ölümüne kadar topluma bir çok bağla bağlanmış bir şekilde yaşar. Nitekim Aristo, insanın sosyal bir varlık olduğunu (Zoon Politikon), bu gerçekten hareketle, bir diğer bilgin Grotius ise insanın, toplu yaşamaya ilişkin isteğinin (Appetitus Societatis) daima bulunduğunu belirtmiştir.⁶ Sosyal düzen kuralları, toplumda kargaşa çıkmaması için oluşmuş kurallardır. Sosyal düzen kuralları, bireylerin birbirleriyle ve toplumla olan ilişkilerindeki belirli davranış kuralları olarak

⁵ Görgün, Şanal, *Hukukun Temel Kavramları*, Ankara-1994. s. 7vd.

⁶ Öztan, Bilge, *Medeni Hukukun Temel Kavramları* Ankara 1998 s. 3vd.

tanımlanabilir.⁷ Bu kurallar, başlangıçta dinsel bir görünüm arz ederken, günümüzde hukuk, ahlak, din ve görgü (muâşeret) kuralları olarak sistemleşmiştir.⁸

Görülüyor ki, hukuk da toplumu düzenleyen kurallar içinde yer alır. Hukukun tanımını ve konumunu belirleyebilmek için hukukun diğer sosyal düzen kuralları olan ahlak, din ve görgü kuralları ile arasındaki ilişkiyi tespit etmek gerekir.

2. Ahlak Kuralları - Hukuk İlişkisi

Ahlak; genel anlamda mutlak olarak iyi olduğu düşünülen ya da belli bir yaşam anlayışından kaynaklanan davranış kurallarının tümüdür. Bu kurallar, bir kimsenin iyi niteliklerini ya da kişiliğini ifade eden tutum ve davranışlardır.⁹ Ahlak, hukuk ile olduğu kadar felsefeyle de ilgilidir. Ahlak kuralları, büyük ölçüde kişinin kendi kendisine ve diğer kişilere karşı bir sorumluluk ve bunun biçimlendirdiği görev ve yetkinlik duygusudur.¹⁰ Bu kurallar bağlamında bireylerin ve toplumun kendine göre rehber tayin ettiği genel ilkeler vardır. Bu kurallar tıpkı hukuk kuralları gibi toplumdan topluma değişebilir. Hukukun gerçekleştirmek istediği “adalet”, ahlaken de “iyi ve doğru”dur.¹¹ Yani hukuk ve ahlak her ikisi de iyiyi isterken ahlak, kapsam olarak hukuktan hem daha geniş hem de ahlakın uygulanırlığı daha fazladır.

Ahlak, bireyin iç düşüncesi ile ilgilidir. Oysa hukuk, bireyin hareketlerinin sonucunu değerlendirir. Ahlak kurallarının uygulanırlığı bireyin içindeki bir olguya, vicdana bağlıdır.

Hukuk ise gerek sorumlu olduğu olgu itibariye dıştadır (devlet, birey vb). Bireylerin ahlaksallığa aykırı hareket etmesi içsel bir yaptırıma tabidir. Mesela bir kimse ahlaka aykırı dav-

⁷ Gözübüyük, A. Şeref, *Hukuka Giriş ve Temel Kavramları*, s. 1 Ankara-1991. Ayrıca bilgi için bkz., Akıntürk, Turgut, *Temel Hukuk*, Eskişehir-1898 s. 4 vd.

⁸ Bilge, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara-1986 s. 16 vd.

⁹ Cevizci, Ahmet, *Felsefe Sözlüğü*, Ankara-1996 s. 14 vd.

¹⁰ Görgün, Şanal, *Hukukun Temel Kavramları*, Ankara-1994, s. 12-13.

¹¹ Öktem, Niyazi-Türkbağ A. Ulvi. *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, İstanbul-1999, s. 64-65.

ranırsa vicdan azabı hisseder, üzülür. Ancak hukukun yaptırımını kesindir ve yapılan hareketin karşılığı önceden bellidir. Bu yaptırımlar bireyin maddi ve manevi durumuna gerçek anlamda zarar verir.

Tüm bu farklı yönlerinin yanında hukuk ve ahlakın çakıştığı noktalar da mevcuttur. İlkın, hukuktaki normun ihlali sırasında manevi unsurun önemi ahlaktaki gibidir. Ahlakın ve hukukun ikisi de yaptırımını içerirler. Örneğın; adam öldürmek fiili hem ahlaken kötüdür, hem de hukuksal bir normun ihlali olduğundan suçtur.

Yani hukuk, ahlaksal kuralların dışında değildir, bilakis içindedir. Böylece iyi bir hukukçunun ahlaksallığı benliğinde hissetmesi gerekir. Aksi halde hukuk kurallarını sadece kendi çıkarları için kullanan salt hukuk uygulamacısı olur. Yargı, yasama ve özellikle öğretim alanında ahlaksallığın hukukçulara iyi özümsetilmesi gerekir ki hukuk, güvenilirliği ve adil ortam sağlama amacını gerçekleştirebilsin.

3. Din Kuralları - Hukuk İlişkisi

Toplumsal yapıyı düzenleyen esaslar içerisinde din kuralları oldukça geniştir. İlkel çağlardaki toplum düzeni tamamen teokratiktir. Ortaçağda¹² ise siyasal düşüncenin gelişmesi ile din adamları, hem dini hem de hukuki boyut taşıyan kimseler sıfatını almışlardır.¹³

Din, konusu itibariyle, yaşama, evrene, insana ve eyleme ilişkin değerlendirmelerden ibarettir. Dinde iki boyut vardır: Metafizik ve fizik. Din de felsefe gibi metafizik kavramlar üzerinde durur. (İyi nedir? Ahlak nedir? Adalet nasıl olmalıdır?

¹² Özellikle Roma Dönemi'nde kendisini gösteren Tanrı ile İnsan ve insanların kendi aralarındaki ilişkiyi düzenleyen kurallar birbirinden ayrılmıştır (Fas ve Jus ayrımı). Daha sonra Hıristiyanlık'la birlikte din adamlarının siyasal üstünlük elde etmesi hukukun meşruluğu için kaynak ilan edilmesinden dolayı ayrılan hukuk, tekrar birleşme yoluna gitmişti. İslamiyet'te ise dört halife döneminden sonra başlayan saltanat ile hükümdarlar kendilerini Hz. Muhammed'in vekili saymışlardır ve hukuku tek elde toplamışlardır ki burada hukuk din kapsamıydı.

¹³ Bilge, Necip, s. 17.

vb.¹⁴) Din ve felsefe inceleme alanı itibariyle çakışmaktadır. Ancak bilginin elde edilişi metodolojisinde farklılık vardır. Dinin yaşam boyutunu ele alışıında ikili bir ayrıma gitmek yerinde olacaktır.

- İnanç ve İbadet → Birey ve Allah ilişkisi
- Adalet → Birey ve hukuk (yaşam) ilişkisi

Yukarıdaki tablodan da anlaşılacağı gibi hukuk, dinin ilgi alanına girer. Ancak yapısal olarak hukuk ile din arasında bazı farklılıklar vardır.

Bunlar başlıca;

a. Din kuralları dogmatiktir ve sorgulanmaz kabul gerektirir. Oysa hukuk kurallarını koyan insanlar olduğundan hukuk kuralları zamanla değişen toplumsal koşullara göre yenilenir.

b. Din kurallarının yaptırımı bu dünyada değildir ve yaptırım gücünü Allah' tan alır. Ancak hukuk kurallarının yaptırımı devlet otoritesine bağlıdır.

c. Din, bireyin Allah ve toplum ile olan ilişkilerini düzenleyen hukuk sadece kişilerle kişiler ve kişilerle devlet arasındaki ilişkiyi düzenler.¹⁵

Kısaca hukuk, dinin içerimindedir. Ancak modern hukuk anlayışı bu içerimin dışında olup bağımsız bir öge olarak varlık gösterir.

4. Görgü Kuralları - Hukuk İlişkisi

Görgü kuralları, toplumun tümünün ve bir kesiminin uyması gereken toplumsal ilişkileri disipline eden kuralların tü-

¹⁴ Yani her ikisi de varlığa bir takım sorular yöneltmektedir. Bunlar başlıca varlığın ontolojisi, epistemolojisi ve aksiyolojisi üzerine olacaktır. Mesela adalet nedir?, değeri nedir?, Nasıl bilinebilir? Bu soruların Hukuk bağlamında ele alınması hukuk felsefesinin konusuna girer.

¹⁵ Öztan, Bilge, s. 8 vd.

¹⁶ Bilge, Necip, s. 23 vd.

müdüdür. Örneğin misafir ağırlamak, davetlere uygun bir giyimle gitmek vb. Bu kurallar zamansal ve yersel olarak değişimlere tabidir. Hukuk ve görgü kurallarının çakıştığı tek nokta ikisinin de sosyal düzen kuralları içerisinde yer almasıdır. Ancak birkaç yönden hukuk ve görgü kuralları arasında fark vardır. Öncelikle görgü kuralları yersel uygulanırlık açısından daha dar kapsamlıdır. Fakat hukuk tüm ülkeyi kapsar. Ayrıca görgü kuralları yazılı olmayan kurallar iken, hukuk (her ne kadar örf ve adet bunun istisnası olsa dahi) genellikle yazılı normlardır. Bununla birlikte görgü kurallarına aykırı davranmanın yaptırımını sadece sosyal baskıdır.

5. Hukuk

Hukuk, baştan beri belirttiğimiz üzere, toplumu düzenleyen kuralların en önemlilerindedir. Hukuk, çeşitli şekillerde tanımlamalara tabi tutulmuştur. Hukuk, *“toplum hayatında kişilerin birbirleriyle ve toplumla olan ilişkilerini düzenleyen ve uyulması kamu gücüyle desteklenmiş bulunan sosyal kurallar bütünüdür”*¹⁶ şeklinde tanımlanırken, bir başka hukukçu ise hukuku *“genel kamu yararı veya bireylerin ve toplumun ortak iyiliğini sağlamak amacıyla buna yetkili makamlarca düzenlenmiş ve yaptırımının kuvvetini devletten alan sosyal kurallardır”* şeklinde amaçsal ve kaynaksal bir yoruma tabi tutmuştur.¹⁷ Yine diğer bir hukukçu, hukuku *“toplumun genel yararını veya ortak iyiliğini sağlamak amacıyla (biçimi ne olursa olsun, kral veya parlamento, diktatör ve halk meclisi) yetkililer tarafından konulmuş ve etkinliğini sağlamak için, ilke olarak, müeyyide ile güçlendirilmiş bir toplumsal yaşam kuralıdır”* şeklinde tanımlamıştır.¹⁸ Başka bir hukukçu ise hukuku (bir önceki tanıma paralel olarak) *“toplumun yararını ve ortak iyiliğini sağlamak amacıyla insanların birbiriyle veya meydana getirdikleri topluluklarla; yine insanların meydana getirdikleri toplulukların birbiriyle olan sosyal ilişkilerini düzenleyen yetkili makamlar tarafında konulmuş ve devlet yaptırımı ile kuvvetlendirilmiş bulunan sosyal düzen kurallarının tümüdür”* şeklinde tanımlamıştır.¹⁹ Ayrıca hukuk²⁰ teknik anlamıyla ‘in-

¹⁷ Göğür, Erdoğan, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara-1976 s. 16.

¹⁸ Görgün, Şanal, s. 32 vd.

¹⁹ Atar, Yavuz-Ayan, Mehmet-Karahan, Sami, *Hukuk Bilimine Giriş*, Konya-1997 s. 11-12

sanların birbiriyle veya toplumla olan ilişkilerini düzenleyen ve belirli özellikteki zorlayıcı kurallardan oluşan bir disiplindir' şeklinde de tanımlanmıştır.²¹

Görüldüğü üzere hukukçular hukukun belli bir tanımı üzerinde anlaşamamıştır. Bu durumu Kant, "*hukukçular, kendi hukuk kavramlarına hala bir tanım aramaktadır*" sözüyle özetlemiştir. Gerçekten hukukçular, hukukun gerek şekli gerek amaçsal ve kaynaklı tanımında tam birliktelik sağlayamamıştır. Hukukun tüm bu yönleri ile bir tanımını vermek gerekirse hukuk; "*toplum içerisinde düzeni sağlayan, bireylerin birbirleriyle ve devletlerle arasındaki uyumsuzlukları bir usule bağlı kalarak çözen ve toplum düzeni için adaleti, genel kamu menfaatini isteyen ve uyulmaması durumunda devlet gücü destekli yaptırımını öngören toplumsal düzen kurallarının tümüdür*".

Hukuk birey ile birey ve devlet ile birey ilişkilerini düzenler. Bunu yaparken de hukuk işlevsel olarak üç amacı yerine getirmeyi hedefler:

- Egemen gücün istediği ve belirlediği nihai hedefe ulaşmak,²²
- İnsanlar arasındaki uyumsuzluklarda adaletli karar verme veya adalet dağıtmak,
- İnsanların isteklerine uygun sınırlar koyarak olası toplumsal çatışmaları engellemektir.

Yani hukuk adil olmalıdır aksi halde uygulanma kabiliyetini ve güvenilirliğini kaybeder. İyi bir hukukçunun bunlara riayet edecek şekilde yetişmesi ve yetiştirilmesi gerekir.

²⁰ Ayrıca hukukun çeşitli tanımları için bkz., Zevkliler, Aydın, *Hukukun Temel Kavramları* Eskişehir-1990 s. 5, Şafak, Ali, *Hukuk Başlangıcı* Ankara-1994 s. 6 vd.; Gözübüyük, A. Şeref, *Hukuka Giriş ve Temel Kavramları* Ankara-1983 s. 5; Akıntürk, Turgut, s. 2 vd.

²¹ Öztan, Bilge, s. 10-11.

²² Egemen gücün meşru olması ve halk tarafından seçilmiş olması, egemen gücün meşruluğuna etkilidir. Kanaatimizce demokratik bir yapıda oluşan iktidarın meşruluğu tam anlamıyla meşruluktur.

B. Hukukçu

Romalıların dediği gibi “nerede toplum varsa orada hukuk vardır (*Ubi societas, ibi ius*)”. Yani her toplumda hukukun bilinmesi kaçınılmazdır. Her birey hukuku kendi yaşantısında gerekli olduğu kadar bilebilir. Ancak bu bilgiler bireylerin karşılaşacakları hukuksal problemlerin içinden çıkmaya yetmez. Bunun için hukuk formasyonuna sahip olan kimselerin olması gerekir ki bunlar hukukçulardır. Hukukçu en dar anlamıyla, hukuk işlerini meslek edinmiş kimse olarak tanımlanabilir.²³ Ancak hukukçu kanun ustası ya da teknisyeni değildir. Bir çeşit hukuk mühendisi olmalıdır. Yani teknik hukuk bilgisinin yanında hukuk kültürü ve ilgili sosyal ve ekonomik bilgilerle donatılmış olmalıdır.²⁴ Ayrıca hukukçunun sadece, ihtilafları çözen kişiler olarak algılanması doğru değildir. Çünkü hukukçu aynı zamanda hukuk, ekonomi, sosyoloji, felsefe ve teknik alandaki bilgisiyle dünyaya bakış açısı farklı olan ve topluma yön veren nitelikte olmalıdır.²⁵ Hukukçu kavramı ülkemizde çok çeşitlidir. Bunlardan yargıda faaliyet gösteren hakim, savcı ve avukatlar ile hukuk öğretimimizin temelini teşkil eden akademisyenlerin konumu çok önemlidir. Bunların hukuk kültürünü almış olması yani iyi yetişmesi gerekir.

C. Meslek Olarak Hukukçuların Konumu

1. Hakimin Taşınması Gereken Özellikler ve Konumu²⁶

Yargıçlar; adli mekanizmanın en önemli öğelerindedir. Toplum içinde adaleti dağıtan ve uyuşmazlıkları çözen kimselerdir.²⁷ Hakim, bu önemli konumu gereği, iyi yetişmeli ve hatta öğrencilik döneminden itibaren gözlemlenmeli ve bu mesleği

²³ *Meydan Larousse* c. 9 s. 224.

²⁴ Çelebican, Özcan, “Açılış Konuşması” in: ZAnkara-1993 s. 3 vd.

²⁵ Poyraz, Nuri., “Hukukun Üstünlüğü Kavramı ve Ülkemizdeki Uygulama Sorunları” in: Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı, sayı: 10 1996 s. 339.

²⁶ Bu konuyu ele alırken hakimin ülkemizdeki yasal hak ve ödevleri üzerinde durmayacağız. Bu bölümde sistematığımız gereği hakimin taşınması gereken nitelikler ve Hukuk Fakültelerinde hakimlik öğretiminin durumunu tartışacağız.

²⁷ Kuru, Baki-Yılmaz Ejder-Aslan, Ramazan, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara-2001 s. 97 vd.

yapmasına zemin hazırlanmalıdır. Hakimler bu önemli fonksiyonları sebebiyle bazı özel şartlara tabi tutulmuştur.²⁸

Bugün ülkemizde hakimlik mesleği ile ilgili temel bilgiler hukuk fakültesinde verilmektedir. Peki hukuk fakültelerinde yapılan öğretim, hakimlik mesleğine ne derece etkilidir? Hakimler iyi seçilmekte midir? Acaba ülkemizde bunlara ne kadar riayet edilmektedir? Önemli olan bu soruların cevabını bulmaktır.

Hakim ve savcıların seçimi Adalet Bakanlığı tarafından yapılmaktadır. Ancak 1982 den sonra yapılan sınavlarda bireylerin başarılarından çok, başka unsurlar hakim seçimlerinde ön plana çıkmaktadır.²⁹

Yargıç, insanlık tarihinin başından beri büyük bir güç olmuş, meşruluğunu ve otoritesini dönemlere göre farklı kaynaklardan almıştır. Ancak (tıpkı hakim seçiminde olduğu gibi) hakimin kararında da bazı güçler hakime etki edebilmektedir. Bunun için hakime tam bir objektif ortam hazırlanmalıdır.³⁰ Böylece yargı bağımsızlaşacaktır. Yani hakim nesnel mantıkla davranmalıdır. Nesnel mantıkla davranmanın iki boyutu vardır:

a. Yansızlık (Tarafsızlık)

b. Kişisellikten Arınmışlık

Yansızlıkla hakimin, yargılamadaki taraflara aynı mesafede olması anlatılmak istenir. Kişisellikten arınmışlık ise "*yasa herkes için eşit uygulanır*" kuralının hem nedeni hem de sonucudur. Yani yargıç kendi egosundan etkilenmeyecek halde olmalıdır. Bizzat kendine karşı yansız kalmalıdır. Hakim karar verirken tüm duygularından (dostluk, düşmanlık, akrabalık vs.) sıyrılmalı ve tüm önsel düşünce, inanç ve görüşlerini bir tarafa bırakmalıdır.³¹ Nitekim Mecelle yargıcın niteliklerini

²⁸ Mesleğe alınmaları, hak ve ödevleri, terfi, görev yerlerinin değişmesi, sorumlulukları vb. konularda hakimlere gerek anayasal gerek yasal teminatlar verilmiştir.

²⁹ Kılıçoğlu, Ahmet, "Yargının Sorunları" in: Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı, S. 10 1996 s. 285.

³⁰ Selçuk, Sami, "Yargı Bağımsızlığı", Cumhuriyet Gazetesi, tarih: 05/09/1991.

³¹ Selçuk, Sami, "Yasalar ve Yargıçlar", Faruk Erem Armağanı s. 677-679.

"hâkim, hakîm, fehîm, müstakîm ve emîn, mekîn, metîn" olarak saymıştır.³²

Ülkemizde hakimlerin yetişmesinden sonra gelen diğer bir eksiklik de hakimlerin içinde buldukları ekonomik durumlarıdır. Hakimlerin ekonomik durumları düzeltilmeli böylece hakimlere rahat karar verebilecekleri bir ortam hazırlanacaktır. Ayrıca hukuk öğretimimizdeki bir yanlışlık da doktrin bilgilerini iyi bilmenin gerekmediği bir sistemde hakimler terfi etmektedir. Nitekim çoğu öğrenci doktrinindeki fikirlere fazla önem vermemektedir. Uygulamada kararların geri dönmemesi için hakimlerin çoğu, Yargıtay'ın fikirlerine göre karar vermektedir. Temel yanlış, teori ile pratiğin ülkemiz hukuk öğretiminde ve uygulamasında farklı kavramlar, zıt iki yön gibi lânce edilmesidir. Halbuki doktrin ve uygulama bir bütün olarak kavratılmalıdır. Öğrencilerin uygulamada (hakim olduklarında) doktrini rahatlıkla uygulayacak şekilde yetişmesi gerekir.³³ Öğretinin özendirilmesi gerekir, çünkü uygulamayı (pratiği) iyi bilmek hukukçu olmak için yetmez. Teoriyi iyi bilmeyen birisinin hukukçuluğu, hukuk teknisyenliğinden ileri gitmez.³⁴

Bugün hukuk fakültelerinde verilen öğretimin seviyesindeki düşüklük³⁵ hakimlerin iyi yetişmesini engellemiştir. Hakimlerin seçilmesindeki yanlışlıklar, hak etmeyenlerin hakim olmasına neden olmuştur. Bu da beraberinde hakimlerin yanlış ve taraflı kararlar vermesini getirmiştir.

³² Mecelle m. 1792.

³³ Nitekim İtalya'da bir Asliye Hukuk hakimi hem üniversitede Medeni Hukuk derslerine giriyor hem mahkemede karar veriyor. Bu da doktrin ve uygulama uzlaşmasının en güzel örneğidir.

³⁴ Ne enteresandır ki ülkemizde hukuk öğretisinin özendirilmesi gerekirken hukuk öğretimi veren hukukçular içtihat kitapları yayınlamaktadır. Halbuki öğretiyi özendirmekle birinci derecede yükümlü kimseler. Nitekim ileride inceleyeceğimiz gibi Osmanlı'da kadıların bir bölümü müderris kökenli kimselerdir.

³⁵ Mesela Osmanlı'da bir kişi siyasi bilgisi ve tecrübesiyle sadrazamlık makamı gibi makama gelebilirdi. Ancak aynı kişi hukuk öğrenimi görmeden en ücra kasabaya kadı veya naip olarak dahi atanmazdı. (ÖZTUNA, Yılmaz. "Klasik Osmanlı Düzeninde Kadı ve Mahkeme" in: Hayat Tarih Mecmuası-1977 S. 5 s. 9-10).

2. Avukatın Taşınması Gereken Özellikler ve Konumu³⁶

Hukukun istediği adil ortam amacına ulaşılabilmesi için bir uyumsuzluğun taraflarının tezlerini her yönüyle ortaya koyabilmesi gerekir. Davada taraflar denince aklımıza ilk gelen hukukçu, avukattır. Adaletin yerine gelmesi için ilk önce diğer hukukçular gibi avukatın da iyi bir öğrenim görmesi gerekir. Ancak ülkemizde bazı avukatların yeterli kültür düzeyine sahip olmadan, avukatlık mesleğinin ağırlığı içinde hareket etmemeleri ve avukatlığı bir kamu mesleği gibi değil de, bir basit ticari iş olarak görmeleri avukatlığın konumuna aykırı davranmaları diğer "iyi hukukçu" olarak nitelendireceğimiz avukatları da zan altında bırakmaktadır. Aynen hakim gibi avukatın da derin bir hukuk bilgisi ve geniş kültür yapısıyla donatılması gerekir.³⁷ Çünkü avukatlık, toplum içinde büyük etkinliği olan, bilgi ve başarı yönünden üst düzeyde, aydın bir grubu niteler.³⁸

Avukatın iyi bir hukukçu olması için iyi hukuk öğrenimi görmesi ve avukatlık mesleğinde ciddi bir stajın yaptırılmış olması gerekmektedir. Zaten Avukatlık Kanunu'nda 2/5/2001 tarihli 4667 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle, avukatlık sınavı getirilmiştir. Ancak öğrencinin daha önce temelini olmadan böylesine zor öğretime tabi tutulması ve öğretim süresinin kısalığı (dört yıl) sebebiyle iyi yetişmeyen öğrencinin iyi bir staj da görmemesi (her ne kadar sınavı öğrenci başarsa dahi) avukatlık kalitesini gitgide düşürecektir. Bunun için ya staj süresi yada öğretim süresi uzatılıp avukatlık ve hakimlik vb. meslekler hakkında öğrenciye temel bilgiler verilebilir. Avukatlık nitelik itibariyle hukuk fakültelerinden seçilmiş iyi öğrenciler dışında kalan hukukçular imajını korumaktadır.³⁹ Gerçi getirilen 'Avukatlık Sınavı' bu imajı biraz bertaraf etse dahi bu şartlar altında öğrencinin sınavı başarması bir ölçü olarak kabul edilemez.⁴⁰

³⁶ Yazımızın bu bölümünde hukuk öğretimimizde ve uygulamada avukatın konumu ve avukatın yetiştirilmesi ile ilgili bilgiler vereceğiz.

³⁷ Poyraz, Nuri, s. 343-344.

³⁸ Taşpınar, Sevgi, "Yepyeni, Güçlü ve Hızlandırılmış Bir Yargı İçin" in: *Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı*, S. 10 1996 s. 1178.

³⁹ Kılıçoğlu, Ahmet, s. 289.

⁴⁰ Ancak daha sonra 28/06/2002 tarih, 4765 sayılı Avukatlık Kanunu'na Bir Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun ile avukatlık sınavı daha ileri ki bir yıla ertelendi.

Avukatlık mesleğinin toplum içerisindeki konumu, maalesef istenilen durumda değildir. Buna başlıca sebep olarak hukuk öğretimimizin eskiden gelen yanlışları ve verilen stajın yetersizliği gösterilebilir.

3. Öğretim Elemanlarının Taşınması Gereken Özellikler ve Konumu

Hukuk öğretimi dediğimizde ilk akla gelen kişiler, hukuk fakültelerindeki öğretim elemanlarıdır. Hukuk akademisyenleri, hukukla ilgili temel bilgileri öğrencilere yükleyen ve hukuk mentalitesini kavratılan kişilerdir. Öğrencinin kalitesi için öğretim elemanının da yeterli hukuk bilgisine sahip olması gerekir. Özellikle 1980-1983 yıllarında fakültelerden daha emeklilik yaşı gelmeden ayrılan öğretim üyeleri, daha sonra üniversite sayısının artması ve buna paralel olarak artan Vakıf Üniversiteleri'nde açılan hukuk fakülteleri nedeniyle hem hukuk fakültesine giren öğrencinin kalitesi düşmüş, hem de hukuk fakültelerinden öğretim elemanı transferiyle devlet üniversitelerinde öğretim elemanı sıkıntısı baş göstermiş ve yeni akademisyenler yetişemez duruma gelmiştir. Eskiden yabancı dili olan öğrenciler için en saygın ve önemli bir meslek görünümünde olan öğretim görevliliği değişen ekonomik ve sosyal şartlar sebebiyle önemini yitirmektedir.

Hukuk teori ve pratik olarak bütünlük arz eden bir bilimdir. Böylesine zor ve teknik olan hukukun işlevinin öğrenciyi güncel olaylarla irtibat kurarak, yalın, canlı ve ilgi çekici şekilde, tartışma ortamı içerisinde anlatılması gerekir. Bu ortamı sağlayacak öğretim elemanının sağlam bir hukuk bilgisi yanı sıra ilgili diğer bilim dallarında da bilgi sahibi olması gerekir.⁴¹ Aksi takdirde hukuk fakülteleri sadece hukuk bilgisi yüklü ancak niteliksiz bireyler yetiştirir.

Ülkenin düşünsel bazda temel ayaklarından biri de ülkede verilen hukuk öğretimidir. Ülkemizde bazı siyasal ve ekonomik menfaatler için açılan hukuk fakülteleri öğretim kalitesini

⁴¹ Çelikel, Aysel, "Hukuk Eğitimi ve Öğretim Konusunda Düşünceler" in: *Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı*, S. 10. 1996 s. 903.

düşürdüğü gibi yeni araştırma görevlilerinin yetişmesini zor hale getirmiştir.

Hukuk öğretiminde öğretim elemanlarının yetişmesinde bazı reformlar ve sınavlar objektif olarak yapılmalı ve ileride öğretim faaliyetini yapmak isteyen öğrenciler öğrencilik dönemlerinden itibaren iyi takip edilmeli ve bu meslekle ilgili becerilerinin arttırılması için dönemsel olarak birebir araştırma görevlileriyle faaliyetlere katılmaları sağlanmalıdır. Böylece çekirdekten öğretim elemanları yetişmiş olacaktır.

Hukuk öğretiminin temeli olan hukuk fakültelerimizde reform yapılmalı ve öğretim elemanlarının dönemsel olarak sınavlara tabi tutularak, yeterlilikleri ölçülmelidir. Hukuk akademisyenlerinin sırça köşkte oturan ve etrafında olup bitenden haberi olmayan kimseler olmasına imkan yoktur. Öğretim elemanlarının yaşayan ve uygulanan hukukla iç içe olması gerekir.⁴² Bunun için hukuk akademisyenlerine uygulamayla daha sıkı ilişkiler kuracak ortam hazırlanmalıdır. Ülkemizdeki niteliksiz hukukçu yetişmesini engellemek ancak ve ancak hukuk akademisyenlerinin nitelikli yetişmesi ve öğrencilerin nitelikli yetişmesinden geçmektedir. Hukuk öğretiminin zamana uygun çağdaş hale getirilmesi yine değerli hocalarımızın istekleri doğrultusunda yön bulacaktır.

III. HUKUK ÖĞRETİMİ

A. Yabancı Ülkelerdeki Hukuk Öğretimi

1. Almanya'da Hukuk Öğretimi⁴³

Almanya'da tüm üniversiteler devletindir ve üniversite öğretimi ücretsiz sürdürülmektedir. Almanya, federal yapıda olmasına karşın, Medeni Hukuk, Borçlar Hukuku, Ticaret Hukuku, Ceza Hukuku ve Medeni Yargılama Usulü Hukuku gibi dersler bütün ülke hukuk fakültelerinde geçerli olmak

⁴² Yarsuvat, Duygun, "Hukuk Reformu Çalışmaları Arasında Hukuk Eğitiminin Değerlendirilmesi" in: *Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı*, S. 10/1996 s. 918.

⁴³ Genel olarak bkz., Ansay, Tuğrul, "Almanya'da Hukuk Öğretimi" in: *Hukuk Öğretimi Sempozyumu*, Ankara-1993 s. 25 vd.

üzere düzenlemeye tabi tutulmuştur. Bu nedenle fakülteler arasındaki öğretim farkı hemen hemen yok gibidir.⁴⁴ Almanya'da hukuk öğretiminin şekillenmesinde temel düşünce "öğrencinin kendi geleceğini en iyi kendisinin planlayabileceği" gerçeğidir. Sınav sayısı fazla olmayıp, öğrencilerin derse devamı esas alınmamıştır.

Hukuk fakültesine girmek isteyen öğrenci, ilk önce Türkiye'deki lisenin benzeri olan bir (Gymnasium) okulu bitirmesi gerekir (Abitur). Bu süreç on üç yıldır ve bu sürede hukuk fakültesine gelen öğrenci gerekli bilinç olgunluğuna erişmiştir. Ayrıca verilen lise eğitimi öğrencide sosyal, tarihsel ve ekonomik olaylar karşısındaki olgunluk ve yetkinliğini arttıracak, öğrenciyi önsel olarak hukuk tahlili yapma seviyesine getirecek şekilde düzenlenmiştir.

Liseyi bitiren öğrencinin hukuk fakültesine girebilmesi için öğrencinin not ortalaması göz önünde tutulur. Hukuk fakülteleri alacağı öğrenci sayısını kendi belirler ve müracaatları kendi değerlendirir.⁴⁵ Ancak üniversiteler devletin tekelinde olduğundan kontenjanlar devamlı geniş tutulmaktadır. Bu da ister istemez hem öğrenci sayısını fazlalaştırmakta; hem de fakülteler arasında talebe dayalı kalite gerçeğini ortaya çıkarmaktadır.⁴⁶ Örneğin; Hamburg Üniversitesi'nin 1 nolu Hukuk Fakültesi'nde 1991/1992 öğretim yılında 3392 öğrenci, 2 nolu Hukuk Fakültesi'ne 1300 öğrenci alınmıştır. Mesela 1986/87 ders yılında toplam hukuk öğrencisi sayısı ise 81, 461 idi. Öğ-

⁴⁴ Üniversiteler arasındaki öğretim farkı genellikle üniversitenin geçmişine veya üniversiteye öğrenciler tarafından olan rağbete bağlıdır. Almanya'da bir üniversiteye talebi arttıran faktörler başlıca;

- Üniversitedeki öğretim elemanı ve asistan sayısı
- Üniversitenin kütüphane durumu
- Üniversitenin iyi çalışma ve sosyal etkinlik ortamına bağlıdır. Ayrıca üniversitenin bulunduğu eyaletin konumu ve sosyal-ekonomik durumuyla orantılıdır.

⁴⁵ Bu müracaatlarda lise dönemi not ortalaması göz önünde tutulur ve her fakültenin not ortalama sınırı müracaatların fazlalığıyla doğru orantılıdır. Ayrıca daha önceki yıllarda müracaatlarda üniversiteye girememişlere öncelik tanınır.

⁴⁶ Mesela Hamburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne yapılan müracaat sayısı 933 iken kabul edilenler ise 372 kişidir. Ortalama lise bitirme derecesi 2, 4 ortalama bekleme süresi ise beş yıldır. (1993 yılı itibariyle).

renci sayısının biraz fazlalığına karşın, öğretim üyesi sayısı da öğrenci sayısına paralel olarak artmıştır. Bunun yanında çok sayıda asistan da öğretim görevinde profesörlere yardımcı olmaktadır. Özellikle birinci sınıfta öğrenciler gruplara ayrılarak, öğretim görevlilerince öğretim yapılmaktadır.

Hukuk öğretimi Almanya'da, teorik ve pratik esaslı olmak üzere iki kurdan oluşur.⁴⁷ Avukat veya hakim olmak isteyen birisi ilk önce 3,5 yılda hukuk fakültesini bitirip, 2 yıl da staj yapmak zorundadır. Öğrenciler gerçekte kaydolduklarından itibaren 5-6 yıl sonra bitirme sınavına girebilmektedirler. Ayrıca şartları zor olmasına karşın yatay geçişler halen revaçtadır. Öğrencinin, hukuk öğrenimini Almanya dışındaki ülkelerde bitirme şansı da vardır.

Alman Hukuk Fakülteleri'nde verilen öğrenimin temel amacı öğrenciyi hukuk mesleğine hazırlamaktır. Fakültelerde, hukuk kurallarının nasıl oluşturulduğu, hukukun tarihi, siyasal, ekonomik, felsefi temellerinin ne olduğu hakkında bilgiler verilir. Böylece öğrenciler, hukuk kurallarının arkasındaki temel sosyal etkenleri öğrenip, pozitif hukuku eleştirebilecek seviyeye ulaşırlar.⁴⁸

Yargıçlık Yasası'yla ana çerçevesi çizilen dersleri, eyaletlerdeki öğretim yasaları dersleri zorunlu ve seçimlik olarak ikiye ayırmıştır. Zorunlu dersler yargıçlık yasasında belirtilmiştir.⁴⁹ Seçimlik dersler ise hukuk derslerinin daha iyi anlaşılmasına yarayan, derinlemesine inceleme imkanı veren ve öğrencinin ufkunu açan derslerdir.

⁴⁷ Hukuk öğretiminin temeli 1972 yılında çıkarılan Yargıçlık Yasası'na dayanır. Bu yasa ile hukuk fakültelerine tek kur üzerinden hukuk öğretimi yapma şansı tanınmıştır. Ancak bu sistemin aksaklıkları görülmüş ve 1984 yılında yapılan değişiklikle (BGB1 s.995) tek kur üzerinden verilen hukuk öğretimine son verilmiştir.

⁴⁸ Gerçekte öğrencilerin amacı 'bitirme sınavını' geçmektir. Bunun için sıkı bir hazırlık aşamasına girmekte ve kurslara devam etmektedirler.

⁴⁹ Yargıçlık Yasası'na göre zorunlu dersler; Medeni Hukuku, Ceza Hukuku, Kamu Hukuku ve Medeni Usul Hukuku; metodolojik, felsefi, tarihi ve sosyal içerikli. Avrupa'ya yönelik genel kısımlarıdır. (Yargıçlık Yasası m. 5a).

Örnek olarak Hamburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ndeki bazı zorunlu dersleri verelim: Hukuk Felsefesi ve Hukuk Teorisine Giriş, Hukuk Sosyolojisi, Roma Hukuk Tarihi, Alman Hukuk Tarihi, Yeni Çağın Anayasa Tarihi, Kamu Hukukunun Esasları, Medeni Hukukun Genel ve Özel Kısmı, Ceza Hukukuna Giriş, Kamu Hukuku (Alman Anayasa Hukuku ve Temel Haklar Dersi), Borçlar Hukuku, Medeni Usul Hukuku, Aynı Haklar, İdare Hukuku, Avrupa Hukuku, Devletler Hukuku, Miras Hukuku, İcra-İflas Hukuku, Ceza Yargılama Hukuku, Anayasa ve İdari Usul Hukuku, İş Hukuku, Sosyal Hukuk.⁵⁰ Bu derslerin yanı sıra seminerler de bulunmaktadır. İlk sömestrlerdeki öğrenimlerini tamamlamış olan öğrenciler seminerlere devam edebilmektedirler. Konular öğretim üyelerince serbestçe belirlenmektedir. Öğrenciler, piyasada kitap bulmakta zorlanmamaktadırlar. Kitaplar büyük yayın evleri tarafından yayımlanmaktadır. Kütüphanede öğrencilerin istedikleri kitapları rahatlıkla bulabildiği bir ortam vardır.

Almanya'da hukuk öğrencileri ne sömestr ne de sene sonunda sınava girmemektedir. Öğrenciler 3,5 yıllık hukuk öğreniminin sonunda sınava tabi tutulmaktadır. Bu uzun dönemde sınav açığını kapamak amacıyla bazı zorunlu derslere ara sınav, seçimlik derslere ise ödev zorunluluğu getirilmiştir.

Bitirme Sınavı (Referendar), Adalet Bakanlığı sorumluluğunda yapılan bir devlet sınavıdır. Yargıçlık mesleğine girebilmek için açılan bir sınav olup, yazılı ve sözlü olarak iki aşamadan oluşur. Sınavı genellikle mahkeme ve öğretim üyeleri tarafından yapılır.

2. Fransa'da Hukuk Öğretimi⁵¹

Fransa hukuk öğretiminin temeli yazılı yasalara dayanmaktadır. Fransa'da hukuk öğretimi "cycle" denen üç kademedendir. Hukuk fakültesine girebilmek için liseyi bitirmek gere-

⁵⁰ Prof. Dr. Tuğrul Ansay'ın girdiği, sınav ve devam zorunu olmayan "Türk Hukuku" dersine 20-25 kişi devam etmekteymiş.

⁵¹ Genel olarak bkz., Dâver, Bülent, "Fransa'da Hukuk Eğitim-Öğretimi Ve Türkiye'ye Etkisi" in: *Hukuk Öğretimi Sempozyumu* Ankara-1993 s. 7 vd.

kir. Lise bitirme sınavına girdikten sonra öğrencinin, “*olgunluk (bakalorya)*” sınavını başarması gerekir. Bu sınavı başarmak şart olmakla beraber başaramayanlara da bazı şanslar tanınmıştır.⁵² Hukuk fakültesine kontenjanlar çerçevesinde, cüzi bir miktar ücret karşılığında ve yetkinlik sınavını başarmak şartıyla her öğrenci girebilir.

Sınavı başaranlar hukuk öğrenimine, birinci dönemin birinci yılına genel hukuk bilgilerini alarak başlarlar. Aday ikinci yılda da başarılı olursa DEUG⁵³ derecesini elde eder. Öğrenci bundan sonra ikinci dönem ilk yılına (yani üçüncü yıla) başlar ki artık lisans devresi başlamıştır. Hukuk lisansını üç yılda tamamladıktan sonra dördüncü yılda yetişkinlik devresini (maitrise) bitirir. Maitrise, her ne kadar yüksek lisans aşamasına benziyor ise de bu yüksek lisans aşamasının karşılığı olmayıp, yetkinlik evresi olarak nitelenebilir. Fransa’da verilen öğretime göre yüksek lisansın karşılığı beşinci yılda tamamlanan ve DEA⁵⁴ derecesinin verildiği Magistere aşamasıdır. Üçüncü devrenin ikinci aşaması ise doktora derecesidir. Bu derece DEA/Magistere’den sonra iki ila dört sene sürer. Yani hukuk fakültesine birinci sınıftan giren öğrenci tam başarılı olduğu ve yıl kaybetmeden okuduğu zaman hukuk öğrenimi, yedi ile dokuz yıl sürmektedir. Fransa Hukuk Fakülteleri’nde başlıca, özel hukuk ve kamu hukuku olarak bilinen temel program disiplinleri yer alır.

Başlıca dersler ise; Anayasa Hukuku, Genel Kamu Hukuku, İdare Hukuku, Devletler Hukuku, Ticaret Hukuku, İş Hukuku, Borçlar Hukuku, İcra-İflas Hukuku vs. derslerin yanında siyaset ve ekonomi derslerine de ağırlık verilmiştir. Ayrıca hukuk fakültelerinde yeni hukuk dalları da okutulmaya başlanmıştır. Bunlar başlıca; Avrupa Topluluğu Hukuku, Sağlık Hukuku, Gelişme Hukuku, Teşebbüs Hukuku, Petrol Hukuku, İşletme Hukuku ve Uzay Hukukudur. Fransız hukuk öğretimi ekonomik, siyasal ve teknolojik gerçekler ekseninde derslerle desteklenmektedir. Hukuk öğretimi üniversitelerden

⁵² Böylece olgunluk sınavını başaramayan kimse iki yıl temel hukuk (kapasite eğitimi) görmesi ile öğrenci ikinci sınıfa devam edebilir.

⁵³ Genel Üniversiteler Çalışma Alanında Hukuk Derecesi Sertifikası.

⁵⁴ Derinleştirilmiş Çalışmalar Derecesi.

başka, bazı bakanlıklara (Ticaret, Adalet, Sanayi Bakanlıkları gibi) bağlı enstitüler aracılığıyla da yürütülmektedir. Fakat bu programlarda yetişenler genelde memur olarak kullanılmaktadır.

Fransa'da üniversiteler, Eğitim Bakanlığı'na bağlı kurumlardır. Hakim ve savcı olmak için ayrıca bir alanda uzmanlaşma aranırken adliyede çalışan memurlarda mastire ve bazen de magistere derecesi aranmaktadır. Yani Fransa'da verilen hukuk öğretimi sıkı ve kaliteli bir düzeneğe oturtulmuştur. Bu sistem için geçmişte üniversite alanında büyük reformlar yapılmıştır.

3. İngiltere'de Hukuk Öğretimi⁵⁵

İngiltere'deki⁵⁶ hukuk öğretimi, Türkiye'dekinden çok farklı bir yapıdadır. Hukuk öğretiminin daha iyi kavranması için ilk ve orta öğretimden itibaren İngiliz eğitim ve öğretim sistemine yer vermemiz konunun anlaşılması için önemlidir. İngiltere'de Kara Avrupa Hukuk Sistemi'nden farklı olarak yazılı olmayan, örf ve adete dayanan, geleneksel hukuk egemendir. Common Law denen bu sistem, asırlar boyu mahkeme içtihatlarıyla oluşmuş, Sui Generis bir hukuk sistemidir.⁵⁷

İngiltere'de eğitim-öğretimle ilgili yasal sorumluluk, Eğitim ve Fen Dairesi ile Yerel Eğitim Makamları arasında paylaştırılmıştır. Eğitim ve öğretim üç aşamadan oluşur.

Bunlar:

- İlk Öğretim (11 yaşına kadar olan dönem)

- Orta Öğretim (11 yaşından öğrencinin okuldan ayrılmasına kadar süren dönem)

- İleri Düzeyde Öğretim (Zorunlu öğretim dönemi sona erdikten sonra başlayan dönem)

⁵⁵ Genel olarak bkz., Akipek, Şebnem, *İngiltere'de Hukuk Öğretimi' in: Hukuk Öğretimi Sempozyumu* Ankara-1993 s. 35 vd.

⁵⁶ İngiltere Büyük Britanya'nın sadece bir parçasıdır. Esasen Büyük Britanya içinde, Galler, İskoçya, Kuzey İrlanda ve İngiltere'yi barındırır.

⁵⁷ Dâver, Bülent, s. 10.

İlk öğretimi bitirenler, Yerel Eğitim Makamları tarafından kurulmuş ve devamı on altı yaşına kadar zorunlu olan orta öğretime başlarlar. Yüksek öğrenim yapmak isteyenler ise orta öğretimde on sekiz yaşına kadar kalarak yeterli yetkinliğe ulaşmayı hedeflerler. On altı yaşında okuldan ayrılacaklar GSCE⁵⁸ adında bir sertifika almak için sınava girerler. On sekiz yaşını bitirenler ise GCE A Level⁵⁹ sertifikasını almak için sınava girerler.

Yüksek öğretim İngiltere’de iki farklı kurumda yapılır. Bunlar, üniversiteler ile ileri ve yüksek öğretim enstitüleridir. Bu enstitüler genellikle; sekreter, laborant ve bilim adamlarına elemanlar vs gibi yardımcı kişileri yetiştirirler.

Üniversiteler⁶⁰ ise bütünüyle özerk yapıdadır. Üstlerinde hükümetin etkisi yoktur. Bu özellik Parlamento ve Kraliyet tarafından verilmiştir.

Peki, İngiliz öğretim sisteminde hukuk bölümüne giriş ve öğretim nasıldır?

Üniversiteye girişte, genel bir seçme sınavı yapılmaz ve gayet esnek şartlara tabidir. Hukuk fakültesinde okumak isteyen öğrenci üniversiteye başvurur ve üniversite bunu kendisi değerlendirir ve kabul edip etmemekte serbesttir. Başvuran öğrenciler hem genel şart (General Requirement) hem de bölümüyle ilgili varsa özel şart (Course Requirement) taşımalıdır. Hiçbir üniversite hukuk öğrenimi için özel şart aramamaktadır. İngiltere’de hukuk öğretimi fazla rağbet gördüğünden, öğrenci seçiminde, üniversitelerce bazı kriterler getirilmiştir. Mesela öğrencide, hukuk sağduyusu ve gelişmiş bir kıyas mantığı ile tartışma yeteneğinin olması gibi şartlar yanında, yapılırsa sınavlardan (yazılı-sözlü) geçmek gerekir. Hukuk öğretimi iki aşamalıdır. Bunlar hukuk öğretimi ve hukuk meslek öğretimidir.

⁵⁸ General Certificate of Secondary Education; Genel Orta Öğretim Sertifikası.

⁵⁹ General Certificate of Education Advanced Level; Genel İleri Düzey Öğrenim Sertifikası.

⁶⁰ Britanya’da; toplam 46 üniversite vardır. Bunların; 35 tanesi İngiltere’de, 8 tanesi İskoçya, 2 tanesi K. İrlanda’da ve 1 tanesi ise Galler’dedir. (1993 yılı itibarıyla).

• Hukuk Öğretimi

Çoğu üniversitede hukuk öğretimi her yılı üç dönemden oluşan ve üç yıl süren bir şekildedir. Üniversitelerde yapılan hukuk öğretiminde temel amaç öğrenciye genel hukuk mantığını aşılama ve hukuk kültürüyle donatmaktır. Derslerde, hukuksal normların gelişimi, hukuk tarihi, sosyal tarih vb konuları içeren esaslar vardır. Bu aşamada mesleki bir öğretim verilmez, çünkü bu öğrenci üniversite bitiminde mesleki öğretim alacaktır.

Üniversiteler özerk olması nedeniyle, hepsi kendi ders programını kendisi belirler. Bunun için üniversitelerin hukuk müfredatları farklıdır. Özellikle Oxford Üniversitesi ve Cambridge Üniversitesi diğer üniversitelerden farklı bir sistem izlemektedir. Biz burada örnek olarak Oxford Üniversitesi'ndeki hukuk öğretimi ve Londra Üniversitesi'ne bağlı Londra Ekonomi ve Politika Bilimleri Fakültesi'ndeki (London School of Economics and Political Science-LSE) ders ve öğretim metotlarını vereceğiz.

LSE' deki Hukuk Öğretim Metodu ve Ders Programı;

Dersler, sayısı genelde on ikiyi aşmayan ve başında bir öğretim elemanın bulunduğu gruplar şeklinde yürütülür. Her ayrı ders için başka bir öğretim üyesi yöneticilik eder ve bu genelde dersi anlatan hoca olmaz. Her ders için haftada bir derslere katılan öğrenci aynı zamanda verilen ödevlerle bilgisini pekiştirir. Takip edilen aktif öğretim sistemi sayesinde öğrenciye bir hafta sonra işlenecek konu dizini verilir. Böylece öğrenci derse hazır gelir ve tartışmalı şekilde ders işlenir. Öğrenci ilk yılında dört zorunlu ders almakla mükelleftir. Bunlar; Kamu Hukuku (Public Law), Sözleşmeler Hukuku (Law of Contract), Eşya Hukuku (Law of Property) ve İngiliz Hukuk Sistemi (English Legal System) dir. Bu yıl sonunda öğrenci "*Intermediate Examination*" adlı sınava girer. Bu sınavları başaran öğrenciler bir yıl daha derslere devam eder. Buradaki derslerin ikisi zorunlu ikisi seçimlidir. Zorunlu dersler; Haksız Fiil Hukuku (Law of Tort) ve Ceza Hukuku (Criminal Law) dur. Seçimlik dersler ise çoktur, bunlardan birkaçı; Devletler Umumi Hukuku (Public International Law), Ticaret Hukuku (Mercantile Law), İş Hu-

kuku (Labour Law), Kadınlar ve Hukuk (Women and Law), Bilgisayar-Bilgi ve Hukuk (Computers, Information and the Law) ve Politika-Hukuk ve Ekonomik Antropolojisi (Political, Legal and Economic Anthropology) gibi derslerdir. Seçimlik derslerden öğrenci hazırladığı seminerden sınava tabi tutulur. Zorunlu derslerden ve seçimlik derslerden ayrıca yine sınava girer (Part II Examination). Sınavları başarırsa sadece zorunlu ders olarak Hukuk Felsefesi (Jurisprudence) dersini almakla yükümlü olduğu son yıla gelir. Bunun yanında öğrenci üç tane de seçimlik ders seçer. Bu yıl sonundaki sınavı başaran öğrenci LL.B (Bachelor of Laws) derecesi ile hukuk mezunu olur.

Oxford Üniversitesi'ndeki Hukuk Öğretim Metodu ve Ders Programı;

Bu üniversitede dersler hukuk akademisyenleri tarafından anlatılır ve dersler hocalar tarafından verilen seminerlerle desteklenir. Öğrencilerin derse devam zorunluluğu yoktur. Ancak üniversitenin öğrencinin başı boş kalmaması için oluşturduğu bir sistem vardır ki buna "*Tutorial System*"⁶¹ denir. Bu sistem sayesinde öğrenci 'tutor'⁶² diye adlandırılan bir öğretim üyesinin yönetim ve denetimi altına verilmiştir. Öğrenci haftada en az bir saat tutor ile görüşüp, haftalık derslerinin işleniş ve çalışması hakkında değerlendirme yapmak zorundadır. Tutor öğrenciyi denetler ve ödevler verir. Tutor sadece öğrencinin ders açısından sorunlarını değil, aynı zamanda psikolojik, sosyal ve ilgili konularda da öğrenciyi dinler ve yol gösterir.

İkinci dönemin sonunda, akademik yıl tamamlanmadan "*Law Moderations*" denilen sınav yapılır. Öğrenci bu sınavlara üç zorunlu dersten girer. Bunlar; İngiliz Kurumları'nın Temelleri (The Principles of the British Constitution), Roma Özel Hukukunun Ana Hatları (Basic Concepts of Roman Private Law), İngiliz Ceza Hukuku (English Criminal Law) dur.

Bu derslerden sınava girdikten sonra öğrenci son yıl sınavlarına (Final Honour School) kadar sınava tabi tutulmaz.

⁶¹ Kelime manası itibarıyla üniversitede öğrencilerin küçük gruplar halinde, bir hocanın denetimine bırakılması manasına gelir.

⁶² Öğrenciye özgülenen üniversite hocası, özel öğretmen anlamına gelir.

Diğer yedi dönem boyunca öğrenci dört zorunlu, dört seçimlik ders alır. Zorunlu dersler; Sözleşmeler Hukuku (Law of Contract), Haksız Fiil Hukuku (Law of Tort), Hukuk Felsefesi (Jurisprudence) ve Gayrimenkul Hukuku (Land Law) dır. Böylece öğrenci dört zorunlu dört seçimlik olan dersten son yıl sınavlarına girer. Bu sınavlar bir hafta boyunca devam eder ve her sınav üç saattir. Seçimlik dersler ise on altı ders içinden seçilir.

Son yıl sınavını başarı ile tamamlayan öğrenci diğer üniversitelerdeki gibi hukuk mezunu olur. Ancak verilen derece LL.B değil, BA (Bachelor of Arts) olarak nitelenir.

• Hukuk Meslek Öğretimi

İngiltere’de hukuk mezunu olmak, uzman bir şekilde çalışmak için yeterli değildir. Mesleki öğretim; öğrenciye, mantıklı bir şekilde sorunlara yaklaşma, iyi konuşma vb. vasıflar kazandırır.

Ülkemizde avukat olarak isimlendirilen meslek, İngiltere’de Solicitors ve Barristers olarak iki gruba ayrılmıştır. Bunlar yetiştirilme ve görevleri yönünden farklılık arz ederler. Bu grupları ayrı ayrı inceleyelim:

Solicitors;

Genelde alt derece mahkemelerde, müvekkili temsil ederler. Ayrıca hukuksal danışmanlık ve noterlik gibi işleri Solicitors iki şekilde olunabilir:

- Orta öğretimde en az iki veya üç GCE A sertifikası ile sınıf geçmek ve LL.B derecesi ile hukuk mezunu olmak gerekir.

- Ya da orta öğretimde en az iki veya üç GCE A sertifikası ile sınıf geçmek ve üniversitenin başka bölümünü bitirmiş ise CPE⁶³ sınavını geçmesi gerekir. Bu sınava girmenin ön şartı bir yıl boyunca Sözleşmeler Hukuku (Law of Contract), Haksız Fiil Hukuku (Law of Tort), Gayrimenkul Hukuku (Land Law),

⁶³ Common Professional Examination; Genel Mesleki Sınav.

Ceza Hukuku (Criminal Law) ve Vakıflar Hukuku (Trusts Law) içeren derslere girip, sınavların hepsinden geçmesi gerekir.

Hukuk mezun olan veya bir yıllık öğretimden sonra CPE sınavını vermiş olan kişi, bir yıl için Hukuk Derneği (Law Society) onaylı hukuk okullarında mesleki öğretim görürler. Bitirme sınavına girer ve bu sınavı başaranlar iki yıl boyunca deneyimli avukatın yanında çalışırlar. Bu çalışmaların başarılı tamamlanması sonucu Hukuk Derneğince kişiye Solicitor sertifikası verilir.

Barristers;

Barristers, kendilerine solicitors, tarafından verilen hukuki sorunları inceler ve görüş bildirir. Müvekkillerle ilişkileri direkt değil, dolaylıdır. Üst mahkemede dava izleme tekeline sahip oldukları gibi, solicitors'tan daha üstün değere sahiptir. Bu sınıfa giriş "*Inns of Court*" denen kuruluşun tayin edeceği şartlar çerçevesinde olur.

Burada üç aşama izlenir.

1. Akademik Aşama: Kişi, ya hukuk mezunu yada CPE sınavında başarılı olması şartı aranır. Daha sonra "*Inns of Court*⁶⁴" lardan birine başvurması ve ardından da baro sınavına girmesi gerekir.

2. Mesleki Öğretim Aşaması: Bu kademe, meslek olarak Barrister olanlar ve sadece bir meslek (yüksek mahkeme yargıçlığı gibi) yapabilmek için Barrister olmak isteyenler açısından farklıdır. İkinci gruptaki kişiler baro sınavına girer. Bu sınav; öğrencilerin dört zorunlu, iki de kendi seçtikleri dersten oluşur. Sınavı geçenler baroya davet edilir ve bir yıllık zorunlu öğretime tabi tutulur. Bu öğretimin içerisinde araştırma, problem çözme, yazılı beyan ve tartışma gibi konular hakkında bilgiler vardır. Bu aşamadaki dönemsel sınavı başaranlar Baroya çağrılır, ve onlar için artık pratik eğitim aşaması başlayacaktır.

⁶⁴ Bunlar dört tanedir:

- Lincol's Inn
- Inner Temple
- Middle Temple
- Grays' Inn

3. Uygulama Aşaması: Bu aşamada ilk yapılması gereken "pupillage"⁶⁵ denen bir tür stajdır. Bu stajı bitirenler Barrister olarak faaliyet verir.

İngiltere'de hukuk öğretimi, farklı bir yapı arz eder. Öğrencilerle aktif öğretim yapılmakta ve öğrenciler sıkı bir denetim içinde araştırma ve tartışma ortamında yetiştirilmektedir. İngiltere'de kitap ve çalışma ortamı eksikliği bulunmamaktadır. Öğrenci sayısına baktığımızda, üniversite sayısına oranla üniversitelerde bir yığılma yoktur. Bunun yanında yetiştirilmiş öğretim elemanı nitelik ve nicelik olarak üst düzeydedir.

4. Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) Hukuk Öğretimi⁶⁶

Amerikan hukuk sistemi, mahkeme uygulamalarına dayanan ve Common Law adı verilen hukuk sistemidir. Ancak son zamanlarda, Fransız ve İspanyol hukuklarını kabul etmiş eyaletlerin sayesinde Amerikan hukuku, Kıta Avrupası hukuk Sistemine yaklaşmıştır. ABD bir federal nitelik arz eder. Yani her eyaletin ayrı bir federe hukuk yapısı olduğu gibi tüm eyaletleri kapsayan federal bir hukuk sistemi de vardır. Medeni hukuk ve ticaret hukuku vb. gibi konular eyalet meclislerinin düzenleme alanındadır. Durum böyle olunca her eyaletteki hukuk fakültesi kendi hukukuyla ilgili müfredata göre öğretim yapmaktadır. Tüm bunun yanında ABD'de tüm ülkede hatta uluslararası alanda hukukçuluk yapabilecek nitelikte öğrenci yetiştirilmektedir. Burada temel amaç 'hukukçu gibi düşünebilme' mantığının aşılmasıdır. Esas olan, olayları analiz edebilen, eldeki olaylardan sonuca ulaşabilen, çeşitli yolları gören ve tartışabilen, özgür düşünebilen kimseler yetiştirmektir. Bunun için derslerde örnek olaylar çözülür, hukuk problemleri bütün olarak tartışılır ve toplum yararı için en uygun ve en demokratik yollar öğretilir.⁶⁷

⁶⁵ Pupillage denen staj öğrencinin sık şekilde on iki ay boyunca, Barrister'ler tarafından öğretime tabi tutulmaktadır.

⁶⁶Genel olarak bkz., Ansay, Tuğrul, "Amerika Birleşik Devletleri'nde Hukuk Öğretimi" in: *Hukuk Öğretimi Sempozyumu*, Ankara-1993 s. 18 vd.

⁶⁷Bir hukuk fakültesi eğer öğrencilerinin; öğrenme, analiz, soru sorma, araştırma, yazma ve düşünme yeteneklerini geliştirmede kendilerine destek olabiliyorsa, görevini en iyi şekilde yerine getirmiştir (Columbia University Bulltein).

ABD’de özel üniversitelerin⁶⁸ ve devlet üniversitelerinin bir arada olması yüksek öğretimde rekabeti getirmiş ve dolayısıyla kaliteyi arttırmıştır. Üniversite kalitesinin artması için ayrıca çok iyi bir denetim yapılmaktadır. Hukuk fakültelerinin denetimi dolaylı (dış denetim) olarak Amerikan Barolar Birliği (American Bar Association = ABA) ve Amerikan Hukuk Fakülteleri Birliği (American Association of Law School = AALS) tarafından yapılır.

ABD’de hukuk öğrencisi olabilmek için, bizdeki lise dengi bir öğrenim gördükten sonra, dört yıl ya da üç yıl da “college”-denen bir okula devam etmek zorunludur. College, aşamasında öğrenci hukukla ilgili genel bilgileri alırken, yaşının ilerlemesi ile de belirli yetkinliğe erişir.

Hukuk fakültesine girebilmek için öğrencinin önünde iki aşama vardır. Bunlar:

- ABA’nın yaptığı sınavdan geçmek.
- Üniversitenin yapacağı sınavı geçmek.

Bu sınavlara girip başarılanların sayısı, girenlere oranlandığında başarılanların, sayısı pek de çok değildir.⁶⁹

Hukuk öğrenim süresine gelince; bu süre College süresi hariç üç yıldır. Öğrenciler haftada ortalama on beş saat ders görürler. Her dersin ayrı bir puanı vardır. Hukuk fakültelerindeki öğretim üyesi ve öğrenci sayısının dengelenmesine dikkat edilmektedir.⁷⁰ Hukuk fakültelerindeki sınıf mevcutlarının az

⁶⁸ABD’de özel üniversitelerde öğretim maliyeti (kalma, yeme, içme gibi konuları da katarsak) çok yüksektir. (Yıllık: 30,000\$ gibi bir meblağ). Örneğin; Harvard, Columbia, Yale Üniversiteleri’nde hukuku fakültesinin bir yıllık kayıt ücreti: 18,500\$’dır. Buna öğrencinin masrafı da katılırsa (yaklaşık): 10,000\$’dır. Toplamda 28,500\$ gibi yüksek bir meblağ çıkıyor ki buda hukuk öğreniminin büyük bir mali fedakarlık gerektirmektedir. (Columbia University Bulltein, School of Law 1992/93).

⁶⁹Örneğin; 1990 yılında ABA’nın yaptığı sınavı girenler 138,000 kişi iken kazananlar 44,104’tür. Ayrıca Columbia Üniversitesi’nin 1992/93 ders yılı için yapılan sınavı girenler, 6,385 kişi iken; kazananlar sadece 346 kişidir.

⁷⁰1990 yılı verilerine göre tüm hukuk fakülteleri göz önünde tutulursa; her hocaya yirmi beş öğrenci düşmektedir. Bu oran Columbia veya Stanford Üniversiteleri’nde öğretim üyesi/öğrenci oranı daha iyidir.

tutulmasına özen gösterilir. En büyük sınıf yetmiş - seksen kişiyi geçmemektedir.

ABD’de hukuk fakültelerinde dersler, fakültelerin kendisi tarafından belirlenir. Bu konuda bir yasal zorun yok ise de burada ABA ve AALS’nin denetim ve kriter koyma fonksiyonu unutulmamalıdır. Öğrencilerin küçük sınıflara bölünmesi, öğrenci-öğretim üyesi diyalogunu arttırır ve öğrencilerden derse devam beklenir. Dersler zorunlu ve seçimlik olarak iki türdür. Ülke düzeyinde derslerin %50’si zorunludur. Bu derslerin bir kısmı temel dersler olup, genelde birinci sınıfta okutulur. Bir çok üniversitede de okutulan derslere baktığımızda aşağıdaki derslerin yaygın olduğunu görürüz.

- | | |
|---------------------------|--------------------------------|
| - Sözleşme Hukuku | - Ceza Hukuku |
| - Medeni Yargılama Hukuku | - Haksız Fiil Hukuku |
| - Anayasa Hukuku | - Eşya Hukuku
(Ayni Haklar) |

Bunların yanında bir çok fakültede mesleki sorumluluk dersleri, zorunlu dersler arasında olup, seçimlik ders sayısı oldukça fazla ve çağın gelişmelerine ayak uyduracak düzeydedir (Çevre Hukuku, Uzay Hukuku, Kadın Hakları Hukuku gibi dersler buna örnek verilebilir). Yukarıdaki listede zorunlu ders olmadıkları için bulunmayan ancak Baro sınavlarına dahil olduğu için seçimlik olmasına karşın, öğrenciler tarafından dikkatle izlenen dersler vardır. Bunların en önemlileri Ticaret Hukuku, Gayrimenkul Hukuku, İdare Hukuku gibi derslerdir. Verilen derslerin yanında seminerler de hukuk öğretiminde büyük önem taşımaktadır. Seminerlere üst sınıf öğrencileri katılmaktadır ve bu seminerlerde öğrenci sayısı çok kısıtlıdır. Ayrıca fakültede, hayali mahkemeler kurulup, burada uyuşmazlıkların çözümü yolunda öğrenciye deneyim kazandırılır.

Öğrenciler derslerden her sömestr sonunda, sınava girerler. Sınavlar uzun ve yazılıdır. Üç yıl sonunda genel bir sınav yoktur. Bunu barolara girişte, barolar kendileri yaparlar. Seminerler için değerlendirmede sınav sistemi kullanılmaz. Bunun yerine öğrencinin seminerdeki aktivitesi, derse katılma ve tartışma yeteneğine göre belirlenir.

Öğrenciler hukuk fakültelerinde, çıkan dergilerde görev almakta ve öğretim üyelerine asistanlık yapmaktadır. ABD’de her hukuk fakültesinin kesinlikle bir dergisi vardır. Hatta gelişmiş üniversitelerin hukuk fakültelerinde dergi sayısı üçe, dörde kadar çıkmaktadır. Öğrenciler tarafından böyle çalışmalara katılmak önemlidir. Çünkü bir öğrenci için bu, geleceğe yönelik bir prestij kaynağıdır.

Okutulan veya tavsiye edilen kitapları bulmakta öğrenciler zorluk çekmezler. Öğretim üyeleri ya işleyeceği kitabı kendi belirler ya da kendileri dersleri ile ilgili metinleri öğrencilere dağıtırlar. Hukuk sistemleri mahkeme kararlarına dayalı olduğu için, ders kitapları da içinde mahkeme kararlarını barındıran ve yazarın görüşlerini içeren bir yapı arz eder. Kitaplarda öğrencilerin tartışması için sorular da mevcuttur. Aynı zamanda hukuk fakültelerinin, bilgisayar destekli gelişmiş kütüphanesi vardır.

5. Bazı Ülkelerdeki Hukuk Öğretim Süresi ve Avukatlık Stajı Hakkında Kısa Bilgiler

a. Belçika

Belçika’da öğrenim süresi, iki yıl temel hukuk, üç yıl da lisans olmak üzere beş yıldan oluşmaktadır. Avukatlık için üç yıllık staj ve ardından yapılan yazılı ve sözlü sınavları başarmak gerekmektedir.

b. Danimarka

İki aşamalı bir öğretim süresi vardır. Bunlar üç yıl temel hukuk öğretimi ve iki yıl da hukuk lisansı için olmak üzere beş yıldır. Avukatlık için üç yıllık bir staj dönemi geçirmek ve Adalet Bakanlığından yeterlilik sertifikası almak gerekir.

c. Hollanda

Öğretim süresi dört yıl sürmektedir. Ancak okulu bitirme süresi beş veya altı yıla çıkmaktadır. Avukatlık stajı, üç yıl

sürmekte ve stajyerin yeterliliği baro tarafından yapılan periyodik mülakatlar sonucu belirlenmektedir. Yetersiz stajyerin, staj dönemi uzatılabilmektedir. Zaten stajla ilgili bütün yetkiler baroda toplanmış olup programlama baro eğitimlerince yapılmaktadır.

d. İtalya

Öğretim süresi dört yıl olup, okulu bitirme süresi beş yıla çıkmaktadır. Mesleki öğretim iki yıl sürmektedir. Bu staj savcının yanında yapılmaktadır. Ancak bu süre dört-beş yıla çıkabilmektedir. Staj bitiminde Adalet Bakanlığınca düzenlenen yazılı ve sözlü sınav yapılır. Bu sınav çok zor bir sınavdır ve başarı düzeyi düşüktür.

e. Yunanistan

Hukuk öğretimi dört yıldır. Avukat olabilmek için bir buçuk yıllık stajı, deneyimli bir avukatın yanında yapmak şartı aranmaktadır. Ayrıca staj dönemi bitiminde yazılı ve gerekli görülürse sözlü sınav yapılmaktadır. Sözlü sınavlar hakim, savcı ve birkaç avukattan oluşan bir jüri tarafından yapılır.

B. Türkiye’de Hukuk Öğretimi

1. Hukuk Öğretim Tarihimiz

Bazı kurumlarımızın, Osmanlı’dan Cumhuriyet’e intikal ettiği bir gerçektir. Konumuzla alakalı olarak, hukuk öğreniminin de Osmanlı’daki kurumlarla alakası vardır. Konunun iyi anlaşılması ve Cumhuriyet dönemimizle sağlam bir bağlantı kurulabilmesi için, Osmanlı’da hukuk öğretimi hakkında bilgiler vermek gerekir. Böylece hukuk öğretimini, kendi geçmişiyle karşılaştırma ve değerlendirme imkanı olacaktır. Çünkü hukuk öğretiminin bu günkü şekilde yapılanmasının temelinde geçmişte yapılmış kaynakçal, teorik ve pratik alandaki reformlar yatmaktadır. Bu reformlar hukukun ve öğretimin ön hazırlıklarıdır. Zaten her alanda geri kalmış Osmanlı’dan sonra kurulan

Ülkemiz'in kurduğu ilk yüksek öğretim kurumunun hukuk fakülteleri olması da tesadüf değildir.

a. "Hukuk" Teriminin Tarihi Gelişimi

Hukuk kelimesi, hak teriminin çoğuludur.⁷¹ Ancak bizde hukuk teriminin doğması yeni sayılabilecek bir olgudur.

1831'de Tanzimat Dönemi'nden önce Paris'te yayımlanan Vocabulaire Français- Turc'de, Droit teriminin karşılığı olarak 'insaf, adalet, hakk, ilm-i fikh' gibi terimler kullanılmakla birlikte, henüz "hukuk" kelimesi kullanılmamıştır. Hukuk anlamında ise ilm-i fikh terimi kullanılmaktaydı. Hukuk terimine ikinci Viyana kuşatmasından bir buçuk asır sonra, 1848 yılında Viyana'da basılan "*Kitab-i Hukuk-i Mîlel'in başlığında rastlanmaktadır. Kitap önce Almanca'ya sonra da Türkçe'ye aktarılmıştır. Kitabın yazarı Bason Schlichte Ottokar dır. Kitabın önsözünde 'Hukuk-i Tabiiyye-i Mîlel' ve 'Hukuk-i Mevzua-i Mîlel' terimleri kullanılmıştır. 1873 yılında Fransızca'dan çevrilen 'hukuk' başlıklı kitapta terimin oturduğu görülmektedir*"⁷². Böylece hukuk terimi gelişmiş ve günümüze kadar gelmiştir.

b. Osmanlı'da Hukuk Öğretimi

Osmanlı'da iki tür öğretim kurumu vardır. Bunlardan birincisi; saraya devlet adamı yetiştiren Enderun, diğeri ise din, hukuk, eğitim ve öğretim alanında çalışacak kimseleri yetiştiren Medresedir. Enderun'a alınan öğrenciler genelde devşirme kökenli olan kimselerdir. Hukukçular ise ilk öğretimden beri medreseler denen eğitim-öğretim kurumunda yetişirlerdi.⁷³ Medresede öğrencilere hesap (matematik), hikmet (felsefe), mantık, belagat, kelam, Usul-i Fıkıh (İslam Hukuk Metodolojisi), Tefsir, Tıp ve Fıkıh (İslam Hukuku) dersleri okutulurdu.⁷⁴ Medreseler, taşra şehir ve kasabalarında bulunurdu. İki

⁷¹ Özön, Mustafa Nihat, s. 334.

⁷² Hatemi, Hüseyin, *Medeni Hukuka Giriş*, İstanbul-1997, s. 28.

⁷³ Bozkurt, Gülnihal, "*Türkiye'de Hukuk Eğitiminin Tarihçesi*" in: *Hukuk Öğretimi Sempozyumu*, Ankara-1993 s. 51.

⁷⁴ Uzunçarşılı, İbrahim Hakkı, *Osmanlı Devleti'nin İlmiye Teşkilatı*. Ankara-1988 s. 19-21. Ayrıca okutulan derslerin içeriği için bkz., Uzunçarşılı, İbrahim Hakkı, s. 23-31 ve 39 vd.

basamaklı "Harıç" ve "Dahil" medreselerini bitiren öğrenciler, staj ve sınavdan sonra yeterli bulunur iseler, adalet teşkilatının en alt kademesinde olan "naiplik makamına" atanırlardı. Naip, Osmanlı'daki yargı fonksiyonunda kadının emri altında çalışan kimselerdir. Yani kadı vekili olarak çalışır ve kadının iş görmediği hallerde onun yerine soruşturma yapar, karar verirdi.⁷⁵ Osmanlı'da kadı, doğrudan merkeze sorumludur. İlk kadı Osmanlı Devleti'nin kurucusu olan Osman Bey tarafından atanmıştır.⁷⁶ Bu dönemde hukukçu yetiştirilmesini, Orhan Bey döneminde İznik'te yaptırılan ancak temeli Osman Bey'in zamanında atılmış eğitim ve öğretim kurumları üstlenmiştir.⁷⁷ Bursa'nun fethinden sonra orada da medreseler kuruldu. Böylece Bursa'daki medreseler ilk sıraya gelmiş, İznik Medreseleri ise ikinci sıraya düşmüştür.⁷⁸ I. Murat ve I. Beyazıt döneminde Bursa'ya yaptırılan imaretler ile kalite arttırılmaya çalışıldı. I. Mehmet döneminde ise "Sultaniye Medreseleri" Bursa'da kuruldu Böylece Bursa'nun ilim alanındaki önemi git gide artıyordu. Bu süreç II. Murat'ın "Saatli Medreseleri"ni Edirne'de kurmasına kadar devam etti (Bu medreselerin hepsi hukukçu da yetiştiriyorlardı).⁷⁹ İstanbul'un Fethi ile II. Mehmet döneminde kurulan Sahn-ı Seman⁸⁰ medreseleri hukukçu yetiştirilmesinde büyük önem taşır. Fatih, Osmanlı Klasik Dönemi'nin öğretim açısından önemli bir isimdir.

Kadı olmak için Harıç ve Dahil Medreseleri'ni bitirdikten sonra Fatih'in İstanbul'da açtığı ve iki kademeli olan Medreseyi, -Sahn-ı Seman Medreseleri- bitirmesi gerekirdi. Daha üst düzeyde hukukçu olmak isteyenler ise yine Fatih döneminde kurulan "Altmışlı Medresesi" ve Kanuni'nin kurduğu "Süley-

⁷⁵ Fendoğlu, Hasan Tahsin, *Türk Hukuk Tarihi* (Türk Devlet ve Anayasa Hukuku, Mülkiyet ve Kişinin Hukuku Tarihi) İstanbul-2000 s. 406-407. Ayrıca geniş bilgi için bkz., Üçok, Coşkun-MUMCU, Ahmet, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara 1987 s. 231 vd.

⁷⁶ Fendoğlu, Hasan Tahsin, s. 380.

⁷⁷ Bilge Mustafa, *İlk Osmanlı Medreseleri*, İstanbul-1984 s. 6.

⁷⁸ Kazıcı, Ziya, *İslam Tarihi*, İstanbul-1997 c. 11 s. 376.

⁷⁹ Uzunçarşılı, İbrahim Hakkı, s. 1-3 Ankara-1988.

⁸⁰ Sahn-ı Seman Medreseleri Fatih Dönemi'nde kurulmuştur. Bu medreseler Kanuni Dönemi'nde Süleymaniye Medreseleri kurulana kadar en yüksek öğretim kurumu olmuşlardır. Hukuk ve hukuk metodolojisi dersleri burada okutulan hukuk dersleridir.

maniye Medreseleri" ni⁸¹ bitirip, en yüksek hukuk kurumu olan "*Dar-ül Hadis*" bölümünü okuyarak müderris olma hakkını kazanırlardı. Bu alt kademede medrese hocalığına başlar ve bu süre içinde Süleymaniye Medreseleri'nde hoca olanlar (Hukuk profesörü) molla olurlardı. Müderris olmak istemeyenler ise kadı olarak ayrılır ve önemli şehirlere atanırlardı. Bu kadıların en önemlisi; İstanbul kadılığıydı. Buradan sırasıyla Anadolu Kazaskerliğine, Rumeli Kazaskerliği'ne oradan da Şeyhülislam-lığı'na geçilirdi. Yargı fonksiyonunun başında hukuk profesörleri bulunurdu. Bu da şu an bizde olmayan öğreti ve uygulama uzlaşmasıdır.

Sahn-ı Seman Medreseleri'nden itibaren öğrenciler bölümlere ayrılırlardı. Hukuk bölümünü seçenlerin istediği hocayı seçme ve ondan ders alma hakkı vardı. Hukuk bölümlerinde genelde hukuk dersi olarak; Aile (Evlendirme-Boşanma) Hukuku, Usul Hukuku, Ceza (Genel-Özel) Hukuku dersleri okutulurdu. Ayrıca devrin yayımladığı fetva kitapları ve örfi hukuka dayalı bazı dersler de okutulurdu.

Yukarıdaki sistem çok oturmuş bir sistemdi. Medreseler bir hiyerarşi⁸² içinde gerçekten öğrenci yetkinliğini ön plana çıkararak, devrin nitelikli hukukçularını yetiştirmiştir. Ancak Osmanlı'daki gerilemenin neden olduğu çöküş, eğitim-öğretim Kurumları'nı da etkiledi. Özellikle on altıncı yüz yıldan itibaren medreseler Batı'daki bilimsel gelişmeleri takip edememiştir. Bunun temel nedeni ise Rönesans sayesinde Avrupa, pozitif bilimlere yaklaşmış ve akli eserler meydana getirmiştir. Buna karşın Osmanlı'da pozitif bilimlerden uzaklaşmış ve yerine dini bilimler daha ağırlıklı hale getirilmiştir. Böylece tartışmacı ve eleştirel yöntem bırakılarak, yerine tamamen aktarmacı bir

⁸¹ Osmanlı'nın geçmiş zamanında okutulmayan bazı dersleri de içinde barındıran bu medrese yapı itibarıyla bir üniversite gibi olup adeta fakültelere bölünmüştü. Bunlar başlıca; Hukuk, Tıp, Edebiyat, Hadis ilmi gibi fakültelerdi. (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Uzunçarşılı, İbrahim Hakkı, s. 33vd.).

⁸² Osmanlı'da medreselerin öğrenim sırası vardır. Medreseler sırasıyla (bitirme sırasına göre) verilmiştir: 1. İbtida-i Hariç Medreseleri 2. Hareket Hariç Medreseleri 3. İbtida-i Dahil Medreseleri 4. Harekerti Dahil Medreseleri 5. Musıla-i Sahn Medreseleri 6. Sahn-ı Seman Medreseleri 7. İbtida-i Altmış-ı Medreseleri 8. Hareket-i Altmışlı Medreseleri 9. Musıla-i Süleymaniye Medreseleri 10. Süleymaniye Medreseleri 11. Daru'l Hadis Medreseleri.

metot takip edilmiştir.⁸³ Buda Osmanlı ve Avrupa arasında özellikle eğitim ve öğretim alanında bir daha kapanamayacak bir fark yaratmıştır. On dokuzuncu yüzyılda hukuk sistemimizde Romanist Hukuk sistemine geçiş başladı. Bir çok hukuk mevzuatını Avrupa'dan aldık.⁸⁴ Reformist Padişah İkinci Mahmut her alanda getirdiği yeniliklere öğrenim alanındakilerini de ekleyerek, gerilemeye dur demek istedi. İkinci Mahmut döneminde eğitim-öğretim kurumları üç tane oldu. Bunlar:

- Eski Medreseler

- Askeri Okullar

- Ve yeni kurulan Maarif Vekili (Buna bağlı olarak Adliye Mektebi de kurulacaktır).

Ayrıca Tanzimat'ın ilanında büyük emeği olan Mustafa Reşit Paşa'nın katkısıyla bir Üniversite (İstanbul Üniversitesi) kurulmak istenmiştir. 1845 yılında temeli atılan binanın yapımı uzun sürdüğü için bir türlü öğrenime başlayamadı. Mahkeme memurları yetiştiren Mekteb-i Maarif-i Adliye inşa edildi ve okul kısa sürede mezun vermeye başladı. 1854 yılında Süleymaniye Camii civarında bir binada Muallimhane-i Nüvvap adıyla kadı yetiştirmek üzere okul açıldı ve iki yıl sonra mezun verdi.⁸⁵ Bu okul gerçekten yüksek kalitede hukuk öğretimi veriyordu; yani İmparatorluğun seçkin hukukçularını yetiştiriyordu. Doğrudan Makam-ı Meşribata (Şeyhülislama) bağlı olan bu okul sayesinde, hukuk öğretimi medrese öğretim sisteminin dışına çıkarılıyor ve bağımsız bir yapı kazanıyordu.⁸⁶ 1885'de Adliye Mekteb-i Nüvvap, 1908'de Mekteb-i Kuzat ve 1909'de Medreset-ül Kuzat olarak adı değiştirilen Muallimhane-i Nüvvap, Tanzimat'la birlikte hukuk alanında gerçekleştirilen reformlara rağmen sadece İslam Hukuku okutuluyordu. Tanzimat sonrası Fransa'dan Ceza, Ceza Usulü, Hukuk Usulü, Ticaret (Kara-Deniz) kanunları alınmıştır. Kadı yetiştiren bu okullarda

⁸³ Akyüz, Yahya, s. 88-89, ayrıca geniş bilgi için bkz., Altıparmak Ömer Faruk, "Düşünsel Açıdan Osmanlı'nın Çöküşünü Hazırlayan Sebepler" in: *HR.Ü.İ.F Dergisi* S. III Şanlıurfa-1997 s. 358.

⁸⁴ Ortaylı, İlber, "Tarihi Temelleriyle Hukuk Eğitimimiz ve Adliye Mektebimiz" in: *Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı*, S. 10. 1996 s. 920.

⁸⁵ Bozkurt, Gülnihal s. 54.

⁸⁶ Ortaylı, İlber, s. 922.

1908 yılından itibaren Arazi Hukuku, Ticaret Hukuku, İcra Hukuku, Usul Hukuku, Devletler Hukuku, İdare Hukuku gibi dersler okutulmaya başlandı. Ayrıca iktibas edilen kanunları uygulamak için ise “*Nizamiye Mahkemeleri*” kurulmuştur.⁸⁷ Bu okula 1914 yılında Şer’iye Mahkemeleri’nde çalışacak memur yetiştirmek için yeni bir bölüm oluşturuldu.⁸⁸

1870 yılında kurulan Darülfünun’un Nizamnamesi’nde daha önce belirtildiği gibi olması gereken hukuk şubesi yoktu. Ancak burada hukuk derslerine yer veriliyordu. Dersler konferans şeklinde işleniyordu ve hiç şubesi olmayan bu okulda verilen hukuk konferansları başlıca Hukuk-u Tabiye ve Mevzua, Deniz Hukuku, Devletlerarası Hukuk, İdare Hukuku ve Cinayet konularındadır. Öğretim süresi bir yıl olan okul iki yıl geçmeden 1871 yılında kapatıldı. 1874 yılında tekrar Mekteb-i Sultani adında açılan Darülfünun’un artık üç şubesi vardı. Bunlardan biri de hukuk öğretimi veren, Mekteb-i Hukuk-i Sultani dir. Buda modern anlamda kurulan ilk hukuk okuluuydu.⁸⁹ Hukuk Mektebinin kuruluşu için bir nizamname hazırlanmıştır. Okutulacak dersler ise Fıkıh (İslam Hukuku), Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye, Hukuk-u Umumiye (hukukun geçmiş milletlerdeki yapısını inceleyen ders, bir nevi hukuk tarihi) Kavânin-i Nizâmât-ı Devlet-i Aliyye (İdare Hukuku), Roma Kavânini (Roma Hukuku), Kanun-u Ticaret, Usul-ü Muhakeme, Kanun-i Ceza, Usul-ü İstintak (sorgulama usulünü anlatan bir ders) Kavanin-i Bahriyye (Deniz Hukuku), Hukuk-u Düvel-ü Mîlel (Uluslararası Hukuk) olarak belirtilmiştir.

1877 yılında Meclis-i Mebusan’da hakimlerin iyi yetişmesi için Hukuk Mektebi’nin bir zaruret olduğu belirtildi. Bunun üzerine 1874 yılında kurulan Mekteb-i Hukuk-i Sulta-

⁸⁷Burada bir çelişki olmuştur. Çünkü mahkemelerdeki yargıçlar halk tarafından seçiliyordu. Bunlar gayrimüslimler de olabiliyordu. Ancak asıl sorununun hukuk öğrenimi görmemiş olmasıdır. Ayrıca 1908’e kadar yetiştirilen yargıçların hiç biri yukarıda saydığımız iktibas edilen kanunları uygulayacak durumda değildi. Çünkü hepsi İslam hukuku geleneğine göre yetiştirilmiş ve yeni kanunların hiç birini ders olarak okumamışlardı. Buda çok büyük bir çelişki doğuruyordu. Yani Osmanlı’nın izlediği bilinçsiz ve sistematize edilmemiş reform hareketi sürüyordu. Geride kaldığımızda yarışta Osmanlı duracağına, geriliyordu.

⁸⁸ Bu okul 8 Nisan 1924’de Şer’iye Mahkemeleri’nin ilgası ile kapatılmıştır.

⁸⁹ Bozkurt, Gülnihal, s. 55.

ni kapatılarak yerine üç yıllık bir öğretim veren ve bu günkü İstanbul Hukuk Fakültesi'nin temeli olan Mekteb-i Hukuk⁹⁰ kuruldu. Burası 6 yıl sonra 59 mezun⁹¹ vermiştir. Burada okutulan dersler başlıca; Medeni Usul Hukuku, Hukuk Başlangıcı, Ticaret Hukuku, Ceza Usul Hukuku, Roma Hukuku, Mecelle-i Ahkam-ı Adliye, Arazi Hukuku, Ticari Muhakeme Usulü, Ceza Hukuku, Fransızca dersleridir.⁹² 1913-1918 seneleri arasında İstanbul Hukuk Fakültesi'ne dört Alman akademisyen getirildi.⁹³ Ancak İstanbul'un işgaliyle Darülfunun'un bir kısım hocaları Malta'ya sürülürken, Alman akademisyenler ise ülkelerine geri gittiler.

c. Cumhuriyet Dönemi Hukuk Öğretimi⁹⁴

Cumhuriyetin ilanından sonra başlayan reformlardan hukuk öğretimi de etkilendi. 1924 yılı çağdaş hukuk öğretiminin temellerinin atıldığı önemli bir yıldır. Adliye Vekaleti; Müstantik (Sorgu Hakimi), İcra Memuru ve Zabıt Katibi yetiştirmek üzere Meslek Mektepleri açılmıştır. Bu mektepler daha sonra kurulacak ve varlığını halen sürdüren Adalet Yüksek Okullarının temelidir. Bunlar ilk önce Ankara'da daha sonra İstanbul ve Erzurum'da kurulmuştur. Bu okullar iki yıllıktır. Bunun bir yılı öğretim, bir yılı ise stajla geçmekteydi. Okulun istintak ve icra olmak üzere iki şubesi vardı. Burada Adliye Vekaleti Memurları ders verirdi. Bu okullar 1932-1933 yılları arasında kapatıldı.⁹⁵ Ancak ortada önemli bir hakim açığı vardı. Bu açığı kapamak için Türkiye Büyük Millet Meclisi yayımladığı talimatla Mekteb-i Hukuk ve Mekteb-i Kuzat'tan mezun

⁹⁰ Burası 1900 yılında kurulacak olan Darülfunun-u Şahaneni'nde bir şubesi (Fakültesi) olacaktı. 11/10/1919 tarihli nizamname ile de tüzel kişiliği kazanacaktı. (Ayrıntılı bilgi için bkz., Mumcu, Ahmet, Ankara Adliye Hukuk Mektebi'den Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne, Ankara-1977 s. 7).

⁹¹ Mezunların hepsi erkektir. Çünkü kız öğrencilerin; Hukuk ve tıp öğrenimi görme hakkı yoktu.

⁹² Bozkurt, Gülnihal, s. 60.

⁹³ Prof. Dr. Walter Schönbern *Kamu Hukuku Dersi*'ne, Prof. Dr. Friedrich Hofmann *İktisat Dersi*'ne Prof. Dr. Anton Fleck Maliye Derslerine Prof. Dr. Erich Nord İse Avrupa Medeni Hukuku derslerine giriyordu.

⁹⁴ Yazının bu bölümünde Cumhuriyet'in ilanından sonra yapılan hukuk öğretimi reformlarının 1945'e kadar olan gelişimini inceleyeceğiz.

⁹⁵ Mumcu, Ahmet, Ankara Adliye Hukuk Mektebi'nden, s. 16.

olmasalar dahi yapılacak sınavı geçenlerin hakimlik mesleğine kabul edilecekleri belirtilmiştir. Ancak bu çözüm yetersizdi. 1921 yılında mecliste Hukuk Fakültesi kurulmasına yönelik teklifler yapılmıştır. Ancak bütçenin yetersiz ve bina olmayışı nedeniyle bu teklifler ileride değerlendirilmek üzere ertelendi. 1922'de Mustafa Kemal Paşa, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin açılışında hakimler yetiştirmek ve gerekli nitelikler kazandırmak için gerekli bütçeyi açıklıyordu. Böylece Hukuk Fakültesi kurulacaktı. Buradaki öğretim, Türk İnkılâp ve Medeniyeti'ne uygun Cumhuriyet ilkeleriyle bağdaşan bir sistem 5 Kasım 1925'de Ankara Hukuk Mektebi açıldı. Böylece devrim sonrasında adli işlerini yürütecek hukukçular yetişecekti. 1926'da kabul edilen Medeni Kanun ve bunu izleyen dönemlerde kabul edilen kanunlar ile öğretim alanında laikleşme sağlanıyor, izlenen reformist politikalar sonucu Türkiye Cumhuriyeti eski hukuktan radikal ve sistemli olarak ayrılıyor böylece kendi çehresini yakalıyordu. Ankara Hukuk Mektebi'nin öğrenim süresi üç yıldır ve burada okutulan dersler başlıca; Medeni Hukuk, Mukayeseli Medeni Hukuk, Roma Hukuku, Kara-Deniz Ticareti Hukuku, Devletler Umumi-Hususi Hukuku, Anayasa Hukuku, İdare Hukuku, Ceza Hukuku, Kamu Hukuku, Usul Hukukları, İktisat, Maliye, Adli Tıp dersleridir. Ayrıca hukuk öğretim tarihinde bir ilk olan Hukuk Tarihi dersi de okutuldu.⁹⁷ Birinci sınıfın dersleri Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin İçtima Salonu'nda yapılıyordu. İkinci ve üst sınıfların dersleri ise başta Ulus olmak üzere çeşitli yer ve salonlarda yapılıyordu. Ankara Hukuk Mektebi ilk mezunlarını 1928 yılında verdi. 1940-1941 yıllarında okul öğrenim yılı dört yıla çıktı. Dersler zorunlu-seçimlik olarak ayrıldı, sınav sistemi değiştirildi. 1941 yılında bu okul Milli Eğitim Bakanlığına Ankara Hukuk Fakültesi olarak bağlandı. 1946 yılında çıkan Üniversiteler Kanunu ile Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi adını aldı.⁹⁸ Daha sonra sırasıyla İstanbul Hukuk Fakültesi ve Ege Hukuk Fakültesi (Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi) kuruldu.⁹⁹

⁹⁶ Bu ibareler Mustafa Kemal Atatürk'ün Ankara Hukuk Mektebi'nin açılmasından önce çektiği telgraftaki ibarelerdir.

⁹⁷ Bozkurt, Gülnihal, s. 62-63.

⁹⁸ Bozkurt, Gülnihal, s. 64.

⁹⁹ Hukuk fakültelerinin tarihi gelişimi hakkında daha geniş bilgi için bkz., *Meydan Larousse Ansiklopedisi* s. 224.

Hukuk öğretim tarihimiz, medreselerin temellerine inilirse, Selçuklu devletine kadar dayanır. Hukuk öğretimi, Cumhuriyet'e kadar dini temelli idi. Tanzimat ile birlikte gelişen batılılaşma akımına paralel olarak yapılan iktibaslar sonucu ortaya çıkan kanunları, uygulayacak hukukçu sorunu ortaya çıkmıştır. Bunun için de, şimdiki hukuk fakültelerimizin temeli olan kurumlar oluşturuldu. Bu okullarda okutulan derslerin hemen hemen hepsi Cumhuriyet dönemimizin hukuk fakülteleri'ne aynen geçmiştir. Ancak hemen belirtelim ki Cumhuriyet döneminin başından beri hukuk öğretimindeki eksiklikler giderilmemiştir. Tıpkı hukuk öğretimimizin temeli olan eski dönem, aynı zamanda hukuk öğretimindeki eksikliklerin ve yanlışlıklarının da temelidir. Hukuk müfredatlarımız halen çağdaşlaştırılmamıştır.

2. Günümüzde Hukuk Öğretimi

a. Üniversitedeki Hukuk Öğretimi Öncesi; Eğitim Kurumları'nda Verilen Hukuk Bilgisinin Durumu

I. Genel Olarak

Gerçekten de ülkemizde hukuk fakültesine gelen öğrencilerin hemen hemen hepsi daha önce hukuk ile ilgili dersler okumadan hukuk fakültesine gelmektedir. Yazımızın bu bölümünde Yüksek Öğretim öncesi verilen hukuk bilgisi veya içeriğinde az dahi olsa hukuk ile ilgili konular barındıran dersleri ve bunların niteliklerini inceleyeceğiz

Bilindiği üzere, gerek ilk öğretimde gerek liselerde, dersler seçmeli ve zorunlu dersler olmak üzere iki kategoriye ayrılmıştır. Biz bu bölümde; hukuk dersleri bu kategoriler içinde nerededir? Dersin içeriğinde hangi konular vardır? Bu derslerin okutulma oranı nedir? (özellikle liselerde) Hukuk fakültesine girmek isteyen öğrenciler hakkında neler yapılmalıdır? gibi soruların cevabını vermeye çalışacağız. Çünkü bizce hukuk müesseslerinin ciddi gelişimi için iyi hukukçuya ihtiyaç vardır. Bu da ancak geniş zamana yayılmış ve önsel bilgiler ile yetkinliğe erişmiş kişilerin fakültelere girmesi ile olur. Maalesef şimdiki sistemde öğrenciler hukuk kavramı ile ilk olarak üniversitelerin

hukuk fakültelerinde karşılaşmaktadırlar ve herhangi bir alt yapı olmadığından çoğu zaman fakültelerden hukuk mantığını ve hukuka ilişkin kavramları öğrenmeden, salt hukuk uygulamacısı olarak mesleğe başlamaktadırlar.

Konunun daha iyi anlaşılması için ikili bir ayırım yaparak, konuyu inceleyeceğiz

II. İlköğretimde Verilen Hukuk Bilgisi ve Eleştirisi

İlköğretim, öğrencilerin eğitildikleri ilk aşamadır. Bunun için öğrencilere verilen bilgiler bu çerçeve ile sınırlıdır. İlköğretim müfredatına baktığımızda hukuk bilgisi veren bir ders yoktur. Ancak dolaylı yoldan bu konularla ilgili bilgi veren 'Vatandaşlık ve İnsan Hakları' dersini göz ardı etmemek gerekir. Çünkü bu ders sayesinde öğrenciler temel hak, özgürlük, demokrasi, vatandaşlık, devlet yapısı, insan hakları ve anayasa hakkında temel bilgileri öğrenmektedirler.¹⁰⁰ Bu ders yedinci ve sekizinci sınıflarda okutulan bir derstir. Yedinci sınıftaki Vatandaşlık ve İnsan Hakları dersinin içeriğinde insan hakları, insanlığın ortak mirası olarak kültür-edebiyat, ahlak, temel haklar ve özgürlükler gibi konular vardır.¹⁰¹ Sekizinci sınıfta bu dersin içeriği, devlet, demokrasi, anayasa, vatandaşlık sorumlulukları, insan haklarının korunması, milli güvenlik, milli güç ve insan haklarının korunmasında çıkan sorunlar hakkında genel bilgileri kapsar.¹⁰² Böylece öğrenci hukukla ilgili bilgiler elde etmese bile hukuk için önemli olan bazı konularda genel bir mantık elde etmesine yardımcı olmaktadır. Ancak verilen bu bilgilerin lisedeki eğitimde de devam etmesi gerekir.

şunu belirtmek gerekir ki ilköğretimde verilen bu ders gerçekten önemli bir derstir. Ancak tek başına yetersizdir. Bunun için öğrenciyi (hukuk okumak isteyen öğrenciyi) daha fazla bilgi ile donatmak gerekir. Yani öğrencinin hukuk fakültesine hazırlığı, ilk öğretimden başlanmalıdır.¹⁰³ Fakat bunu da belirtelim ki

¹⁰⁰ Vural, Mehmet, İlköğretim Okulu Programı, s. 577, Erzurum-1999.

¹⁰¹ Vural, Mehmet, s. 578-580.

¹⁰² Vural, Mehmet, s. 581-584.

¹⁰³ Tabi mesleki yönlendirme hukuk dışındaki bölümler içinde geçerli olmalıdır. Özellikle lisede en azından bu yoğun olarak yapılmalıdır.

mevcut eğitim sisteminde ilköğretimde verilen derslerin genel-temel nitelikte olması gerekir. Bunun için şu anda yedinci ve sekizinci sınıfı kapsayan Vatandaşlık ve İnsan Hakları dersi de bu açıdan yeterlidir. Çünkü gerçekten küçük yaştaki öğrencide genel bir mantık oluşturmaktadır. Zaten asıl yetersizlik lisede verilen hukuk bilgisinin eksikliğidir.

III. Lisede Verilen Hukuk Bilgisi ve Eleştirisi

Liselerde dersler zorunlu ve seçmeli dersler olarak kategorize olmuştur. Yani gerek normal lise gerek öğretiminin yabancı dille yapıldığı okullarda olsun,¹⁰⁴ öğrencilere ortak genel kültür derslerini ve öğrencinin ikinci ve üçüncü sınıfta seçeceği alan derslerinin okutulması gerekir.¹⁰⁵ Hukuk fakültesini okumak isteyen birisinin Türkçe-Matematik bölümünü seçmesi gerekir. Aksi halde bu fakülteye girmesi zorlaşır.¹⁰⁶ Öğrenci ayrıca seçtiği alana göre bazı seçmeli derler alır. Zaten tartışılmak istenen konu, burada kilitlenmektedir. Bu gün Türkçe-Matematik

¹⁰⁴ Mevcut üniversiteye giriş sistemimizde bu tip liselerin hukuk fakülte-lerine girme oranı yüksek olduğu için bu liseler üzerinde durmak uygun olacaktır.

¹⁰⁵ Hukuk fakültesine girişte hesaplan puan türüne göre lise birinci, ikinci ve üçüncü sınıftaki Türkçe matematik bölümünün Ortak Genel Kültür Dersleri:

- Lise Birinci Sınıf: (Bu sınıf tüm lise öğrencileri için ortak sınıftır) Türk Dili Edebiyatı, Din Kültürü Ahlak Bilgisi, Tarih, Coğrafya, Matematik, Biyoloji Fizik, Kimya, Sağlık Bilgisi, Yabancı Dil, Beden Eğitimi.
- Lise İkinci Sınıf: (Bu sınıfta öğrenci alan seçmiş yani Türkçe- Matematik alanındadır): Türk Dili Edebiyatı, Din Kültürü Ahlak Bilgisi ve Milli Güvenlik.
- Lise Üçüncü Sınıf: Türk Dili Edebiyatı, Din Kültürü Ahlak Bilgisi, T.C. İnkılap Tarihi ve Atatürkçülük, Felsefe, Türkçe matematik bölümünün Alan Dersleri (Alan seçimi lise ikinci sınıfta yapıldığından alanla ilgili zorunlu dersler bu bölümde başlar):
- Lise İkinci Sınıf: Edebi Metinler, Psikoloji, Türkiye Coğrafyası, Matematik, Geometri, Türk Edebiyat Tarihi, Matematik, Geometri.
- Lise Üçüncü Sınıf: Edebi Metinler, Türkiye Beşeri Ve Ekonomik Coğrafyası, Matematik, Geometri.

¹⁰⁶ Mesleki liseleri kategorisinde olan ticaret liselerinin müfredatında Ticaret Hukuku, Vergi Hukuku, Hukuka giriş gibi dersle zorunlu olarak okutulmaktadır. Ancak mevcut sına sisteminde Meslek Lisesi çıkışlıların, hukuk fakültesine girmesi zordur ve hatta imkansızdır.

alanında birçok seçimlik ders vardır.¹⁰⁷ Bunlardan biri de lise üçüncü sınıfta verilen hukuk dersidir.¹⁰⁸ Bu ders içeriğinde;¹⁰⁹

- Hukuk Hakkında Genel Bilgiler
- Kişiler ve Ehliyetleri
- Mülkiyet
- Borç Hakkında Genel Bilgiler gibi üniteler vardır.

Bu dersin içeriği gerçekten öğrenciye hukuk bilgisini ana hatlarıyla anlatan bir durumdadır. Müfredat incelendiğinde konular hemen hemen Hukuk Başlangıcı dersinin konularına yakın hatta bu dersten daha kapsamlıdır. Ancak bu ders mevcut sınav sisteminde pek de öğrencilerin dikkatini çekmemiştir. Bu nedenle dersin işlenişi; örneklerle açıklanmalı ve öğrencinin aktif olarak derse katılması sağlanacak şekilde olmalıdır.¹¹⁰ Bunun yanında öğretmen yetersizliği ve okul idarelerinin seçimlik dersleri kendilerinin belirleyici konumda olması, bu derslerin öğrencinin seçiminden uzak kalmasına yol açmıştır. Bu büyük bir eksikliktir. Çünkü hukuk fakültesine gelen öğrencinin, bu hedefi daha önceden belirlidir. Başka bir ifadeyle öğrenci Türkçe-Matematik bölümünü seçerek, hukuk fakültesini olası hedefleri arasına almıştır. O halde öğrenciye en azından istediği bölüme uygun olan seçimlik dersi seçme imkanı verilmelidir. Konumuzla ilgili olan hukuk dersi için bir öneri getirirsek; hukuk dersini verecek öğretmen açığı barolar tarafından seçilecek avukatlar sayesinde kapanabilir.¹¹¹ Bu çözümün alternatifleri de vardır. Mesela göreve yeni başlayan hakim ve savcıların yahut

¹⁰⁷ Bunlar başlıca;

- Lise İkinci Sınıf: Resim, Beden, Turizm, Kütüphanecilik, Rehberlik, İnsan İlişkileri.
- Lise Üçüncü Sınıf: Resim, Müzik, Beden Eğitimi; Demokrasi ve İnsan Hakları, Çevre ve İnsan, İstatistik ve HUKUK dersi.

¹⁰⁸ Lise Ders Programı Cilt: I, Milli Eğitim Bakanlığı Orta Öğretim Genel Müdürlüğü, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul-1998.

¹⁰⁹ Ders İçerikleri İçin Bkz., Lise Ders Programı Cilt: III, Milli Eğitim Bakanlığı Orta Öğretim Genel Müdürlüğü, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul-1998 s. 1426-1427.

¹¹⁰ M.E.B. Talim ve Terbiye Kurulu Başkanlığı Karar Sayısı: 26 Tarih: 11/1/1994, Dersin Uygulanması Hakkında Açıklamalar Bölümü.

¹¹¹ Örneğin; lise ikinci sınıftaki Milli Güvenlik Derslerine askerler girmektedir. Bu gayet mantıklı bir yapıdır.

hukuk fakültesi olan illerde hukuk akademisyenlerinin en azından belirli liselerde bu derslere girmesi mümkün kılınabilir.¹¹² Bu dersler lise öğretmenlerimize Adalet Bakanlığı'nın ve Milli Eğitim Bakanlığı'nın ortaklaşa düzenleyecekleri kurslarda bilgi sahibi kılınan lise öğretmenleri tarafından da verilebilir. Hukuk dersi lise üçüncü sınıfta haftada iki saat olarak verilmektedir. Bu gerçekten yeterli olmamakla birlikte, az da değildir.

Ayrıca liselerdeki müfredatta bulunan felsefe, sosyoloji ve psikoloji gereksiz ve hafife alınan dersler haline gelmiştir. Halbuki, felsefe ve sosyoloji bilinmeden; bilim, ideoloji ve hukuk nasıl anlaşılabilir?¹¹³ Ciddi tarih ve edebiyat bilmeyen biri nasıl bir hukukçu olabilir?

Bunu belirtmek gerekir ki; hukuk öğrencisinin fakülteye girmeden önce genel bir hukuk mantığını elde etmesi gereklidir. Böylece hem üniversite okumaları kolaylaşacak hem de öğrenciler daha altyapılı olarak öğrenimlerini sürdürecektir. Bu hazırlıkların başlama yeri lise olmalıdır. Bunun için seçimlik ders sayısı arttırılmalı ve öğrenciye istediği seçimlik dersi seçebilecek ortam hazırlanmalıdır.

b. Hukuk Fakültesine Giriş

Liseyi bitiren bir öğrencinin hukuk fakültesine girebilmesi için ilk olarak Öğrenci Seçme Sınavı'nda (ÖSS) başarılı olması gereklidir. Hukuk fakültesine giriş puanı yukarıda da belirtildiği gibi Türkçe-Matematik Puanı olarak belirlenir. Başka bir ifadeyle hukuk fakülteleri Türkçe-Matematik bölümündedir ve bu bölümün puanı esasına göre öğrenci almaktadır. Mevcut eğitim sistemimizde ÖSS'nin yapılması yerindedir. Çünkü her lisenin eğitimi bir olmayıp, öğrenciler eşit durumda değildir. Ancak ÖSS'deki konuların belirli olması öğrencileri eşit kılmasa da büyük farkları ortadan kaldırmaktadır. Ancak Hukuk Fakültesine girecek öğrencide bazı özelliklerin olması şarttır. Bunun iyi ölçülmesi için hukuk fakültesine girmek isteyen öğrencilerin

¹¹² Bu liselerin sınavla öğrenci alan liseler (Anadolu, Fen vb. liseler) olması doğaldır.

¹¹³ Dinçer, Güven, "Hukuk Fakültelerinde Lisans Öğretimi Hakkında Düşünceler" in: *Hukuk Öğretim Sempozyumu* s. 84.

bazı konulardan (edebiyat, tarih, sosyoloji, felsefe, konuşma tekniği vb) sözlü sınava tabi tutulması yerinde olacaktır. Bunun hukuk fakülteleri tarafından yapılması gayet uygundur.

Kısaca ülkemizde öğrencinin hukuk fakültesine girebilmesi, Türkçe-Matematik Puanından yüksek bir puan alması ve yerleştirilmesi ile olur.¹¹⁴

c. Hukuk Fakültelerinde Verilen Hukuk Öğretimi ve Dersler¹¹⁵

Hukuk öğretimi reformu, hukuk öğrencisinin iyi seçilmesi, iyi yetişmesi ve düşünceyi rahatlıkla aktarabilme kabiliyetinin kazandırılması gibi bir ön şarta ihtiyaç duyar. Bu da öğrencinin iyi hukuk öğretimi görebileceği hukuk fakülteleri sayesinde olabilir. Aslında sorun sadece hukuk fakültesi ile bitmemektedir. Bir fakülte yanında yeterli akademisyene ve kütüphanelere ihtiyaç vardır.

I. Dersler

Ülkemizin üniter yapısına paralel olarak hukuk fakültelerinde verilen dersler hemen hemen aynıdır. Dersler tıpkı diğer ülkelerdeki gibi seçmeli ve zorunlu olmak üzere iki tiptedir. Başlıca zorunlu dersler; Hukuk Başlangıcı, Anayasa Hukuku, Roma Hukuku, Medeni Hukuk, Ekonomi, Maliye, Borçlar (Özel-Genel) Hukuku, İdare Hukuku, Hukuk Tarihi, Ceza (Genel-Özel) Hukuku, Vergi Hukuku, Hukuk Sosyolojisi, Hukuk Felsefesi, Eşya Hukuku, Ticaret (Kara-Deniz) Hukuku, İdari Yargılama Hukuku, Medeni Usul Hukuku, Ceza Usul Hukuku, İcra-İflas Hukuku, İnsan Hakları Hukuku, İş Hukuku, Adli Tıp, Devletler (Genel-Özel) Hukuku, Genel Kamu Hukuku gibi derslerdir. Bunlar her hukuk fakültesinde okutulması gereken derslerdir. Ancak seçimi tamamen öğrencinin

¹¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz., Öğrenci Seçme Yerleştirme Merkezi'nin her yıl yayınladığı ÖSS Kılavuzu ve Tercihler Kılavuzları.

¹¹⁵ Bu konuyla ilgili daha geniş bilgi için bkz., Karayalçın, Yaşar, Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod-Problem Çözme, Ankara-2001 (Bankacılık Ens.Yay.).

kendisine bırakılmış olan seçimli dersler de vardır. Bunların önemlileri Kriminoloji, Basın Hukuku, Muhasebe, İstatistik, Arazi Hukuku, Noterlik Hukuku, İslam Hukuku, Fikri Sınai Haklar, Çevre Hukuku, İşletme Hukuku, Siyasi Tarih, Avrupa Siyasi Bütünleşme Tarihi, Hukuk Metodolojisi, Avrupa Hukuku, Askeri Ceza Hukuku, İnfaz Hukuku, İmar Hukuku gibi derslerdir.¹¹⁶ Yukarıdaki derslerin yanında birinci sınıfta okutulması zorunlu olan İnkılâp Tarihi ve Yabancı Dil dersleri de okutulmaktadır.

Dersler genellikle yıllıktır. Ancak bazı fakültelerde dersler, dönemlik (yarıyıl sistemi) olarak da belirlenmiştir. Öğrenciler gördükleri derslerden her yıl belirli sınavlara girmektedir.

II. Derslere Devam ve Öğrenim Süresi

Öğrenci yönetmeliklerindeki, dersin %70'ine devam zorunluluğuna karşın, hukuk fakültelerinin genelinde öğrenci sayısının çokluğundan fiilen yoklama alınmamaktadır. Yani derse devam öğrencinin inisiyatifine bırakılmıştır. Ülkemizde öğrenciler hukuk fakültesini genelde normal öğretim süresi olan dört yılda bitirmektedir. Bitiren öğrenciye lisans diploması verilmektedir.

III. Öğretim Yapısı ve Kütüphaneler

Bugün özel üniversitelerdeki bazı hukuk fakülteleri hariç, hukuk fakültelerimizde kitle öğretimi yapılamaktadır. Hukuk fakültelerinin çoğunda kitap sıkıntısı vardır. Öğrenciler rahatlıkla araştırma yapamamaktadır. Ayrıca hukuk fakültelerinin ders programları incelendiğinde üçüncü sınıfa çoğu önemli dersler yığılmıştır. Hacimli dersler ise bölünmemiştir. Bu da öğrencinin işini zorlaştırmaktadır. Halbuki derslerin ağırlıklarına göre eşit dağıtılması gerekir.

Hukuk öğretimimizin durumu gelecek vaat etmemektedir. Bunun için önemli tedbirlerin alınması gerekir. Bu tedbirlerin

¹¹⁶ Bu bilgilere hukuk fakültelerinin resmi web sitelerinden ulaşılmıştır.

alınması için henüz vakit geç değildir. Bu eksikler tamamlanırsa, yetişen öğrencilerin kalitesi artacak ve yetişen hukukçular sayesinde çağcıl hukuk sistemi oluşacaktır.

IV. DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER

A. Genel Olarak

1. Üniversiteler Üzerine

İyi bir hukuk öğretimi ve geleceği için ilk şart iyi üniversitelerdir. Bunun için üniversitelerimizde bazı reformlar gerçekleştirilmeli, gelişmiş ülkelerdeki gibi gerçekten özgür konuma ulaştırılmalıdır.

Ülkemizde -birkaç üniversite hariç- üniversiteler, bilgi üretme misyonundan uzaklaşmış, sadece bilgi aktarıcısı konuma gelmiştir.¹¹⁷ Eski bilgileri ilerletme, sorunlara çözüm aramak, isteklere yeni açılım sağlamak yerine üniversitelerimiz, gerek siyasal gerek ekonomik nedenlerle bu fonksiyonlarını kaybetmiştir.¹¹⁸

Günümüzde üniversitelerimizin özerk yapısında bozulmalar olmuştur. Bir yerlere bağlı, bazı kişileri tatmin etmek veya sadece siyasi menfaatler için üniversiteler kurulmaya başlanmıştır. Ülkemizde bugün hemen hemen her ilde bir üniversite vardır.¹¹⁹ Bu ülkemiz şartlarına uygun bir yapı değildir. Çünkü bizde yetişmiş kaliteli öğretim elemanı sıkıntısı hemen her bölümün sıkıntısıdır. Bu da açılan yeni üniversitelerdeki kaliteyi düşürmektedir. Zaten günümüz ekonomik şartlarında üniversitede öğretim elemanı olmak cazipliğini kaybetmiştir.

¹¹⁷ 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nda üniversite "bilimsel özerkliğe ve kamu tüzel kişiliğine sahip, yüksek düzeyde eğitim-öğretim, bilimsel, araştırma, yayın ve danışmanlık yapan, fakülte, enstitü, yüksek okul ve benzeri kuruluş ve birimlerden oluşan bir yüksek öğretim kurumudur" şeklinde tanımlanmıştır. Oysa günümüzde üniversitelerimiz bu fonksiyondan uzaklaşmış durumdadır.

¹¹⁸ Bu geri kalışın temelleri Osmanlı'ya dayanır. 16-17yy'dan itibaren batıdaki bilimsel gelişmeler takip edilememiştir. Cumhuriyet'in kurulması ile bu gidişe son verilmek istendi. Ancak tutucu zihniyetlerin değiştirilememesi bugün içinde bulunduğumuz sorunları meydana getirdi.

¹¹⁹ Karşılaştırınız yukarıda 60. dipnot.

Ayrıca son zamanlarda açılan ve öğretim işini ticaret ilkelerine göre yöneten özel üniversitelerde (birkaç özel üniversite hariç), devlet üniversitelerinin iyi hukuk akademisyenlerini toplayarak devlet üniversitelerindeki kaliteyi düşürdüğü gibi, yeni araştırma görevlisi sayısındaki azlık nedeniyle de yeni öğretim elemanı yetişmesine engel olmuştur.

Üniversitelerimizdeki bir başka sorun da öğrencilere sağlanması gereken alt yapının eksikliğidir. Bunlar başlıca kütüphane, sosyal etkinlik ve öğrencilerin üniversite yönetiminde etkin olması gibi konulardır.

Maalesef bugün yüksek öğretim kurumu olması gereken üniversiteler 'ihtisas liseleri' şeklini almıştır. Yani öğrenciye sadece seçtiği bölümle ilgili bilgiler verilmektedir. Öğrenciye araştırma, karşılaştırma ve üretme imkanı tanınmamaktadır. Üniversitelerin varlık nedeni bilim ve öğrencidir. Bu iki konunun etkin olmadığı bir yerden sadece kavram olarak fakülteler birliği anlamına gelen 'üniversite' olarak bahsedebiliriz. Ancak bu kavramın içi boştur, etkin değildir ve ülkeye faydalı değildir. Aksine büyük bir yüküdür.

Gerçek bir üniversite reformu için;

- Üniversite açılması durdurulmalıdır. Üniversite sayısı azaltılmalı ve kalite artırılmalıdır.
- Üretmeyen, faydalı olmayan öğretim görevlilerinin, boşa işgal ettikleri yerlerden uzaklaştırılması gerekir.
- Üniversitede dergi, topluluk kurma ve seminer verme vb. etkinlikler için bir zorunluluk getirilmelidir
- Üniversitelerdeki kütüphaneler her fakülteye eşit hitap edecek şekilde düzenlenmelidir.
- Öğrencilerin istedikleri kitapları diğer üniversitelerden ücretsiz temin edebileceği bir ortam hazırlanmalıdır.
- Öğrencilerin yönetimde daha etkin olduğu bir ortam sağlanmalıdır.

- Öğretim elemanlarının özlük hakları yeniden düzenlenmelidir. Akademisyenlere tam güvence verilerek özgür araştırma yapma ve özgün eserler sunma ortamı oluşturulmalıdır.
- Üniversiteler çağın şartlarına uygun hale getirilmeli, bölüm programlarına çağdaş gelişmelere uygun dersler konmalıdır.
- Öğrencilere dünyadaki üniversitelerle irtibata geçecek ortam hazırlanması gerekir.

2. Hukuk Fakülteleri Üzerine

Hukuk öğretimi deyince aklımıza gelen ilk kurumlar hukuk fakülteleridir. Ülkemizde halen özel ve devlet üniversitelerine ait olmak üzere yirmi altı hukuk fakültesi öğretim faaliyetini sürdürmektedir. Bu fakültelerin çoğunda ciddi bir akademisyen sıkıntısı vardır.¹²⁰ Bu da öğrencilerin yetişmesine doğrudan etkili bir eksikliklerdir. Hukuk fakülteleri öğrenci sayısı fazla ve imkanları az fakültelerdir. Hukuk fakülteleri gideri az, kurulması ise kolay olduğundan, gerekli alt yapı yani akademisyen, kütüphane, bilgisayar gibi hukuk fakültelerinin temelini oluşturan şartlar oluşturulmadan kurulmaktadır

YILLAR ¹²¹	2000	2001	2002
Birinci Sınıfa Alınan Öğrenci Sayısı ¹²²	4300 KİŞİ	4400 KİŞİ	4600 KİŞİ

Görüldüğü üzere her yıl alınan öğrenci sayısı artmaktadır. Bugün hukuk fakültelerindeki öğrenci sayısı yirmi bine

¹²⁰ Mesela aynı ilde bulunan devlet ve özel üniversitelere bağlı hukuk fakülteleri arasında öğretim elemanları ders ücreti karşılığı derse girmektedir. Ancak büyük iller dışındaki açık halen devam etmektedir. Bunun ortadan kalkması için her hangi bir çalışma yoktur.

¹²¹ Bu bilgiler Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi'nin 2000-2001-2002 kılavuzlarındaki kontenjanlardan elde edilmiştir.

¹²² Rakamlar yuvarlanmış oranlardır ve Kıbrıs'taki üniversitelerin hukuk fakülteleri dahildir.

yaklaşmaktadır. Bu öğrenci sayısı gerçekten fazladır. Bunların hepsi kaliteli öğrenim görmeden hayata atılmaktadır. Hukuk fakültelerinin toplam sayısı 26'dır. Bu ise her hangi bir Avrupa ülkesinde ulaşılmayacak bir sayıdır.

Hukuk fakültelerinin çoğunda toplu öğretim yapılmaktadır. Yani öğrenciler büyük sınıflarda derslere katılmak zorundadır. Bu da gerek derslerin anlaşılmasını ve gerekse pratik çalışmaların iyi yapılmasının şartı olan diyalog ve tartışma ortamının oluşmasını engellemektedir. Bu durum öğrencilerin derslere olan ilgisini düşürmekte ve beraberinde ezberleyerek sınıf geçmek gibi sorunlar doğurmaktadır. Bunun için hukuk fakültelerinin sınıf sistemine geçmesi gerekir ve mevcut hukuk fakültelerinin rehabilite edilerek en fazla kırk kişilik sınıflar oluşturulmalıdır. Böylece hem öğrenci-akademisyen ilişkisi artacak hem de derslerin işlenişinde tartışma ve diyalog ortamı daha iyi oluşacaktır.

Ülkemizde bir başka sorun ise hukuk fakültelerindeki öğrenci fazlalığı ve siyasi çıkarlar doğrultusunda sayısı gitgide artan özel ve devlet üniversitelerindeki hukuk fakülteleridir. Böylece hukuk öğretiminin kalitesi düşmekte; ayrıca yeterli öğretim kadrosu yetişmemektedir. Yetişen hukuk akademisyenleri ise ekonomik sebeplerden özel üniversiteleri tercih etmektedir. Bu da devlet üniversitelerindeki öğretim kadrosunu yetersiz hale getirmektedir. Bunun için de hukuk fakültelerinin bir kısmının kapatılması gerekir.

Ülkemizde temel bir yanlış ise açılan hukuk fakülteleri ile rekabetin artacağı ve kalitenin yükseleceğine inanılmasıdır. Halbuki rekabet, güçlü kurumların işidir. Örneğin Galatasaray Hukuk Fakültesi, Ankara Hukuk Fakültesi ve İstanbul Hukuk Fakültesi ile yeni açılan bir hukuk fakültesi arasında rekabet beklemek hem akıllıca değil hem de boşa zaman kaybıdır. Bunun yerine kaliteli hukuk öğretimi veren hukuk fakültelerine ekonomik imkanlar sağlanarak, mevcutları arttırılmalıdır. İyi hukuk öğretimi, fazla hukuk fakültesi açmayla doğru orantılı değildir.

Ayrıca hukuk fakülteleri arasında bir eşgüdüm eksikliği vardır. Bunun sonucu olarakta hukuk fakülteleri arasında

büyük farklar meydana gelmiştir. Halbuki hukuk fakülteleri arasında bir koordinasyon olsa hukuk öğretiminde daha toplu ve geniş tabanlı bir yükseliş sağlanmış olur ki bu da beraberinde kaliteyi getirir.

Hukuk fakülteleri arası eşgüdümün bir parçası olmak üzere tüm hukuk öğrencilerinin sorunlarını masaya yatıracağı ve teklifler getireceği bir platform oluşturulmalıdır. Böylece fakülte yönetiminde öğrenciler daha etkin hale gelecektir. Öğrenciler, okul sonrası uygulamaya adapte olmakta güçlük çekmektedirler. Öğrencilerin uygulamaya yabancı kalmamaları için okullarda hayali mahkemeler kurulmalıdır

Kısaca öğretimi etkin hukuk fakülteleri için;

- Hukuk fakülteleri arasında uyum sağlanması için 'Hukuk Fakülteleri Birliği' kurulmalıdır. Böylece hem akademisyenler hem de öğrenciler arasında bilgi akışı hızlanacak ve kalite artacaktır.
- Belirli sayıda araştırma yapmayan hukuk fakülteleri kapatılmalıdır. Özel üniversitelerin hukuk fakültesini açabilmesi daha da zorlaştırılmalıdır.
- En azından her hukuk fakültesinde bir hayali mahkeme kurulmalıdır. Bu yapılamıyorsa, Adalet Bakanlığı ile irtibata geçilerek en azından belirli zamanlarda öğrencilere mahkemelerde uygulama yapma yada mahkemeleri izleme imkanı tanınmalıdır. Bu uygulamalar kontrollü ve ciddiyetle yapılmalıdır.
- Öğrencilerin birbirleriyle irtibata geçebileceği teknik ortam hazırlanmalıdır. Bunun yanında okul kütüphaneleri tekrar gözden geçirilmelidir.

B. Özel Olarak

Bu bölümde hukuk öğretimimizle ilgili aksaklıklar özel olarak incelenecektir.

1. Dersler

Hukuk fakültelerinde dersler ağırlıklarına göre eşit dağıtılmış değildir. Mesela hacimli derslerden olan Eşya Hukuku ve İcra-İflas Hukuku gibi derslerin bölünmesi gereklidir. Ancak böylece bu derslerin anlaşılması kolaylaşır.

Ayrıca şimdi ayrı ayrı sınıflarda okutulan Usul Hukuku derslerinin bir sınıfta toplanması öğretim açısından faydalı olacaktır. Yani İdari Yargılama Hukuku, Ceza Usul Hukuku, Medeni Usul Hukuku dersleri dördüncü sınıfa toplansa staj açısından çok faydalı olur. Miras Hukuku ve Genel Kamu Hukuku dersinin birinci veya ikinci sınıfa çekilmesi bu derslerin yapısına uygun olacaktır.

2. Yabancı Dil Sorunu

Yabancı dil öğretimi, Türkiye'deki eğitim ve öğretimin temel sorunudur. Ülkemizin Avrupa'ya açılması sürecinde yabancı dil hep önemini korumuştur. Evrensel hukukçu kimliği taşımanın ilk koşulu mesleki yabancı dildir. Bunun için hukuk fakülteleri sayısı azaltılıp, kontenjan arttırılarak öğrencilere meslekleriyle ilgili yabancı dil (akademik yabancı dil) dersi verilmelidir. Yabancı dil öğretimi sadece bir sınıfta değil, hukuk öğretimi süresince sürdürülmelidir.

3. Öğrencilerin Derslere Katılması, Ödevler ve Seminerler

Hukuk fakültelerinin çoğunda benimsenen kitle öğretim sisteminin sonucu olarak, öğrenciler derse katılamamaktadır. Akademisyenler ile öğrenciler ilişkilerde zorluklar çekmektedirler. Hukuk akademisyenlerinin, öğrencilerine ilişkin değerlendirmeleri sadece sınav kağıtlarına bağlanmıştır. Bu da öğrencileri ezberleme, kopya çekme vb öğretim açısından zararlı durumlar içine sokmuştur. Bunun önlenmesi, mevcudu az sınıf sistemine geçilmesi ve sınıf sayısının arttırılması ile mümkündür. Bunun yanında öğrencilere en azından dönemlik ve aylık araştırma ödevleri verilmelidir. Böylece öğrencinin

derse olan ilgisi artacaktır. Bazı öğrencilere okulda seminer verdirilmelidir. Bu vesile ile öğrenciler arası rekabet teşvik edilecek, bu da beraberinde kaliteyi getirecektir.

Öğretim elemanları yaptıkları araştırmalarda öğrencileri de kullanmalıdır. Böylece araştırma görevlisi olmak isteyen öğrenciler hem çekirdekten yetişecek hem de akademisyenler ilerde çalışacağı öğrenciyi iyi tanıma fırsatını yakalayacaktır. Araştırma görevlisi-öğrenci ilişkisi daha arttırılmalıdır. İngiliz Hukuk Öğretimi'nde büyük önemi olan tutor¹²³ sistemine benzer bir yapı uygulanmalıdır. Böylece öğrencilerin mesleki eğilimleri daha iyi belirlenecektir. Bu sistem sayesinde öğrenci, ders konusundaki sorunlarını çözmektedir. Bu da öğrenciyi verimli hale getirecektir. Ülkemizde buna benzer bir sistem uygulanmaktadır. Danışman akademisyen olarak adlandırılan bu sistem işlerliğini kaybetmiştir. Danışmanlık sisteminin gözden geçirilmesi gerekir.

4. Öğrenim Süresi ve Kültür Dersleri Sorunu

Ülkemiz şartlarında verilen hukuk öğretimi, süresi ve niteliği açısından hiçbir Avrupa ülkesinde verilen hukuk öğretim şekline uymamaktadır. Bugün çoğu Avrupa ülkesi, hukuk öğrenim süresini en az beş yıl olmak üzere altı, yedi yıl ve daha fazla olarak belirlemiştir. Ancak bizde bu süre sadece dört yıl olup, verilen derslerin hemen hemen hepsi hukukla ilgilidir. Yani öğrenciyi hukuk derslerine hazırlayacak bir temel kültür sınıfı yoktur. Çoğu öğrenci birinci sınıfta sırf bu yüzden bocalamaktadır.

Bu sorunun çözümü için Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde olduğu gibi bir sistem düşünülebilir. Burada dört yıllık hukuk lisans öğretimi öncesinde iki yıllık hazırlık okutulmaktadır. Hazırlık döneminde öğretim Türkçe olmasının yanında kültür dersleri Fransızca olarak işlenmektedir. Sınıfın mevcudu ise yirmi beş kişiyi geçmemektedir. Belki bu sistemi uygulamak, ülkemizin bu şartlarında biraz zor olabilir. Ancak

¹²³ Bkz., Yük. İngiltere'de Hukuk Öğretimi: s. 15 vd.

hukuk fakülteleri beş yıla çıkarılıp, ilk sınıfa hukukla ilgili kültür dersleri konabilir.¹²⁴

Peki hukuk kültürü dersleri dediğimiz dersler nelerdir? Yani, ilk sınıfta öğrencilere hangi dersler verilmelidir? Bunlar kanımızca; Yabancı Dil, Felsefe, Sosyoloji, Tarih, Hukuka Giriş, Anayasa Hukukunun Genel İlkeleri, Medeni Hukuka Giriş, Hukuk Felsefesinin Temelleri, Edebiyat, Psikoloji, Konuşma Teknikleri, Temel Matematik, İktisada Giriş, Bilgisayar, Hukuk Terminolojisi dersleri olmalıdır.¹²⁵ Bunun yanında seçmeli olarak; Hukuk Metodolojisi, Siyasal Rejimler, Uygurluk Tarihi, Avrupa Siyasi ve Hukuki Tarihi vb hukuk kültürünü destekleyici dersler konulmalıdır.¹²⁶

Hukukçunun saygınlığı sadece hukuku bilmesinden dolayı değil, gelişmiş genel kültüründen dolayıdır. Bu da ancak hukuk fakültelerindeki köklü değişiklikle meydana gelebilir.

5. Hukuk Öğrencisinin Seçimindeki Sorunlar

Bugün birçok gelişmiş ülkede hukuk öğretimi ciddiye alındığından, öğrencide özel şartlar aranmaktadır. Ülkemizde hukukçu adayı olan öğrencinin ÖSS' yi başarması yeterlidir. Ancak birçok öğrencinin bu aşamadan sonra geldiği üniversite de başarısız olduğu ve hukuk fakültesini bırakmak zorunda kaldıkları da görülmektedir. Halbuki daha iyi mesleki yönlendirmelerle hem böylesi durumlar önlenecek hem de bireysel öğrenci verimliliği artacaktır. Bunun önüne geçilmesi ancak geliştirilecek daha iyi bir sınav sistemi ve öğrencilerin fakülteye girmeden önce, öğrencideki hukuk bilgisinin ve mantığının araştırılmasına yönelik yapılacak sınav sisteminin oluşturulması ile olabilir. Bu sınavlar Hukuk Fakülteleri, Mili

¹²⁴ Ya da dört yıllık lisans öncesi bir yıllık hazırlık sınıfı da öngörülüp, hukuk kültürü dersleri bu sınıfta işlenebilir.

¹²⁵ Burada temel amaç öğrenciyi hukuk fakültesinin yoğun temposuna hazırlamak ve ön bilgilerle donatılmasını sağlamaktır. Ayrıca öğrencinin genel kültürü gelişecek genel hukuk mantığını elde edecektir.

¹²⁶ Ders içerikleri olara da hazırlık sınıfına; hukuk sistemlerini tanıtan, Avrupa Birliği hakkında genel bilgiler veren, dünya ve ülkemizdeki siyasal ve ekonomik gelişmeleri inceleyen derler bulunmalıdır.

Eğitim Bakanlığı ve Adalet Bakanlığı ortak çalışması ile yapılabilir. Böylece hem hukuk fakültesine gelen öğrenci geldiği yerin mahiyetini ve niteliğini kavramış olacak hem de ön bilgi sahibi olarak geldiği hukuk fakültesi derslerini de daha kolay başaracaktır.

6. Etkinliklere ve Öğrenci Topluluklarına İlişkin Sorunlar

Üniversitelerin olmazsa olmaz konularından biri de öğrenci etkinlikleridir. Bu etkinlikler sayesinde hem öğrencilerin birbiriyle olan kültür ve bilgi alışverişi sağlanacak hem de yönetime ilişkin sorunlar rahatlıkla ortaya konulabilecektir. Bunun yanında öğrencilerin fakülte ile olan ilişkileri artacak, kendilerine güvenleri gelişecek ve en azından araştırma yaparak gelişme imkanına kavuşacaklardır. Ancak maalesef bugün (bazı özel üniversiteler hariç) çoğu hukuk fakültesinde bu tip etkinlikler istenen düzeyde değildir. Hatta bazı fakültelerde bu tip etkinlikler hiç yoktur.

Bu durum ilerde demokrasinin, Cumhuriyet'in, Atatürk İlkeleri'nin ve adaletin savunucusu olarak yetişecek kişileri şimdiden pasifize etmiştir. Bu konuda YÖK'e büyük rol düşmektedir. En azından böyle bir zorunluluk getirilerek, bu miskin tavırlara son verilmesi gerekmektedir.

7. Mesleki Öğretim

Ülkemizde öğrenciler, hukuk fakültesini bitirdiklerinden itibaren hukukçu kimliğini kazanmaktadırlar. Ayrıca çeşitli meslekler için staj dönemleri ön görülmüştür. Hukuk öğretimimizdeki büyük bir eksiklik stajlarla ilgilidir. Öğrenciler hakim, savcı veya avukat olana kadar bu mesleklerin stajı ile ilgili olarak pek fazla bilgi alamamaktadırlar. Bunun için ya stajla ilgili dersler konmalı ya da bu konu ile ilgili seminerler, Barolar ve Adalet Bakanlığınca düzenlenmelidir.

8. Avukatlık Stajı

Hukuk fakültesini bitiren kimselerin önünde çeşitli imkanlar vardır. Bunlardan biri de avukatlıktır. Hukuk fakültesini bitiren kimse bir yıllık staj döneminin ardından avukat olmayı istiyordu. Ancak bu 2/5/2001 tarihli 4667 sayılı Yasa ile değişti ve Avukatlık Sınavı getirildi. Bu gerçekten mesleki seviyeyi arttırma adına sevindirici bir durumdur. Çünkü hukuk fakültesini okuyana “hiçbir şey olamazsan avukat olursun” deniyordu. Bu avukatların sanki hiçbir işe yaramaz hukukçular olduğu imajını doğuruyordu.¹²⁷ Ancak sınavı başarmak yetmez. Zaten ülkemizdeki yanlış, staj dönemine ilişkin bir zihniyet yanlıştır. Bugün avukatlık stajı ciddi yapılmamaktadır. Bunun için barolara büyük görev düşmektedir. Çünkü iyi hukukçu, hukuk nosyonuna sahip, iyi yetişmiş ve iyi bir denetim aşamasından geçmiş kimsedir.

Kısaca avukatlık mesleği tekrar gözden geçirilmeli ve stajlara ilişkin sıkı bir denetim kurulmalıdır. Ayrıca acilen avukatlık mesleğinde bir ihtisaslaşma oluşturulmalı ve İngiliz Sistemindeki solicitors ve barristers¹²⁸ gibi iki kademeli avukatlık sistemine geçilmelidir.

9. Hukuk Öğrenimi Üzerine Diğer Önerilerimiz

a. Bir çok hukukçunun da dile getirdiği gibi, ülkemizde hakimlerin yetiştirilmesi için Adalet Akademisi kurulmalıdır. Hakim stajlarında ciddi bir kontrol mekanizması oluşturulmalıdır.

b. Ülkemizdeki tüm hukuk akademisyenlerini bir araya toplayacak, seminerler düzenlenmelidir.

c. Bunun yanında periyodik olarak hukuk fakülteleri ana bilim dalları bir araya getirilerek, bilgi alış-verişi sağlanmalıdır. Bu da ancak yukarıda önerdiğimiz gibi ‘Hukuk Fakülteleri Birliği’nin kurulması ile mümkün olabilir.

¹²⁷ Ancak daha sonra 28/06/2002 tarih, 4765 sayılı Avukatlık Kanunu’na Bir Geçici Madde Ekleneğine Dair Kanun ile Avukatlık Sınavı daha ileri ki bir yıla ertelendi.

¹²⁸ Bkz., yük. İngiltere’de Hukuk Öğretimi s. 15 vd.

d. Öğretim elemanlarının yurt dışına çıkıp, yabancı dil öğrenme ve araştırma yapabilme olanakları arttırılmalıdır.

e. Avukatların ve hakimlerin belirli günlerde hukuk fakültelerinde derse girmeleri sağlanmalıdır. Aynı şekilde baroların ve Adalet Bakanlığı'nın aracılığıyla hukuk fakültelerindeki öğretim üyelerinin hakim, savcı ve avukatlara seminer vermesi sağlanmalıdır. Ancak böylece hukuk teorisi ve pratiği uzlaşma yoluna girebilir.

f. Hukuk fakültelerindeki öğretim elemanlarına belirli sayıda davalara girebilme imkanı sağlanmalıdır. Böylece akademisyenlerin hem ekonomik durumunda iyileşmeler sağlanacak hem de öğretim elemanlarının uygulamayla içi içe olması sağlanacaktır.

h. Hakimlik stajında olduğu gibi avukatlık stajında da, avukatlara dosya incelettirilip, dosya ile ilgili görüşlerinin istenmesi ve bunların Barolar tarafından düzenli olarak kontrol edilmesi gerekir.

C. Nasıl Bir Hukuk Öğretimi?

- Kendi hukuk sistemi yanında yabancı hukuk sistemlerini de tanıtan,
- Pozitif hukukun yanında evrensel hukuk değerlerini anlatan,
- Mesleki bilgilerle donatılmış olması sayesinde, öğrencilerin seçtikleri mesleğe entegrasyonunu kolaylaştıran,
- Bilgiyi, pratik-öğreti uzlaşması ile sunan,
- Çağdaş, özgür düşünen ve evrensel hukukçu yetiştiren bir hukuk öğretimi.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- Akıntürk, Turgut, *Temel Hukuk* (Fasikül1-2) Eskişehir 1989.
- Akyüz, Yahya, *Türk Eğitim Tarihi*, Ankara 1989.
- Aliefendioğlu, Yılmaz, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*-Ankara 1996.
- Atar, Yavuz-Ayan, Mehmet-Karahan, Sami, *Hukuk Bilimine Giriş* Konya 1997.
- Aytaç, Kemal, *Avrupa Eğitim Tarihi*, Ankara 1972.
- Berki, Ali Himmet, *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye*, İstanbul 1982.
- Bilge, Mustafa, *İlk Osmanlı Medreseleri*, İstanbul 1997.
- Bilge, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara 1986.
- CEVİZCİ, Ahmet, *Felsefe Sözlüğü*, Ankara 1996.
- Hatemi, Hüseyin, *Medeni Hukuka Giriş*, İstanbul 1997.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 2000.
- Giorgio Del Vecchio, (Çev., Suut Kemal, Yetkin) *Hukuk Felsefesi Dersleri* İstanbul 1940.
- Göger, Erdoğan, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara 1976.
- Görgün, Şenal, *Hukukun Temel Kavramları*, Ankra 1994.
- Gözübüyük, A. Şeref, *Hukuka Giriş ve Temel Kavramları*, Ankara 1991.
- Gözübüyük, A. Şeref, *Hukuka Giriş ve Temel Kavramları*, Ankara 1983.
- Hirsch, Ernst, *Anılarım*, (TÜBİTAK Yay.) Ankara 2000.
- Karayalçın, Yaşar, *Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod-Problem Çözme* Ankara 2001.
- Kazıcı, Ziya, *İslam Tarihi*, İstanbul 1997.
- Kuru, Baki-Yılmaz, Ejder, Aslan, Ramazan, *Medeni Usul Hukuk*, Ankara 2001.

- Lise Ders Programı* (MEB) Cilt: 2 ve 3.
- Meydan Larousse Ans.* Cilt: 6 ve 9.
- Mumcu, Ahmet, *Ankara Adliye Hukuk Mektebi'nden Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesine*, Ankara 1977.
- Oğuzkan, A. Ferhan, *Eğitim Terimleri Sözlüğü*, (TDK Yay.) Ankara 1981.
- Ötkem, Niyazi-türkbağ, Ulvi, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, İstanbul 1999.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 1986.
- Özön, M. Nihat, *Osmanlıca-Türkçe Sözlük*, İstanbul 1987.
- Öztan, Bilge, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, Ankara 1998.
- Rosovsky, Henry (Çev., Süreyya ERSOY), *Üniversite* (TÜBİTAK Yay.) Ankara 2000.
- Şafak, Ali, *Hukuku Başlangıcı*, Ankara 1994.
- Taşkent, Savaş, *Hukuk Bilgisi Dersleri*, İstanbul 1984.
- Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, İstanbul 1991.
- Uzunçarşılı, İsmail Hakkı, *Osmanlı Devleti'nin İlimiye Teşkilatı* Ankara 1988.
- Üçok, Coşkun-Mumcu, Ahmet, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara 1987.
- Üniversitelerimizin Gelişmişlik Durumu, Başbakanlık, Ankara 1996.
- Vural, Mehmet, *İlköğretim Okulu Programı*, Erzurum 1999.
- Yalçın, Ayhan, *Benim Avukatım*, İstanbul 1994.
- Zevkliler, Aydın, *Hukukun Temel Kavramları*, Eskşehir 1990.

Makaleler

- Akipek, Şebnem, *İngiltere'de Hukuk Öğretimi' in: Hukuk Öğretimi Sempozyumu* Ankara 1993, s. 35 vd.

- Altıparmak, Ömer Faruk, "Düşünsel Açıdan Osmanlı'nın Çöküşünü Hazırlayan Sebepler" in: *HR.Ü.İ.F Dergisi* sayı: III Ş.urfa 1997 s. 358 vd.
- Ansay, Tuğrul, *Almanya'da Hukuk Öğretimi in: Hukuk Öğretimi Sempozyumu*, Ankara 1993 s. 25-34.
- Ansay, Tuğrul, *Amerika Birleşik Devletleri'nde Hukuk Öğretimi in: Hukuk Öğretimi Sempozyumu*, Ankara 1993 s. 18-24.
- Bozkurt, Gülnihal, *Türkiye'de Hukuk Eğitiminin Tarihçesi in: Hukuk Öğretimi Sempozyumu*, Ankara 1993 s. 51-70.
- Çelebican, Özcan, *Açılış Konuşması in: Hukuku Öğretimi Sempozyumu*, 1993 s. 1-5.
- Çelikel, Aysel, *Hukuk Eğitimi ve Öğretim Konusunda Düşünceler' in: Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı*, S. 10. 1996 s. 903-907.
- Dâver, Bülent, *Fransa'da Hukuk Eğitim-Öğretimi Ve Türkiye'ye Etkisi in: Hukuk Öğretimi Sempozyumu*, Ankara 1993 s. 7-14.
- Dinçer, Güven, *Hukuk Fakültelerinde Lisans Öğretimi Hakkında Düşünceler in: Hukuk Öğretim Sempozyumu*, s. 79-87.
- Kılıçoğlu, Ahmet, 'Yargının Sorunları' in: *Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı*, S. 10, 1996 s. 285 vd.
- Ortaylı, İlber, *Tarihi Temelleriyle Hukuk Eğitimimiz ve Adliye Mektebimiz in: Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı*, S. 10, 1996 s. 920-922.
- öztuna, Yılmaz, 'Klasik Osmanlı Düzeninde Kadı ve Mahkeme' in: *Hayat Tarih Mecmuası*, 1977 S. 5, s. 9 vd.
- Poyraz, Nuri, 'Hukukun Üstünlüğü Kavramı ve Ülkemizdeki Uygulama Sorunları' in: *Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı*, S. 10, 1996 s. 339 vd.
- Selçuk, Sami, 'Yargı Bağımsızlığı', *Cumhuriyet Gazetesi*, t. 05/09/1991.
- Selçuk, Sami, 'Yasalar ve Yargıçlar', *Faruk Erem Armağanı* s. 677-679.
- Taşpınar, Sevgi, 'Yepyeni, Güçlü ve Hızlandırılmış Bir Yargı İçin' in: *Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı*, S. 10, 1996, s. 1169 vd.
- Yarsuvat, Duygun, 'Hukuk Reformu Çalışmaları Arasında Hukuk Eğitiminin Değerlendirilmesi' in: *Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı*, S. 10, 1996, s. 909-919.

2003 Faruk Erem Ödülleri

**TÜRKİYE'DE HUKUK EĞİTİMİ
VE
GELECEĞİ**

Halil Volkan ARIKAN

Ali Akın ANAL



Halil Volkan Arıkan

**TÜRKİYE'DE HUKUK EĞİTİMİ
VE
GELECEĞİ**

GİRİŞ

TERMİNOLOJİ

Teknolojik gelişmelerin hayatımızı ne kadar kolaylaştırdığı, artık beylik bir söz halini aldı. Bugün teknolojik gelişme deyince akla, çağı eviren iki buluş gelir: Bilgisayar ve internet. Bu iki birbirinin bütünleyeni buluşun sayesinde ki; bilgilenme, bilgi transferi ve etkileşim coğrafi sınırları aşarak gerçekleşmeye başlamıştır. Dolayısıyla dünya değişmeye başlamıştır. Bilişim devrimi olarak adlandırabileceğimiz bu gelişmeler bütünü, o dereceye varmıştır ki; bu gelişmelerin dünya tarihini etkileyişi, sanayi devrimi ile kıyaslanmaya başlanmıştır. Kanımca, bu kıyaslanmanın doğru olup olmadığı, kıyaslanmanın varlığının gölgesinde kalmıştır. Zira, henüz tamamlanmamış bir "*devrim*" ile karşı karşıyayız ve bitmemiş bir gelişmeler bütünü, tarihe yön veren buluşlar ve devrimlerle kıyaslanmaya başlanmıştır. Bu kıyaslanmanın varlığı delildir ki; bilişim devrimi olarak adlandırabileceğimiz, teknolojik gelişmeler bütünü, dünya tarihine damgasını vurmak üzeredir.

Bilişim devrimi daha ilk bakışta bile "*devrim*" tanımının hakkını vermektedir. Teknoloji, o denli hayatımıza girmiştir ki; artık eğitim, ticaret, devlet yönetimi, şirket yönetimi, alışveriş, eğlence, iletişim anlayışımız değişmiş ve bilişim devrimi, her devrim gibi, kendi insanını yaratmaya başlamıştır. Artık, bilişim uzayında yaşayan, sohbetini, alışverişini, işini dünyaya açılan tek penceresi olan monitör aracılığıyla gören ve vatandaş olduğu devlet için, bir sosyal sigorta numarasından başka bir şey ifade etmeyen insan tipi kulaklara yabancı değildir.

Artık bilişim uzayı vatandaşlarını tamamen gerçek dünyanın nimetleriyle donatıyor. Gerçek dünyanın hantallığından uzak yeni çözümlerle, herkesi kendi girdabına çekiyor. Bu bir hayal değil. Artık insanlar internetten dua ediyorlar. "Online church" yani bilişim uzayından ulaşılabilen kiliseler bile var.¹

Sanayi devrimi sonrası ortaya çıkan insan tipi ve klasik dönem aristokratını kıyaslayan romanı ile bir tarihi geçişi anlatan Ivan Goncharov, bugün yaşadığımızı benzer bir geçişten başkasını anlatmamaktadır. Sanayi devrimi gelip, Goncharov'un hayatta çalışmak nedir bilmeyen, aristokrat kahramanı Oblomov'un yaşantısını ve tüm düzenini alt üst etmiştir. Bilişim devrimi, bir çok insanın hayatına aynı alt üst edici darbeyi vurmaktadır. Bilişim çağının çocuğu olan gençler ve aileleri, Oblomov ve arkadaşı gibi, karşı karşıya gelmektedirler. Bilişim devrimi kendi insanlarını yaratırken, eski dünyanın insanlarını da rahat bırakmamaktadır. Bilgisayardan, internetten uzak yaşadığını sanan insanlar yanılmaktadır, artık hastane bilgileri, nüfus kayıtları bilişim teknolojisi kullanılarak tutulmaktadır. Bilişim devrimi habersizce hayatımıza sızmıştır. Zira, 21 Mayıs 2003 tarihinde gerçekleşen Cezayir depremi sonucunda, denizaltı fiber-optik kabloların hasar görmesi karşısında, hayatımızın ne kadar aksadığını² göz önüne alırsak, bilişim devriminin hayatımıza ne kadar sızdığını anlayabiliriz.

Bilişim devrimi kendine özel bir hayat yarattığına ve klasik yaşantıyı geride bırakmaya başladığına göre, yeni hayatın yarattığı insanın bazı özellikleri olacaktır. Nasıl ki bilişim devrimi insanların hayatını kolaylaştırmıştır, nasıl ki günlük hayatta var olan her davranış kolaylaşmıştır; sapkın, illegal davranış da aynı ölçüde kolaylaşacaktır. Suç işleyecek kişiler, klasik suçları daha rahat işleyerek ya da bilişim uzayına uygun yeni suçlar icat ederek, kriminal davranışlarda bulunacaktır. Bilişim devrimi sonrası bir dünya, bir insan, bir yaşayış belirlediğine göre bilişim suçlarının belirmesi doğaldır.

¹ Philip Giordano, "Invoking Law as a Basis for Identity in Cyberspace", *Stanford Technology Law Review* 1, 1998, http://stlr.stanford.edu/STLR/Articles/98_STLR_1/ (En Son Ziyaret Tarihi: 25 Ağustos 2003).

² Haberin ayrıntıları için bkz., <http://www.hurriyetim.com.tr/haber/0,,sid~1@w~12@nvid~275244,00.asp> (En Son Ziyaret Tarihi: 24 Ağustos 2003).

Bu makalede, sıkça rastlayacağımız bilişim, bilişim uzayı, bilişim suçu gibi terimleri tanımakla başlayalım.

Bilgisayar suçu (computer crime) 1960'lardan bu yana hafızalarda yer etmiş bir terimdir.³ ABD'de hukuki arenada bu terimin baş göstermesi 1970'lere rastlar.⁴ Bu dönemde bilgisayar suçu olarak nitelenen suçlar, bilgisayarın bilinen suç tiplerinden birinin işlenmesi için araç olarak kullanıldığı suçları anlatır. Derken internetin icadı ve doksanlı yıllara gelişimle, internetin şahsi ve ticari kullanımı, akademik kullanımının yerini aldı. Bu süreç suç bilimsel açıdan yeni davranışların görülmesine neden oldu. İnternetin şahsi ve ticari kullanımının yaygınlaşması, internetin karakterini radikal bir şekilde değiştirdi. Artık yeni bir internet kullanımı ile karşı karşıyayız.⁵

İnternetin şahsileşmesi ve ticarileşmesi, kaçınılmaz olarak, yeni tip bilgisayar suçlarının ortaya çıkmasını tetikledi. Bundan önce bilgisayarlar diğer sistemlerden izole bir şekilde çalışıyordu. Denilebilir ki; dışarıdan bir elin bilgisayar sistemine girmesi ve illegal kazançlar elde etmesi mümkün değildi. 1970'lerin ve 1980'lerin bilgisayar suçları, içeriden insanların marifetidir. Ne zaman, bilgisayar teknolojisi izolasyondan etkileşime doğru evrildi; suç tipleri de aynı şekilde değişti ve evrim geçirdi. 1990'larda bilgisayar sistemlerine dışarıdan gelen tehditler içeriden gelen tehditlere eşitlendi. Bugün ise, dışarıdan gelen tehditler suç bilimi açısından başlı başına bir konudur ve içeriden gelen tehditleri gölgede bırakmıştır.⁶

Artık, makale içerisinde "bilişim uzayı" olarak adlandıracağımız "cyber space" diye bir kavramın varlığı, bilim-kurgu olmanın çok ötesine geçti. 1980'lerin bilim-kurgusu gerçek oldu. 1990'ların ikinci yarısından itibaren, suç bilimi, bilişim uzayında işlenen bilişim suçlarıyla (cyber crime) ilgilenir oldu.

Bilişim; teknik, ekonomik ve toplumsal alanlardaki iletişimde kullanılan ve özellikle elektronik aletler aracılığı ile dü-

³ Ralph D. Clifford, "Cyber Crime- The Investigation, Prosecution and Defense of a Computer Related Crime", edited by Ralph D. Clifford, Carolina Academic Press, Durham, 2001, s. 2.

⁴ Ralph D. Clifford, "Cyber Crime- The Investigation, Prosecution and Defense of a Computer Related Crime", s. 2.

⁵ Andrew Terrett, Iain Monaghan, "The Internet – An Introduction For Lawyers", <http://www.law.ed.ac.uk/ahrb/publications/online/terrett.htm> (En Son Ziyaret Tarihi: 25 Ağustos 2003).

zenli bir biçimde işlenmeyi ön gören bilim;⁷ bilişim teknolojisi ise, bilişimde kullanılan bütün araç ve gereçlerin oluşturduğu sistem⁸ şeklinde tanımlanıyor. Bu makalede bilişim uzayı, bilişim çağının yaşandığı, klasik yaşantıdan ayrılan; kendisine has insanı, dili, ticareti, eğlencesi, eğitimi olan ayrı bir alanı⁹ temsil ediyor. İnternet ile birlikte, insanların normal hayatlarından çıkışlar yaptıkları yeni bir alan oluştu. Bu alanı makale içinde bilişim uzayı olarak adlandıracağız. Bu alan, yaşanan ve dolayısıyla suç işlenen bir alandır.

Bilişim uzayı için bilgisayar, bir araçtan öte bir şey değildir. Yarın, adını tahmin dahi edemeyeceğimiz bir aygıt, aynı görevi yerine getirerek, bilgisayarın yerini alabilir. Bilişim uzayında o araç vasıtasıyla yaşantının devamı sağlanabilir. Bilgisayar; çok sayıda aritmetiksel veya mantıksal işlemlerden oluşan bir işi, önceden verilmiş bir programa göre yapıp sonuçlandıran elektronik araç, elektronik beyin¹⁰ şeklinde tanımlanıyor. Bilgisayar için hafıza, bellek belirleyicidir, mesela, bir hesap makinesi, eğer hafıza sahibi olursa, o ilkel bir bilgisayar olarak değerlendirilebilir. Ancak, bilişimde ise belirleyici, bilgi transferidir. Yani bilgisayarın tek taraflı bir depolama faaliyeti olmasının karşısında, bilişim bir bilgilenme, bilgi transferi faaliyetidir. Suçları ele alırken, bilgisayar dünyası, bilgisayar suçu kavramlarını kullanmak, bu nedenle yeterli değildir. Bunun için bilişim uzayı ve bilişim suçu terimleri tercih edilmiştir.

Bilişim suçlarını, ilk etapta bilişim teknolojisinin hedef olduğu suçlar, ikinci etapta ise bilişim teknolojisinin araç olduğu suçlar olarak inceleyebiliriz. Bu bakış açısıyla incelersek, bilişim suçlarının eski suçların görünüm değiştirmiş hali mi olduğu, yoksa yeni suç tipleri mi olduğu sorusuna cevap bulabiliriz.

Bilişim teknolojisinin hedef olduğu suçları ele alırsak, kriminal davranışta bulunan kişi ya bilgisayarın veya bilgisayar

⁶ Ralph D. Clifford, "Cyber Crime- The Investigation, Prosecution and Defense of a Computer Related Crime", s. 5.

⁷ Tanım için bkz., <http://www.tdk.gov.tr/tdksozluk/sozara/htm> (En son ziyaret tarihi: 22 Ağustos 2003).

⁸ Tanım için bkz., <http://www.tdk.gov.tr/tdksozluk/sozara.htm>

⁹ Philip Giordano, "Invoking Law as a Basis for Identity in Cyberspace"

¹⁰ Tanım için bkz., <http://www.tdk.gov.tr/tdksozluk/sozara.htm>

sisteminin içine girecek ya da dışarıdan bilgisayarı bombalaya-
rak sisteme zarar verecektir. Bu tarz bilişim suçları, gerçekten,
bilişim uzayının getirisi yeni suçlardır. Yine bu suçlar, gerçek
dünyada işlenebilecek suçlar değildir. Bu kategorideki suçları,
bilişim uzayında işlenen, ama etkilerini gerçek dünyada, ger-
çek kişiler üzerinde göstermesi nedeniyle, hukuku ilgilendiren
davranışlar olarak anlatabiliriz. Aksi takdirde, bilgisayar oyu-
nunda suç işleyen bir kişinin faaliyetinden farksız olurlardı ve
hukuku ilgilendirmezlerdi.

Bir diğer açıdan ise, bilişim teknolojisi suçun işlenmesi için
enstrümandan başka bir şey ifade etmeyebilir.¹¹ Bu noktada
söylemek gerekir ki, bu ikinci kategorideki suçlar; bilişim
uzayının yaygınlığının, suça yatkın insanlar tarafından kul-
lanılması ve eski suçların daha rahat işlenmesinden başka bir
şey değildir. Ancak, bilişim teknolojisi suçun işlenmesinde o
kadar etkili olmaktadır ki; suçların doğasında değişikliklerin
de olduğu söylenebilir. Yine de, bu kategoride yeni suç tipleri-
nin olmadığını söylemek zor değil. Bu tarz suçlar herhangi bir
şekilde işlenebilecek, her hangi bir suç olabilir. Mesela hırsızlık,
dolandırıcılık, çocukların cinsel sömürüsü.

Üst paragraftaki açıklamalardan yola çıkarak söylenebilir
ki; bilişim suçları eski ve yeni suç tiplerinin birleşiminden olu-
şan bir karmadır. Makalenin konusunu teşkil eden çocukların
cinsel sömürüsü konusu, kökü çok eskilere dayanan aslında
sosyolojik ve psikolojik açıdan incelenerek, ayrı bir çalışma
yapılması gereken bir konudur. Ama bilişim uzayının her eve,
her işyerine, her yere, bir telefon hattı kadar yakın olması, bu
suçun alanını genişletmiştir. Ayrıca, bu suçun faaliyet alanını
bilişim uzayına kaydırarak, hukuksal ve suç bilimsel açıdan
incelenmesi gereken yeni bir konu haline getirmiştir.

Suçu inceleyebilmek için, bilişim uzayının doğasını açık-
layıcı teknik bilgilere ihtiyacımız vardır. Bilgisayar, internet
ve üniteleri hakkında bilgi sahibi olmamız gerekir. İnterneti,
tüm bilgisayarları aynı çatı altında toplayan, birbirlerini an-
lamalarını sağlayan ağ olarak tanımlayabiliriz. Tabii ki, bunu

¹¹ Ralph D. Clifford, "Cyber Crime- The Investigation, Prosecution and Defense
of a Computer Related Crime", s. 14.

yapabilmeleri için aynı dili konuşmalarının sağlanması gerekmektedir. İnternete geçmeden önce, bilgisayarı anlamak gerekir. Bilgisayarlar basit bir mantıkla çalışır. Yalnızca "sıfır" ve "bir" rakamlarını anlayabilirler. Bu sayededir ki, bilgisayarlar bu kadar hızlı ve hatasız çalışmaktadırlar. Dinlediğimiz müzik, izlediğimiz film, okuduğumuz yazı, sakladığımız fotoğraflar bu iki rakama indirilerek depolanmaktadır.

Eğer bilgisayarlar birbirlerine bağlı iseler, bilgisayardan diğerine bilgi aktarımı çok kolay ve hızlı olabilir. "Sıfır" ve "bir" elektrik dalgalarıyla temsil edilmektedir. Diğer bilgisayara kablo vasıtasıyla bilgi geçirilmektedir. Diğer bilgisayar "sıfır" ve "bir" rakamlarını doğru çevirdikten sonra fotoğrafı, filmi, müziği hazır hale getirmektedir. Görüldüğü gibi, bilgisayarlar aynı dili konuşarak bilgi alışverişine elverişlidirler. Bu dillere "protokol" denir. Aynı protokolü kullanan bilgisayarlar birbirine bilgi aktarabilmektedir. Aynı dili kullanan bilgisayar grubuna "network" denmektedir. Böylece, bilgisayarda depolanan bilgi aynı networke bağlı, diğer bilgisayarlarca ulaşılmaya elverişli duruma gelmektedir. Bu sayede, internet bilgisayarlar arası bilgi transferini artık oldukça kolay hale getirmektedir.¹²

Bilindiği üzere internet, ABD Savunma Bakanlığı'nın "The Advanced Research Projects Agency Network" projesinin kısaltılmış adını temsil eden ARPANET'in devamıdır. Bugün, 1969 yılında başlanan ve 1972 yılında kırk bilgisayarın birbirine bağlanması ile ispatlanan, bu projeden çok ilerlerde olduğumuz açık. İlk kırk bilgisayardan sonra, 1981 yılında iki yüzden fazla bilgisayarın ağa dahil olduğu biliniyor. Bugün ise beş yüz milyon kişiye hizmet veren, yüz elli milyon bilgisayar ağa dahil. İşte internet, bütün bilgisayarların toplamını ve onların oluşturduğu dünyayı saran bilgisayar ağını temsil ediyor.¹³

İnternete ulaşmak zor değil. Asıl gerekli olan, ağa bir yerinden dahil olmaktır. Yani internete bağlı bir bilgisayara bağlanabilmektir. "internet service providers" yani "internet servis sağlayıcıları" şahısların bu şekilde internete dahil olmalarını sağlıyorlar. Bu şirketler için, internete açılan kapılar benzetme-

¹² Clive Gringras, "The Laws of The Internet", Butterworths Lexis Nexis, London, 2003, s. 1-2.

¹³ Clive Gringras, "The Laws of The Internet", s. 2-3.

si yapılabilir. Neredeyse her kullanıcı, onların vasıtasıyla ağa dahil oluyor. Hal böyle olunca, internet konusunda yaşanan sorunlarda sıklıkla gündeme geliyorlar.

İnternet dolayısıyla sıklıkla gündeme gelen ve kimisini günlük hayatta, kimisini akademik yaşantıda sıklıkla duyduğumuz bazı kullanımlar var. Bu kullanımlardan bazılarını, makalenin gidişatında rol oynamaları nedeniyle, incelemek gerekiyor. E-mail ile başlayalım. Elektronik mektup olarak tanıtılabileceğimiz bir internet ünitesi olan e-mail sayesinde, şahıstan şahısa mektuplar, yazılar gönderilebildiği gibi, resim, fotoğraf, ses gibi, bilgisayarda depolanabilen herşey gönderilebilir. E-mail doğası gereği mektuplara benzetilebilir. Siz internete bağlı değilseniz, yani mektup adresinizde değilseniz, gelen mektuplar posta kutusunda bekler. Siz de internete bağlandığınızda, mektubunuzu okuyabilirsiniz. Gönderilen dö-kümanlara ulaşabiliriz. "Instant messaging" adındaki "anında mektuplaşma" diye tanımlayabileceğimiz servis ise, e-mail gibi bilgisayarda depolanabilen herşeyin iletimine yaramanın yanı sıra, internete bağlı şahıslar arasında bu faaliyetlerin, anında gerçekleşmesini de sağlamaktadır. Teknolojik donanım tam olduğu takdirde, bu yolla konuşmak, hatta muhatabını görerek konuşmak da mümkündür.

"Bulletin boards" yani "ilan panoları" gerçek hayattaki kullanımından farklı bir işleve sahip değiller. Bir soruya cevap arayan, bir şeye ihtiyacı olan kişi, panoya ilan asabilir. Muhatapları, ya onunla direkt olarak, ya da yine pano aracılığıyla iletişim kurabilir.¹⁴

Bir çok servis sağlayıcısı, üyelerinin ulaşabileceği ilan panoları hazırlıyor. Bu tarz ilan panolarına "forum" diyor. Forumlar bir konuşma alanıdır. Hepsinin bir konusu var. Servis sağlayıcılarının forumlar dolayısıyla sorumluluğu konusu sıklıkla gündeme geliyor.¹⁵

Forumlar, sadece servis sağlayıcılarının üyelerinin ulaşabileceği ilan panoları olmakla beraber, "Usenet" 30000 "newsgroups" (haber grupları) adı verilen ilan panosunun toplamından

¹⁴ Clive Gringras, "The Laws of The Internet", s. 6-7.

¹⁵ Clive Gringras, "The Laws of The Internet", s. 7.

oluşan bir ilan panoları koleksiyonudur. Bu koleksiyona internet bağlantısı olan herkes ulaşabilir. Forumlar gibi üye olmak gerekmez. Tek bir servis sağlayıcısı yerine, herkesin üye olduğu servis sağlayıcısı faaliyetleri sağlamaktadır.¹⁶ Ortak ilgileri olan insanların kurdukları tartışma ortamlarından materyal değiştirmeleri ve ilgi alanları üzerinde tartışmaları mümkündür. Programlama dillerine ilgisi olan insanlar comp.lang gibi bir adresi kendilerine seçebilirken, otomobillere ilgileri olan insanların alt.autos gibi bir adresi kendilerine uygun görebilirken, pornografiye ilgi duyan insanlar alt.sex.pictures veya rec.nude gibi adresleri, çocuk pornografisine ilgi duyanlar ise alt.sex.inaries.pedophilia veya alt.sex.pre-teen.pictures gibi adresleri kendilerine seçebiliyorlar.¹⁷ Usenetin tek bir merkezden kontrolü mümkün değildir. Alt.autos adresine yollanan bir mesaj bir anda, tüm sunuculardan diğer sunuculara dağıtılmaktadır. İnternet servis sağlayıcısının erişimi sağladığı haber grupları, bireyler tarafından ulaşılabilir.¹⁸

Aslında "world wide web" olan ve günlük hayatta internet derken çoğumuzun kastettiği web, bugün çok büyük boyutlara ulaşmış durumda. Haziran 1993'te sadece yüz otuz web sitesi varken, bugün otuz sekiz milyon gibi devasa bir rakamla karşı karşıyayız.¹⁹ Bu inanılmaz büyüme sonrasında web'in internet ile özdeşleştiğini söylemek mümkündür.

Web'i, bilişim uzayı çarşısı olarak değerlendirebiliriz. Bu bilişim çarşısında, eğlenilebilir, öğrenilebilir, alışveriş yapılabilir. Web'in bir başka gücü ise, "link"ler vasıtasıyla insanların bir web sitesinden ilgili (veya ilgisiz) diğer sitelere gitmelerini sağlaması ve sörf denen kavramın oluşması olarak gösterilebilir.

Her hangi bir şekilde bulduğumuz bir web adresine girip bir bilgiye ulaşmaya çalışırken, renkli, yanan sönen bir imaj bizi bir başka adrese, bir başka bilgiye yöneltmekte olabilir. Sadece

¹⁶ Clive Gringras, "The Laws of The Internet", s. 7-8.

¹⁷ Jonathan Wallace, Mark Mangan, "Porn and the Liability of Internet Providers" <http://www.spectacle.org/797/netpics.html> (En son ziyaret tarihi: 29 Ağustos 2003).

¹⁸ Jonathan Wallece, Mark Mangan, "Porn and the Liability of Internet Providers."

¹⁹ Clive Gringras, "The Laws of The Internet", s. 8-9.

“mouse” dokunuşuyla daha önceden girdiğimiz siteden çıkıp, verilen link dolayısıyla başka bir adrese girebiliriz. Oradan bir başkasına, oradan bir başkasına gidebiliriz. Yani, bu devasa bilişim çarşısında gezinebilir, kaybolabilir, istediğimiz sitelerin yanı sıra istemediğimiz sitelere de girebiliriz.

Web’te bir araştırma yapmak isteyen, bir bilgiye, bir resme, fotoğrafa, ulaşmak isteyen bir kişi, bir arama motoruna anahtar kelimeler yazarak, aradığı bilgilere ulaşmaya çalışabilir. Mesela cinsellik içerikli sitelere ulaşmak isteyen bir kişinin “sex” yazması, yeterli olabilir. Böylece, önüne gelen seçeneklerden birini seçebilir. İsteddiği sitelere ulaşabilir. Bu olanağın varlığı, aradığımız web sitesinin adresini bilmeye gerek yoktur anlamına gelmez. Devasa bilişim çarşısında, bir çok siteye girdikten sonra aradığımızı bulabiliriz. Direkt olarak adresi bilmiyorsak, web’te kaybolmak o kadar da zor değildir.

Teknolojik gelişmeler ile bilişim uzayının genişlediği ve daha da genişleyeceği açık olarak gözükmemekte. Mesela dijital fotoğraf makinesiyle veya kamera ile görüntü alan bir kişi, onu CD-ROM’a kopyalarak saklayabilir, arkadaşlarına sohbet odalarından veya e-mail olarak yollayabilir, bir web sitesi hazırlayıp, oraya koyabilir. Özellikle internet ortamına görüntüler düştükten sonra saatte, dakikada hatta saniyede ne kadar kişinin eline geçtiğini bilemeyiz. Görüntüler bilim, sanat içerikli olduğunda, hoşumuza giden bu hızlanma ve etkileşim kolaylığı, görüntüler çocuk pornografisi veya sadece pornografi içerikli olduğu anda, hoşumuza gitmemenin yanında, baş sorun kaynağı olarak karşımıza çıkabilmektedir.

Bilişim uzayındaki faaliyetlere katılmak isteyen insanların gereksinimleri benzeri aktiviteler için fiziksel yaşantıda gerekenlerde farklılık göstermektedir. Ancak her sosyal sınıf açısından aynılık göstermektedir. Bu yönüyle bilişim uzayını bilişim uzayında faaliyet gösterebilen kişiler açısından, bir eşitlik arenası olarak, fiziksel dünyanın statüler yapısından uzak ütöpik bir alan olarak görebiliriz.²⁰ İnternet, akıl almaz bir ifade özgürlüğü arenasıdır. Bilişim özgürlüğü (cyberliberty) internetin bir başka getirisidir. İnsanların özgür olarak bilgilendikleri bir gerçektir.

²⁰ Diane Rowland, “Cyberspace – A Contemporary Utopia?” The Journal of Information, Law and Technology (JILT) 1998 (3) <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/98-3/rowland.html> (En son ziyaret tarihi: 21 Ağustos 2003).

Anonim (kimliksiz) davranış sayesinde gerçek hayattaki statü ve sınıf farklılıklarından sıyrılabilirdikleri de bir diğer gerçektir. Bunun demokrasiye katkıları da vardır. İnternetin yaygınlaşması ile insanlar yeni çıkan kanunlara çok kolay ulaşabilmekte ve internet demokrasiyi de geliştirmektedir.²¹ Bilişim uzayına tamamen ütöpik bir bakış açısı altında, hukuk öncesi toplum gözüyle bakanlar da mevcuttur.²² “*A Declaration of the Independence of Cyberspace*” adıyla yayınlanan bir makalede, bilişim uzayına tamamen ütöpik bir toplum gözüyle bakılıyor ve devletlerin bilişim uzayında yapacağı düzenlemelere düşmanlıkla bakıldığı anlatılıyor.²³

Bilişim teknolojisinin bizi etkilediği ve derin etkilerinin ticari ve özel hayatta hissedildiği aşikar. Ancak asıl soru şudur ki; bilişim teknolojisi suça yönelen iradelerin en etkili silahı olabilir mi? Konumuz olan bilişim uzayında çocuk sömürüsü suçu da klasik bir suç tipi olmasına rağmen yeniden incelenmeye muhtaçtır. Bilişim teknolojisinin bu suça katkısı, sadece işleniş biçimini değiştirmek şeklinde olsa idi; “*bilişim yardımcı*”, “*bilgisayar ilişkili*” yani bilişimin işin içine girdiği, ama bilişim suçu olmayan bir alanla ilgileniyor olurduk. Fakat meselenin bu merkezde cereyan etmediği düşüncesindeyim. Bilişim uzayının katkısı ile suç boyut değiştirmiştir. Suç, daha kolay ve risksiz işlendiği bir alan olan, bilişim uzayına kaymıştır.

A. BİLİŞİM UZAYININ ÇOCUK SÖMÜRÜSÜNE KATKILARI

Bilişim uzayı, bir anda çocuğun cinsel sömürüsünün en önemli faktörü, çocuk pornografisi değişiminin başlıca mekanı oldu. Artık internet var olan medya araçları ile kıyas bile kabul

²¹ Steven R. Salbu, “*Who Should Govern The Internet?: Monitoring and Supporting A New Frontier*”, 11 Harvard Law School Journal of Law & Technology, Winter 1998, s. 436.

²² Diane Rowland, “*Cyberspace – A Contemporary Utopia?*”.

²³ John Perry Barlow, “*A Declaration of the Independence of Cyberspace*”, <http://www.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html> (En son ziyaret tarihi: 29 Ağustos 2003).

etmiyor.²⁴ Üstelik çocukların ailelerin denetiminden sıyrılarak, bilişim uzayının tehlikeleriyle tek başlarına mücadele etmek zorunda kalması da çok olası bir ihtimaldir. Bilimsel çalışmalar gösteriyor ki, 2-3 yaşındaki bir çocuk bile, bilgisayarın kullanımını hiç bilgisayar görmemiş bir yetişkinden daha rahat kavrayabiliyor.²⁵ Çünkü, günümüzün çocukları, teknolojiyle birlikte doğuyorlar. Onlar için teknoloji, sonradan öğrenilen bir gelişme değil, nefes almak gibi hayata içkin bir şeyi ifade ediyor.

Bilişim uzayı bambaşka bir dünya. Orada bir sesin dediği olur diyemiyoruz. Orası bizim yıllardır okuduğumuz hukuk felsefesinin dışında bir alan. Orası toplumsal kontrattan önce var olduğunu varsaydığımız, hukuksuz bir alan. Suçu kolaylaştırdığını söylediğimiz bir dünya var önümüzde. Aynı şekilde suçu özendirdiğini de söyleyebiliriz. İnsanlar bilişim uzayının, suça ne kadar yatkın bir alan olduğunu farkındalar. Küçük sapkın davranışlar göstererek, bilişim uzayının suça yatkınlığının farkında olduklarını göstermekteler. Mesela sohbet odasında, farklı bir cinsiyetten olduğunu söyleyen, sahip olmadığı şeylere sahip olduğuyla övünen, olmadığı bir meslek grubuna dahil olduğunu söyleyen insanlar suç işlememektedirler. Ancak, bilişim uzayının suça, en azından sapkın davranışa, ne kadar yatkın olduğunu farkındalar.

Normal olarak fiziksel hayatta birbiriyle yakın ilgileri olan kişilerin birbirlerine yakınlaştıkları, bir arada buldukları görülür. Bilişim uzayında da benzer bir durum var. Sohbet odalarının, haber gruplarının, ilan panolarının belirli konuya odaklandığı görülür. Orada bulunan kişiler, oralara mesaj bırakan kişiler, o konuyla ilgilenen insanlar arasından olur. Bu konu, hukuka uygun bir konu olduğunda bu tarz bir iletişim imkanının ne kadar yararlı olabileceği görülebilir. Coğrafi sınırlamalar aşarak, dünyanın tüm felsefeye meraklı insanları, istedikleri takdirde, birbirlerini tanıma, bilgilerini paylaşma fırsatına sahip olabilirler. Bu şekildeki bir forum, bilim açısından

²⁴ Agnès Fournier de Saint Maur, "International Cooperation in Law Enforcement", Child Abuse On the Internet -Ending The Silence, edited by Carlos A. Arnaldo, Berghahn Books - UNESCO Publishing, Paris 2001, s. 120.

²⁵ Sarah L. Holloway, Gill Valentine, "Cyberkids : Children In The Information Age" RoutledgeFalmer edition, New York, 2003, s. 73.

büyük bir gelişme demektir. Ama dünyanın dört bir yanından, çocuklara cinsel ilgisi olan insanlar, bir forum oluşturabiliyor- sa, sömürülecek çocukların adresleri, bilişim uzayında onlara ulaşabilecekleri sohbet odaları gibi konularda birbirlerini bilgilendirebiliyorlarsa, bu da suç bilimsel açıdan incelenmesi gereken büyük bir olgudur.

Tüm bunların yanı sıra, ileriki bölümlerde açıklanacağı üzere, çocuk sömürüsünün diğer iki boyutu da bilişim uzayı ile farklı bir alana kaymıştır. Çocuk pornografisinin dağıtımının ve çocuk pornografisine ulaşılmasının internet aracılığıyla eskisine nazaran çok kolaylaşması, bilişim uzayının getirdiği büyük bir farktır. Ayrıca pornografinin çocuğun kolayca ulaşabileceği bir alanda bulunması durumu da eskisine nazaran büyük fark yaratmaktadır.

a. Mağdur ile Failin Görünümleri Bakımından

Bu bölümde, ilk olarak bilişim uzayının demokrasiye katkısı olarak nitelenebilmesinin yanı sıra, her türlü aktiviteye (suç teşkil eden davranışlar ve legal davranışlar) getirisi olarak niteleyebileceğimiz, anonim davranış imkanını inceleyeceğiz. İkinci olarak da, çocuk pornografisinin yeni bir boyutu olarak tanımlayabileceğimiz, psödo-fotoğraflardan (pseudo-photographs -computer-altered images) bahsedilecek.

ABD’de yayınlanan bir karikatür, internetin getirisi bir “korunaklılığı” veya internet dolayısıyla suça yatkınlığı anlatıyor. Karikatürde bir köpek diğerine “*internette kimse senin köpek olduğunu anlamıyor*” diyor.²⁶

Anonim davranış olarak adlandırdığımız bu kimliksizlik durumu, daha öncede belirtildiği üzere, insanlarda suç teşkil etmeyen, ama küçük sapkınlıklar diyebileceğimiz, hareketlere yöneltecek bir etki yapmaktadır. Çünkü insanlar biliyorlar ki; kimse onların kim olduğunu anlayamaz. Ayrıca, suç teşkil eden hareketler gerçekleştiği takdirde, failin belirlenmesi, o kadar da kolay değildir. Bilişim uzayının, bu yönüyle, mesela normalde

²⁶ Max Taylor, Ethel Quayle, “*Child Pornography An Internet Crime*”, Brunner-Routledge edition, New York, 2003, s.97.

çocuk pornografisine ilgi duymayacak, riski kabul etmeyecek insanları, bu suça yönelttiğini de söyleyebiliriz.²⁷ Bunun nedeni olarak, bilişim uzayında tutarlı ahlaki yapılanmanın bulunmaması olarak gösteriliyor.²⁸ Bilişim uzayının dışındaki dünyada, yıllardır tecrübelerle kurulmuş bir hukuki, ahlaki yapılanma mevcuttur. Herkes, neyin kabul edilebilir, neyin kabul edilemez olduğunu bilmektedir. Otel örneğini ele alalım, otele gittiğimizde kendi odamızı kullanmamız gerektiğini, otelin kamusal alanlarını ne şekilde kullanacağımızı kimse bize hatırlatmadan bilebiliriz. Bunun aksine bilişim uzayı, ortak ahlaki tecrübeleri olan bir dünya değildir. Kabul edilebilir davranışlar ile kabul edilemez davranışların sınırları çizilmiş değildir.²⁹ Bilişim uzayında yaşayan, bilişim toplulukları mevcuttur. Fakat, ortak bir toplumun vazgeçilmezi olan ortak değerler üzerinde anlaşıldığı söylenemez.

Bilişim uzayında anonim davranış, şimdiye değin hiç olmadığı kadar imkanlı hale gelmiştir. İnsanların maskeler takarak, suçu işlemeleri çok klasik bir yöntemdir. Ancak maskeler ile fiziksel görünümünden tamamen sıyrılmak mümkün değildir. Öyle görünüyor ki; bilişim uzayında anonim iletişim imkanı, her zaman için mümkün hale gelmiştir. Hiç bir yasama gücünün bilişim uzayında anonim davranışı durdurmasının mümkün gözükmediğini düşünenler de var.³⁰ Görüldüğü üzere, anonim davranış o kadar da küçümsenecek bir getiri değil. İnsanın üzerindeki toplum baskısının ve toplum kurallarının ağırlığının birden kalkması demektir. Bu da onların istedikleri an, bilişim uzayında illegal faaliyetlerde bulunmalarını, istedikleri an da statüler içinde kurulu fiziksel yaşantıya dönmelerini sağlamak-

²⁷ Jo Groebel, "The Academic and Research Response 2: Research and Cooperation", Child Abuse On the Internet -Ending The Silence, edited by Carlos A. Arnaldo, Berghahn Books - UNESCO Publishing, Paris 2001, s. 154.

²⁸ Mark D. Rasch, "Criminal Law and The Internet, The Internet and Business: A Lawyer's Guide to the Emerging Legal Issues" The Computer Law Association Publications, 1996 <http://cla.org/RuhBook/chp11.htm> (En son ziyaret tarihi: 29 Ağustos 2003).

²⁹ Mark D. Rasch, "Criminal Law and The Internet, The Internet and Business: A Lawyer's Guide to the Emerging Legal Issues."

³⁰ George du Pont, "The Criminalization of True Anonymity in Cyberspace", 7 Michigan Telecommunications and Technology Law Review, 2001 <http://www.mttl.org/volseven/dupont.html> (En Son Ziyaret Tarihi: 29 Ağustos 2003).

tadır. Çocuklara cinsel ilgisi olan insanların, çocukların olduğu bilişim uzayı alanlarında gezinmesi ve istedikleri an “normal” yaşantılarına geri dönmeleri mümkündür.

Anonim davranışın, ceza hukukunu ilgilendiren kayda değer yönleri var. Sadece failerin tespit edilmesini zorlaştırmasının, ceza hukukunu ilgilendirmesi değil, aynı zamanda tespit edilen failin yargılanması sırasında da sorunlar çıkmaktadır.³¹ Mesela, çocuk pornografisi içeren materyallerin ben@bendegilim.edu.tr adresinden yollandığı tespit edildi. Bu adresin sahibini tespit etmek mümkün olabilir. Eğer resmi bir siteyse, adresin sahibi gerçek ismini vermiş olmalıdır. Ama dışarıdan birinin onun adresini kullanarak e-mail gönderme olasılığı düşünülmesi gereken bir ihtimaldir. Çoğu zaman da, bir virüsün veya çocuk pornografisinin yayılması için kullanılan adreslerde, gerçek ismin kullanılmayacağını düşünürsek yanlış olmayız. Bu da bizi ilk bakış açısına götürür: Anonim davranışın bu denli mümkün olması, bazı durumlarda failin tespitini neredeyse imkansız hale getirmektedir.

“Australian Institute of Criminology”nin “computer crime” raporunda bilgisayar merkezli suçların bazı ortak zorlukları teşkil ettikleri belirtilmektedir. Bu rapora göre, bu zorlukların başında anonim davranışın mümkün olması geliyor. Gerçekten de, anonim davranış, bilişim uzayında işlenen suçlara getiri olabilecek hız faktörleriyle birleşince, failinin yakalanması zor olan suçlar ortaya çıkıyor. Mesela görgü tanığı, parmak izi kontrolü, DNA testi gibi alışılmış yöntemlerle, suçlunun tespit edilmesi mümkün değil. Suçlunun bulunması için yeni, pahalı ve uzmanlık gerektiren yöntemler gerekiyor.³²

Çocuklar da fiziksel olarak bir tecavüze uğradıklarında ailelerine, öğretmenlerine, arkadaşlarına durumu anlatsalar bile, bilişim uzayında genel olarak mağdur da, fotoğraflardaki veya görüntülerde çocukların kimliği tespit edilinceye kadar anonim

³¹ Mark D. Rasch, “Criminal Law and The Internet, The Internet and Business: A Lawyer's Guide to the Emerging Legal Issues”.

³² Barbara Etter, “Computer Crime”, Paper Presented at the 4th Outlook Symposium on Crime in Australia -New Crimes Or New Responses Convened by Australian Institute of Criminology, 2001, <http://www.aic.gov.au/conferences/outlook4/etter.pdf> (En Son Ziyaret Tarihi: 25 Ağustos 2003).

olarak kalıyor. Anonim davranış, hem mağdura hem faile yanlış anlamıyla güvenilirlik ve saklılık hissi veriyor.³³

Tabii ki, sadece suça yönelen beyinler değil, korunma önlemleri alan insanlar da aynı durumdan yararlanabilmekteler. Polisler de gerçek hayatta olamayacakları bir kimliğe bürünerek, bilişim uzayında çocuk gibi dolaşıp, kendileriyle temasa geçen kişilere çocuk gibi görünebilmekteler.³⁴

ABD’de Georgia eyaletinde 1996 yılında anonim davranışı engelleyici bir kanun yapıldı. Bu kanun, kimliğini belli etmeyen bir şekilde internet adresi alınmasını veya internette kimliğini belli etmeden dolaşılmasını yasaklıyordu. Kanunun iki amacından biri, kimliğini tamamen belli etmeden bilgi transferini engellemekti.³⁵ (Diğer amacı ise Ticaret Kanunu’nu ilgilendirdiği için ele alınmıyor) Öyle görünüyor ki, kanun yapıcılarının en büyük eksikliği, bilişim uzayının doğasını anlamadan, onu düzenlemeye çalışmaları.³⁶ Bunu bilişim uzayının baskısı altında çırpınış olarak değerlendirebiliriz. Zira, her ne kadar makale içinde anonim davranışın suçu özendirdiği belirtilse de, anonim davranış dolayısıyla karşımıza çıkan zorlukları, onu yasaklayan, ayakları yere basmayan kanunlarla gideremeyiz.

İkinci olarak çocuk pornografisi suçunun bilişim uzayında farklı bir görünüm alması olan psödo-fotoğrafları ele alacağız.

Psödo-fotoğraflar olarak adlandırdığımız bu fotoğraflar, aslında gerçek bir yaşanmışlığın fotoğraf karesine yansımaları değildir. Bu fotoğraflar, elde bulunan bir fotoğrafın, elde bulunan bir başka fotoğrafla birleştirilmesi sonucu üretilen fotoğraflar yani teknolojinin yardımı ile yaratılmış fotoğraflar. Bu fotoğrafların, suç teşkil edip etmediği, bir tartışma konusu.

³³ "Internet Crimes Against Children", U.S. Department of Justice Office of Justice Programs Office for Victims of Crime bülteni. http://www.ojp.usdoj.gov/ovc/publications/bulletins/internet_2_2001/welcome.html (En son ziyaret tarihi: 29 Ağustos 2003).

³⁴ Deborah Radcliff, "Hacking Away at Kiddie Porn" <http://www.cnn.com/TECH/computing/9808/18/childporn.idg/index.html> (En son ziyaret tarihi: 22 Ağustos 2003).

³⁵ Joseph S. Faber, "Regulation of the Internet: A Lesson in Reaching Too Far", <http://www.cyberlaw.com/regint.html> (En son ziyaret tarihi: 26 Ağustos 2003).

³⁶ Joseph S. Faber "Regulation of the Internet: A Lesson in Reaching Too Far".

Zira, ortada bir cinsel sömürü olmadığı ve herkesin istediğini düşünme hakkı olduğu düşüncesi, ciddi boyutlarda temsilci buluyor.

Kanımca, çocuk pornografisinin, çocuğun cinsel sömürüsünün kanunlarda iyi tanımlanması, psödo-fotoğraflarla ilgili bir çok sorunu çözebilir. Elektronik olarak, bir çocuğun cinsellik içerikli konumda tasarlanması, acaba çocuğun cinsel sömürüsünü teşkil edecek midir? Çocukların yüz ifadesi, cinsel ilişki içinde fotoğraflanmış insanların yüzleri yerine monte edildiğinde, bu, suç teşkil edecek midir? Bu durumda çocuğun sadece vesikalık fotoğrafını ele geçiren art niyetli bir şahıs, çocuğu cinsel sömürüye alet edebilecek, ama tanımların dışında kalırsa, ceza kanunu uygulamasının da dışında kalabilecektir.³⁷

Psödo-fotoğraflar ile ilgili geniş değerlendirmeler sonraki bölümlerde yapılacaktır. Ancak, şu kadarını söylemek gerekir ki; çocuk pornografisi psödo-fotoğraflar ile bambaşka bir boyut kazanmak üzere. Bilişim uzayında anonim davranış sayesinde, bir çocukla çocuk olduğu izlenimini vererek veya şefkat gösterir gibi yaparak iletişim kurulabilir. Bu iletişim esnasında ondan fotoğrafını almak çok zor değildir. Bu fotoğrafın diğer bir fotoğrafla birleştirilmesi ve yapılan dijital değişiklikler sonrasında, bir daha bilişim uzayından çıkmamak üzere, bilişim uzayına girmesi çok zor değildir. Bilişim uzayının bu boyutunun suça getirisi ki; mağdurun mağduriyetten haberi olmadan, mağduriyet gerçekleşebilir.

b. Çocuğun Mağduriyetinin Süresi Bakımından

Önceden çocuk pornografisi materyallerine ulaşmak ne kadar zor ise, bugün o kadar kolay. İnsanlar artık, posta yoluyla ulaşmak için adres vermek zorunda değiller. Veya bizzat bir "sex shop" a gidip, bu tarz bir dergiyi, videoyu, elde etmek için çaba harcamak zorunda değiller. Bilişim uzayında yaşayan herhangi bir bilişim insanı, çocuk pornografisine ulaşabilir. Fiziki varlığına dair, gerçek dünyada herhangi bir ipucu bırakmadan suç aktivitesine girişebilir. İnternet sayesinde her şey

³⁷ "Combating Use of The Internet to Exploit Children" Brief Summary Of the Findings of Working Group I of The International Association of Prosecutors <http://www.iap.nl.com/exploit.htm> (En son ziyaret tarihi: 22 Ağustos 2003).

kolaylaşırken, aynı şekilde suç aktiviteleri de kolaylaşmıştır. Dünyanın herhangi bir yerinden bilişim uzayına sunulmuş olan dokümanlar, hızlı bir şekilde ve her zaman orijinalinin kusursuz kopyaları olarak, herkes tarafından ulaşılabilirler. Asıl tehlike de burada başlıyor. Bir kere bilişim uzayında boy göstermiş olan bir dökümanın, onu bilişim uzayına bırakan kişi dahil olmak üzere, kimse tarafından geri alınması mümkün değildir. Bireyden bireye orijinalinin kusursuz kopyası olarak geçişinin sonu yoktur.

Gerçek dünyada fotoğrafın negatifinin imha edilmesi, o fotoğrafın aynı kalitede, aslının aynısı kopyasının elde edilmesinin neredeyse mümkün olmaması demektir. Fiziksel olarak fotoğraflar eskiyecek, onların yeni fotoğraflar gibi elden ele geçmesi mümkün olmayacaktır. Zaman içinde bir çocuğa ait fotoğrafların teker teker yakalanması sonucunda bile, fotoğrafların fiziksel olarak varlığı sona erebilecektir. Ancak bilişim uzayı öyle bir alandır ki; bilişim uzayında bulunan bir fotoğrafın aslının aynısı olarak kopyalanabilmesi için bir "mouse" hareketi yeterli olabilir, insanlar sadece bir fotoğrafın kaplayacağı fiziksel alana, bir CD-ROM içerisine, binlerce fotoğraf sığdırabilirler. Onları "güvenli" bir şekilde saklayabilirler.

Acaba neden bir çocuk pornografisi bulundurmamak suç teşkil eder? Sorusunun cevabı konumuz açısından açıklanması gereken bir husustur. Bir çok ülkede çocuk pornografisinin üretimi, dağıtılması, bulundurulması, suçtur.³⁸ Çocuk pornografisinin bulundurulması, yani seyredilmesi, koleksiyonunun yapılması, pornografik materyali üreten kişi için bir motivasyondur. İnternet ile daha da kolaylaşan yanı ile, bir suç aktivitesine ait arz talep eğrisinin talep boyutunu oluşturmaktadır. Çocuk pornografisinin bulundurulması demek, üretenler yakalansa dahi suçun etkilerinin devam etmesi demektir. Zira, suçta korunan menfaat, çocuğun kişilik haklarıdır. İnternet ile birlikte çocuk pornografisinin bilişim uzayına bir kere girmesi, neredeyse oradan bir daha çıkamaması anlamına gelir. Bu noktadan ba-

³⁸ P. Eve Athanasekou, "UK Report On Internet Law http://droit-internet-2000.univ-paris1.fr/dossier4/Eve_Athanasekou.doc Fernando Galindo, "Internet and the Law From Spain", "Internet Law in Greece" http://droit-internet-2000.univ-paris1.fr/di2000_16htm (En son ziyaret tarihi: 21 Ağustos 2003).

kıldığında, çocuk pornografisinin bulundurulmasının, suçun her gün yeniden işlenmesi anlamında anlaşılabilceği görülür. Zira, bulunduran kişi, zamanla aynı şekilde sapkın ilgi alanı olan başka insanlara fotoğrafları yollayabilecek, dolayısıyla fotoğrafları dağıtmış olacaktır. Bu durumda, fotoğrafları yolladığı kişi fotoğrafları bulunduracağı için bir anda bulundurma ve dağıtma faaliyetleri bir arada işlenmiş olacaktır. Bu basit mantık çerçevesinde bakarsak, fotoğrafın bilişim uzayında bulunmasının suçun sürekli işlenmesi anlamına geleceğini düşünebiliriz. Bu da, mağduriyetin de sürekli devam etmesi demektir.³⁹ Suça yönelen, özellikle bulundurmak suretiyle suçu işleyen insanların, tespit edilmesi, çok kolay değildir. Teknik gelişmeler, bir yandan illegal materyalleri bulunduran insanların yakalanmasını kolaylaştırırken, bir yandan suçluların saklanması yollarını genişletmektedir. Asıl problem, çocuk pornografisinin bilişim uzayında çok kolay ulaşılabilir olmasıdır. Kanımca bu materyallerin bilişim uzayına düşmesi önlenmediği sürece, üreticilerinin yakalanması, fotoğrafların bir çok insan tarafından ele geçirilmesine, yani her seferinde yeni suçların işlenmesine engel olamayacaktır.

Materyalin, bilişim uzayına bir kere girdikten sonra, bilişim uzayından, çıkması için neredeyse imkansız bir şey gerçekleşmeli, bütün kopyaları aynı anda yok edilmelidir. Zira teker teker yakalansalar dahi, tüm materyallerin saniyelerle ölçülecek zaman aralığında, orjinallerinin aynı şekilde kopyalanması ve bilişim uzayına yayılması, daha önce anlatıldığı üzere, çok basit bir prosedürdür.

c. Suçun Hukuki Sınırları Aşması Bakımından

Günümüz ceza hukukları, ülkesellik ilkesine göre, suç hangi ülkede işlendiyse o ülkenin kanunlarını uygulama eğilimindedir. Problem de bu noktada başlıyor. İnternet suçun bir parçası haline geldiğinde, suçun hangi ülkede işlendiğini belirlemek kolay gözüküyor.⁴⁰

³⁹ Max Taylor, Ethel Quayle, Gemma Holland, "Typology of Paedophile Picture Collections", The Police Journal 74 (2) 97-107 <http://copine.ucc.ie/attachments/typology.pdf> (En son ziyaret tarihi: 29 Ağustos 2003).

⁴⁰ Agnès Fournier de Saint Maur, "International Cooperation in Law Enforcement", s. 121.

Uluslararası ceza hukukunda, internet yoluyla işlenen suçların hangi ülkede işlendiğinin belirlenmesi üzerine üç teori öne sürülüyor. İlki, hareket teorisi. Bu teoriye göre suç, ilgili yerler arasından hangisinde tam manasıyla oluştuysa orada suç olmuş sayılıyor. Sonuç teorisi ise suçun oluştuğu yeri belirlemede temel olarak zararın doğduğu yeri almaktadır. Uzlaştırıcı teori diyebileceğimiz üçüncü teoriye göre ise, diğer iki teorinin görüşü birleştirilerek, suça ait bilgiler nerede ele geçirilirse, suç orada işlenmiş sayılıyor.⁴¹ Son teorinin kabul görmesi düşünülürse, gereğinden fazla hukuk enflasyonu karşılaşılabiriz. Ne kadar devlet varsa, o kadar kanun işin içine girebilir. Zira konumuz itibarıyla çocuk pornografisi teşkil eden görüntüler, her yerde saptanabilir. Çocuklar dünyanın her yerinden yayınlanan pornografik içerikli görüntülerle bilişim uzayında karşılaşılabirler.

Bu yönüyle suçun coğrafi sınırları aşması, hukuki sistemlerin hukuki sınırlarını aşmasını beraberinde getirmektedir. Bir sonraki bölümde ayrıntılarıyla inceleneceği üzere, internet vasıtasıyla dünyanın her yerinden çocuk pornografisi materyallerine ulaşılabiliniyor. Dünyanın her yerinden çocukların, bilişim uzayındaki cinsellik içerikli sitelere ulaşabilmesi mümkündür. Ayrıca dünyanın her yerindeki çocuklar, dünyanın her yerindeki çocuklara cinsel eğilimi olan insanların hedefine yerleşebiliyor.

B. BİLİŞİM UZAYINDA ÇOCUĞUN CİNSEL SÖMÜRÜSÜNÜN TIPLERİ

Bilişim uzayının internetin katkısı ile birlikte bir alan kazanması, suç aktivitesinin bundan önceki faaliyet alanını terkedip, yeni bir alanda, faaliyet göstermesi sonucunu doğurdu.

İlk bakış açısı içerisinde interneti, çocuk pornografisinin ve pornografinin dağıtımını açısından yeni bir araç olarak da görmek mümkün. Ancak, bizzat internetin ve dolayısıyla bilişim uzayının, çocukların cinsel sömürüsünün gelişiminde ve propaganda-sında kayda değer psikolojik etkisi olduğu görülmektedir.⁴²

⁴¹ Agnès Fournier de Saint Maur, "International Cooperation in Law Enforcement", s. 121.

⁴² Max Taylor, Ethel Quayle, "Child Pornography An Internet Crime", s. 2.

Başlangıçta, bilişim uzayında çocuğun cinsel sömürüsü başlığından ne anladığımızı anlatmamız gerekir. Zira bu makalenin iddiasıdır ki, çocuğun cinsel sömürüsünün üç açısı vardır. Birincisi, pek tabii ki, çocuğun cinsellik içerikli görüntünün içinde bulunmasıdır. Ancak ikinci bakış açısını göz ardı edemeyiz. Cinsellik içerikli fotoğrafların veya cinsellikle ilgili bilimsellik dışı, yalan yanlış bilgiler içeren materyallerin, çocukların çok kolay ulaşabilecekleri bir alanda bulunuyor olması da, çocuğun cinsel sömürüsünü teşkil eder. Üçüncü açı olarak, çocuktan cinsel olarak faydalanmak için, internetin çocuğa yaklaşmayı, hiç bir zaman olmadığı kadar kolay hale getirmesi anlaşılmaktadır.

a. İnternetin Çocuk Pornografisi Dağıtımı Açısından Araç Olması

Çocuk pornografisini neyin teşkil ettiği sorusunun cevabı çok açık değildir. Kriterler ve standartlar, toplumdaki topluma, kültürden kültüre, örften örfte, inançtan inanca farklılık gösterebiliyor. Her ne kadar sosyal, kültürel, dinsel inançlar direkt olarak yasalara yansımaya da, çocuk pornografisinin tıpkı çocuğun tanımı gibi devletten devlete, aynı devlet içinde değişik yasama faaliyetleri arasında farklılık gösterebiliyor.⁴³ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları sözleşmesi 18 yaşının altındaki kişileri çocuk sayıyor.⁴⁴

Çocuk ve çocuk pornografisinin çeşitli ülke hukuklarında farklılık gösterdiğini biliyoruz.⁴⁵ 1996 Stokholm Çocukların Cinsel Sömürüsüne Karşı Dünya Kongresi, çocuk pornografisini “çocukları şehvet uyandırmak için kullanan görüntülü veya radyo sinyalleriyle yayılan her türlü materyal” olarak tanımlıyor. Aynı kongreye göre, çocuk pornografisi kavramının içerisine,

⁴³ Yaman Akdeniz, “Governance of Pornography and Child Pornography on the Internet”, Law & The Internet Regulating Cyberspace, Edited by Lilian Edwards -Charlotte Waelde, Hart Publishing, OXFORD,1997, s. 225.

⁴⁴ Carlos A. Arnaldo, “Child Pornography and Paedophilia: Attempting a Definition”, Child Abuse On the Internet - Ending the Silence, edited by Carlos A. Arnaldo, Berghahn Books - UNESCO Publishing, Paris 2001, s.39.

⁴⁵ Agnès Fournier de Saint Maur, “Sexual Abuse of Children on Internet: A New Challenge for INTERPOL” http://www.innocenceindanger.org/innocence_fr/teaching.html (Enson ziyaret tarihi: 26 Ağustos 2003).

çocukları açık cinsel davranış içerisindeyken tasvir eden, gerçek veya yapay görüntüler veya cinsel organın cinsel istek uyardırma amacıyla sergilenmesi de giriyor. Bu tarz materyallerin üretimi, dağıtımı ve kullanılması da aynı çocuk pornografisi kavramının içerisinde değerlendiriliyor.⁴⁶

Çocuk pornografisinden bahsedebilmek için en azından bir fotoğrafın objesi olan bir çocuğun varlığı gerekir. Yerel hukuklar çocuğu, doğum yılından itibaren hesaplanan bir zaman dilimi ile açıklamaktadır. Batıda genel olarak, çocukluk devrini 18 yaş ile sona erdiren kanunlar çoğunluktadır. Sosyolojik olarak da denilebilir ki; yaşanan çevre, aile, arkadaş ilişkileri, bireysel hayat deneyimleri, çocukluk dediğimiz sosyal ve kültürel aşamanın bireyden bireye, toplumdaki topluma değişmesine neden olur. Bu nedenle, bir genel geçer kural yerleştirmek durumunda olan kanun koyucu toplumun şartlarını gözönüne alarak, bir yaş sınırı olarak çizmek durumundadır.

Her şeye karşın, sorun teknik hukuk açısından değil de hukuk uygulayıcısı açısından başlamaktadır. Fotoğraflarda çocuğu tespit etmek çok kolay değildir. Çocuk pornografisi dağıtımını yaptığı iddia edilen bir kişi yakalandığında, dağıttığı fotoğrafların altında çocukların yaşı ile ilgili muhtemelen bir bilgi bulunmayacaktır. Eğer fotoğraftakilerin yaşlarının açık bir şekilde 18'in altında olduğu görülüyorsa, şüpheye yer kalmayacaktır. Ama bir fotoğraftan 17 yaşındaki bir kişi ile 18 yaşındaki bir kişi, hatta 20 yaşındaki bir kişi nasıl olur da ayırdedilir? Bu konuda karar vermek de kanun uygulayıcısı açısından oldukça güçtür.

Bir çok batı ülkesinde çocuk pornografisini üretmenin yanı sıra, bulundurmaya da başlı başına bir suçtur. Bu nedenle denilebilir ki; çocuk pornografisinde üç tarz birbirinin devamı ve türevi suçla karşılaşırız. Bunlardan biri çocuk pornografisinin üretimi, diğeri dağıtımını, diğeri ise bulundurulmasıdır.

İnternette çocuk pornografisinin kaynakları dörde ayrılır. İlk olarak web'i sayabiliriz. Araştırmalar ve istatistikler göstermekteki, internette en çok ilgi gören siteler pornografik siteler.

⁴⁶ Carlos A. Arnaldo, "Child Pornography and Paedophilia: Attempting a Definition" s. 39.

Bu sitelere ziyaret bilgileri içerisinde çocuk pornografisine ilgiyi seçmek mümkün değil. Genelde siteler her iki tarz materyali birden bulunduruyor.⁴⁷

İkinci olarak haber grupları, üçüncü olarak sohbet odalarını, son olarak da ilan panolarını sayabiliriz. Giriş bölümünde açıklanan bu internet üniteleri, bireyler arası materyal değişiminin hızlı ve "güvenli" bir şekilde yapılmasını sağlamaları yönüyle, çocuk pornografisinin dağıtımını açısından kilit rol oynamaktalar. Bu internet üniteleri sayesinde bilişim uzayında sapkın topluluklar oluşmakta, bu topluluk üyeleri fiziksel yaşantının statüler halinde yapılmasından sıyrılarak suç aktivitelerine girişebilmekteler.⁴⁸ Mesela, araştırmalar gösteriyor ki haftada bin çocuk pornografisi içerikli fotoğraf, herkesin ulaşabildiği haber gruplarına gönderiliyor.⁴⁹

Bu konuda, kullanılan en gelişmiş teknoloji ise canlı video konfransına izin veren teknolojidir. Bu teknoloji de bir çok yenilik gibi çok yararlı amaçlar için kullanılabilirken, aynı zamanda ciddi sapkın davranışlara araç olabiliyor. Canlı ses ve görüntü, bilgisayara bağlanan kamera ve mikrofon marifetiyle internet üzerinden iletilebiliyor. Bu yeni teknoloji, çocuk pornografisine değişik bir aşama kazandırdı diyebiliriz. Üç boyutlu canlı görüntüyü, çocuk pornografisi tüketicisine (çocuk pornografisi bulunduran kişiye) sağlayan bu teknoloji, tüketicinin suça iştirakini pasif konumda olmaktan çıkarıp, tüketicinin interaktif katılımını sağlıyor. Böylece tüketici, aynı zamanda, çocuk pornografisinin üretimi suçuna iştirak etmiş oluyor. Zira, tüketici interaktif olarak, istediği sahnenin gözler önüne serilmesi için direktifler vererek, çocuk pornografisinin üretimine de katılmış oluyor.⁵⁰

İnternetin çocuk pornografisinin dağıtımını ve çocuk pornografisine ulaşımı kolaylaştırması, bunu fiziksel dünyayı

⁴⁷ Ofelia Calcetas- Santos, "Child Pornography on the Internet", Child Abuse On the Internet -Ending the Silence, edited by Carlos A. Arnaldo, Berghahn Books - UNESCO Publishing, Paris 2001, s. 58.

⁴⁸ Max Taylor, Ethel Quayle, "Child Pornography An Internet Crime", s. 121 vd.

⁴⁹ Ethel Quayle, Max Taylor, "Peadophiles, Pornography and The Internet: Assessment Issues", British Journal of Social Work 32, 2002, s. 869.

⁵⁰ Ofelia Calcetas- Santos, "Child Pornography on the Internet", s.58-59.

ekarte ederek yapması, bazı önemli sonuçlar doğurur. İnternet, çocuk pornografisine ilgi duyan kişiler için büyük kolaylık arz etmektedir. Buna öncelikle tüm dünyaya, tüm zamanların en hızlı medya aracı vasıtasıyla ulaşılabilir. Ayrıca internetin, dijital kalitede görüntülere, basılmış yayından daha ucuza ulaşımı sağlıyor olması; internet sayesinde film, fotoğraf gibi materyaller kopyalandıkça ve yaşlandıkça kalitesinde eksilme olmayan bir şekilde saklanabiliyor olması, failer açısından suçu cazip kılmaktadır. Son ve en etkili sebeplerden birisi de, internet ortamında anonim davranışın mümkün olması ve kimliğin saklanması, dolayısıyla tüketicilerin eskisi gibi büyük riskler almaması olarak gösterilebilir.⁵¹ Ayrıca, artık çocuk pornografisi koleksiyonları eskisi gibi çok yer tutan, fiziksel bir görünümü olan yapılarda değiller. Bu durum da materyallerin saklanmasını, basılı materyale göre daha kolay ve "güvenli" kılmaktadır. Böylece büyük koleksiyonlar oluşturabilen insanlar çocuk pornografisi bulundurma suçunu, gerek bilgisayarlarda, gerekse CD-ROM'larda çok kolaylıkla işleyebilmekteler. Ancak Birleşik Krallıkta Atkins v. DPP davasında karşılaşıldığı gibi, bilgisayarlar kimi zaman bir kere monitörde görünen imajları kopyalayabilirler. Bu tarz kopyaların bilgisayarda bulunması acaba suçu oluşturacak mıdır? Bu konuda Mahkeme'nin kararı yerindedir. Bir çok kanun gibi Birleşik Krallık kanunlarında da (1994 düzenlemeleriyle 1978 protection of child act) bulundurmak ile kast edilen; kasıtlı olarak, yani bilerek ve isteyerek bu fotoğrafların bilgisayarda bulundurulmasıdır.⁵²

İtalyan Temyiz Mahkemesi'nin, internet aracılığıyla suç teşkil eden materyalin dağıtımını konusunda verdiği kararı incelemeye değer buluyorum. Bu davada, fail sohbet odasında çocuk pornografisi içerikli fotoğrafları, sohbet ettiği muhatabına gönderiyor ve bu kişinin polis olması nedeniyle tespit edilen fail hakkında dava açılıyor. İtalyan Temyiz Mahkemesi'nin 2003 yılında verdiği kararda, eleştirilmeye değer bir sonuca vardığını görüyoruz. İtalyan Ceza Kanunu'nun 600. maddesine 1998 yılında eklenen 3. bendi, pornografik materyallerin üretimi için çocukları kullanan ve materyallerin ticaretini yapan kişileri cezalandırıyor. Ayrıca bilişim teknolojileri dahil olmak

⁵¹ Ofelia Calcetas, Santos, "Child Pornography on the Internet", s. 58.

⁵² Clive Gringras, "The Laws of The Internet", s. 326-327.

üzere, her türlü vasıtalar ile çocukların sömürülmesini teşvik eden bir haber ya da bilgiyi dağıtan, ifşa eden veya reklamını yapan herkesi cezalandırıyor. Son olarak başkalarına, bedava dahi olsa, çocuk pornografisini ileten kişileri ceza kapsamına alıyor.⁵³ 600. maddenin 4. bendi ise çocuk pornografisini bilerek temin eden ve bilerek bulunduranları cezalandırıyor.⁵⁴

Mahkeme'ye göre, 600. maddenin 3. bendi burada anlatılan olayda uygulanamaz. Mahkemeye göre, sohbet odalarındaki materyal aktarımı yayma teşkil etmez. Ancak kişiden kişiye iletimi teşkil eder. Mahkemenin görüşüne göre, 3. bend ise bir kişiden çok kişiye materyallerin yayılması durumunda uygulanabilir ve bu davada ancak 600. maddenin 4. bendi uygulanabilir.⁵⁵

Sohbet odaları ve pornografik materyallerin dağıtımını ile ilgili İtalyan Temyiz Mahkemesi kararı göstermektedir ki; yargı mercilerinin bu gibi durumlarda, kanunları ruhuna aykırı uygulamaları için, bilgilendirilmeleri gerekmektedir. Aksi takdirde, bir sohbet odasından diğerine gönderilen materyalin, bilgisayar başında bulunabilmesi ihtimali olan bir çok kişi tarafından, elde edilebileceğinin farkında olması gereken Yüksek Mahkeme, belki de bilişim uzayında faaliyetin ne şekilde cereyan edebileceğinin farkında olmaması nedeniyle, kanun maddesinin ruhuna aykırı davranabilmektedir. Daha geniş bir bakış açısı ile şu soru sorulabilir; Mahkeme, eğer birebir çocuk pornografisinin dağıtımını ilgilendiren 4. fıkra olmasa idi, bu konuyu düzenleyen bir kanun olmadığına mı karar verecekti?

Görüldüğü gibi çocuk pornografisi, aslında bir klasik suç olması nedeniyle kanunlarımızda yer alan bir suç tipidir. Teknolojinin ilerlemesiyle bazı eklemeler yapılarak kanunlara, bu tür materyallerin teknoloji vasıtasıyla daha çok insana yayılması, daha ağır cezalandırılmıştır. Bilişim uzayı farklı bir dünya

⁵³ Ali Osman Özdilek, "Chat Room'larda Yapılan Çocuk Pornografisi ile İlgili İtalyan Yargıtayı Kararı" <http://www.bilisimhukuku.net/pdf/35.doc> (En Son Ziyaret Tarihi: 26 Ağustos 2003).

⁵⁴ Ali Osman Özdilek, "Chat Room'larda Yapılan Çocuk Pornografisi İle İlgili İtalyan Yargıtayı Kararı".

⁵⁵ Ali Osman Özdilek, "Chat Room'larda Yapılan Çocuk Pornografisi İle İlgili İtalyan Yargıtayı Kararı".

olsa ve gelecek için gerçek hayattan farklı bir dünya vaat etse de; konumuzu teşkil eden suçun klasik bir suç olması nedeniyle, fail tespit edilebilindiği takdirde, elimizdeki kanunlar yeterli olabilecektir. Ancak bu; kanun uygulayıcılarının elimizdeki kanunları gerçek hayatın bakış açısıyla değil, o kanunların uygulandığı bilişim uzayının bakış açısıyla bakarak uygulaması şartı ile⁵⁶ mümkün olabilecektir.

Fail profilini ele alacak olursak, şöyle bir tablo önümüze çıkıyor. Genellikle, rüşet sahibi kimseler, çoğunlukla erkekler, fail profilinin içerisinde büyük oranda yer tutuyorlar.⁵⁷ Failler sanıldığı kadar uzakta değil. Belki de bu yüzden hukuksal önlemler almak sorunun çözülmesi açısından ne kadar önemliyse, çocuk pornografisinin doğasını anlayıp, potansiyel mağdurlarla, sapkın davranışa yönelen insanlar arasındaki bağı anlamak bir o kadar önemlidir. İnsanların profillerini incelemek ve suç bilimsel açıdan bu insanların suça neden yöneldiğini bulmak; suçun önüne geçmek açısından yararlı olabilir. Çocuk pornografisine yönelen insanlar o kadar uzakta değil demistik. Maddi durumu iyi, meslek sahibi insanlar. Doktor, mühendis, öğretmen, medya mensubu, polisler; bu sayılan meslekler ABD’de yakın zaman içerisinde bu suçtan dolayı hüküm giyen insanların mensup oldukları meslek gruplarıdır.⁵⁸ Fail profilini, genelde erkeklerin oluşturmasına rağmen, sadece yetişkin erkekler değil, aynı zamanda kadınlar da fail profilinde yer alıyor. Üstelik bu suç, bir yaş grubunun marifeti de değil. 13 ile 75 arasında bir yaş skalasına yayılmış durumda. 13 yaşındaki bir kişi çocuk pornografisini dağıtmaktan yargılanırken, 75 yaşındaki bir kişi de üretmekten hüküm giyebiliyor.⁵⁹ Çocuk pornografisi bulundurma suçu hakkında bildiklerimiz çok kısıtlı, kanımca, vahim olanı da bu. Ne kadar insanın bu tarz bir koleksiyonu⁶⁰

⁵⁶ İnternet Hukukunda Bakış Açısı Problemleri için bkz., Orin S. Kerr, “The problem of Perspective in Internet Law”, George Washington University Law School Georgetown Law Journal, Volume 91, 2003, s. 357-405.

⁵⁷ Max Taylor, Ethel Quayle, “Child Pornography An Internet Crime”, s. 4.

⁵⁸ Max Taylor, Ethel Quayle, “Child Pornography An Internet Crime”, s. 5.

⁵⁹ Max Taylor, Ethel Quayle, “Child Pornography An Internet Crime”, s. 5.

⁶⁰ Çocuk pornografisi koleksiyonunun ayrıntılı incelemesi için bkz., Max Taylor, Ethel Quayle, Gemma Holland, “Typology of Paedophile Picture Collections”, The Police Journal 74 (2) 97-107, <http://copine.ucc.ie/attachments/typology.pdf> (En Son Ziyaret Tarihi: 29 Ağustos 2003).

var ve ne kadar insan çocuk pornografisi materyallerine sahip bilmiyoruz.⁶¹ Aynı şekilde, yetişkinlerin çocuklara karşı cinsel ilgisinin boyutları hakkında da herhangi bir bilgimiz yok. Ancak tüm bildiğimiz bu suçtan hüküm giyen insanların sayısının gittikçe arttığı. Konuyla ilgili üstünkörü ipuçları da yok değil. FBI araştırmasının sonuçlarına göre, çocuk pornografisi içerikli bir internet sitesine üyelik satma faaliyeti gösteren bir şirket, bir ay içerisinde 1,4 milyon dolar gelir elde etti. Bu girişim, sadece ABD’den üç bin beş yüz başvuruyla karşılaştı. Bu araştırmanın sonuçları, çocuk pornografisinin boyutlarını ve internetin işin içerisine girmesiyle, ne kadar yaygınlaşabileceğini veya yaygınlaştığını göstermektedir.⁶²

Faillerin neden çocuk pornografisi bulundurduğu yönünde, internetten çocuk pornografisi indirerek, bulundurma suçundan hüküm giymiş, on üç kişi üzerinde bir araştırma yapıldı. Bu araştırmanın bulguları göstermekte ki; failerin tahmin edebileceğimiz, sapkın eğilimlerinin ve amaçlarının olmasının yanı sıra, failerin suça yönelmelerinin altında tamamen toplumsal bazı nedenlere de rastlanmaktadır. Mesela çocuk pornografisinin sohbet odalarında sosyal ilişkiyi kolaylaştırdığı ve çocuk pornografisinin gerçek hayattan kaçmak olduğu yönündeki bulgular⁶³ göstermektedir ki; suçlunun suça yönelmesinin altında sosyolojik ve psikolojik nedenler, daha basit bir ifadeyle, insan olmasından ve toplum içinde yaşamasından kaynaklanan sebepler önemli yer tutmaktadır.

Morahan - Martin and Schumacher’e göre internet insanların sıradan, ilginçliğini yitirmiş, çoğu zaman mutsuz yaşantılarına hareket getiriyor. İnsanlar için çocuk pornografisi bulundurmak gibi sapkın davranışlar, normal sınırları aşmış, kendine özel bir hayat kurmanın yolu haline dönüşüyor.⁶⁴

⁶¹ Max Taylor, Ethel Quayle, "Child Pornography An Internet Crime" s. 5.

⁶² Max Taylor, Ethel Quayle, "Child Pornography An Internet Crime", s. 5.

⁶³ Ethel Quayle, Max Taylor, "Child, Pornography and the Internet: Perpetuating a Cycle of Abuse" Deviant Behaviour 23 (4), s. 331-361 http://copine.ucc.ie/attachments/deviant_behaviour.pdf (En son ziyaret tarihi: 29 Ağustos 2003).

⁶⁴ J. Morahan-Martin and P. Schumacher, "Incidence and Correlates of Pathological Internet Use Among College Students," Computers in Human Behavior, s. 13-29, Vol. 16, 2000 Aktaran: Max Taylor, Mary Vaughan, Ethel Quayle, "Sex Offenders, Internet Child Abuse Images and Emotional Avoidance: The Importance Of Values" http://copine.ucc.ie/attachments/importance_of_values.pdf (En son ziyaret tarihi: 29 Ağustos 2003).

Fail profilinde bir sınıflama yapacak olursak; iki çeşit davranış ve iki çeşit insan profilinin, internette, failer arasında var olduğunu söylemek mümkündür. Pasif sapkınlar olarak değerlendirebileceğimiz birinci grubu kontrol etmek mümkün olmadığı gibi, çoğu zaman tespit etmek de mümkün değil. Onlar sadece bazı pasif aktiviteler ile yetinip tüketici kitleyi oluşturmaktalar. Mesela bazı dökümanları arayıp, bulmak ve kendi kişisel bilgisayarlarına indirmek gibi. Cinsellik içerikli sitelere giren binlerce insanın olduğu ve bu insanların düzenli olarak cinsellik içerikli siteleri taradıkları bilinmektedir. Bu da demektir ki bu kitle pasif bir tüketici kitlesini oluşturmaktadır. Bir diğer grup ise, illegal materyalleri dağıtan kitledir. Onlar aktif olarak suç aktivitesinin içerisinde diyebiliriz. Onları uyuşturucu satıcılarına benzetebiliriz. Onlar, daha çok illegal materyalleri kullanmaktan çok, dağıtmakla meşgul olan insanlar olarak tanıtılabilir.⁶⁵

Çocuk pornografisi bulunduran ve dağıtan faillerden sonra üreticiyi ele alabiliriz. Üretici, çocuğa saldıran, onu cinsellik içerikli pozlara sokan ve onu o şekilde görüntüleyen kişi olarak tanımlanabilir. Bu yönüyle üreticilerin sonraki bölümlerde incelenecek internet aracılığıyla çocuklara yaklaşan kişiler arasında olması muhtemeldir. Bu kişilerin genellikle iki amaç için materyalleri ürettiklerini görüyoruz. Birincisi, kendi özel kullanımları için, ikincisi ise dağıtmak için. Ama üreticilerin genellikle çocukların ailesinden biri olması veya bakıcıları olması ya da aile etrafındaki kişilerden biri olması durumunu⁶⁶ fiziksel olarak olmasa da, duygusal olarak şaşırtıcı bir bulgu olarak görüyorum.

Çocuk pornografisinin en belirgin ögesi çocukların yüzlerindeki gülümseme ve mutluluk ifadesi. Yapılan araştırmalar çocuklara cinsel eğilimi olan kişilerin çocukların acı çekerken görüntülerini beğenmediklerini gösteriyor. Araştırmalar, genel olarak çocukların bu şekilde görüntülenmekten zevk aldıkları izlenimini veren fotoğraflarının veya bir diğer deyişle, çocuk-

⁶⁵ Rachel O'Connell, "Paedophiles Networking on The Internet", Child Abuse On the Internet -Ending the Silence, edited by Carlos A. Arnaldo, Berghahn Books UNESCO Publishing, Paris 2001, s. 76-77-78.

⁶⁶ Max Taylor, Ethel Quayle, "Child Pornography An Internet Crime", s. 23.

ların isteyerek bu pozları verdikleri izlenimini veren fotoğraflarının failer tarafından tercih edildiğini gösteriyor.⁶⁷

Konunun bir başka boyutu da, psödo-fotoğraf olarak bilinen, çocuğun yüzünün bir cinsel ilişki içinde görüntülenen yetişkinlerin vücutları ile foto-montaj sonucunda birleştirilmesiyle, çocuğun sömürsünün yapılması durumudur. Böylece, çocukla fiziksel temas kurulmadan, hatta çocuğu hiç görmeden, sadece elde bulunan fotoğrafı vasıtasıyla, çocuğun cinsellik içerikli fotoğrafları hazırlanabilir.

Psödo-fotoğrafların hukuki niteliği tartışmalıdır. Bu tarz fotoğrafların çocuk pornografisini teşkil etmediğini düşünen bir kitle de var. Zira 2002 yılında, Ashcroft v. Free Speech Coalition davasında Mahkeme, çocuk pornografisinin gerçekleşmesi için gerçek çocuk görüntülerinin olması gerekir diyerek, çocukların dijital olarak foto-montajla yapılmış görüntülerinin bulunulmasını suç olmadığı yönünde karar verdi.⁶⁸ Ashcroft v. Free Speech Coalition davasında, Mahkemenin bu yönde karar vermesi, bu yöndeki görüşlerin ne kadar ciddi boyutlarda temsilci bulunduğunu gösteriyor.⁶⁹

İnsanın vücudunun en belirleyici ögesi yüzdür. Ceza hukuklarının, çehrede kalıcı iz bırakmayı daha ağır bir şekilde cezalandırmalarının mantığında, insan yüzünün insan vücudunun, çok belirleyici bir ögesini oluşturduğu düşüncesi yatar. Bir çocuğun sıradan bir fotoğrafının, üzerinde dijital değişiklikler yapılarak, onu cinsel ilişki içerisindeyken gösteren fotoğrafların üretilmesi, çocuk pornografisi suçunu oluşturmalıdır. Bu fotoğraflarda çocuğun kimliğini temsil eden yüz ifadesi kullanılmaktadır. Bu fotoğraflarda gerçek bir çocuğun olmadığını düşünmek, bazı kavramları birbirine karıştırmak olur. Zira, burada suç olarak düzenlenen konu, çocuğu cinsel ilişki içerisindeyken gösteren fotoğraflardır. Bu fotoğrafların arkasında bir gerçeklik varsa, yani 18 yaşından küçük bir kişiyle cinsel ilişkiye giren bir yetişkin mevcutsa, bu hareket ayrı bir suçu teşkil eder.

⁶⁷ Max Taylor, Ethel Quayle, "Child Pornography An Internet Crime", s. 22

⁶⁸ Ashcroft v. Free Speech Coalition davası için bkz., <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=000&invol=00-795> (En son ziyaret tarihi: 29 Ağustos 2003).

⁶⁹ Bu dava, makale içerisinde tekrar incelenecektir.

Kesin belirleyici tanımlar kanunlarda yer almadığı takdirde, suçun her halini kapsamayan, yani faile kaçış yolu bırakan tanımlamalar yapılmış olur. Kanun tanımlaması, sınırları düzgün çekmeli, ama sınırların düzgün çekilmesi için temelinde suç bilimsel araştırmalar ve bulgular olmalıdır.

İnternet ile psödo-fotoğrafların üretiminin veya çeşitliliğinin arttığını söylemek zor olmasa gerek. Zira sohbet odalarından, bilişim uzayında konuştuğu kişilere fotoğraflarını gönderen çok insan var. Sohbet sırasında insanların birbirlerine anında döküman göndermeleri de mümkün. Çocuklarla iletişime geçen bir kişinin, onun fotoğrafını istemesi ve çocuğun fotoğrafını o kişiye göndermesi beklenemeyecek bir durum değildir. Bu şekilde fotoğrafı elde eden bir kişinin, fotoğrafın sahibinin haberi olmadan, ona ait fotoğrafı kullanarak, çocuğun cinsel ilişki içindeyken görüntülerini üretebileceği açıktır. Bu durumda çocuğun haberi olmadan bu görüntülerin, bilişim uzayında gezinmesi mümkün olabilir. Yani, daha öncede belirtildiği üzere, mağdurun haberi olmadan, mağduriyet gerçekleşebilir.

Bir başka sorun ise; bugün yaşanan ve sanırım ilerde daha yoğun yaşanacak olan bir sorundur. Şu anda internette bulunan fotoğraflardan bazıları 30 yaşından daha yaşlıdır. Fotoğraflarda pornografik görüntülerde teşir edilen çocuklar artık kırk yaşının üstündeler. Bir çoğunun eşi ve çocukları var.⁷⁰ Bu fotoğrafların mağdurun ailesinin yaşantısını ve çocukluğundan başlayarak, mağdurun yaşantısını nasıl etkilediğini düşünürsek, sanırım sorunun vehameti daha rahat anlaşılır. Unutulmaması gereken bir husus bu noktada düğümleniyor; bu suç mağdursuz bir suç (victimless crime) değildir. Bu suçun mağduru bir kişi, bir çocuktur. Bilişim uzayının katkısıyla, mağdurun peşini bırakmayan bir suçla karşı karşıyayız.

Eski fotoğrafları yenilerinden ayırmak, mağdurun kriminolojik açıdan incelenmesi yani viktimoloji bakımından önemli. Eski fotoğraflara nazaran, yeni fotoğraflar, halen risk altında olan bir çocuğu işaret ediyor olabilirler. Bu durumda, elimizdeki bilgiler, dışarıdaki herhangi bir çocuktan mağdur olma ihtimali daha çok olan bir çocuğu gösteriyor demektir.

⁷⁰ Max Taylor, Ethel Quayle, "Child Pornography An Internet Crime", s.19.

Suç oluşmadan suçu önlemek bakımından, bu ihtimallerin değerlendirilmesi önemlidir.

İnternetin yaygınlığı ve içerdeki dökümanların trafiğinin hızı, akla gelen tüm sorunların yanı sıra polis faaliyeti için zorluklar da getiriyor. Mesela yeni çocuk pornografisi görüntüleri internette görüldüğünde, bu suçla hangi polis ilgilenecektir? Bu görüntülerin yeni olup olmadığıyla kim ilgilenecektir? Suçun nerede işlendiğine kim karar verecektir? Fotoğraflar yeniyse, muhtemelen üreticileri yakalanmamış olacaktır. Mağdur ise, halen yeni mağduriyetlere en elverişli çocuklar arasında yer alıyor olacaktır. Fotoğrafların üretildiği dakikanın hemen ertesinde, dünyanın dört bir yanına dağıtılabileceğini düşünürsek, failin ve mağdurun tespit edilmesinin ne kadar zor olduğu anlaşılır. Fotoğrafların, üretildiği yerden binlerce kilometre uzakta, ele geçirilmesi, ne suçun etkilerinin önüne geçer, ne de müteakip suçların önlenmesine yardımcı olur. Pasif olarak, çocuk pornografisi bulundurarak, sadece tüketim faaliyetine katılan failerin yakalanması çok önemlidir. Ancak, üretim faaliyetine katılan failerin tespiti, müteakip suçların oluşmasını da engelleyici etkisi olan bir çalışma olacaktır. İnternetin katkısıyla, coğrafi sınırlar tanımayan failer, hukuk sistemlerinin ve polis araştırmalarının coğrafi sınırların baz alınarak düzenlenen yapısından da yararlanmaktadırlar.

Ayrıca bir çok defa çocuklar, suçluluk duydukları için, utandıkları için veya muhtelif sebeplerden dolayı, suçu kabul etme yoluna gitmektedir. Bu da tabii ki mağdurun kimliğinin tesbiti, onun kimliğinin korunması ve müteakip mağduriyetlerden korunması konusunda araştırma yapan kişilere zorluk çıkarmaktadır.⁷¹

Araştırmalara göre, her ay iki yeni çocuğun fotoğrafları haber gruplarında görüntüleniyor.⁷² Bir gerçeği ortaya koyan veri ise, özellikle kız çocuklarının yaşlarının gün geçtikçe küçüldüğünü işaret ediyor. Ayrıca aile ortamında çekilen, mesela bir evin odasında çekildiği anlaşılan fotoğrafların sayısındaki artış kayda değer niteliktedir. 2001 yılında Doğu Avrupa kökenli

⁷¹ "Internet Crimes Against Children", U. S. Department of Justice Office of Justice Programs Office for Victims of Crime bülteni.

⁷² Max Taylor - Ethel Quayle "Child Pornography An Internet Crime", s. 42.

çocukların fotoğraflarında artış gözükmemektedir.⁷³ 2002 yılında ise Güney Amerikalı ve Doğu Avrupalı çocukların görüntülerinde artış gözüküyor.⁷⁴

Görüldüğü gibi, genelde yoksul ülkelerin çocuklarının fotoğraflarının sayısında artışlar gözüküyor. Burada bir dönünün olduğunu fark edebiliriz. Yoksul ülkelerin çocukları için internet; çocuk pornografisi fotoğraflarının dolaşımı, yayılması, pazarının genişlemesi yönünden tehlike oluştururken, gelişmiş ülkelerin çocukları için uygunsuz, açık seçik görüntülerin onlara ulaşmasını kolaylaştırması yönüyle tehlike teşkil etmektedir. Gelişmiş ülkelerin çocukları için aynı tehlikenin, onlara internet vasıtasıyla yaklaşmanın kolay olması nedeniyle devam etmekte olduğunu da unutmamalıyız.

b. Çocukların İnternet Aracılığıyla Pornografiyle Karşılığıyla

Bilişim uzayında pornografik içerikli materyallere nasıl karşılaşılr? sorusunun tek bir cevabı yok. Web sitelerinden ulaşılabilineceği biliniyor. Aynı şekilde haber gruplarından kişiden kişiye materyallerin geçebileceği de biliniyor. Sohbet odalarından insanların, her türlü materyal gibi, pornografik içerikli materyalleri de birbirlerine gönderebileceği açık.

Çocuklar, cinsellik içerikli sitelere, kendileri arayarak girebilecekleri gibi, cinsellik içeriğiyle gönderilen e-mailler yoluyla, sohbet odalarında, haber gruplarında, veya web sitelerinde, bu tarz materyallerle karşılaşabilirler. Araştırmalara göre, genelde bilişim uzayında cinsellik içeriğiyle istem dışı karşılaşmalar yaşanmaktadır.⁷⁵ ABD’de 2002 yılında internete giren her dört çocuktan biri, cinsellikle karşılaştı ve bu karşılaşmalardan %73’ü arama motorlarında arama yaparken veya

⁷³ Max Taylor - Ethel Quayle, Gemma Holland “*Child Pornography The Internet and Offending*”, http://www.isuma.net/v02n02/taylor/taylor_e.shtml (En son ziyaret tarihi: 21 Ağustos 2003).

⁷⁴ Max Taylor, Ethel Quayle, “*Child Pornography An Internet Crime*”, s. 42.

⁷⁵ Dick Thornburgh, Herbert S. Lin editors, “*Youth Pornography and The Internet*”, ilgili bölüm için bkz., http://books.nap.edu/html/youth_internet/ch5_t2.html, (En son ziyaret tarihi: 26 Ağustos 2003).

internette sörf yaparken gerçekleşen karşılaşmalardı.⁷⁶ Ancak bu veriler, cinsellik içeriğinin bilişim uzayında çok kolay ulaşılabilir olduğunu duyan bir çocuğun, merak edip aramayacağı anlamına gelmez. Araştırmalar haftada yetmiş milyon farklı insanın cinsellik içerikli sitelere girdiğini⁷⁷ ve bu kişilerin %16'sını çocukların oluşturduğunu⁷⁸ gösteriyor. Araştırmalara göre, yetişkinleri hedef kitle olarak seçen, cinsellik içerikli siteler, tüm web'in yaklaşık %1.5'ini teşkil ediyorlar.⁷⁹ Bu rakam küçük gibi gelse de, "world wide web" arenasının büyüklüğü dikkate alınacak olunursa ne kadar ciddi boyutlarda olduğu anlaşılır. Başka bir araştırmaya göre, bu sitelerin bir çoğunun yaş belirleme önlemleri yok.⁸⁰ %74'ü herkesin ulaşabileceği şekilde, ilk sayfasında yetişkinlere hitap eden içerik bulunduruyor. %66'sı ilk sayfasında sitenin cinsellik içerdiğine yönelik bir uyarı bulundurmuyor. %11'i sitenin içeriğini açıklayan uyarı bulundururken, yalnızca %3'ü ilk sayfadan önce yaş belirleme önlemi almış durumda.

Okuma yazması olan ve klavyede nasıl yazılacağını bilen, yaklaşık günümüzün her çocuğu, web sitelerinde cinsellikle karşılaşabilir. Çocuklar, bazen kasıtlı olarak arama motorlarında arayarak, bazen istem dışı olarak, bazen doğrudan açılan ışıklı linklere basarak, bu sitelerle karşılaşabilirler. Bu konuyla ilgili ilginç bir örnek, durumu açıklar niteliktedir. Bilindiği gibi "White House" İngilizce "Beyaz Saray" anlamına gelen bir ifade. ABD federal yönetiminin merkezi olan Beyaz Saray'ın www.whitehouse.gov olarak bilinen bir adresi var.

⁷⁶ Kimberly j. Mitchell, David Finkelhor - Janis WOLAK, "The Exposure of Youth to Unwanted Sexual Material on the Internet: A National Survey of Risk, Impact and Prevention", YOUTH & SOCIETY Volume 34, No:3, 2003, s. 340.

⁷⁷ Dick Thornburgh, Herbert S. Lin editors, "Youth Pornography and The Internet", ilgili bölüm için bkz., http://bob.nap.edu/html/youth_internet/ch3.html, (En son ziyaret tarihi: 26 Ağustos 2003).

⁷⁸ Dick Thornburgh, Herbert S. Lin editors, "Youth Pornography and The Internet", ilgili bölüm için bkz., http://bob.nap.edu/html/youth_internet/ch3.html, (En son ziyaret tarihi: 26 Ağustos 2003).

⁷⁹ Dick Thornburgh, Herbert S. Lin editors, "Youth Pornography and The Internet", ilgili bölüm için bkz., http://bob.nap.edu/html/youth_internet/ch3, (En son ziyaret tarihi: 26 Ağustos 2003).

⁸⁰ Mitchell P. Goldstein, "Congress and The Courts Battle Over The First Amendment: Can The Law Really Protect Children From Pornography on The Internet", 21 The John Marshall Law School Journal of Computer & Information Law, Winter 2003, s. 144.

www.whitehouse.gov⁸¹ ise pornografik içerikli bir site. Dünyanın her yerinden merak için veya araştırma için Beyaz Saray'ın sitesine girmek isteyen herhangi bir kişi, yaptığı küçük bir adres yanlışlığı sonucunda pornografik içerikli bir siteyle karşılaşabilir.

Gerçek hayatta da çocukların pornografiyle karşılaşabileceği, aradıklarında pornografik öğelere ulaşabilecekleri düşünülebilir. Ama gerçek hayatın klasik, fiziksel bazı kısıtlamalarının olduğunu unutmamak gerekir. Mesela "sex-shop"ta dolaşan çocuğu görebilirsiniz. Eğer ona cinsellik içerikli, uygunsuz materyalleri satan bir satıcı olursa, kanunlar yaptırımlar öngörüyorsa, kanunlar uygulanabilir. Bilişim uzayında ise kimin çocuk, kimin yetişkin olduğunu tesbit etmek bile, insanların bilişim uzayından beklentilerini kısıtlamadan mümkün olmayabilir.

Çocuklara cinsellik içerikli materyaller bir çok yollardan ulaşabilir. Bu materyalleri bulunduran siteleri ticari amaçlı cinsellik içerikli siteler ve reklam amaçlı cinsellik içerikli siteler olarak ikiye ayırabiliriz.

Ticari amaçlı cinsellik içerikli siteler, kullanıcılarından kredi kartı numarası istediği için, otomatik olarak kullanıcı kitlesinin yetişkinler olduğu düşünülebilir. Ancak, ticari amaçlı cinsellik içerikli sitelerin, sitenin reklamını yapan ve sitenin içeriğinden parçalar taşıyan bir ilk sayfası vardır. Bu ilk sayfaların çocuklar dahil, herkes tarafından ulaşılabilmesi mümkündür.

Reklam amaçlı cinsellik içerikli siteler ise web'i ürünlerine reklam aracı olarak görerek, cinsellik içerikli materyalleri sitelerinde barındırmaktalar. Bu sitelerin tüm içeriğine, çocuklar dahil olmak üzere, herkes ulaşabilir. Reklam amaçlı cinsellik içerikli sitelerin içeriğinin, "hard core" olarak bilinen, cinsel ilişkiyi ayrıntılı gösteren materyaller değil; daha çok "soft core" olarak bilinen insanlarda cinsel istek uyandırmak amacıyla çekilmiş fotoğraflardan veya görüntülerden oluştuğunu belirtmekte fayda var.

Ancak, internetteki ticari olmayan kaygılarla bulunan cinsellik içerikli materyallerin kaynakları, reklam amaçlı cinsellik içerikli siteler ile sınırlı değil. Çocuk pornografisinde olduğu

⁸¹ (En Son Ziyaret Tarihi:12 Ağustos 2003).

gibi, internette pornografi değişimi yapan topluluklar mevcut. Bu topluluklar aracılığıyla fotoğrafların değişimi ve dolaşımı mümkün. Arkadaşların, bir topluluk mantığı içerisinde, cinsellik içeren materyalleri, internet aracılığıyla birbirlerine göndermesi mümkün. Rahatsız edici, cinsellik içerikli "spam"ların (rahatsız edici e-maillerin) bir adresten binlerce adrese birden gönderilebilmesi nedeniyle, herkesin e-mail adresine gelebileceği gibi çocukların da e-mail adreslerine gelmesi mümkün. Çocuk pornografisinde olduğu gibi haber grupları aracılığıyla materyallerin çocuklara ulaşması mümkün. Bireylerin cinsellik içerikli dökümanları, kendi kurdukları sitelere koyması mümkündür.⁸²

Her sitenin içeriğinin belirlendiği anahtar kelimeler vardır. Sitelere ulaşmak isteyen kişiler, sitenin tam adreslerini bilmedikleri durumda veya belli bir konuyu içeren, belli bir hizmeti veren, bir site aradıklarında, anahtar kelimeler yazarak, arama motorlarından sitelere ulaşabilirler. Ancak bilişim uzayı trafiğini, kendi sitesinin üzerinden akmasını isteyen web sitesi düzenleyicileri, kimi zaman ilgi çekici öğeleri sitelerine isim veya anahtar kelime olarak seçebiliyorlar. Bu yönüyle bir şey ararken karşımıza hiç alakasız başka bir site çıkabilir. Mesela çocuklar açısından bu yönde bir tehlike mevcut, zira pornografik içerikli siteler, kendilerine anahtar kelimeler olarak Pokémon, Barbie veya Action Man gibi oyuncak isimlerini seçebiliyorlar.⁸³

c. Çocuklarla İlişki Kurmak İçin İnternetin Araç Olması

İnternetin çocuğa karşı cinsel eğilimi olan insanlara kolaylık sağladığı düşünülüyor. Bu kolaylıklar; diğer aynı eğilimde olan kişilere anında ulaşabilme, cinsel istekleri üzerinden gerçek hayattaki statü ve kimliklerinden uzak, açık tartışma ortamı bulma, potansiyel mağdurların ele geçirilmesi üzerine düşüncelerin paylaşılması, birbirlerinin, çocuğa cinsel eğilimlerinin

⁸² Dick Thornburgh, Herbert S. Lin editors, "Youth Pornography and The Internet", ilgili bölüm için bkz., http://books.nap.edu/html/youth_internet/ch5_t2.html, (En son ziyaret tarihi: 26 Ağustos 2003).

⁸³ Micheál Ó Cadhain, "The Legal Regulation of WWW Content", http://www.geocities.com/coyne_michael/essay.html (En son ziyaret tarihi: 26 Ağustos 2003).

desteklenmesi, mağdur olma potansiyeli olan kişilere anında ulaşabilmek imkanına sahip olma, kimliğini saklayarak kendini çocuk gibi gösterebilme, potansiyel kurbanların bulunduğu "teen chat rooms" yani "çocuk sohbet odalarına" kolayca ulaşma, çocukların kimlik ve adres bilgilerine kolayca ulaşılması, mağdurla fiziksel ilişki kurulması öncesinde, uzun süreli internet ilişkisi kurabilme imkanına sahip olma⁸⁴ olarak özetlenebilir.

10 yıl öncenin lüksü olarak görünen internet, bugün artık herşeyi kökünden değiştirmeye aday. Artık hiç bir yerde değilken her yerde olabiliriz. Tabii ki suça yönelecek kişiler de, hiç bir yerde değilken her yerde olabilirler. Önceleri çocuklarla kontak kurmak isteyen kişilerin okul bahçesi, oyun bahçesi veya alış veriş merkezi gibi toplu alanlarda faaliyet gösterdiklerini söylemek mümkündü. Onların, çocukların odasına kadar girebileceğini düşünemezdik. Bugün ise bilişim uzayı, en elverişli mekan. Ancak çocuğa yaklaştıktan sonra, failerin sergiledikleri davranışlar, pek değişim göstermemekte. Önceleri onunla ilgilenip bir şeyler paylaşan failer, sonrasında hediyeler vererek devam eden bir ilişki kurmaktalar. Onunla yalnız kalabilecek kadar güven verinceye kadar, bu ilişkiye devam etmekte.⁸⁵

2005'te, yetmiş yedi milyon çocuğun tüm dünyada, internete gireceği tahmin ediliyor.⁸⁶ İnternet kullanımı çocuklar arasında bu denli hızla büyürken, istatistikler gösteriyor ki, çocuklara karşı cinsel ilgi duyan kişiler interneti kullanıyor. Araştırmalara göre, 10-17 yaşları arasındaki internet kullanan her beş çocuktan biri internette cinsel tekliflerle karşılaşılıyor, her 33 internet kullanan çocuktan biri ise tanışma teklifiyle karşılaşılıyor veya telefon edilerek rahatsız ediliyor, e-mail, hediye, para gönderilerek cezbedilmeye çalışılıyor.⁸⁷

⁸⁴ Debbie Mahoney, Nancy Faulkner, "Brief Overview of Pedophiles on The Web", <http://www.prevent-abuse-now.com/pedoweb.htm> ve <http://www.socum.org/online.html> (En son ziyaret tarihi: 22 Ağustos 2003).

⁸⁵ "Internet Crimes Against Children", U.S. Department of Justice Office of Justice Programs Office for Victims of Crime bülteni.

⁸⁶ İstatistik için bkz., <http://www.protectkids.org/statistics.htm> (En son ziyaret tarihi: 29 Ağustos 2003).

⁸⁷ "Youth Internet Safety Survey", Crimes Against Children Research Center, http://www.unh.edu/ccrc/projects/internet_survey.html (En son ziyaret tarihi: 29 Ağustos 2003).

Çocukların içerisinde en riskli olan kitle, ileri yaşlarda olan ama çocuk olarak görülen kişiler.⁸⁸ Mesela 15-16-17 yaşlarındaki çocukların bilişim uzayında yalnız kalmaları ve teknolojiyi iyi kullanmaları daha ihtimal dahilinde. Ayrıca, bu yaşlardaki çocukların, aile otoritesinden kaçmak düşüncesi onların risk altında olmalarını artırıyor.

Ayrıca, internetteki bazı web sitelerinin, çocuklara cinsel ilgisi olan kişilerin potansiyel olarak sömürülmeye en elverişli çocukların nerede olduğunu birbirlerine bildirdikleri de belirtiliyor.⁸⁹ İnternet bu aktivitelerin o kadar içine girmiştir ki, çocuğun cinsel sömürüsünün felsefesini anlatan, yani bunun o kadar da kötü bir şey olmadığını anlatan materyallere bile, internette rastlanabilmektedir. "*The Boy Lover Manifesto*" kanımca ilginç bir örnek. Bilişim uzayında çocuklara cinsel ilgi duyan insanların, aktivitelerini internet aracılığıyla birbirlerine tasdik ettirerek, taktikler vererek, birbirlerine destek olarak devam ettirdikleri biliniyor. Bu insanların, bu şekilde bir manifesto yayımlayarak, üçüncü kişilere seslerini duyurmaları, bilişim uzayının getirisi özgürlüğün hangi boyutlarda olduğunu gösteren ilginç bir örnektir.⁹⁰

Bu konuda denilebilir ki; çocuklarla ilişki kurmak için internetin araç olarak kullanılması bir suç değildir. Bu bir suç öncesi hazırlık hareketini teşkil etmektedir. Bilindiği üzere, hazırlık hareketi niteliğindeki hareketler, ayrıca bir suçu teşkil etmedikleri takdirde, ceza hukuku uygulamasının dışında kalmaktadırlar. Ancak, suçu bu denli kolaylaştıran bir hazırlık hareketinin, ceza kanunları tarafından ayrı bir suç olarak düzenlenebileceğini düşünüyorum. Ceza kanunları, internet aracılığıyla çocuğa faillerin yaklaşmasını engellemek amacıyla, çocuğa ait bilgilerin toplanmasını yasaklayıcı düzenlemeler yapabilir. Ancak, bu düzenlemelerin tüm dünyada bütünlük gösterdiği takdirde sonuç vereceğinin de altı çizilmelidir.

⁸⁸ David Finkelhor, Kimberly j. Mitchell, Janis Wolak, "*Highlights of the Youth Internet Safety Survey*", http://www.missingkids.com/en_US/documents/internetsafety_surv.pdf (En son ziyaret tarihi: 29 Ağustos 2003).

⁸⁹ Ethel Quayle, Max Taylor, "*Pedophiles, Pornography and The Internet: Assessment Issues*" s. 867.

⁹⁰ Debbie Mahoney, Nancy Faulkner, "*Brief Overview of Pedophiles on The Web*".

C. BİR ÖRNEKLEM KÜMESİ AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ

Örneklem olarak ABD'nin alınmasının nedenlerini açıklamakla başlamak istiyorum. ABD'nin internet hukuku ve özelde konumuz olan bilişim uzayında çocuk sömürüsü konusunda bugün ciddi bir şekilde uğraştığını biliyoruz. Kullandığımız bir çok istatistiki bilgi, örneklem kümeleri ABD'den kişiler arasından seçilen çalışmaların ürünleridir. Zaman olarak kestirmek mümkün olmasa da, Türkiye'de internetin günlük kullanımı, ABD'nin bugünkü internet kullanımına eriştiğinde; Türkiye de aynı sorunlarla ABD kadar karşılaşacaktır. Kaldı ki, Türkiye'nin bugün içinde bulunduğu durumun, iç açıcı olması da ihtimal dahilinde değildir. Bilişim devriminin çocukları olarak yetişmeye başlayan bir kitlenin ebeveyni olan kişiler, bilişim devriminden aynı oranda nasibini almış değiller. Bu durumda internetin nasıl bir şey olduğunu bile bilmeyen ama çocukları istediği için onlara bilgisayar ve internet erişimi alan anne-babalar, bilişim uzayından gelecek tehlikelere karşı onları nasıl uyaracak, nasıl koruyacaktır? ABD'nin örneklem olarak seçilmesi konusunda şunu söylemek gerekir ki; ABD, bu makalede Türkiye'nin önünü görmesi açısından alınmış bir örneklem kümeden başka bir şey değildir.

Bilişim uzayının dili İngilizcedir dersek, sanıyorum ki yanlış bir ifade olmaz. Bilişim uzayı "*Amerikan Rüyası*" olarak da tanımlanıyor. Yeni bir Amerikan Toplumunun doğuşu olarak da yorumlanıyor.⁹¹ ABD çağın güçlü devleti ve bilişim uzayında da aynen gerçek dünyada olduğu gibi güçlü, bir çok yönden de daha ileri durumda. Büyük ve güçlü bir mknatis gibi herkesi kendine çekiyor. ABD'nin yayılmacılığını eleştirmek hakkımız saklı kalmak üzere, ABD'yi incelemek demek, bilişim uzayında yaşanabilecek sorunları incelemek demektir. Zira aynı tecrübeleri yaşamak yolu, çok dolambaçlı ve pahalı bir yoldur. Kaldı ki, bilişim uzayının evrenselliği dikkate alınacak olursa, onların bilişim uzayının ortak tecrübeleri olduğunu da düşünebiliriz.

Aralık 2002 verilerine göre, altı yüz altmış beş milyondan fazla insanın dünya çapında interneti kullandığı belirtilirken,

⁹¹ Sarah L. Holloway, Gill Valentina, "*Cyberkids: Children In The Information Age*", s. 22.

bu kitlenin yüz altmış milyondan fazlası ABD vatandaşıdır.⁹² Yapılan bir araştırmaya göre ABD’de çocuklar bilgisayar ve interneti diğer yaş gruplarına göre daha fazla kullanıyor.⁹³ ABD’de 5-17 yaşları arasındaki her 10 çocuktan 9’u, yani 48 milyon çocuk bilgisayar kullanmaktadır. 14-17 yaşları arasındaki çocukların %85’i internet kullanırken, 10-13 yaşları arasındaki çocukların %65’i internet kullanmaktadır.⁹⁴ %84 oranında ABD vatandaşı internetteki pornografinin çocuklara ulaşmasından kaygılıyken,⁹⁵ %75’ten daha fazla oranda ABD vatandaşı hükümetin art niyetli kişilerin çocuklara internet aracılığıyla ulaşması ve çocukların internette pornografiyle karşılaşması konusunda bir şeyler yapması gerektiğini düşünüyor.⁹⁶

Bu veriler ışığında denilebilir ki; ABD’de çocuklar arasındaki internet ve bilgisayar kullanımı tüm olumlu getirileriyle örnek alınacak, olumsuz getirileriyle de ders alınacak durumdadır.

Makalenin içerisinde, bilişim uzayında cinsellik içerikli materyallerin ne kadar yaygın bulunduğu anlatıldı. Cinsellik içerikli materyallerin bilişim uzayındaki bu derecedeki yaygınlığı, ABD’de bir çok düzenlemenin yapılmasına neden oldu. Bugün, bilişim uzayında ticaretin canlanması, insanların bilgi alışverişlerini güvenli bir şekilde, internet aracılığıyla yapabilmeleri için, özgürlükleri genişletici yasama faaliyetlerinin yanı sıra, bazı ceza hukuku düzenlemelerinin yapıldığı görülüyor.

⁹² Computer Industry Almanac verileri için bkz., <http://www.c-i-a.com/pr1202.htm> (En son ziyaret tarihi: 27 Ağustos 2003).

⁹³ "A Nation Online: How Amricans Are Expanding Their Use Of Internet", *US Department of Commerce Economics and Statistics Administration National Telecommunications and Information Administration Raporu* www.ntia.doc.gov/ntiahome/dn/anationonline2.pdf (En son ziyaret tarihi: 29 Ağustos 2003).

⁹⁴ "A Nation Online: How Amricans Are Expanding Their Use Of Internet", *US Department of Commerce Economics and Statistics Administration National Telecommunications and Information Administration Raporu*

⁹⁵ "Survey Shows Widespread Enthusiasm for High Technology - Americans Love Their Computers and the Internet; 'Digital Divide' Still Exists, but There Is Good News, Too", <http://www.npr.org/programs/specials/poll/technology/index.html> (En son ziyaret tarihi: 24 Ağustos 2003).

⁹⁶ "Survey Shows Widespread Enthusiasm for High Technology - Americans Love Their Computers and the Internet; 'Digital Divide' Still Exists, but There Is Good News, Too"

Bu yasama faaliyetlerinin birbirini kestiği, yasama düzenlemelerinin bazı özgürlüklere dokunduğu görülmekte.⁹⁷ Ancak bu düzenlemelerin ifade özgürlüğüyle dengeyi sağlayamadıkları görüldü. ABD’de karşılaştığımız bu denge oyununun her açısı değil, daha çok, bizi de ilgilendirebilecek belirlemeleri kapsayan yönleri, makale içerisinde incelenecek.

ABD’de Yasama Faaliyetleri, Çocuklar ve İnternet

Sadece ABD’de değil, her yerde özgürlüğün en temel taşı, ifade edebilmek olmalıdır. Düşüncelerin özgürce açıklanabilmesi, toplumun genelinin aynı düşünceye sahip olması beklenmeksizin gerçekleşebilmelidir. ABD Federal Anayasası’nın ilk ekini teşkil eden yasa “*First Amendment*” ifade özgürlüğünü düzenliyor. Anayasaya göre Kongre ifade özgürlüğünü kısıtlayacak yasama faaliyetine girişemez.⁹⁸

Daha önce anlatıldığı gibi neyin pornografiyi teşkil ettiği ya da neyin açık seçik, topluma uygun düşmeyen, neyin çocuklar için zararlı olduğu kesin sınırları olan bir konu değildir. Bu konuda ABD’de, internet öncesinde, içtihat hukukunda çeşitli belirlemeler yapılmış durumda. Bu standartlara Miller Standartları deniyor. 1973 yılında Miller v. California davasında, açık seçikliğin (obscenity) tanımı yapılmış durumda. Miller test olarak adlandırılan bu standartlar, üç adet sorudan oluşuyor. İlk olarak ortalama bir insanın, günün toplum standartlarını uygulayarak, karşılaştığı materyali cinsel duygularında uyarıcı etki yapıyor olarak, değerlendirip değerlendirmedine bakılıyor. İkinci olarak, karşılaşılan materyal, açıkça edepsiz bir şekilde (patently offensive way) cinsel ilişkiyi tasvir ediyor veya gösteriyor mu? Sorusuna cevap aranıyor. Üçüncü olarak da karşılaşılan materyal ciddi edebi, sanatsal, siyasi veya bilimsel bir değerden yoksun mu? değerlendiriliyor.⁹⁹

⁹⁷ Joel R. Reidenberg, “L’Encadrement Juridique de l’Internet aux Etats-Unis” http://droit-internet-2000.univ-paris1.fr/di2000_09.htm (En son ziyaret tarihi: 22 Ağustos 2003).

⁹⁸ ABD Anayasa’sı “*First Amendment*” :Kongre...her hangi bir şekilde kişilerin ve basının ifade özgürlüğünü kısıtlamayacağını... taahhüt eder. <http://fact.trip.com> (En son ziyaret tarihi: 29Ağustos 2003).

⁹⁹ Andrew Charlesworth, “*Chris Reed, The Liability of Internet Service Providers and Internet Intermediaries*”, Computer Crime, Edited by Chris Reed, John Angel, Blackstone Press, 2000, s. 378-379.

Miller Standartları kabul gördüğünden beri hangi toplum standartlarının uygulanacağı sorusu soruluyor. İnternet için de aynı şey geçerli, internette uygunsuz dökümanlar bulunduğu, hangi toplum standartları uygulanacaktır? ABD geniş bir coğrafyada çeşitlilik gösteren bir ülke olduğu için, toplum standartlarının ne olduğunu belirlemek çok kolay değildir. Kanımca, Doğusu daha oryantal, Batısı ise akdenizli bir ülke olan Türkiye için de, aynı sorunun yaşanacağını düşünebiliriz. Zaten, işin içine internet girince, hangi toplum standartları uygulanacak? Sorusunun daha bir altı çizilerek sorulması gerekiyor. Normal olarak, bir yerden diğerine postayla bir materyal yollandığında, her iki toplumun ortalama bir standardının bulunmaya çalışılması ve sonuç alınması mümkün bir çalışmadır. Ama internet konu olunca, internette bulunan bir materyal her yerde, herkes tarafından ulaşılabilir. İşte o zaman hangi toplum standartları uygulanacaktır?

Miller Standartlarının internette uygulandığı ilk dava *United States v. Thomas* davası oldu.¹⁰⁰ Bu davada sistem operatörü olan Thomaslar, yetişkinlere hitap eden "*Amateur Action Computer Bulletin Board System*" isimli ilan panosu kuruyorlar ve yetişkinlerin adres, telefon numarası vererek üye olmalarını mümkün kılıyorlardı.

Siteye üye olmayan kişiler, ancak sitenin giriş görüntülerine ulaşabiliyordu. Thomas'a mail atan kişiler, ondan bu yolla video kasetleri sipariş edebiliyorlardı. Thomas, bu kasetleri posta yoluyla yolluyordu.¹⁰¹ Thomas'ın bu şekilde yolladığı kasetler polis tarafından ele geçirildi. Ancak farklı eyaletlerden kişiler Thomas'a üye olmuşlardı. Thomas'ın kasetleri posta yoluyla göndermesi sebebiyle, Mahkeme internetin bu davada belirleyici olmadığını belirledi. Bu nedenle, toplum standartların internet dolayısıyla değiştiği yolundaki iddia üzerine "*toplum*" u tekrar tanımlamanın gerekli olmadığına karar verdi. Miller Standartlarını davada uygulayan Mahkeme'nin tespitleri yerindedir fakat bu konuda yazılmış bir makalenin Thomas davasını ilgilendiren bölümünün son cümleleri de ilginç bir belirleme

¹⁰⁰ *United States v. Thomas* davası için bkz., <http://www.law.emory.edu/6circuit/jan96/96a0032p.06.html> (En son ziyaret tarihi: 29Ağustos 2003).

¹⁰¹ *United States v. Thomas*.

yapmaktadır. İnternet kullanıcıları kendilerini toplumun genelinden farklı saymakta ve fiziksel toplumların paylaştıkları gibi bir toplumun paylaştığı herşeyi paylaşmaktalar. Mahkeme'nin toplum standartlarını tekrar tanımlaması gerekir. Zira, bu hali ile internete uygulanması mümkün değildir.¹⁰²

Daha sonrasında, ABD Kongresi konuyu ilk kez düzenleme çabasına girişti.

a. "The Communications Decency Act"

1996'da ABD Kongresi, çocukların internet aracılığıyla uygunsuz içerikli materyaller ile karşılaşmasını engellemek amacıyla "The Communications Decency Act" (CDA) adında bir kanun yayınladı.

Kongre, bilişim uzayında topluma uygun olmayan (indecent) materyallerin, çocuklar tarafından ulaşılmasını önlemek amacıyla, düzenleme yapmayı ve filtreleme programlarının kullanılmasını sağlayarak, çocukların bu tarz materyallerle internette karşılaşmasını engellemeyi hedefliyordu.¹⁰³

CDA'ya göre, devletler arası ticaret veya uluslararası iletişimi kullanarak, kim; bilerek bilgisayar sisteminden belirli bir kişiye ya da 18 yaşının altında bir kişiye, toplum standartlarının içinde açıkça edepsiz yorum, teklif, görüntü içeren materyalleri gönderir ve cinsel aktivitelerin ya da organların tasvirlerinin ya da sergilenmelerini içeren görüntüleri gönderir ya da 18 yaşından küçük birinin ulaşmasının mümkün olduğu bir yerde bulundursa ceza kanunları kapsamında ağır cezalandırılacaktır. Aynı şekilde, bilerek yukarıdaki aktivitelere kendi kontrolünde izin veren kişi de ağır cezalandırılacaktır. Ayrıca CDA'ya göre herhangi bir şekilde bu tarz materyalleri yayınlayanlar, çocukların onlara ulaşmasını teknolojik önlemler olarak veya yaşlarını belirleyecek yaş belirleme sistemleri kurarak önlemeliydi.¹⁰⁴

¹⁰² Mitchell P. Goldstein, "Congress and The Courts Battle Over The First Amendment: Can The Law Really Protect Children From Pornography on The Internet", s. 157.

¹⁰³ Mitchell P. Goldstein, "Congress and The Courts Battle Over The First Amendment: Can The Law Really Protect Children From Pornography on The Internet", s. 156.

¹⁰⁴ CDA'nin metni için bkz., <http://www.cdt.org/speech/cda/951221cda.html> (En son ziyaret tarihi: 25 Ağustos 2003).

ACLU v. RENO

CDA'nın yankıları yürürlüğe girmesiyle birlikte başladı. "CDA'nın imzalandığı gün 20 dava CDA hakkında Anayasa" ya aykırılık iddiasıyla açıldı.¹⁰⁵ ABD'de ACLU v. RENO olarak tanınan dava bu davada yerel mahkemenin kararı CDA'nin içinde kullanılan terimlerin muğlak olduğu yönündeydi.¹⁰⁶

Bu tartışmalar dolayısıyla, Yüksek Mahkeme önüne gelen CDA'yı, mahkeme hükümetin de savunmasında yer verdiği, önceki üç kararı ile karşılaştırdı.¹⁰⁷ Mahkeme ilk olarak CDA'dan daha dar bir uygulamayı Anayasaya uygun bulduğu, Ginsberg v. New York kararını ele aldı. Mahkemeye göre bu karara konu olan kanun ile CDA arasında bazı önemli noktalarda ayrılıklar gözükmemektedir. New York kanunları çocuklara, çocuklar için açık seçik (obscene) olan materyallerin satılmasını, bu materyaller yetişkinler için açık seçik olmasa da yasaklıyordu.¹⁰⁸ Hükümet savunmasında New York kanunlarının da çocukların açık seçik materyallere ulaşmasını engellediğini söylerken,¹⁰⁹ Mahkeme'ye göre daha dar bir alanı kapsayan Ginsberg uygulamasında, ailelerin isterlerse çocuklarına cinsellik içerikli materyalleri alarak göstermelerine engel olmuyor. Ancak CDA'ya göre, aileler dahil olmak üzere çocuklara uygunsuz materyalleri gösteren herkes kanun kapsamındadır. Ginsberg, sadece ticari işlemler için uygulanabilirken, CDA'nin sınırı yoktur. Ayrıca Mahkemeye göre CDA'nın kullandığı terimler, ayrıca tanımlanması gereken muğlak terimlerdir.¹¹⁰

¹⁰⁵ Mitchell P. Goldstein, "Congress and The Courts Battle Over The First Amendment: Can The Law Really Protect Children From Pornography on The Internet", s. 160.

¹⁰⁶ Mitchell P. Goldstein, "Congress and The Courts Battle Over The First Amendment: Can The Law Really Protect Children From Pornography on The Internet", s. 161.

¹⁰⁷ RENO v. ACLU kararı için bkz., http://www.eff.org/pub/Legal/Cases/ACLU_v_Reno/HTML/970626_aclu_v_reno_decision.html (En son ziyaret tarihi: 24 Ağustos 2003).

¹⁰⁸ Steven D. Hinckley, "Your Money Or Your Speech: Children's Internet Protection Act and Congressional Assault on the First Amendment in Public Libraries", Washington University Law Quarterly, volume 80, number 4, 2002, s. 1034.

¹⁰⁹ Steven D. Hinckley, "Your Money Or Your Speech: Children's Internet Protection Act and Congressional Assault on the First Amendment in Public Libraries", s. 1035

¹¹⁰ Lori Johnson, "Comment: Reno v. American Civil Liberties Union: The First Amendment Balance of a Child's Morality And Adult's Naughty Net Play", 25 Rutgers Computer & Technology Law Journal, 1999, s. 165.

Yüksek Mahkeme ikinci olarak CDA'yi FCC v. Pacifica Fondation kararı ile karşılaştırdı. Bu davada Mahkeme FCC (Federal Communication Commission) tarafından yayınlanan, bazı radyo, televizyon kuruluşlarına karşı idari ceza verilebileceğine yönelik kuralı destekler nitelikte bir karar almıştı.¹¹¹ Bu davada dava konusu olan yayıncı kuruluş, 12 dakika süren "filthy Words" (müstehcen kelimeler) adlı bir monolog yayınlamıştı.¹¹² Mahkeme, bu davayla da CDA'yi ayırık tutmayı yeğledi. Mahkemeye göre FCC v. Pacifica Fondation davasında kuralları yayınlayan kurum on yıllardır radyo istasyonlarını düzenleyen bir kurumdur ve geleneksel program konseptinden oldukça kopmuş bir yayını hedef alan bir düzenleme yapmıştır.¹¹³ CDA'nin aksine, FCC v. Pacifica Fondation davasına konu olan kurallar, sadece ne zaman bu tarz yayınların yayınlanabileceğini belirlemektedir. CDA'nın getirdiği kurallar belirli bir zamana göre limit getirmemekte. Zaten CDA'nın aksine FCC'nin getirdiği kurallar ceza hukuku kuralları değil, sadece idari bazı cezalar olması yönüyle de ayrılmaktalar.¹¹⁴

Son olarak Mahkeme, Renton v. Playtime Theatres Inc., kararı ile bir karşılaştırma yapmıştır. Bu kararında Mahkeme, yetişkin sineması olarak tabir edebileceğimiz (adult movie theatres) sinemaların, meskun mahallin dışında bulunması şeklindeki, bölgelere ayrılma kuralını destekler nitelikte bir karar almıştı. Hükümet savunmasında, CDA'nın düzenlemesinin bilişim uzayının bölgelere ayrılmasına benzetilebileceğini söylemesine karşı, Mahkeme bu gerekçelere katılmayarak, CDA'nın tüm bilişim uzayını içerik temelli olarak sınırlandırdığını belirlemiştir.¹¹⁵ Böylece CDA'nın bir zamanı, bir yeri, bir şekli düzenlemediğini; onun yerine içerik temelli bir kısıtlamayla muğlak ve herşeyi içine alan tanımlar yaptığını belirten Mahkeme; CDA'yi ifade özgürlüğünü kısıtladığı ve serbest fikir

¹¹¹ Lori Johnson, "Comment: Reno v. American Civil Liberties Union: The First Amendment Balance of a Child's Morality And Adult's Naughty Net Play", s. 162.

¹¹² Steven D. Hinckley, "Your Money Or Your Speech: Children's Internet Protection Act and Congressional Assault on the First Amendment in Public Libraries", s. 1035.

¹¹³ Lori Johnson, "Comment: Reno v. American Civil Liberties Union: The First Amendment Balance of a Child's Morality And Adult's Naughty Net Play", s. 166.

¹¹⁴ Lori Johnson, "Comment: Reno v. American Civil Liberties Union: The First Amendment Balance of a Child's Morality And Adult's Naughty Net Play", s. 166.

¹¹⁵ Lori Johnson, "Comment: Reno v. American Civil Liberties Union: The First Amendment Balance of a Child's Morality And Adult's Naughty Net Play", s. 167.

alış verişinin sağlayacağı toplumsal yararın, internet' te sansürün sağlayacağı toplumsal yararlarla karşılaştırılmayacak kadar önemli olduğu gerekçesiyle, Anayasa'ya uygun bulmadı.¹¹⁶

Mahkemeye göre, hükümetin çıkardığı kanun, çocukların potansiyel olarak kendilerine zarar verecek materyallerden korunmasını amaçlıyor, fakat CDA'nın kullandığı terimler, özellikle "uygunsuz" (indicent) ve "açıkça edepsiz" (patently offensive) terimleri muğlak terimler ve Mahkeme'ye göre ceza kanunları terimlerini belirli ve dar düzenlenmelidir.¹¹⁷

Mahkeme'ye göre, ticari olmayan sitelerin sahipleri için veya ticari bazı siteler için, kullanıcılarının yaşlarını belirlemek çok pahalı olabilir. Ayrıca, materyallere e-mail, haber grupları veya sohbet odaları yoluyla ulaşan kişilerin yaşlarının belirlenmesi mümkün değil.¹¹⁸

Ayrıca, Mahkeme'nin bir diğer belirlemesi ise teknolojik olarak filtrelerin yeterli olmadığı yönündeydi. Mahkeme, yalnızca web'i filtrelendirebilen filtrelerin, diğer internet üniteleri aracılığıyla geçen materyallerin, teknolojik olarak filtrelenebilmesinin mümkün olmadığını belirleyerek, sorumluluk esaslarının teknolojik imkanlar dahilinde kurulması gerektiğini belirtiyor.¹¹⁹

CDA'nın anayasaya aykırı bulunmasının temelinde, CDA uyarınca insanların eğer cinsellik içerikli sitelere girmek istiyorlarsa, sürekli yaşlarını ispatlamak zorunda olmaları, yani CDA'nın çocukları korumak için yetişkinlere de yükler getirmekte olması gösteriliyor.¹²⁰

¹¹⁶ Lori Johnson, "Comment: *Reno v. American Civil Liberties Union: The First Amendment Balance of a Child's Morality And Adult's Naughty Net Play*", s. 172.

¹¹⁷ Mitchell P. Goldstein, "Congress and The Courts Battle Over The First Amendment: *Can The Law Really Protect Children From Pornography on The Internet*", s. 162.

¹¹⁸ Mitchell P. Goldstein, "Congress and The Courts Battle Over The First Amendment: *Can The Law Really Protect Children From Pornography on The Internet*", s. 163.

¹¹⁹ Mitchell P. Goldstein, "Congress and The Courts Battle Over The First Amendment: *Can The Law Really Protect Children From Pornography on The Internet*", s. 163-164.

¹²⁰ Larry Lessig, "Constitutional Law and the Law of Cyberspace", Technical, Business and Legal Dimension Of Protecting Children from Pornography on the Internet: Proceedings of a Workshop, 2001 The National Academy of Sciences, 2002, s. 114.

b. "The Child Online Protection Act"

Yüksek Mahkeme'nin CDA'yi anayasaya aykırı bulmasından bir buçuk yıl sonra "The Child Online Protection Act" (COPA) yürürlüğe girdi. CDA'nın aksine Kongrenin COPA'da Miller Standartlarını tamamen uyguladığı görülüyor.¹²¹ ABD Kongresi, çocukların zararlı materyallerle internette karşılaşma ihtimali karşısında düzenleme yapma gereği duymuş olmalı ki; ilk kanunun hemen ardından ikinci bir kanun çıkarmıştır. ABD Kongresi Reno v. ACLU Mahkemesi'nin yaş belirleme sisteminin ticari olmayan web siteleri, sohbet odaları ve e-mail servisleri gibi, internet üniteleri için uygulanabilir olmadığını söyleyen kararına karşın, ticari pornografik siteler açısından bu sistemin uygulanabileceğini düşünüyor olmalı ki; ikinci kez benzeri bir düzenlemeyle karşımıza çıkmaktadır. COPA'ya göre, bilerek veya materyalin karakterinin farkında olarak, her kim "world wide web" ticari arenasında çocukların ulaşabileceği şekilde ticari faaliyetlerde bulunur ve bu faaliyetleri çocuklara karşı zararlı içerik bulundurursa, yasa kapsamında cezaya çarptırılır. COPA düzenlemesinde, yaş belirleme sistemi (kredi numarası veya büyükler için erişim numarası sorma şeklinde) pornografik içerikli her ticari web sitesinin uyması gereken bir standart olarak karşımıza çıkıyor.¹²²

Ashcroft v. ACLU (ACLU v. RENO II)

COPA yayınlandıktan hemen sonra yine davaya konu oldu. Davacılar yaş belirleme sisteminin, küçük site düzenleyicileri açısından bir ekonomik sorun yaratacağını ve ifade özgürlüklerinin oldukça kısıtlanacağını iddia ettiler.¹²³ Davacılar, yaş belirleme sisteminin, web ortamında cinsellik içerikli sitelerde gezinen yetişkinlerin anonim davranışını kısıtlayacağını, bunun da yetişkinlerin cinsellik içerikli sitelere girişlerini

¹²¹ Mitchell P. Goldstein, "Congress and The Courts Battle Over The First Amendment: Can The Law Really Protect Children From Pornography on The Internet", s. 166.

¹²² COPA'nın metni için bkz., <http://www.ctd.org/legislation/105th/speech/copa.html> (En son ziyaret tarihi: 29 Ağustos 2003).

¹²³ Steven D. Hinckley, "Your Money Or Your Speech: Children's Internet Protection Act and Congressional Assault on the First Amendment in Public Libraries", s. 1040.

kısıtlayacağını iddia ettiler.¹²⁴ Yerel Mahkeme ise COPA'nın, internet yayıncılarına getirdiği bu ekonomik dezavantajlar nedeniyle, internet yayıncılarının kendilerini oto-sansüre tabi tutmalarına neden olacağını ve anayasal korunan ifade özgürlüklerinin kısıtlanacağını belirledi.¹²⁵ Mahkeme, çocukların internet sitelerinde cinsel öğeler ile karşılaşmasını engellemek için uygulanacak bir sistemin, aynı zamanda yetişkinlerin de hareketini kısıtlayacağını belirleyerek, hükümetin tasarrufunun yerinde olmadığını düşündüğünü açıkladı.¹²⁶ En sonunda uyuşmazlık, Federal Mahkeme'nin önüne geldi. Mahkeme'nin, internet ile fiziksel dünya arasında anahtar farklılık sınırlarının olduğunu, fiziksel dünyada, fiziksel konumun nerede başladığı ve bittiğinin belirlenebilir olmasına rağmen, bilişim uzayında benzer sınırların olmadığını belirtmesi,¹²⁷ bilişim uzayında düzenleme yapacak olan devletlerin dikkate alması gereken bir belirleme.

COPA sadece web'teki ticari siteleri içine almaktaydı. Oysa internette açık seçikliğin kaynağı sadece web değildir. COPA onları yadsımıştır. Bu da demektir ki asıl önemli olan her alanı kapsayan, ancak yalnızca çocukların ulaşımını engelleyen bir düzenleme yapılmalıdır.

Ancak, bir çok yargıcın farklı düşünceler öne sürmesi gösteriyor ki; Mahkeme'nin yargıçları bir konsensüse varmadan bir karar verdiler. Ancak bir çok soru cevapsız kaldı. Çocuklar için açık seçik olan nedir? (obscene for minors) Özellikle internette nedir? Bir ortak tanımda buluşamadı. Asıl anlaşmazlık ise *United States v. Thomas*'tan beri süre gelen bir sorun üzerinedir: Toplum standartlarından ne anlamak gerekiyor?¹²⁸ Bu,

¹²⁴ Dawn S. Conrad, Note, "Protecting Children from Pornography on the Internet: Freedom of Speech is Pitching and Congress May Strike Out", 9 Richmond Journal of Law & Technology (Winter 2002-2003), <http://law.richmond.edu/joltv9i2/Notel.html> (En son ziyaret tarihi: 25 Ağustos 2003).

¹²⁵ Dawn S. Conrad Note, "Protecting Children from Pornography on the Internet: Freedom of Speech is Pitching and Congress May Strike Out."

¹²⁶ Dawn S. Conrad, Note, "Protecting Children from Pornography on the Internet: Freedom of Speech is Pitching and Congress May Strike Out."

¹²⁷ Dawn S. Conrad, Note, "Protecting Children from Pornography on the Internet: Freedom of Speech is Pitching and Congress May Strike Out."

¹²⁸ Mitchell P. Goldstein, "Congress and The Courts Battle Over The First Amendment: Can The Law Really Protect Children From Pornography on The Internet", s. 171.

o kadar önemli bir sorun ki; kanımca, Miller Standartları'nın içinde bulunmasa veya herhangi bir şekilde ortaya atılmasaydı bile, internet dolayısıyla her şekilde ülkelerin karşısına bu sorunun çıkması gerekirdi. Zira, internette bazı görüntülerin, fotoğrafların çocuklar için bu denli ulaşılabilir olması, herkesi rahatsız edecek ve internetteki görüntülerin bir sınırı olması gerektiği düşünülecekti. Bugün de düşünülen budur. Ancak, topluma uygun ve açık seçik olmayan görüntüler, hangi toplumun standartlarına göre uygun olacak ve açık seçik olmayacaktır? İnternette bulunan Japonca bir siteye Türk bir çocuk girdiğinde, karşılaştığı görüntüler, Japonya'da normal olan ancak, Türkiye'de bir çocuğun gelişimi açısından zararlı olarak düşünülen materyallerse, bu görüntüler için uygunluk kriteri, hangi ülkeye göre değerlendirilecektir? Bu yönüyle bu sorunun sorulmuş olması, ABD hukukunun federal yapısından kaynaklanıyor olsa bile, internet sonrasında gerçek dünyada ayrı ayrı hükümetlerce yönetilen, ama bilişim uzayında tek bir çatı altına giren, bilişim insanları açısından önemlidir.

Görüldüğü gibi örneklerimizi bile, Japonya'daki bir siteye Türk bir çocuk tarafından girilmesi gibi, sınırları olan, parçalanmış bir dünyadan kurgulamaktayız. Hukuk sistemlerimiz de, beyinlerimiz gibi mekansallık ve zamansallık üzerine kurulu olduğu için bunları aşarak gelen bir düzen (bilişim uzayı düzeni) yüzyıllardır kurduğumuz bentleri, yani hukuk düzenimizi, alt üst eden bir sel gibi düzenimizi alt üst etmektedir. Mekansallıkla yoğrulmuş beyinlerimiz, yeni kurulan bilişim uzayına da mekansallık penceresinden bakmaya çalışırken, kabul etmemiz gereken bir husus var ki; bilişim uzayında mekan yoktur. Ulus-üstü bir yapı olarak bilişim uzayı, ulus-üstü bir mantelite ile ulus-üstü düzenlemelerle şekillendirilmeli, mümkün olmadığı takdirde, en azından uluslararası bir şekilde düzenlenmelidir.

c. *"The Children's Internet Protection Act"*

ABD Kongresi, internette pornografiyi düzenlemeye çalışırken ve bir yandan Federal Mahkemelerce çalışmalarını anayasaya aykırı bulunurken, bu sefer Kongre'nin dolambaçlı bir yol izlediğini görüyoruz. 2000 yılında düzenlenen The

Children's Internet Protection Act (CIPA); okullarda, kütüphanelerde çocuklara zarar verebilecek, açık seçik (obscene) veya çocuk pornografisi içerikli materyallere girilmesini engellemeye çalışılıyordu. CIPA uyarınca, izinli bir kişi, geçerli gerekçelerle, filtre programını devre dışı bırakabilirken, sınırlama kütüphanede veya okulda çalışan herkesin bilgisayarına, hiç bir ayırım yapmadan uygulanacaktı. CIPA'ya göre, getirilen önlemlere uymayan okul ve kütüphane devletten gelecek olan parasal yardımların kesilmesi gibi, bazı statülerini kaybetmek gibi cezalara çarptırılıyordu.¹²⁹

Daha önce benzer düzenlemeler karşısında (CDA kapsamında) Mahkeme'nin verdiği karar aslında CIPA hakkında açılacak davaların ne yönde sonuçlanacağı hakkında ipuçları veriyor. 1997 yılındaki *Mainstream Loudon v. Board of Trustees of the Loudon County Public Library* adlı davada Mahkeme'nin tespitleri arasında, teknik anlamda filtrelerin yapılışını ele alan ve bu alanı evrensel olarak kapsayan cümleler var. Mahkeme'ye göre filtrelerin bloke ettikleri materyaller arasında, çoğunlukla filtrelenmemesi gereken materyaller de var oluyor. Filtre programları her kullanıcı için, her zaman kullanıldıkları için ifade özgürlüğünü zedelemektedirler. Hükümetin, filtrelerin kütüphanelerin bazı kitapları seçmeleri, bazılarını seçmemeleri gibi, siteler arasında bir seçim yapması anlamına geldiği yolundaki analojisine Mahkeme katılmamaktadır.¹³⁰

CIPA da yayınlanmasından hemen sonra davaya konu oldu. *American Library Association v. United States* davasında, davacıların iddiasına göre filtre programları anayasal olarak korunan ifade şekillerini de bloke ediyordu.¹³¹ Federal Mahkeme'nin 2002 yılında verdiği kararına göre Kongre, kütüphaneleri filtre kullanmadıkları takdirde, bazı kamu yardımlarından yararlanamayacakları şeklinde tehdit ederek çok ileriye gitmişti.¹³²

¹²⁹ CIPA'nın metni için bkz., <http://www.cdt.org/legislation/106th/speech/001218cipa.pdf> (En son ziyaret tarihi: 29 Ağustos 2003).

¹³⁰ Geraldine P. Rosales, "Note and Comment: *Mainstream Loudon and the Future of Internet Filtering for America's Public Libraries*", 26 *Rutgers Computer & Technology Law Journal*, 2000, s. 358-368.

¹³¹ Dawn S. Conrad, Note, "Protecting Children from Pornography on the Internet: Freedom of Speech is Pitching and Congress May Strike Out."

¹³² Dawn S. Conrad, Note, "Protecting Children from Pornography on the Internet: Freedom of Speech is Pitching and Congress May Strike Out."

Günümüz filtre programlarının hatalı bir şekilde filtreleme yaptığını, yani filtrelenmemesi gereken materyalleri de filtrelendiğini belirten Mahkeme,¹³³ ayrıca bu filtrelerin neyin çocuk pornografisi olduğunu, neyin çocuklar için zararlı olduğunu, neyin açık seçik olduğunu belirleyebilecek kapasitede olmadıklarını belirledi.¹³⁴

Ancak, kütüphaneler için bu şekilde kararlar alınırken, CIPA'nın uygulamasından şu anlaşılıyor ki; okullarda çeşitli filtelerin kullanılması CIPA'nın düzenlemesi içerisinde mümkündür. Zira CIPA yetişkinlerin bilgisayarı belirli durumlarda filtre programlarını devre dışı olarak kullanabileceklerini belirtiyor. ABD'de çeşitli davalarda yaratılan standartlar da göstermekte ki; okullarda ifade özgürlüğünün kısıtlanması mümkündür.¹³⁵ Ancak toplumun genelinin kullanımına açılmış bilgisayarlarda, filtrelenmemesi gereken siteleri de filtreleyen programların kullanılması, insanların özgürce bilgilenmelerini zedeleyici etki yapabilir.

Kanımca, kamunun kullanımına açık her yerde olmasa da, okullarda filtrelerin gelişmiş modellerinin kullanılması yerinde olabilir. Türkiye'de daha üniversitelerde bile öğrencilerin istedikleri anda, istedikleri kadar internet erişimi bulamadıkları düşünülürse, bu sorun Türkiye'ye bu denli sıçramamıştır diyebiliriz. Ancak, ilerde, internetin kamu alanlarında yaygın kullanılması mümkün olduğunda, sorunun Türkiye açısından da önem arz edeceği düşüncesindeyim.

d. "Child Pornography Protection Act"

ABD'de Kongre 1996 yılında Child Pornography Protection Act (CPPA) adında, çocukların cinsel ilişki içerisinde gösterilmesini yasaklayan bir kanun çıkardı.

¹³³ Steven D. Hincley, "Your Money Or Your Speech: Children's Internet Protection Act and Congressional Assault on the First Amendment in Public Libraries", s. 1095.

¹³⁴ Dawn S. Conrad, Note, "Protecting Children from Pornography on the Internet: Freedom of Speech is Pitching and Congress May Strike Out."

¹³⁵ Tinker v. Des Moines Independent Community School District ve Hazelwood School District v. Kuhlmeier davaları için bkz., Dawn S. Conrad, Note, "Protecting Children from Pornography on the Internet: Freedom of Speech is Pitching and Congress May Strike Out."

Çocuk pornografisinin, üretilmesinin, bulundurulmasının ve dağıtımının yasaklanmasının arkasında büyük bir kamu desteğinin olduğunu söylemek zor değil. Zaten New York v. Ferber davasında Mahkeme'nin verdiği karardan beri üzerinde anlaşılan bir konu var ki; çocuk pornografisi ABD'de "First Amendment" ile korunan ifade özgürlüğünün kapsamında değildir.¹³⁶ Ancak, sorun hükümetin psödo-fotoğrafları kanun kapsamına almasıyla birlikte çıkmaktadır. Zira kanun metninde çocukların cinsel ilişki içindeymiş gibi (appear to be) veya öyle olduğu izlenimi bırakan (convey impression) görüntülerinin de kanun kapsamına alınması,¹³⁷ ABD'de bir tartışmanın ortaya çıkmasına neden oldu.

CPPA, CDA ve COPA gibi bir ceza kanunudur. Bu yasaya göre çocukların içinde bulunduğu pornografik materyallerin bulundurulması veya internette yayınlanması yasaklanmıştır. Bilgisayarlar yoluyla çocuğun cinsel içerikli görüntülerinin bulunduğu, cinsellik içerikli materyallerin, ticari materyal olarak kullanılması yasaklanmıştır. Suç oluşturan materyali bilerek bir başkasına gönderenler veya ilan panosu veya haber grubu aracılığıyla bunu iletenler ile, suç teşkil eden çocuk görüntülerinden üç veya daha fazla adedini bilgisayarında bilerek bulunduranlar cezalandırılmaktadır.¹³⁸

Aschroft v. Free Speech Coalition

Daha önce anlatıldığı üzere 2002 yılında Aschroft v. Free Speech Coalition davasında Mahkeme, hükümetin psödo-fotoğrafların üretimini ve bulundurulmasını yasaklayamayacağını, bu fotoğrafların çocukların gerçek fotoğrafları olmadığını söylemişti. Mahkeme, çocukların gerçek fotoğrafları olmaması nedeniyle, psödo-fotoğrafların, Ferber davasının kapsamındaki çocuk pornografisinin, Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiğini söyleyen kararının dışında olduğunu söylüyordu¹³⁹

¹³⁶ Amy Adler, "The Perverse Law of Child Pornography", 101Columbia Law Review, 2001, http://cyber.law.harvard.edu/ilaw/Speech/Adler_full.html (En son ziyaret tarihi: 29 Ağustos 2003).

¹³⁷ Mitchell P. Goldstein, "Congress and The Courts Battle Over The First Amendment: Can The Law Really Protect Children From Pornography on The Internet", s. 173.

¹³⁸ CPPA metni için bkz., <http://www.politechbot.com/docs/cppa.text.html> (En son ziyaret tarihi: 29 Ağustos 2003).

¹³⁹ Dannielle Cisneros, "Virtual Child Pornography on the Internet: A "Virtual" Victim?", Duke Law & Technology Review 0019, 2002, <http://>

Bu davada davacılar bu kanunun metninin, çocukları cinsel aktivite içindeyken gösteren her fotoğrafın, filmin, görüntünün yasaklanması anlamına geleceğini, zira sinema filmlerinde çocuk rolündeki bir kişinin görüntülenmesinin dahi yasa kapsamına gireceğini, bunun da anayasaya aykırı olduğunu iddia ettiler. Hükümetin psödo-fotoğrafların, gerçek anlamda çocuğun cinsel sömürüsüne temel oluşturacağı yönündeki iddiasını, Mahkeme kabul etmedi. Hükümetin psödo-fotoğrafların çocuk pornografisini özendirilebileceği yönündeki iddiasını da Mahkeme, bu yöndeki bir özendirmenin varlığının suç teşkil etmeyeceğini bu nedenle yasaklanamayacağını söyleyerek, haklı bulmadı. Ayrıca hükümetin, eğer psödo-fotoğraflar gerçeğe çok yakın olurlarsa çocuk pornografisinden ayırt edilmeleri güçlük yaratacaktır ve çocuk pornografisi üreticilerinin yararına olacaktır şeklindeki iddiasını, Mahkeme kabul etmeyerek, CPPA'yi anayasaya aykırı buldu.¹⁴⁰

Kongre daha sonra bir çok defa CPPA'yi yenileme çabalarına girişti.¹⁴¹ Ancak CPPA hakkında Mahkeme'nin belirlemeleri dikkate alınmadan kanunlar yapılmaya devam edildiği için kanunların amacına ulaştığı söylenemez.¹⁴² Yüksek mahkemeye göre, gerçek çocuk görüntülerini içermeyen pornografik görüntüler, yalnızca pornografidir, eğer bu görüntüler Miller Standartlarında "açık seçik" (obscene) değilse "first amendment" kapsamına girerler ve yasaklanmazlar.¹⁴³

ABD'de psödo-fotoğrafların çocuk pornografisini teşkil etmeyeceği yönündeki düşüncenin yaygınlığı, ABD'nin dünya hukuk gelişiminin gerisinde kalması sonucunu doğuruyor.

www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/2002dltr0019.html (En son ziyaret tarihi: 29 Ağustos 2003).

¹⁴⁰ Dannielle Cisneros, "Virtual Child Pornography on the Internet: A "Virtual" Victim?"

¹⁴¹ Bu denemelerden biri, "Child Obscenity and Pornography Prevention Act of 2002" adında bir kanun. Bu kanun incelenince olunursa görülebilir ki; düzenlemeler CPPA ile çok benzerlik göstermektedir. "Child Obscenity and Pornography Prevention Act of 2002" metni için bkz., <http://www.house.gov/cannon/bills2001/hr4623.htm> (En son ziyaret tarihi: 29 Ağustos 2003).

¹⁴² Mitchell P. Goldstein, "Congress and The Courts Battle Over The First Amendment: Can The Law Really Protect Children From Pornography on The Internet", s. 177.

¹⁴³ Mitchell P. Goldstein, "Congress and The Courts Battle Over The First Amendment: Can The Law Really Protect Children From Pornography on The Internet", s. 177.

Ceza kanunlarının dar yapılması gerektiği açık bir gerçekliktir. Mitolojik figürleri¹⁴⁴ veya Oscar almış sinema filmlerini¹⁴⁵ içine alabilecek kadar geniş ifadelerin kullanıldığı kanunların yapılmaması gerektiği kanısındayım. Ancak psödo-fotoğraflarda, gerçek çocukların kullanılmadığı görüşüne katılmak mümkün değildir. Aynı şekilde, bu sapkın davranışın mağdursuz olduğuna da inanmak mümkün değildir. Zira, daha önce açıklandığı üzere, psödo-fotoğraflar çocukların gerçek fotoğrafları değildirler ama fotoğraflardaki görüntülerdeki çocuklar gerçektir. Kanımca, kesin ve belirli terimler kullanılarak, suçun iyi tanımlanması halinde, psödo-fotoğrafların da suç teşkil etmesi gerekir. Ceza kanunları geniş ifadeler kullandıkları takdirde, anayasal engellere takılacaklardır. Bu genişlikten doğan boşluk doldurulmadığı için, ceza kanunlarının, dar ifadelerle, yasaklaması gereken sapkın davranışlar, kanunların dışında kalmaktadır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği, bu davranışlar cezasız kalmaktadır.

İfade özgürlüğünün temel bir hak olduğu düşüncesi görüldüğü gibi ABD’de desteklenen bir düşünce. Ancak her temel hak düzenlenmediği takdirde diğer hakları tehdit eder boyuta gelebilir. İfade özgürlüğüne bakış açısı olarak Avrupa ve ABD’nin ayrıldığını görüyoruz. Zira Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. maddesi¹⁴⁶ incelenirse görülecektir ki; burada düzenlenen hak mutlak bir hak değildir. Belli sınırlamalar getirilebilir. Buna Avrupa bakış açısı diyebiliriz. Avrupa’daki anayasaların genelinde ifade özgürlüğü düzenlenmiştir ve bu anayasalar konuya aynı boyuttan bakmaktadırlar.¹⁴⁷ Avrupa için, temel inceleme konusu temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmayacağı değil, nasıl ve ne kadar kısıtlanacağıdır. Ancak ABD bakış açısı olarak değerlendirebileceğimiz diğer bakış açısı

¹⁴⁴ Dannielle Cisneros, “Virtual Child Pornography on the Internet: A “Virtual” Victim?”

¹⁴⁵ Mitchell P. Goldstein, “Congress and The Courts Battle Over The First Amendment: Can The Law Really Protect Children From Pornography on The Internet”, s. 175.

¹⁴⁶ Sözleşmenin metni için bkz., http://lexinter.net/UE/droits_et_libertes.htm (En son ziyaret tarihi: 29 Ağustos 2003).

¹⁴⁷ İfade özgürlüğüne Avrupa bakış açısının ayrıntılı incelemesi için bkz., Caroline Uyttendaele, Joseph Dumortler, “Free Speech On the Information SuperHighway: European Perspectives”, 16 The John Marshall Law School Journal of Computer & Information Law, summer 1998, s. 905-936.

ise, ifade özgürlüğünü daha geniş tutmak eğilimindedir. 2 yıl arayla ilan edilen ABD Anayasası ve Fransız İnsan Hakları Bildirgeleri arasında da bu fark vardır.¹⁴⁸ Kanımca bu denli mutlak bir bakış açısı, demokrasiyi, internetin büyük katkısıyla zedeleyecektir.

e. *"The Children's Online Privacy Protection Act"*

1998 yılında ABD'de The Children's Online Privacy Protection Act (COPPA) adında bir kanun yayınlandı. Bu kanun 13 yaşının altındaki çocukların, çocuklara yönelik ticari web siteleri veya muhatabının çocuk olduğunu bilen web siteleri tarafından, kimlik bilgilerinin toplanmasını, kullanılmasını, ifşa edilmesini yasaklıyor.¹⁴⁹ Bu kanuna göre, bir web sitesi operatörü, eğer çocuğun 13 yaşının altında olduğunu biliyorsa ve ailesinin izni olmadan bu bilgilere sahip oluyorsa ailesinin bu bilgilerin ilerideki veya devam eden kullanımını ve ifşa edilmesini reddetmesine izin vermelidir. Yine aynı şekilde kanun, web sitesinde yarışma ve benzeri aktiviteler gibi, çocuğun kimlik bilgilerinin alınmasını gerektiren aktivitelere, 13 yaşının altındaki çocukların katılmasını yasaklamaktadır. COPPA bu kanunun etkili olarak uygulanması için Federal Trade Commission (FTC) adlı komisyonun kanunun içeriğini dolduran düzenlemeler yapmasına izin veriyor.¹⁵⁰ FTC'nin açıklamalarına göre çocuğun kimliğini açıklayan bilgiler, adı ve soyadı, ev veya başka fiziksel adresin, e-mail adresi, telefon numarası, sosyal güvenlik numarası¹⁵¹ gibi kimliğini belli etmenin yanı sıra, ona ulaşmayı kolaylaştıran bilgiler olarak anlaşılmalıdır.

¹⁴⁸ Amerikan ve Fransız ifade özgürlüğüne bakış açısı farklılığı için bkz., Dominique Custos, *"La Liberte d'Expression sur l'Internet Aux Etats-Unis Et En France"*, <http://droit-internet-2000.univ-paris1.fr/dossier7/Dominique-Custos.doc> (En son ziyaret tarihi: 29 Ağustos 2003).

¹⁴⁹ Dick Thornburgh, Herbert S. Lin editors, *"Youth Pornography and The Internet"*, ilgili bölüm için bkz., http://bob.nap.edu/html/youth_internet/ch4.html (En son ziyaret tarihi: 26 Ağustos 2003).

¹⁵⁰ Vivian L. Polak, Peggy A. Miller, *"The Children's Online Privacy Protection Act"*, *Internet Law Journal*, <http://www.tilj.com/content/ecomarticle08010001.htm> (En son ziyaret tarihi: 29 Ağustos 2003).

¹⁵¹ Dick Thornburgh - Herbert S. Lin editors, *"Youth Pornography and The Internet"*, ilgili bölüm için bkz., http://bob.nap.edu/html/youth_internet/ch4.html (En son ziyaret tarihi: 26 Ağustos 2003).

Ebeveynin izninin, ebeveynin izin verdiği anlaşıl原因 materyallerin gönderilmesi yoluyla olabileceğini açıklayan FTC, bu materyaller arasında dijital imzalanmış e-mail ve ebeveynin kredi kartı numarasının verildiği bir materyali de sayıyor.¹⁵²

Bilişim uzayında, çocuklara ulaşmanın ne kadar kolay olduğu daha önce anlatıldı. ABD'deki düzenlemenin yerinde olduğu kanısındayım. Zira, çocukların kimlik bilgilerine kolayca ulaşabilmesi demek, onlara karşı zararlı faaliyetler gösterebilecek insanların, onlara daha kolay yaklaşması demektir. Suçun oluşmadan önlenmesi, dolayısıyla çocukların mağduriyetinin gerçekleşmeden önlenmesi açısından bu tarz tedbirler alınabilir.

Ancak, bilişim uzayının coğrafi sınırları ortadan kaldırması, bu noktada sorun çıkarmaktadır. 13 yaşının altındaki çocukların kimlik bilgilerinin toplanmasını yasaklamak, onları muhtemel mağduriyetlerden korumak bakımından yerinde olabilir. Fakat, ABD vatandaşı bir çocuğun bilgilerini toplayan web sitesi, Çin'den yönetiliyorsa, ABD yasalarının geçerli olmayacağı açıktır. Görüldüğü gibi tek taraflı düzenlemeler ne kadar iyi niyetli olsalar da eksik kalmaktalar.

ÇÖZÜM VEYA DÜĞÜM

Computer Industry Almanac'ın verilerine göre 2002 yılında dünyada 665 milyonu aşkın internet kullanıcısı mevcut. 2001 yıl sonu verileri ise 544 milyon kişinin kullanıcı olduğunu belirtiyor.¹⁵³ Bu verilere göre bir yıl içerisinde 121 milyon kişilik bir popülasyonla, bilişim uzayı vatandaşlarının sayısı artmıştır.

Ancak sanayileşmiş ülkelerde, internet kullanan kişilerin sayısının artma hızında ciddi düşüş bekleniyor. Artık neredeyse en yüksek kullanıcı yoğunluğuna ulaşmış olarak kabul ediliyorlar. Önümüzdeki on yıl içerisinde internet kullanıcı sayısındaki büyümenin, gelişmekte olan ülkelerde gerçekleşmesi

¹⁵² "How to Comply With The Children's Online Privacy Protection Rule" <http://www.ftc.gov/bcp/conline/pubs/buspubs/coppa.htm> (En son ziyaret tarihi: 29 Ağustos 2003).

¹⁵³ Computer Industry Almanac verileri için bkz., <http://www.c-i-a.com/pr1202.htm>, <http://www.c-i-a.com/pr032102.htm> (En son ziyaret tarihi: 27 Ağustos 2003).

bekleniyor. 2005 yılında dünyadaki internet kullanıcı sayısının 1 milyarı aşması bekleniyor.¹⁵⁴ Bundan böyle artış, önümüzdeki on yıl içerisinde, ABD'nin başı çektiği sanayileşmiş devletlerde değil, Türkiye gibi sanayileşmekte olan devletlerde gerçekleşecek.¹⁵⁵ İlk 15 devletin %74'ü oluşturduğu internet kullanıcı dünyasında. İlk sırayı Amerika Birleşik Devletleri almaktadır. Sırasıyla Japonya, Çin, Almanya, Birleşik Krallık, Güney Kore, İtalya, Kanada, Fransa, Hindistan, Brezilya, Rusya, Avustralya, İspanya, Tayvan ilk 15 sırayı almakta. İlk 15 devletin internet kullanıcı sayısı toplamı 496 milyondur.¹⁵⁶

Bir devletin internet kullanıcısı olan vatandaşlarının fazlalığı, bilişim uzayında, o devletin vatandaşlarının ne kadar faaliyet gösterdiğinin bir göstergesi olarak kabul edilebilir. Pek tabii ki; o devletin bilişim uzayının getirisi suçlarla ne kadar muhatap olacağına da bir göstergesidir. 2005 yılına kadar 1 milyar insanın kullanıcı olacağı tespit ediliyorsa ve kullanıcı sayısındaki bu büyüme, genel olarak gelişmekte olan devletlerden olursa, sanayileşmiş devletlerin bilişim uzayında karşılaştıkları problemleri de ihraç edeceklerine kesin gözle bakılabilir.

Ele alınan problem sanılandan daha yakın, daha büyüktür. Türkiye'de yaklaşık 700.000 insan evinden internete girmektedir.¹⁵⁷ Pek tabii ki ülkemizin bugünkü ekonomik koşulları dikkate alındığında, internetin kullanımının nüfusa oranla düşük olduğu görülebilir. Kanımca Türkiye gerçeğinde internet kafeler istatistiki olarak bizi yanıltmaktalar. Türkiye'den kaç kişinin ortalama olarak internete girdiğini belirlemek çok kolay gözüküyor. Ama gerçek kullanıcı sayısının araştırma verilerinin üzerinde olduğunu söylemek de zor değil. Hızla artan bir internet kullanımı olduğu da aşikar. 2000 yılında internet konferansında yapılmış bir konuşmanın metninden aldığım aşağıdaki pasajın, Türkiye'de insanların internette beklentisini gösterir nitelikte olduğunu düşünüyorum. Biz geçenlerde bir kampanya başlattık. Bu kampanyada çeşitli

¹⁵⁴ Computer Industry Almanac verileri.

¹⁵⁵ Computer Industry Almanac verileri.

¹⁵⁶ Computer Industry Almanac verileri.

¹⁵⁷ Reporters Without Borders 2002 raporu, http://www.rsf.fr/article.php3?id_article=7146 (En son ziyaret tarihi: 22 Ağustos 2003).

kişilere sorduk. Bunların bir kısmı sektöründe lider olan kişilerdi ve “*İnternet’in ne olmasını istiyorsunuz?*” dedik, çok çeşitli fikirler geldi. Sonuç olarak bunları topladığımızda anlıyoruz ki, insanlar İnternet’ten her şeyi bekliyorlar. Kendilerine bir arkadaş olmasını, her istedikleri zaman yanında olmasını, çok hızlı olmasını, alış veriş edebilmeyi, konuşabilmeyi, birtakım dertlerine çareler bulmayı, her şeyi bekliyorlar.¹⁵⁸

Görüldüğü gibi Türkiye’de de insanlar, internetten herşeyi beklemeye başlamışlardır. Tabii ki tüm Türkiye’nin her şeyi internetten beklemeye başladığını düşünemeyiz. Halkımızın büyük bir çoğunluğu, internetin nasıl bir şey olduğunu bile bilmiyor. Kanımca bunu avantaja çevirebiliriz. Bilişim uzayının getirisi suçlara karşı erken önlem alabilir, sanayileşmiş devletlerin tecrübelerinden ders alabiliriz. Denilebilir ki; bilişim uzayında çocuk sömürüsü Türkiye’nin kapısını bir Birleşik Krallık, bir ABD kadar çalmamıştır. Ama yine de, Türkiye için de durum çok parlak değildir. Ülkemizde yasadışı materyal olarak adlandırılan yayınlar arasında, bilişim suçu olarak çocuk pornografisi, %40’la en başta yer almaktadır.¹⁵⁹ İnternetin getirisi özel hukuk problemleri kadar önemli bir konuyla ilgilenmekteyiz. Konumuz, psikolojisi henüz ham iken, bozulabilecek bir insan. Konumuz, en az e-ticaret kadar, düzenlenmeye ve uluslararası kriminolojik, hukuki, psikolojik, sosyolojik ve felsefi işbirliğine muhtaçtır.

İnterneti iletişim aracı olarak görüyoruz, iletişimi kolaylaştırdığı düşüncesi, dilimize pelesenk ettiğimiz bir deyim. Bu makalenin baş tezlerinden biridir ki; internet çocuk pornografisinin dağıtımını, çocuklara pornografinin ve onlara cinsel ilgi duyan insanların ulaşmasını kolaylaştıran bir iletişim aracıdır. Ancak internetin sadece çocuk pornografisinin dağıtımını kolaylaştıran bir iletişim aracı olduğunu söylemek eksik olur.

¹⁵⁸ Hayriye Elibol, “*Dünyadaki İnternet Kullanma Eğilimleri ve Türkiye’deki Yansımaları*”, <http://inet-tr.org.tr/inetconf6/oturumlar/dünyadaki-internet-kullanma-eğilimleri.doc> (En son ziyaret tarihi: 27 Ağustos 2003)

¹⁵⁹ Semih Dokur, “*Ülkemizde Bilişim Suçları Ve Mücadele Yöntemleri*”, <http://www.bilimsurasi.org.tr/dosyalar/17.doc> (En son ziyaret tarihi: 22 Ağustos 2003)

İnternet aynı zamanda bizzat suçu kolaylaştıran, kriminojen etki yapan bir fenomendir. Mesela internet sayesinde bilişim uzayında suça yönelecek insanlar suçun objesi konumundaki çocuklara sohbet odalarında daha rahat ulaşabilmektedir. Mesela bilişim uzayında anonim davranışın kolay olması nedeniyle yakalanma korkusu olmayan insanlar, daha rahat suça yönelebilmektedirler. İnternet ile çocuk pornografisi minimal bilgisayarlarla bile ulaşılabilecek kadar el altında bir hal almıştır.¹⁶⁰ Anonim tavrın getirisi olarak, arka planda kalan ve pusuda kalarak sadece istediği materyallere ulaşmakla yetinen insanların ne kadar yaygın oldukları, büyüklükleri ve sayıları (tabii ki kim oldukları) bilinmemektedir.¹⁶¹ Bu özet bilgi ışığında konuya baktığımızda, bilişim uzayının kontrol altına alınması gerektiği düşüncesi mantıksız gelmiyor. Ancak, doğasında özgürlük, ulus-üstülük olan bilişim uzayı, nasıl olacaktır da kontrol edilecektir? Sorunun, düzenlemelerin yapılmasında değil, nasıl ve kim tarafından yapıldığında olduğunu düşünüyorum.

Kanun uygulayıcılarının kanunları uygularken bilişim uzayı servislerini doğru yorumlamaları ve bilişim uzayını anlamaları da sorunların çözülmesinde yardımcı olur. Kanun uygulayıcılarının yanı sıra, hatta onlardan önce, kanun yapıcılarının bir devrim sonrası oluşan, bambaşka bir dünyayı düzenlediğinin farkında olması gerekmektedir. Nasıl ki mevcut kanunlardan uygun olanlarını uygulaması beklenen kanun uygulayıcılarının, olaylara bilişim uzayının mantığıyla bakması bekleniyorsa, kanun yapıcılarının da yeni dünyanın ruhuna uygun düzenlemeler yapması gerekmektedir.

Bu noktada denilebilir ki; hükümetler zaten elektronik ticaret denen alanı özendirmek için fazla düzenlemeyle insanları sıkmak ve bilişim uzayındaki özgür hayatlarındaki harcamalarından gelecek gelirden mahrum kalmak istemezken, bir yandan da bilişim uzayındaki sapkın davranışların gerçek hayata yansımalarını bertaraf etmek istiyorlar. Bu yönüyle, bilişim uzayının düzenlenmesi bir denge oyunudur diyebiliriz. Çocukları korurken, yetişkinlerin özgürlüklerini

¹⁶⁰ Rachel O'Connell, "Paedophiles Networking on The Internet", s. 68.

¹⁶¹ Rachel O'Connell, "Paedophiles Networking on The Internet", s. 68.

sınırlandırmamak bir denge oyunuyken, bir diğer denge oyununun da, serbestlikler, kolaylıklar ülkesi bilişim uzayında, elektronik ticaretin getirisinden mahrum kalmamak ile, aynı serbestliklerin ve kolaylıkların getirisi sapkın davranışların düzenlenmesi arasında olduğu söylenebilir.

Neredeyse tüm dünya bilişim uzayındaki terörün, çocuk sömürüsünün yani bilişim uzayındaki kanun dışı içeriğin yok edilmesi ve bu içeriğe ulaşılmasının mümkün olmaması konusunda hem fikirdir. Ancak bir üst paragrafta anlatılan denge sağlanmış değildir. Bugün bir çok gelişmiş devlet bu bilmece-nin, bu denge oyununun çıkışını arıyor. Bu yolu kısıtlamalarda bulan devletlerin olduğu sonucun, demokratik erozyon olduğu görülmektedir.¹⁶²

Devletlerin tepeden inme görünümlü düzenlemelerinin mayasının pek tutmayacağını söylemek zor değil. Bilişim uzayının doğasına uygun düzenlemeleri yapmak veya uygun düzenlemelerin yapılmasında, internet servis sağlayıcılarının düzenlemelerle işbirliği içine çekilmesi yerinde olacaktır. Aksi takdirde, bilişim uzayının donanımlı, anonim davranabilen, özgür bireylerinin faaliyetlerini düzenlemek mümkün olmayabilir. Mesela, tamamen basılı eserlerin incelenmesi mantığıyla, tüm ülkenin internet sayfalarının yayımlandıktan sonra içeriğinin, hukuka uygun olup olmadığı yönünden, savcılık tarafından inceleneceğini söyleyen bir kanun yapılırsa, yayımlandığı anda kadük olan bir kanunu hazırlamış olmaktan başka bir şey yapmış olunmaz. Zira, böyle bir içeriğin savcılığın denetimine sunulması veya savcılığın tüm sayfaların içeriğini teker teker incelemesi fiziksel olarak mümkün değildir.

Ortada milli bilişim uzayı sınırlarının olduğunu zannnetmek düşüncesi devletlerin ortak takıntısı olarak gözüküyor. Bilişim uzayını düzenlemek, en azından kendi ülkesini sorundan arındırmak düşüncesi her devletin düzenlemelerinde seziliyor. Bir çok devlet bilişim uzayının getirisi olan sorunlar ile ilgili düzenlemeler yapıyor. Bu düzenlemeler internet izleme kurumları kurmak, internet yayın otoriteleri geliştirerek şika-

¹⁶² Aidan White, "Freedom of Speech Information and Protection of Privacy", Child Abuse On the Internet -Ending the Silence, edited by Carlos A. Arnaldo, Berghahn Books - UNESCO Publishing, Paris 2001, s. 91.

yetleri almak veya internetin kullanımının sadece akedemik amaçlı olabileceğini açıklayıp, kişisel ve ticari kullanımını yasaklamak gibi çeşitlerde olabiliyor.¹⁶³ Ancak devletlerin bireysel çabalarının çözüm üretmekten yoksun olduğunu düşünmek de pek yersiz değil. Unutulan bir şey var ki, bilişim uzayının parça parça sorundan arındırılması veya bir devletin bilişim uzayındaki izdüşümünün sorundan arındırılması diye bir şey mümkün gözüküyor. Bilişim uzayındaki sorunların, yeni çağın hukuksal ortak sorunu olduğunun ve olacağının farkında olarak hareket edilmesi yerinde olur.

Bununla ilgili çeşitli teknik çözüm önerileri mevcut. *"Journal of Information, Law and Technology"* de yayınlanan bir makale, Tayvan da, internet alanında suç arama motorunun geliştirildiğini ve bu motorun nasıl çalıştığını anlatıyor.¹⁶⁴ Filtre programları da önerilen çözümlerden biri. Teknik çözüm önerilerinin, mükemmel çözümler vermesi durumunda, çocukların pornografiyle karşılaşması ve çocuk pornografisinin internet aracılığıyla dağıtım açısından önemli bir gelişme olacağı kesin. Ancak günümüzde filtreleme programları, büyük oranlarda yasal siteleri de filtrelemektedir. Bu durumda, kanunların filtreleri kullanmayı zorunlu tutması ifade özgürlüğünü zedeleyeceği için mümkün gözüküyor. Ancak ailelerin isteğe bağlı olarak, zaman zaman güncellenen filtreler kullanmaları ve internet ortamındaki tehlikelere karşı çocuklarını, eğiterek, uyarmaları mümkün. Çocukların bilişim uzayında pornografiyle karşılaşmalarını, kanunların genel geçer kurallar koyarak engellemesi mümkün gözüküyor. Bu sorunun çözümü eğitimden geçiyor. Bu noktada denilebilir ki; öncelikle ailelerin eğitilmesi gerekir. Daha sonra aileler çocuklarını eğiterek, uyarabilirler. Aynı şekilde, çocuklara internet aracılığıyla yaklaşan kişilere karşı önlemleri aileler almalıdır. Hukukun bu noktada yapabileceği, bu kişilerin çocuklar hakkında bilgi toplamasını engelleyici düzenlemeler yapmakla ve bu kişilerin tespit edilebildikleri takdirde cezalandırılabilmesi için kanunlar ihdas etmekle sınırlıdır. Ancak, nasıl ki aileler gerçek dünyada çocuklarını

¹⁶³ Ofelia Calcetas- Santos, "Child Pornography on the Internet", s. 107.

¹⁶⁴ Patrick S. Chen, "An Automatic System for Collecting Crime Information on the Internet", 2000 (3) The Journal of Information, Law and Technology (JILT). <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/00-3/chen.html> (En son ziyaret tarihi: 29 Ağustos 2003).

gerçek dünyanın zorlukları ile başbaşa bırakmıyorlarsa, onları bilişim uzayının zorluklarıyla da yalnız bırakmamalıdır. Bunun için, tabii ki bilişim uzayının tehlikelerinden haberdar olmaları gerekir. Bu da konuya odaklanmış bir toplumsal ilgi gerektirmektedir. Hukuki çözümden önce, ailelerin eğitilmesi daha etkili bir çözüm olur.

Çocuk pornografisinin bulundurulması ve dağıtılması konusunda, İSS'lerin sorumluluklarının kanunlarda düzenlenmesi mantıklı bir çözüm arayışıdır. Zira, internet servis sağlayıcıları (İSS) olmadan internete girmek mümkün değildir. Bu nedenle İSS'ler, internet düzenlemelerinde çok kilit bir yerde bulunuyorlar.¹⁶⁵ İSS'lerin işlevi, onların sorumluluk esaslarını belirlemelidir. Zira, sadece internete erişimi destekleyen mekanizmalar olarak çalışırlarsa, yani sadece internete açılan kapı görevini üstlenirlerse, onları internetteki içerikten dolayı sorumlu tutmak mümkün değildir.

İSS'lerin sadece bireylerin internet erişimini sağlamanın yanı sıra, sunucu olarak çalışmaları da mümkündür. Sunucu, bilgilerin depolandığı ve yayımlandığı manyetik bir ortamdır.¹⁶⁶ İSS'lerin yanı sıra, başka kurumlar da sunucu olarak hizmet verebilirler. Kendilerine ait veya başkalarına ait bilgilerin internette yayınlanması için depo görevi görebilirler. Ancak bu bilgilerin internet ortamına taşınabilmesi için yine de İSS'ler kullanılacaktır. Sunucu pozisyonundaki İSS'nin veya salt sunucunun başkasına ait bilgilere depo vazifesi görmesi ve bu bilgileri internette yayınlaması işine "hosting" denir.¹⁶⁷ Avrupa Parlamentosunun ve Avrupa Birliği Konseyinin 2000 yılı direktifinin 14. maddesi, "Hosting"e yer vermektedir. Bu direktife göre İSS, kendisinin sunduğu hizmet ile, bilişim uzayına aktarılan, yasadışı bilgi ya da aktivite hakkında bilgi

¹⁶⁵ Yaman Akdeniz, "Governance of Pornography and Child Pornography on the Internet", s. 234.

¹⁶⁶ Sait Güran, Teoman Akünel, Köksal Bayraktar, Erdener Yurtcan, Abuzer Kendigelen, Önder Beller, Bülent Sözer, "İnternet ve Hukuk", Superonline Workshop Metni, <http://www.superonline.com.tr/hukuk/> (En son ziyaret tarihi: 29 Ağustos 2003).

¹⁶⁷ Önder Demir, "İnternet Servis Sağlayıcısının Cezai Sorumluluğu" <http://www.bilisimsurasi.org.tr/dosyalar/28.txt> (En son ziyaret tarihi: 29 Ağustos 2003).

sahibi değilse, ya da bilgisi olduğunda erişimi engellerse, ya da bilgiyi kaldırırorsa sorumluktan kurtulabilmelidir.¹⁶⁸

İSS'ler içerik sağlayıcı (content provider) olarak da çalışabilirler. İçerik sağlayan kişi veya kuruluş, internet ortamına aktarılan bilgiyi hazırlayandır. Web sayfasının sahibi içerik sağlayıcıdır. Sitenin direkt olarak içeriğini veya siteden indirilebilecek (downloading) bilgileri hazırlamak, içerik sağlayıcı olmak için yeterlidir.¹⁶⁹

İSS'lerin üstlendikleri işlemlere göre düzenlemeler içerisine alınmaları gerekmektedir. İSS'leri erişim sağlayıcı veya sunucu pozisyonundayken, hizmet verdikleri internet sitesinin içeriğinden dolayı sorumlu tutmamız mümkün değildir. Avrupa Parlamentosu'nun ve Avrupa Birliği Konseyi'nin 2000 yılı direktifinin 15. maddesi de aynı yönde değerlendirme yapmıştır. Direktife göre, İSS'lerin hizmet verdikleri sitelerin içeriklerini kontrol altına almalarını gerektiren düzenlemeler de yapılmamalıdır.¹⁷⁰ Ancak, kanımca, İSS'lere yasadışı içerikle karşılaşmalarında bir ihbar yükümlülüğü getirilebilir. İçerik sağlayıcı pozisyonundaki herkes gibi, İSS'leri de içeriğin yasalara aykırı olması durumunda sorumlu tutmak gerekir.

Normal olarak, internetteki yayınların, bilgilerin, aktivitelerin, İSS'nin içerik sağlayıcı olarak hizmet vermediği durumlarda, onun sorumluluğunda olmaması durumu, "ceza hukukunun kusursuz sorumluluk olmaz" ilkesine dayanmaktadır. Zira İSS'lerin kontrol edemeyecekleri içeriklerden dolayı sorumlu tutulmaları kusursuz sorumluluk yaratır. Bu nedenle basın yayın kanunlarının İSS'ler için uygulanabilir olduğunu düşünmüyorum. Ayrıca, internetin düzenlenmesini radyo ve televizyon yayınlarının düzenlenmesine benzetmek de mümkün değildir. Zira televizyonlar ve radyolar; herkese, aynı anda toplu halde, yayınlar yaparken, internette insanlar, kendi ilgi alanını aramaktadır. Yani televizyonlar eve gelirken, insanlar

¹⁶⁸ Avrupa Parlamentosu'nun ve Avrupa Birliği Konseyi'nin 2000 Yılı Direktifi için bkz., http://mineco.fgov.be/information_society/enterprises/providers_internetguide/providers_law_fr_003.pdf (En son ziyaret tarihi: 26 Ağustos 2003).

¹⁶⁹ Saif Güran, Teoman Akunal, Köksal Bayraktar, Erdener Yurtcan, Abuzer Kendigelen, Önder Beller, Bülent Sözer "İnternet ve Hukuk", Superonline Workshop Metni.

¹⁷⁰ Avrupa Parlamentosu'nun ve Avrupa Birliği Konseyi'nin 2000 Yılı Direktifi.

internete gitmektedir. Televizyonlar, genelde bir bölgedeki, bir ülkedeki insanların ayağına giderken, internete dünyanın her yerinden insan girmektedir.

İSS'lerin sorumluluğu konusunda can alıcı bir soru sorulmaktadır. İSS'ler ihbar ile sorumluluk altına girerler mi?¹⁷¹ Açıkça çocuk pornografisi olduğu belli olan içerik açısından, "hakaret ve sövme" gibi suçları ayırmak gerekmektedir. Eğer bir materyal açıkça çocuk pornografisini teşkil ediyorsa, ihbar halinde İSS'nin sayfaya erişimi sağlamayı derhal durdurması gerektiği ve imkanı olduğu takdirde, içeriği kaldırması gerekliliği ceza kanunlarında düzenlenmelidir. Ancak İSS, suç teşkil eden materyalin kendisine ihbar edildiğini ve erişimi durdurduğunu veya içeriği kaldırdığını, derhal yetkili mercilere bildirmelidir. Aksi takdirde, İSS'leri yargı mercilerinin yerine koymuş veya sansür kurumları haline getirmiş oluruz. Bu tarz bir düzenleme, internetin hızından yararlanan faillerin hareketlerine aynı hızla cevap vermek açısından önemlidir. Ancak, İSS'lerin her türlü içerik için ihbar edildiği takdirde içeriğe erişimi durdurması mantıklı gözüküyor. Neyin hakaret ve sövmeyi, neyin telif hakları ihlalini teşkil ettiğine İSS'ler karar veremez. Zira, içeriğin hukuka aykırı olduğuna yargı mercileri karar vermelidir. Açıkça çocuk pornografisini teşkil eden materyal ihbar edildiğinde de, İSS erişimi durdurmasının yanında, yetkili mercilere haber vererek yasal prosedürü başlatmak zorunda olmalıdır. Mahkeme, içeriğin hukuka uygun olduğuna karar verirse, İSS, tekrar, erişimi sağlamaya devam etmelidir. İSS'nin burada rolü, durumun aciliyeti karşısında tedbir almak olarak değerlendirilmelidir. İSS'lerin bu şekildeki yükümlülükleri, ceza kanunlarında açıkça düzenlenmelidir. Aksi takdirde, suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği, İSS'nin ihbar halinde hareketsiz kalmasını cezalandırmak mümkün olmaz. Bu şekilde bir düzenleme olmadığı takdirde, İSS'ler ancak Mahkeme kararı ile erişimi durdurabilirler veya içeriği kaldırabilirler. Bu durumda, kendilerine ihbar geldiği takdirde, yetkili mercilere haber vermekten başka birşey yapamazlar.

Aynı doğrultuda ABD'de bir düzenleme mevcut. 1998 yılında yayınlanan "*The Protection of Children from Sexual Pre-*

¹⁷¹ Önder Demir "*İnternet Servis Sağlayıcısının Cezai Sorumluluğu.*"

dators Act" (Sexual Predators Act) adlı bir kanuna göre, İSS'ler çocuk pornografisi içeren materyalleri fark ettiklerinde haber vermek ile yükümlüler. Ancak bu yükümlülük, onların hizmet verdikleri web sitelerini, aktif olarak denetlemeleri gerekliliği anlamına gelmemektedir. Sadece çocuk pornografisi içeriğinin farkında olarak, hizmet vermeye devam ettiklerinde cezalandırılmaktalar. Hosting hizmeti verdikleri sitelerdeki illegal içerikten sorumlu değiller.¹⁷² Kanımca ABD Kongresi de İSS'lerin hosting hizmeti verdikleri web sitelerinin içeriğini kontrol edemeyeceğini farkında olduğunu göstererek, onları sadece işbirliğinin içine çekmeye çalışmaktadır.

Forumlar, haber grupları ve sohbet odalarında gönderilen dökümanlar açısından da, İSS'lerin direkt sorumluluğuna gitmek mümkün değildir. Zira, teknik olarak kendi kontrolleri altında olmayan bu alanlarda materyal değişimi gerçekleşiyorsa, İSS'leri ancak bu materyallerin çocuk pornografisi teşkil ettiğini veya uygunsuz materyallere ulaşanların çocuk olduğunu farkettiler takdirde ihbar zorunluluğu getirerek, sorumluluk kapsamına alabiliriz.

İSS'lerin doğrudan suçu işlemelerinin veya içerikten haberi bir şekilde hosting faaliyetinde bulunmalarının ağırlatıcı sebep olması gerektiği düşüncesindeyim. Zira, kilit bir konumda olan İSS'ler, bu pozisyonlarından yararlanarak suç işliyorlarsa; bu durum, cezayı ağırlatıcı bir sebep olarak düşünülmalıdır.

Dünyada genel eğilim "Hotline" veya "Cybertipline"¹⁷³ olarak bilinen şikayet mercileri kurmak yönündedir.¹⁷⁴ "Self regulation" denemesi olarak da ciddi bir çalışma var. Birleşik Krallık'ta 1996'da kurulan bir kurum var. Adı "Internet Watch Foundation" yani "internet izleme kurumu". Bağımsız bir yapı olan bu kurum, internette suç içerikli dökümanların ulaşılmasını önlemeyi hedefliyor.¹⁷⁵ Bu kurum aynı zamanda yine bağımsız bir kurum olan "Internet Service Providers Association" (ISPA) yani "internet servis sağlayıcıları birliği" diye çevirilebilecek bir kurumla etkileşim içinde. İnternet servis sağlayıcıları

¹⁷² Sexual Predators Act metni için bkz., http://www.child-law-watch.net/protection_from_predators.htm (En son ziyaret tarihi: 24 Ağustos 2003).

¹⁷³ www.missingkids.com/cybertip (En son ziyaret tarihi: 29 Ağustos 2003).

¹⁷⁴ Micheál Ó Cadhain, "The Legal Regulation of www Content."

¹⁷⁵ Clive Gringras, "The Laws of The Internet", s. 328.

birliği bağımsız bir kurum olmasına rağmen, internet servis sağlayıcılarını halkın ve devletin önünde temsil ettiği ve onlar için lobi faaliyeti yürüttüğü için etkili bir kurum. Bu birlik, böylece İSS'leri, büyük oranda, bünyesinde üye olarak barındırıyor. Bu kurumun yönetmeliğinde, tüm üyeleri internet izleme kurumu ile işbirliğine zorunlu kınıyor.¹⁷⁶ Kanımca internet izleme kurumunu güçlü kılan en büyük öge bu işbirliği. Ancak internet izleme kurumunun kendi gücünü arttırdığı da görülmekte. 15 Şubat 2002'de Birleşik Krallık'taki tüm internet servis sağlayıcılarına içeriğinde çocuk pornografisi bulunduran tüm haber gruplarına ve çocuklara cinsel eğilimi olan kişilerin faaliyetlerini destekleyen haber gruplarına erişimin desteklenmemesi yolunda bir yazı yolladı.¹⁷⁷

Görüldüğü gibi tamamen bağımsız olan kurumlar bir ülke açısından yapılabilecek üst düzey bir çabayı göstermektedir. Ancak tek bir devletin değil, dünyanın tüm servis sağlayıcılarının desteklediği bir kurum ancak bilişim uzayında düzenleme yapabilir.

Yasama faaliyetlerinin meyve vermesi için, bu suçu işleyenler için kurtarılmış bölgeler yaratmamak için, her ülkenin internet vasıtasıyla çocuk pornografisi dağıtımını, satımını, reklamını ve internet vasıtasıyla çocuklara failerin ulaşmasını, bilimsel tanımlamalar yaparak düzenlemesi gerekmektedir. Her ülkede suçun, mağdurun, suçu teşkil eden materyalin birbirine yakın kriterler içerisinde incelenmesi için çalışmalar yapılmalıdır.

Bilişim uzayının kontrolü zor görünmektedir. Kanımca, birincil problem internetin tek bir otorite tarafından yasalaştırılmasının mümkün olmamasıdır. Suçların ülke sınırlarını aşması sonucu, gerekli uluslararası işbirliğini zorlaştıran bir durum da, kimi zaman biribiriyle çelişen kanunlarla karşılaşmamızdır.¹⁷⁸ Zira, eğer bir sapkın davranış bir ülkede suç diğerinde değilse, bilişim uzayında faaliyet göstermek isteyen insanlar, o davranışın suç olarak düzenlenmediği ülkeyi mer-

¹⁷⁶ Clive Gringras, "The Laws of The Internet", s. 328.

¹⁷⁷ Clive Gringras, "The Laws of The Internet", s. 328.

¹⁷⁸ Mark D. Rasch, "Criminal Law and The Internet, The Internet and Business: A Lawyer's Guide to the Emerging Legal Issues."

kez alacaklardır, bilişim uzayında faaliyetler şüphesiz ki o ülkeden yönlendirilecektir.

Kanunlaştırma çalışmaları tamamlansa ve her ülke kendi çapında bilişim uzayını ilgilendiren kanunlar yapsa da sorun tamamen çözülemez. Mesela, yeni çocuk pornografisi dökümanlarının bilişim uzayına düştüğü haberi alındı. Eğer bu dökümanların nerden, ne zaman bilişim uzayına sızdığını bilemezsek, elimizde çok ağır cezalar içeren hukuksal düzenlemeler olsa dahi sonuç alamayız. Zira, bu dökümanlarla hangi polis, hangi ülkenin birimleri ilgilenecektir? Hangi ülkenin kanunlarını nasıl uygulanacaktır? Kanımca, bilişim uzayını gerçek hayatın coğrafi sınırlarıyla çizmek mümkün gözüküyor. Bu nedenle bilişim uzayının sorunlarını çözebilmek için kendi doğasına uygun ulus-üstü otoriteler ve kanunlar gereklidir. Dünyanın bugünkü yapısında, ulus-üstü otoritelerin kurulacağını veya bazı kurumlar kurulsa da, sağlıklı çalışarak çözüm üreteceğini düşünmek pek mantıklı değil. Ancak ülkeler arası işbirliğini sağlayan kurumlar kurulabilir.

Bu konuda ilk anda akla gelen otorite Interpol. Interpolün asıl görevi uluslararası polis işbirliğini kolaylaştırmak ve güçlendirmek. Özellikle de yeni gelişen teknolojilerin kanunsuz kullanımını engellemek.¹⁷⁹ Bu kurumun mantığında, dünyanın bir çok otoriteye bölünüşünden suçluların yararlanmasını engellemek yatıyor. Devletler arası benzer bir otorite suçun nerede işlendiğini kararlaştırmak ve ortak değerler altında yargılanmasını sağlamak için çalışabilir. Bu otoritenin mantığında da, dünyanın bir çok otoritenin egemenliğinde, parçalı yapısından suçluların yararlanmasını engellemek olabilir.

Bilişim suçlarına hakim olabilmek için, hukuklar illegal aktiviteler karşısında caydırıcı olabilecek kadar yaygın olmalıdır ve bilişim teknolojilerinin legal kullanımının ne kadar yaygın olduğunu görerek, bir o kadar da dar ifadelerle hazırlanmış olmalıdır.¹⁸⁰ Ceza hukukları Reno v. ACLU davasının kararında belirtildiği gibi kısıtlamalarla sağlanacak toplumsal yararlar, bilişim uzayında özgürlüğün sağlayacağı toplumsal yararı iyi tartmalıdır.

¹⁷⁹ Agnès Fournier de Saint Maur, "International Cooperation in Law Enforcement", s. 122-123.

¹⁸⁰ Mark D. Rasch, "Criminal Law and The Internet, The Internet and Business: A Lawyer's Guide to the Emerging Legal Issues."

Eğer değişik hukukların nerelerde uygulandığını gösteren bir hukuk haritası kurgulasak ve onu fiziki sınırları gösteren haritayla üst üste getirsek, hukukların sınırlara ne kadar bağlı, yani ülkesel olduğunu görebiliriz.¹⁸¹ Bu sınırlar tarih boyunca oluşmuş bir güç dengesinin yansımasıdır. Bilişim uzayı bugün bu sınırları kaldırmaya taliptir. İlginç bir ironidir ki, bilişim uzayındaki sorunların çözümü için önerdiğimiz çözümler de bu sınırların ortadan kalkması anlamına gelmektedir.

Bilişim uzayı global bir alan, en büyük gücünün ve güçsüzlüğünün temelinde, bu global yapısının olduğu düşünülüyor.¹⁸² Ortada bir düğüm var, bu düğümün tam anlamıyla çözülmesi için sunulan çözüm önerileri dünyanın alışlagelmiş yapısında ve dünyayı yönetenlerin mantığında köklü değişiklikler gerektiriyor. Yani, aslında öneriden çok, temenni olarak görülebilirler. Tabii ki Çin'in, Singapur'un¹⁸³ peşinden giderek yasaklar, suçlar, cezalar sınırlandırmalar, ihdas edilebilir, ya da her ülke kendi çapında düzenlemeler yapabilir. Ama düğüm çözülmez.

¹⁸¹ David R. Johnson - David G. POST, "Law And Borders--The Rise of Law in Cyberspace", 48 Stanford Law Review 1367, 1996 http://www.cli.org/X0025_LBFIN.html (En son ziyaret tarihi: 29 Ağustos 2003).

¹⁸² Andrew Terrett - Iain Monaghan, "The Internet - An Introduction For Lawyers."

¹⁸³ Steven M. Hanley, "International Internet Regulation : A Multinational Approach", 16 The John Marshall Law School Journal of Computer & Information Law, Summer 1998, s. 1005-1006.

Ali Akın ANAL

BİRİŐİM VE HUKUK

ÖNSÖZ

Bilişim genelde teknolojik, hukuk toplumsal ağırlıklıdır. Bilişim teknolojik tabana; hukuk ise, teknoloji de dahil çok daha geniş bir tabana oturur. Buna karşın, bilişim ve hukuk, birçok yönden birbirinin gelişmesine destek olan iki alandır. Konunun yabancısına bilişim ve hukuk konularının birbirleriyle örtüşen yönleri az gibi görünürse de, konuyu bilen için örtüşen yönlerin sıklığı şaşırtıcı değildir.

Bu inceleme yazısında genel olarak bilişim ve hukuk konularının ilişkisi araştırılmış, bir senteze ulaşılma istenmiştir. Konunun zorluğu, her iki alanda da kullanılan kavramların farklı olmasından ileri gelmektedir. Bu nedenle, mümkün olduğunca ortak kavramlardan hareketle konu açıklanmaya çalışılmıştır.

Bu inceleme yazılırken, *“Bilgi, yaşamın olmazsa olmaz koşuludur”* ilkesi daima gözönünde tutulmuştur. Su ve hava, doğal yaşam için ne denli önemli ise, *“bilgi”* de toplumsal yaşam için o denli önemlidir. Edinilen tüm bilgilerin günlük yaşama yansımış şekline de *“Kültür”* denilir.

Toplumlar bilgiye önem verdiği sürece, toplumsal gönenc ve mutluluk artar. Bilgiye önem vermek, sadece bilgi edinmek değil, aynı zamanda o bilgiyi başkalarıyla paylaşmak anlamına da gelir. Bilgi paylaşıldıkça sevgi gibi büyür.

Aşağıda, önce *“Bilgi”* kavramı üzerinde çeşitli yönlerden durulmuş, bilginin geçirdiği evreler kısaca özetlenmiş, çağımızda ekonomik yönden bilginin değer kazanmasının nedenlerine değinilmiş, daha sonra da bilginin teknoloji yoluyla günlük yaşama yansımaları olan bilişim, bilişim toplumu, bilişim teknolojileri kavramlarına, bu kavramların uygulamada devlet yapısına yansımaları olan e-devlet ve özelliklerine yer verilmiş, yine bu kavramların ve işlevlerinin hukukla ilgisi açıklanmaya çalışılmıştır.

BÖLÜM 1

1. BİLGİNİN ÇAĞRIŞIMLARI

Giriş

“Bilişim” ve “Hukuk”, insanoğlunun binlerce yılda biriktirdiği “bilgi” birikiminin bir sonucudur. Bilişim ve hukukun özü, temeli “bilgi”dir. “Bilgi”nin ne olduğu açıklanmadıkça bilişim ve hukuk konularının iyi anlatılamayacağı düşünüldüğünden, konuya “bilgi”nin irdelenmesiyle başlanmıştır.

İnsanoğlu, düşünmeye başladığı günden beri, evreni, varoluşu, yaşamın anlamını açıklamaya çalışmıştır. Öte yandan insanoğlu, yaşamını sürdürmek, doğa ve çevresindeki insanlar ile giriştiği ilişkilerde başarılı olmak için, doğa ve toplumu anlamak, yorumlamak gereksinimi duymuştur. Binlerce yıldır sürmekte olan bu çaba sonucunda büyük bir bilgi birikimi sağlamıştır. “Bilişim” ve “hukuk”, bu bilgi birikiminin bir sonucudur ama, toplam bilgi birikimi içinde deryada bir damladır.

Bilgi, yaşamın olmazsa olmaz koşuludur. Bu nedenle, birçok ünlü kişinin bilginin önemine değinen özlü sözü vardır. Örneğin: Sokrates, “Bilgi erdemdir, kötülüklerin nedeni cehalettir, insanı günahkar yapan bilgi yoksunluğudur, bilen kişi günah işlemez” demiştir. Hazreti Muhammed “Bilim, Çin’de de olsa gidin öğrenin”, Hazreti Ali “Bana bir harf öğretenin kölesi olurum” diyerek öğrenmenin ve bilgiyi paylaşmanın önemini belirtmiştir.

“Hayatta en hakiki mürşit ilimdir” sözü, M. Kemal Atatürk’e aittir.

Bilginin önemi ve değerine ilişkin sözleri artırmak olasıdır.

Bilgisiz insan, akılcı düşünemez. Bilgisiz insanın düşünceleri, boş inançlarla, önyargı ve dogmalarla doludur. Bilgilenme, özgür düşünceyle olasıdır. Özgür düşünce, bilgisiz insana yabancıdır.

Gerçeği araştıran kişinin en büyük gereksinimi yeterli ve doğru bilgidir. Bilgi, insanın en büyük zenginliğidir. Bilmek kadar bilmediğini bilmek de bir meziyettir. Öğrenmenin sonu ve yaşı olmadığından çağdaş insan, sürekli öğrenmeye, yanlış bilgilerini düzeltmeye çalışandır.

2. BİLGİNİN TANIMI, OLUŞUMU, ÜRETİMİNİ KOLAYLAŞTIRAN VE ZENGİNLEŞTİREN ETMENLER, DÜŞÜNME VE ÖĞRENME YÖNTEMLERİ

2.1. Bilginin Tanımı

Bilginin, üzerinde uzlaşmış bir tanımı yoktur, farklı tanımları vardır. Örneğin;

Bilgi: İnsan aklının erebileceği olgu, gerçek ve ilkelerin bütününe verilen ad; öğrenme, araştırma veya gözlem yolu ile elde edilen gerçek; insan zekasının çalışması sonucu ortaya çıkan düşünce ürünüdür.¹

Bilgi: Okuma, araştırma, gözlem ve deney sonucunda edinilen ya da öğrenilenlerin bütünüdür. Bilgi; düşünme, yargılama, akıl yürütme gibi işlemler sonucu elde edilen dünsel bir üründür.²

Bilgi: Doğruluğu nesnel ve öznel koşullarda gerekli ve yeterli sayılan kanıtlarla temellendirilmiş, önermeler biçiminde dile getirilebilen bir bilinç içeriğidir.³

¹ Türk Dil Kurumu'nun www.tdk.gov.tr internet adresinden alınmıştır.

² *Larousse Ansiklopedisi*.

³ *Britannica Ansiklopedisi*.

Bilgi kuramının tanımı şöyledir: Bilgi, bilen varlıkla (özne) bilinen varlık (nesne) arasındaki bir ilişkidir. Nesneye yönelen özne, önce onu algılayarak bir düşünsel etkinlik gerçekleştirir. Bu etkinlik sonucu kavramlara ve kavramlardan hareketle önerme ve çıkarımlara vararak bilgiyi üretir.

Felsefe sözlüğündeki tanım, “*Bilgi, nesnel gerçekliğin insan beyninde yansımadır*”⁴ şeklindedir.

2.2. Bilginin Oluşumu

Bilgi kuramcıları, bilgi üretilirken birbirini izleyen dört aşamadan geçtiğini ileri sürerler. (1) Algı: Bilginin oluşumu, insanın fiziksel ve toplumsal çevresini duyu organları yardımı ile yeterli nicelikte algılamasıyla başlar. (2) Düşünme: Nesneden özneye veri aktarımını sağlayan, verileri değerlendiren işlem düşünmedir. (3) Anlama: Anlama düşünmenin amacıdır. Anlama sonucunda ortaya bir önerme çıkar. (4) Açıklama: Anlaşılan konunun anlamlı bir önermeyle anlatımıdır.

2.3. Bilgi Üretimini Kolaylaştıran ve Bilgiyi Zenginleştiren Etmenler

Bilgi üretimini kolaylaştıran etmenler; gözlem, deney, veri toplama-işleme, yorumlama, modelleme ve yinelemedir.

Bilgi bir yandan öğrenilirken, diğer yandan da sezgi, inanç ve bilim gibi kavramlarla zenginleştirilebilir.

Sezgi: Gözlemsel veya ussal işlemlere başvurmaksızın insanın bir şeyi doğrudan bilme veya kestirme yetisidir. Sezgi bilgisiz olmaz.

İnanç: İnanç, kanıtlanmamış bilginin doğruluğuna inanma olgusudur.

⁴ *Felsefe Sözlüğü*, İvan Frolov, Cem Yayınevi, İst., 1991.

Bilim:⁵ Doğadaki olayların neden-sonuç ilişkilerini bulan, bulduğunu kuramsallaştıran ve bu kuramsal bilgi yardımıyla sonradan meydana gelecek olayları kestiren bir bilgiler birikimidir.

2.4. Düşünme ve Öğrenme Yöntemleri

Bilgi üretme sürecinde insan; betimlemeli düşünme, tümevarım ve tümdengelim düşünme yönetimlerinden herhangi birini kullanır.

Üretilmiş bilgiyi edinmenin; bilenden, taklit ederek, deneyimleri genelleyerek ve olayı yaşayarak öğrenme olmak üzere dört çeşidi vardır.

3. BİLGİNİN SINIFLANDIRILMASI

Bilgi kavramı, çeşitli ölçütlerden hareketle sınıflandırılmıştır. Örneğin;

Dayandığı Kaynağa Göre Sınıflandırma: Olgusal bilgi, pratik bilgi, tanımaya dayanan bilgi ve formel bilgi olmak üzere dört türdür.

Kullanım Amacına Göre Sınıflandırma: Gündelik, teknik, sanat, dini ve düşünsel (felsefi) bilgi olmak üzere beş çeşittir.

Burada konumuzu ilgilendirmesi bakımından, bilimsel bilgi üzerinde kısaca durulacaktır.

Bilimsel yöntem ve akıl yürütme yoluyla üretilmiş, nesnel ve evrensel bilgiye bilimsel bilgi denir. Bugüne kadar üretilmiş tüm bilimsel bilginin oluşturduğu bütüne "*bilim*", bu bilginin üretiminde kullanılan yöntem "*bilimsel yöntem*" denir. "*Bilimin*" bilimsel yöntemle elde edilme özelliği, onu diğer bilgi

⁵ *Türkçe sözlüğe* göre: Bilim: a) Evrenin veya olayların bir bölümünü konu olarak seçen, deneye dayanan yöntemler ve gerçeklikten yararlanarak yasalar çıkarmaya çalışan düzenli bilgi, ilim; b) Genel geçerlik ve kesinlik nitelikleri gösteren yöntemli ve dizgesel bilgi; c) Belli bir konuyu bilme isteğinden yola çıkan, belli bir amaca yönelen bir bilgi edinme ve yöntemli araştırma süreci. (www.tdk.gov.tr).

türlerinden ayırır. Bilimsel bilgi, doğruluk ve kesinlik bakımından diğer bilgi türlerinden daha güvenilirlerdir.

Oluşum Yöntemine Göre Sınıflandırma: Algısal ve ussal olmak üzere ikiye ayrılır.

Kesinlik derecesine göre sınıflandırma: Kesin (Apriori), olası, özel (Bilimsel, Aposteriori) bilgi olmak üzere üç türdür.

4. BİLGİNİN EVRİMİ, TARTIŞILMASI, ÖNÜNDEKİ ENGELLER VE BİLGİYİ GİZLEMeye YÖNELİK ÖĞRETİLER

4.1. Bilginin Evrimi

Aşağıda, bilginin çağlar boyunca süren gelişimi kronolojik olarak önemli bazı aşamalar esas alınarak özetlenmiştir.

İnsanoğlu, kendisinin de bir parçasını oluşturduğu doğanın henüz farkında bile değilken, nedenini bilmediği olayları, sınırlı bilgisiyle doğa üstü güçlerle açıklamaya çalışmış, mitleri ve putları yaratmıştır.

İnsanoğlu, MÖ 12.000'li yıllarda sayı saymayı bulmuş, MÖ 8.000-6.000'li yıllarda Mezopotamya'da hayvancılık ve tarımla uğraşmıştır. Yazının bulunmasından önce önemli bir bilgi birikimi sağlanmıştır.

MÖ 5.000'li yıllarda yazı bulunmuştur. Yazının bulunmasıyla milat arasındaki dönem, Mezopotamya, Mısır ve daha sonra Yunan uygarlıklarının altın çağıdır. Felsefenin temelleri bu dönemde atılmış, mitoloji bu dönemde olgunlaşmıştır. MÖ 6-5. yüzyıllarda Anadolu yarımadasında yaşayan Thales, Heraklitos, Demokritos doğayı açıklamaya çalışmışlardır.

Aristoteles ve diğer eski Yunan düşünürlerinin bugünkü uygarlığa en büyük katkıları, dizgesel düşünmeyi, doğa ve toplumsal olayları sınıflandırarak açıklamayı insanlığa kazandırmalarıdır.

Milattan sonraki ilk bin yılda Mısır ve Yunan uygarlıkları sona ermiş, Roma İmparatorluğu geride büyük bir hukuk mirası bırakarak dönemini tamamlamıştır. Doğu kavimlerinin batıya göçmesi, bu arada yapılan bilgi alışverişi, bilginin gelişmesinde yeni bir dönemi başlatmıştır.

11. yüzyılda, Yunan bilim yapıtlarının Arapça'ya çevrilmesi, bilginin gelişmesinde Arap katkısını ön plana çıkarmıştır. Optik alanında önemli gelişmeler sağlanırken, matematikte ileri olan Araplar sıfırı bulmuşlardır. Sıfır matematiğin gelişmesini sağlamıştır. 12-14. yüzyıllarda Avrupa, kilisenin dünya görüşü nedeniyle karanlık bir dönem yaşamıştır. Bununla birlikte, özellikle İspanya'daki Arap etkisi sonucunda, bilgi birikimi bu kez Arapça'dan Latince'ye çevrilmeye başlanmış, aktarılan optik bilgisi gözlük yapımını, dolayısıyla okumanın kolaylaşmasını sağlamıştır.

15. yüzyılda, Gutenberg'in basım makinesi okumayı yaygınlaştırarak Rönesans ve Reform hareketlerinin gelişmesini kolaylaştırmıştır. Birkaç yüzyıla yayılan Rönesans döneminde görülen bilim ve sanattaki gelişme, 18. yüzyılda yer alan aydınlanma ile günümüze taşınmıştır. 19. yüzyılda doğa bilimlerinin temelini güçlendiren gelişmeler yaşanmıştır.

20. yüzyılın ilk çeyreğinde, aydınlanmanın kuramsal unsurlarınca donatılan insan kavramı ve tüm diğer akımlar sorgulanmaya, bilimlerin birliği düşüncesi yadsınarak toplum ve doğa bilimleri ayrımları yapılmaya başlanmıştır. 1. Dünya Savaşı, bilimin saygınlığını sarsmaya başlamış, 2. Dünya Savaşı da bu konudaki endişeleri somutlaştırmıştır. Artık bilimsel masumiyet çağı yıkılmış, bilim ile politika, ordu ve sanayinin ortaklığı su yüzüne çıkmış, bilimsel özerklik kavramı uçup gitmiştir. İşlerin bu kanala dökülmesi, ortaya bilimin yansız olduğuna ilişkin savları çıkarmıştır.

4.2. Bilginin Tartışılması

İnsanlığın başlangıcından günümüze değin "bilgi" hep üstün gelmiştir. "Karanlık Çağ" olarak adlandırılan dönemler-

de bile, bilgi hep vardı. Aslında insanlık her zaman bilgi ile beraber olmuş, bilgiyi kuşaktan kuşağa aktarmış, "güç" olarak kullanmış, özellikle teknik süreçlerde bilgiden somut yararlar elde edilmiştir.

Düşünürlerin bilgi kavramı üzerinde uzlaştıkları tek nokta, bilginin kıymetli bir şey olduğudur.⁶

Socrates "*Tek bir şey biliyorum, o da hiçbir şey bilmediğimdir.*" derken, hem insanın her şeyi bilemeyeceğini hem de insanın bilgi sahibi olmadığı konuların farkında olmasının önemli olduğunu anlatmak istemiştir.

Konfüçyüs, bilenleri ve bilmeyenleri üç kategoriye ayırır: Bildiklerini bilenler yani arifler, bilmediğini bilenler yani izan sahipleri ve bilmediğini bilmeyenler yani eşeller. Konfüçyüs bildiklerini bilenlerin arkasından gidilmelidir, bilmediğini bilenlere öğretilmelidir, bilmediğini bilmeyenlerden ise sakınılmalıdır demektedir.

Descartes'a göre, bir bilginin tam ve yetkin olabilmesi için, bilinen şeydeki özelliklerin tümünü kapsamaması gerekir. Bu yüzden de tam ve yetkin bilgiye sahip olan yalnızca Tanrı'dır.

Kant'a göre, bilgi üç yetiyle; duyarlık, bellek ve akılla ilişkilidir ve bütün bilgilerimiz duyularla başlar, belleğe geçer ve akılla tamamlanır.

K. Marx, Descartes'in aksine insan bilgisine sınır tanımaz. Her ne kadar K. Marx insan bilgisine sınır tanımamakta ise de, pek çok düşünür bunun aksini düşünmektedir.

Einstein'a göre, doğada bilim ve zaman yoktur. Her ikisi de insan beyninin ürünleridir. Doğada sadece madde ve enerji ile düzenli ve sistemli bir eylem vardır. Bilimde gerçek değil gerçek sanılan vardır, insanoğlu hep aksi kanıtlanamayan olguları doğru ve gerçek bilgi olarak kabul etmiştir, çünkü gerçek ve doğru kabul edilen bilgi, gerçek ve doğru olmadığı bilinmediği

⁶ *Britannica Ansiklopedisi'*ne göre, bilgiye tek bir tanım vermek olanaksız olduğu gibi doğru da değildir.

sürece ve gerçek ve doğru olmadığı ortaya konulana kadar, gerçek ve doğru bir bilgidir, bugün doğru bildiğimiz birçok bilginin yanlışlıkları, kuşkusuz ileride ortaya konulacaktır.

Özetle, bilgi değişken ve yenilenebilir bir olgudur. Değişen dünya koşullarının ve gelişen bilim ve teknolojinin açtığı geniş ufuklar, her geçen gün daha önce doğru bilinen bazı bilgilerin yenilenmesini ve başka doğru bilgilerle değiştirilmesini zorunlu kılmaktadır. Bilinenlerin kesin ve değişmez olduğunun sanılması yanıltıcıdır. Çağdaş insanın bilmesi gereken ilk kural; *"Bildiği doğruların dışında başka doğruların da olabileceğidir."*

4.3. Bilginin Önündeki Engeller

Kimi insanlar yeni bilgiler üretirken, kimileri de yeni bilgi üretmenin önüne engel koymaya çalışır. Bilginin önündeki en büyük engel *"taassup"* tur. Taassup, bilgi üreten insanın önünü keser, elindeki verilerden doğru sonuçlar çıkarmasını engeller ve olasıdır ki onu yanlış yönlendirir. Sorgusuz sualsiz kabul edilen, doğruluğu tartışılmayan dogmalar, boş inançlar, insanlığın önünde bilgiye ulaşmada en büyük engeli oluşturur.

Aslında *"bilgi"* nin değişmezliğini kabul etmek, bilimin önündeki en büyük engellerden birisidir ve bilimin dinleştirilmesi anlamını taşır. Çağlar boyunca insanın en büyük yanılgılarından birisi, doğanın nesnel gerçekliğine ilişkin edinmiş olduğu görece bilgilerin birçoğunu kesin ve değişmez sanması olmuştur.

4.4. Bilgiyi Gizlemeye Yönelik Öğretiler

Bilginin tarihsel gelişim süreci içinde, ekonomik ve toplumsal yaşamda üstün olmak için bilgiyi saklamak, belli bir gruba üye olmayanlara açıklamamak yönünde öğretiler ortaya çıkmıştır. Bu öğretilere genel olarak *"Ezoterik Öğretiler"* denilir. Ezoterizmin en önemli özelliklerinden biri, sadece üyelerin bildiği güvenli bir iletişim ortamı yaratmasıdır. Günümüzde en yaygın ve bilinen ezoterik öğretisi *"Masonluk"* tur.

Ancak, günümüzde masonluk hakkında yazılmış bir çok kitap açıkta satılmaktadır. Masonluk tarihi değerlendirildiğinde, dışı kapalılığın zayıfladığı yönünde bir değişim süreci göze çarpmaktadır. Masonluğun “ezoterik olma” özelliği giderek zayıflamakta, simgesel bir özelliğe dönüşmektedir. Örneğin; İngiltere Masonluğu, birkaç yıl önce mabedini televizyonlara açarak, şekilcilikle ilgili gizliliğin önemli bir kısmını ortadan kaldırmıştır.

BÖLÜM 2

BİLİŞİM ÇAĞI VE HUKUK

I. KISIM

HUKUK ÜSTYAPI KURUMUDUR

1. HUKUKUN TANIMI, UNSURLARI VE AMACI

1.1. Hukukun Tanımı

“Hukuk” en genel anlamıyla, toplumsal düzen kuralıdır. Hukuk kuralları, insanların dışı vurulmuş, açığa çıkmış ilişkilerini düzenlemek amacıyla ortaya çıkmıştır. Genellikle emredici olma özellikleri vardır. Hukuk kurallarının diğer toplumsal düzen kurallarıyla benzer ve farklı yönleri bulunmaktadır. Hukuk, geçmişteki olaylardan hareketle geleceğe ilişkin kurallar koyar. Hukuk bir üstyapı kurumudur.

“Hukuk” kavramının farklı tanımları vardır. Örneğin;⁸

Aristoteles’e göre, “Hukukun görevi, devlet görevlilerinin ve yargıçların ödevlerini ifa ederken ve suçluları cezalandırırken uya-cakları kuralları göstermektir”.

Aquinas’a göre, “Hukuk, toplumu yönetenlerce çıkartılan, usulüne göre duyurulan ve ortak iyiliği sağlamaya yönelik aklı emirler toplamıdır”.

⁷ “Hukuk” kökeni itibarıyla Arapça bir sözcük olan “hak” kavramının çoğuludur ve “haklar” anlamına gelir. “Hukuk” kavramı dilimizde farklı anlamlarda kullanılmaktadır.

⁸ Hukukun tanımları için bkz., Enver Bozkurt, *Hukukun Temel Kavramları*, s. 24, Ank., 2001, Nobel Yayın Dağıtım..

Ö. İlhan Akipek'e göre, "Hukuk, kaynağı ve niteliği ne olursa olsun, minimum toplumsal düzeni sağlayan eylem ve davranış kurallarının tümüdür".

Bilge'ye göre, "Hukuk, toplum yaşamında kişilerin birbirleriyle ve toplumla olan ilişkilerini düzenleyen ve uyulması kamu gücü ile desteklenmiş bulunan sosyal kurallar bütünüdür".

Yukarıdaki tanımları çoğaltmak olasıdır.

1.2. Hukukun Unsurları

Yukarıda yer alan ve almayan tanımlardan yararlanarak hukukun unsurlarını özet olarak şu şekilde sıralayabiliriz:

Hukuk;

- Kurallar bütünüdür.
- Toplumsal yaşamı düzenler.
- Üstün egemen güç tarafından konulur.
- Devlet gücü ile desteklenmiştir.

1.3. Hukukun Amaçları

Hukukun amaçları da şunlardır:

Hukuk;

- Toplumsal düzeni kurmaya,
- Toplumun varlığını korumaya,
- Toplumda eşitliği sağlamaya,
- Toplumda güveni kollamaya,
- Toplumda adaleti gerçekleştirmeye çalışır.

2. HUKUK KURALLARININ BELİRLENMESİ

2.1. Hukuk Kurallarının Görünüştaki Belirleyicisi

Hukuk kurallarını, kuralın geçerli olduğu toplumda, o toplumun egemeni "*en üstün güç, buyruğuna karşı gelinemeyen*" tarafından konulduğunu söyleyebiliriz. Demokrasi ile yönetilen toplumlarda ise, hukuk kurallarını halk, ya doğrudan kendisi ya da temsilcileri aracılığıyla koyar. Burada, halk ya da temsilcileri egemen durumundadır. Halkın temsilcilerinin hangi kurallara uyarak kural koyacakları genellikle önceden yazılı veya yazısız kurallarla belirlenmiştir. Bir çok ülkede, hukuk kuralı koymanın usul ve esasları anayasalarda gösterilmiştir.

Anayasa'ya göre, yasalar -ve kanun hükmünde kararname- ile uluslararası andlaşmalar-, tüzükler ve yönetmelikler yazılı hukuk kurallarıdır.

1982 Anayasası'nın 87-91. maddeleri uyarınca yasaları, kanun hükmünde kararnameleri ve uluslararası adlaşmaları Türkiye Büyük Millet Meclisi yapar. Tüzükleri, Anayasa'nın 115. maddesi gereğince Bakanlar Kurulu, yönetmelikleri ise Anayasa'nın 124. maddesi uyarınca bakanlıklar ve kamu tüzel kişiliği olan kuruluşlarca yapılır.

Okullarda okutulan bir çok ders kitabında, yazılı hukuk kurallarının konuluğu yukarıda özetle belirtilen çerçeve içinde kalınarak anlatılır. Gerçekte durum böyle midir? Soruyu "*Hukuk kuralını koyan yetkili mercilerdeki kişilerin görüşleri nasıl oluşur, hangi gereksinimler ve zorlayıcı nedenlerle kurallar konulur?*" şeklinde sorarsak, bu sorunun yanıtı bizi gerçek kural koyucuya ulaştıracaktır.

2.2. Hukuk Kurallarının Gerçek Belirleyicisi

Materyalist tarih anlayışına göre, tarihin karşıtları çöze çöze ilerleyen diyalektik bir gidişi vardır. Bu gidişte yer alan değişimlerin diyalektik ilişkisi içinde geri çevrilemez biçimde, ard arda birbirini izleyen aşamaları bulunur. Diyalektik süreçteki birbirine bağımlı neden-sonuç ilişkisi, her nedenin bir

süreçten sonra kendi mantıksal sonucuna varacağını da baştan belirler. Süreç sırasında zikzaklar olabilir, ama bu zikzaklar geçicidir ve umulan sonucun gerçekleşmesini engelleyemez, sadece geciktirir. Özetle, ana çizgilerinde tarih zorunlu bir gidiştir; bu sürecin kendine göre yasaları vardır.

Tarihteki gelişmeyi belirleyen zorunluluğa “temel neden” denir. Temel neden, bir toplumda belirli bir dönemdeki ekonomik ilişkilerin (üretim ilişkileri) tümüdür, bu aynı zamanda, doğal-maddi etkindir. Ekonomik ilişkiler, üretici güçlerin belirli bir düzeyiyle uygunluk içinde oluşur ve tüm üretim şekillerinin ayrılmaz bir yanıdır. Üretim ilişkilerinin temeli ise, üretim araçları üzerindeki iyeliğin durumu ve dağılımıdır.

Toplumun yapısı, sınıfları, toplumdaki siyasi gücün dağılımı ve şekilleri, hukuk, etik, ideolojik görüşler bütün bunlar hep temel neden olan teknolojiye bağlı ekonomik “altyapı”ya bağlıdır ve onunla birlikte oluşurlar, gelişirler ve değişirler. Üstyapının doğasını, temel neden belirler. Temel ve üstyapı toplumsal tüm oluşumlarda vardır ve her oluşumda özgül bir kimlik taşır.

Üstyapıyı oluşturan en önemli olan etkenlerden biri de, üretim araçlarının ne çeşitten oldukları ve toplumun hangi tabakasının elinde bulunduğuudur. Üretim araçları, ham maddeler, her türlü çalışma (iş) araçları, vb.’dir. Üretimi, dolayısıyla toplumun gelişmesini ileriye götüren en önemli üretim aracı, insanın doğal gücünü artırarak üretim gücünü geliştiren, çoğaltan iş aletleridir. Farklı ekonomik çağları birbirinden ayıran; üretilen nesnelere türü, sayısı, şekli değil, bu üretilenlerin nasıl üretildiği ve üretilirken hangi iş aletlerinin kullanıldığıdır. Üretim araçlarını elinde bulunduranlar, hem toplumu yöneten kesimdir hem de devletin yönetiminde söz sahibidirler.

Tarihteki devinimi yaratan ve ayakta tutan, toplumda üretim araçlarını elinde bulunduranlarla, yalnız çalışma gücüne sahip olanlar arasındaki sürüp giden çekişmedir.

Üretimde, teknolojik değişime bağlı her yeni sıçrama, toplumun nitelikçe yeni bir çalışma ve üretkenlik evresine girme-

sine yol açar. Her aşamanın kendine özgü bir hukuk sistemi ve bu sistemi oluşturan yasaları vardır. İnsanlık tarihinde üç temel nitel sıçrama yaşanmıştır.

İnsanlık tarihinde ilk nitel sıçrama, demirin eritilmesi ve madeni alet yapmanın bulunmasıyla ilkel toplumlarda görülmüştür. Madenin işlenmesi, kol gücünün verimini artırmış ve artı ürün elde edilmesine yol açmıştır. Bu durum, feodal toplumun ve bunun bir işlevi olarak feodal nitelikteki hukukun ortaya çıkmasını sağlamıştır.

İkinci nitel sıçrama, sanayi devrimi ile yaşanmış, üretim makinelerinin yapılması kapitalizmin gelişmesine yol açmıştır. Sanayi devriminin kendine özgü bir hukuk yapısı vardır. Bu dönemde doğal hukuk gelişmiş, insan hakları ön plana çıkmış, feodal hukukun kalıntısı kölelik kaldırılmış, liberal bir hukuk anlayışı gelişmiştir. Günümüzde geçerli olan hukuk, sanayi devriminden sonra gelişen hukuk anlayışıdır.

Üçüncü nitel sıçrama, günümüzde yaşanmaktadır. Buna "*Bilimsel ve Teknik Devrim*"de denilmektedir. Bu devrimin ana özelliği, üretimde, elektronik ve bilgisayar teknolojisinin yoğun olarak kullanılması, "*bilim*"in doğrudan bir üretici güç durumuna gelmesidir. Bu sonuç da, çalışmayı, yaratıcılığı seve seve yapılan bir iş durumuna getirmiştir. Bu dönemin hukuku, oluşmasının daha başlangıç aşamasındadır.

2.3. Hukuk, Teknolojik ve Ekonomik Gelişmeleri Geriden İzler

Teknoloji ve ekonomik yapı bir paranın iki ayrı yüzü gibidir. Ekonomide ayakta kalmanın, önde olmanın birinci koşulu, teknolojiye önde olmaktır. Teknolojiye önde olan ekonomide daima kazandır. Teknolojik gelişmeler ekonomik gelişmeleri, ekonomik gelişmeler teknolojik yenilikleri yaratır. Bu böyle sürer gider. Hukuk bir üstyapı kurumu olduğundan, yukarıda belirtildiği üzere teknolojik ve ekonomik gelişmeleri genellikle geriden izler.

Toplumların gelişmişlik düzeyi ne olursa olsun, hepsinin ortak yanı “değişme” özelliğine sahip bulunmalarıdır. Değişme az veya çok, yavaş ya da hızlı olabilir, ama hiçbir zaman durgun bir toplum düşünülemez.

Ünlü sosyolog Prof. William F. Ogburn, bir toplumun üstyapısını oluşturan türlü unsurların aynı hız ve oranda değişmediğini, yeni teknolojik buluşların etkisiyle maddi (fiziki) çevrede hızlı değişmelerin meydana geleceğini ama üstyapıdaki değişmelerin bu maddi çevredeki değişmeleri daha yavaş bir hızla geriden izleyeceğini, üstyapıdaki değişmelerin hiçbir zaman alt yapıdaki değişmelerle eş zamanlı olamayacağını diyalektik bir yaklaşımla ileri sürmüştür. Üstyapıyı oluşturan unsurlar, altyapıdaki değişikliklerden farklı oranlarda ve şekillerde etkilenir.

Yine Prof. W. F. Ogburn’e göre, toplumun üstyapısındaki değişmeleri belirleyen unsur altyapıdaki değişmelerdir. Bu nedenle bir toplumun üstyapısında yani, geleneklerinde, hukukunda vb. bir değişiklik yapılmak isteniyorsa öncelikle maddi çevreyi değiştirmek daha uygun bir yoldur. Ayrıca, düşünce yapımızı, alışkanlıklarımızı, teknolojiye gelişmelere uyduramadığımız ölçüde ve sürede manevi huzursuzluk artar ve bu huzursuzluk bir takım toplumsal sorunlara yol açabilir.⁹ Bu nedenle toplumdaki değişmeyi yönlendirecek ve denetim altında tutabilecek hukuk kurallarına gereksinim vardır.

Örnek 1; Motorlu taşıt yapımı 19. yy’ın ikinci yarısında başlamıştır. Ancak, bugünkü anlamda karayolları trafik kuralları ve işaretleri, 2. Dünya Savaşı’ndan sonra, yani ortalama yüz yıl sonra Birleşmiş Milletler’in “Yol İşaretleri Protokolü” üzerine ulusal yasalara yansımıştır.

Örnek 2; Türkiye’de genel olarak televizyon yayını 1970’li yıllarda başlamıştır. TRT’nin dışında özel televizyon yayınları 1980’li yılların sonlarına doğru yayına başlamışlardır. Özel televizyon yayınlarının ilkelerini belirleyen ve denetim altına alan 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları

⁹ İbrahim Yasa, *Toplum Bilimine Giriş*, (Teksir-Ders notları), Ank., 1968.

Hakkında Yasa, ancak 1994 yılının Nisan ayında yürürlüğe girebilmiştir.

Örnek 3; Ülkemizde bilgisayar 1960'lı yıllardan itibaren kullanılmaya, 1980'li yıllardan itibaren de günlük yaşamımıza yaygın bir şekilde girmeye başlamıştır. Bilişim suçları ise, ancak, o da çok sınırlı bir şekilde 06.06.1991 gün ve 3756 sayılı Yasa'yla TCK'ya eklenen 525/a, b, c, d maddeleriyle olası olmuştur.

Hukuk, toplumsal gelişmeleri de geriden izler, aynen teknolojik gelişmelerde olduğu gibi. Bu nedenle, teknolojik gelişmeler için örnek verdiğimiz gibi, ekonomik ve toplumsal gelişmeler içinde verebiliriz. Şu anda ülkemizde yürürlükte bulunan yasalara bakılırsa, üç-beş ayrık durum dışında, tümü toplumda yerleşmiş, uygulama alanı bulmuş belli bir toplumsal (siyasi, ekonomik, kültürel vb.) olayı düzenlemek, yönlendirmek, denetlemek için çıkarıldığı görülecektir.

Yukarıda anlatılanların ışığı altında, geride kalan 20. yüzyılın son çeyreği ile içinde bulunduğumuz 21. yüzyılın ilk yılları değerlendirildiğinde "Hukuk"un geleceğine ilişkin sağlıklı öngörülerde bulunabileceğimizi belirtmemizde sakınca görülmemektedir. Hukuk, bilişim teknolojilerinin günlük yaşamda kullanılmasını kolaylaştırıcı ve yaygınlaştırıcı bir yönde değişecek ve gelişecektir. Bu değişim ve gelişim süreci de başlamıştır.

Aşağıda, insanlık tarihindeki üçüncü nitel sıçramanın nedenleri üzerinde durulmakta ve sonuçları üzerinde öngörülerde bulunmaktadır.

BİLİŞİM VE BİLİŞİM TEKNOLOJİLERİ ALTYAPIDIR

1. EKONOMİK DEĞER OLARAK BİLGİNİN ÖN PLANA ÇIKMASI

Bilgi, bilgiyi yaratır, tüm yeni bilgiler, var olan bilginin üzerinde yükselir.

Lonca sisteminde, usta-kalfa-cıracak ilişkisi içinde ekonomik getirisi olan mesleki bilgiler kuşaktan kuşağa aktarılıyordu. Sanayi devrimi öncesinde ve sırasında, üreticilerin ve ulusların ticari üstünlüğü, sahip oldukları malzemeleri ve kullandıkları süreçleri gizli tutmalarına bağlıydı. Loncalar kendi konularındaki özel bilgilerini gizler, hükümetler ekonomik açıdan önemli becerilerin ülke dışına çıkartılmasına izin vermezdi.

18 ve 19. yy'larda bilginin iş aletlerine, iş aşamalarına uygulanması sanayi devriminin başlamasına neden olmuştur. 2. Dünya Savaşı'ndan sonra, bilginin bilgiye uygulanması ile yeni bir üretim yöntemi ortaya çıkmıştır ki, bu insanlık tarihinde yeni bir aşamadır. Bilgi artık hızla, üretimin tek unsuru durumuna gelmekte, üretimin diğer unsurları olan toprak ve sermayeyi geri plana atmaktadır.

20. yy'da bilim, büyük bir ivmelenme kazanmış, bilgi üretimi yaygınlaşmış, bilgi en önemli değer üreten olmuştur. Çağımızda, nesnenin üretimi yerine bilginin üretimi ön plana çıkmış, bilgi ve becerinin değeri, ürünün değerini geçmiştir. Bugünkü teknolojik gelişmelerin yüzde 80'inin bilgi teknolojisi temeline dayandığı uzmanlarca vurgulanmaktadır. Çağımızın ekonomik düzeninde bilgi, gerçek zenginlik yaratan en önemli ekonomik kaynak durumuna gelmiştir. Öyle ki; Bilgi, bir bilmecenin yanıtını bulma gibi özündeki kendisine ulaşılma amacından uzaklaşmış, günümüzde kendine özgü bir ekonomik değer kazanmıştır.

Bilgi üretenlerle bilgiyi kullananlar arasındaki ilişki, herhangi bir malı üretenle onu tüketenler arasındaki ilişkiye dönüşmüştür. Bilgi, satılmak için üretilmekte, yeni bir üretimde kullanılmak üzere satın alınmaktadır.

Bilgi; bireysel yeteneklerden, bilgi birikiminden ve büyük sabit sermaye yatırımlarından yararlanılarak, büyük bir emek ve zaman harcanarak üretilebilmektedir. Bu denli zahmetle üretilen bilginin karşılıksız ortak kullanıma açılması beklenmemelidir. Bilgiyi üreten kişi, doğal olarak o bilginin getirebileceği en yüksek bedeli isteyecektir. Bu istek, hem yasalara hem de sağduyuya uygundur.

Üretilen bilgi, günümüzde yeni değerler ve kavramlar yaratmakta bireyi, toplumu ve devleti değişime zorlamaktadır.

Özetle, günümüzde; bilgi insanların en değerli birikimidir, bilgiye dayalı toplumsal yaşamdaki değişim özünde ekonomiktir. Bu ekonomik değişimin bazı kısımlarının hukukla düzenlenmesi gereği toplumsal bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Tüm değer yargıları uzak olmayan bir zamanda değişecek, yeni dengeler kurulacaktır. Bu yeni dengelerin kurulmasında hukuk öncü rol oynayacaktır.

2. BİLGİSAYAR VE BİLGİSAYAR TİCARETİ

2.1. Bilgisayar

İlk insanlar doğada en üstün gücün insandaki "akıl" olduğunu görünce, tanrılarını insana benzeterek madde ile biçimlendirdiler. Sanayi devrimini tamamlayan insanlar ise, daha hızlı gelişebilmek için yine kendi akıllarının beğenisi içinde, akıl gibi çalışan bilgisayarı geliştirdiler. Bilgisayar, bilgisayar yazılımları, üretim teknolojileri ve bunları üreten sabit sermaye yatırımları birer altyapıdır.

Bilgisayar, bir dizi komuttan oluşan, bilgileri saklama ve gerektiğinde hızlı erişim sağlayan elektronik bir aygıttır. Bilgisayarın bilgileri saklama ve istenildiğinde hızlı erişim sağlama özelliği, bilgisayarın tüm iş kollarına girmesini zorunlu kılmaktadır.

Bir bilgisayar dizgesi iki temel unsurdan oluşur: Birincisi "Donanım" (bilgisayarı oluşturan elektronik, manyetik birim-

lerdir). İkincisi “Yazılım” (bilgisayarda istenilen işlemlerin yapılmasını sağlayan programlardır).

Bilgisayar, 1940’lı yıllarda gelişmeye başlamış, bilgisayar yapım teknolojisi 1960’lardan sonra hızlanmış ve 1980’lerden sonra olağanüstü bir gelişim hızı kazanmıştır.

Çağımız, bilgisayar çağıdır. İnsan gücüyle aylarca uğraşıp yapamadığımız pek çok şey, artık bilgisayarlar aracılığıyla kısa zamanda yapılabilmektedir. İnsanın zihinsel yeteneklerinin yerine konulabilen bilgisayar yazılımları olmasaydı insanlığın yeni bir büyük sıçramanın eşiğinde olduğunu söyleyemerdik.

Kullandığımız araçlar hep belli bir amaçta kullanılmak üzere üretilmiştir. Bunun dışına çıkan, aklın benzeri yazılımları nedeniyle tek araç bilgisayardır. Çünkü bilgisayarı, çeşitli yazılımlar yükleyerek, akıl gibi farklı amaçlarda kullanmak olasıdır.

2.2. Bilgisayar Ticareti

Elektronik gelişmelerden yararlanma oranımız, yaşam düzeyimizi belirlemede en önemli gösterge olmuştur. Eldeki veriler, elektronik ticaretin dünyada 2005 yıllarında 6 trilyon dolar civarında gerçekleşeceğini göstermektedir. Türkiye de bilgisayar ticaretinin yıllar itibariyle izlediği gelişim aşağıdaki tablolarda¹⁰ gösterilmiştir.

Türkiye Bilişim Pazarı (1\$=1.000\$)

Yıllar	1998	1999	2000	2001	2002
Satış Gelirleri	8.695.578	10.444.050	12.811.418	9.131.000	10.200.000

Türkiye bilişim pazarı, 2000 yılı Kasım krizine kadar çok başarılı geçmiştir. Bu tarihten itibaren sektör zorluklarla yüz

¹⁰ Tablolardaki bilgiler Bilişim Sivil Toplum Örgütü (TÜBİSAD)nün www.tubisad.org.tr adresinden alınmıştır.

yüze gelmeye başlamıştır. Tüm sektörlerde verimlilik artışı anlamına gelen bilişim yatırımları, 2002 yılından itibaren yeniden artışa geçmiştir.

Türkiye Bilişim Pazarı Büyüme Oranları

Dönem	1998-1999	1999-2000	2000-2001	2001-2002
Büyüme Oranı	20,01	22,07	-31	11,7

Aşağıdaki tablodan da görüleceği üzere, 2001-2002 yıllarındaki daralma 2003 yılında aşılmıştır.

Türkiye PC Pazarı (1\$=1.000\$)

CİNSİ	2000	2001	2002	2003
Desktop	593.535	251.359	344.774	404.191
Notebook	51.061	33.226	68.857	79.092
Server	15.131	6.738	12.878	13.075

Yukarıdaki tablolarda yer alan veriler birlikte değerlendirildiğinde, ülkemizin bilgisayarlaşma yönünden gelişmiş ülkelerin gerisinde olduğu, ama gelecek için bilgisayarlaşmaya doğru umut verici bir gelişme bulunduğunu söyleyebiliriz. Hukukçular, ülkemizdeki bu gelişme eğilimini gözönünde tutmalıdırlar.

3. BİLİŞİM, BİLİŞİM AĞI, BİLİŞİM TEKNOLOJİSİ VE BİLİŞİM ÇAĞI

3.1. Bilişim

Bilgisayar, iletişim, yazılım teknolojilerinin gelişmesi, bilişimin gelişmesi sonucunu doğurmuştur. Bilişim bir altyapıdır. Bilişim eşittir bilgisayar değildir, bilgisayar, bilişimi sağlayan bir araçtır. Bilişimin amacı ve gereksinimi veridir.

Bilişim, özelde sanayi sonrası toplumlarını, genelde ise günümüz toplumlarını belirleyen bir kavramdır. Buna göre toplumsal değişme, sanayi toplumlarında teknoloji ile belirlenirken günümüz sanayi ötesi toplumlarında “*Bilişim (information)*” ile belirlenmektedir. Bilişimin egemen olduğu toplumlarda bilgi sürekli ekonomik bir değerdir.

“*Bilişim*” kavramı değişik kaynaklarda, küçük farklılıklarla tanımlanmıştır. Örneğin;

Bilişim: Teknik, ekonomik ve toplumsal alanlardaki iletişimde kullanılan ve özellikle elektronik aletler aracılığı ile düzenli bir biçimde işlenmeyi öngören bilim.¹¹

Bilişim: İnsanoğlunun teknik, ekonomik ve toplumsal alanlardaki iletişimde kullandığı ve bilimin dayanağı olan bilginin, özellikle elektronik makineler aracılığı ile düzenli ve ussal biçimde işlenmesi bilimi. Bilgi olgusunu, bilgi saklama, erişim dizgeleri, bilginin işlenmesi, aktarılması ve kullanılması yöntemlerini, toplum ve insanlık yararı gözeterek inceleyen uygulamalı bilim dalı. Disiplinlerarası özellik taşıyan bir öğretim ve hizmet kesimi olan bilişim bilgisayar da dahil olmak üzere bilişim ve bilgi erişim dizgelerinde kullanılan türlü araçların tasarlanması, geliştirilmesi ve üretilmesiyle ilgili konuları da kapsar. Bundan başka her türlü endüstri üretiminin özdevimli olarak düzenlenmesine ilişkin teknikleri kapsayan özdevim alanına giren bir çok konu da, geniş anlamda, bilişimin kapsamı içerisinde yer alır.¹²

3.2. Bilişim Ağı

Bilgi ve deneyimlerini diğerleriyle paylaşmak için sürekli bir arayış içindeki insanoğlunun iletişim teknolojisinin katkısıyla bilgisayar bir araç olmaktan çıkarmış, bilişim ağı (interneti)

¹¹ Türkçe sözlük (www.tdk.gov.tr) göre;
-informatik, sibernetik, İng.: informatics; bilişim hizmeti - information service,
-Bilişim ağı: teknik, ekonomik ve toplumsal alanlardaki iletişim sistemi,
-informatik: Bilişim (Fr: informatique).

ile yeni bir yaşam şekline getirmiştir. Bilişim ağı, insanı her an gelişen, gelişen bir bilgi okyanusuna çeker.

Günümüzde ulaştığı şekliyle bilişim ağı, kurucularının bile beklemediği boyutta gelişmiş ve dünyayı hiç kimsenin düşleyemediği ölçüde değiştirmeye başlamıştır. Bilişim ağı yaşamın tüm alanlarını, köklü olarak değiştirmektedir.¹³ Bilişim ağı, yerleşmiş kurumları zorlamakta ve çözümü zor sorunlar üretmektedir. Dünya bu sorunların üzerine dikkatli, temkinli ve katılımcı bir şekilde gitmektedir.

Türkiye, bilişim ağının gelişmesini engelleyen faktörleri ortadan kaldırmak için gerekli yatırımları ve yasal düzenlemeleri hızla yapmalı, bilişim ağını geliştirmek, onu, dünya ile bütünleşmek için her türlü girişimde bulunmalıdır. Bu düzenlemelerin temel ilkeleri, serbest rekabet ve tüketicinin korunması olmalıdır.

3.3. Bilişim Teknolojisi

Sanayi çağından, bilişim çağına geçişi başlatan sürecin en önemli buluşu, bilgisayardır. Bilgisayarı günlük yaşamımıza uyarlayan da bilişim teknolojileridir.

Kavram olarak "*Bilişim teknolojisi (information technology)*": Bilişimde kullanılan bütün araç ve gereçlerin oluşturduğu sisteme denir.¹⁴ Yani, bilişim teknolojisi kavramı, bilginin toplanması, işlenmesi ve dağıtılmasında kullanılan teknolojileri anlatır. Bilişim teknolojisi bir altyapıdır. Geçmiş sanayi devrimi sırasındaki sanayi tezgahlarının işlevini şimdi bilişim teknolojileri yapmaktadır.

Sanayi toplumundan bilişim toplumuna geçiş nedeni, sanayi devriminin üretim modelinin bilişim nedeniyle ve bilişim tabanlı olarak devrimsel bir değişime uğramasıdır.

¹² Aydın Köksal, *Bilişim Terimleri Sözlüğü*, TDK, Ankara-1981.

¹³ Mustafa Akgül, Av. Hülya Pekşirin, "İnternet ve Hukuk", *T. Bilişim Dergisi*, s. 79.

¹⁴ *Türkçe sözlük*; www.tdk.gov.tr

Bilişim teknolojisi günümüzde, bilgi üretmek, yaymak ve yararlanmak açısından en baskın üretici teknolojidir. Bilişim teknolojisinin alt yapısını, bilgisayar, iletişim ve yazılım oluşturur.

Günümüzde geleneksel yöntemlerle işlem yapmanın yerine, disiplinler arası örtüşüm sağlayan bilişim teknolojileri kullanılarak işlemleri hızlandırmak ön plana geçmiştir.¹⁵ Bilişimin yaygınlaşması nedeniyle bilginin anayurdu kalmamıştır.

Günümüzde yaşanan genel sorunların yanısıra bilişim teknolojilerinin, getirdiği sorunlarda bulunuyor. Örneğin; güvenlik, fikri mülkiyet hakları, bireysel bilgilerinin bilgisayar ortamında ne kadar özel bilgi içerecek şekilde tutulacağı, elektronik ticaret, bilgisayarlara, yazılımlara ve bilgisayarlardaki bilgilere verilen zararlar vb ...

Ülkemizin yeni oluşan dünyada hakettiği yeri alması, kuşkusuz yeni ortaya çıkan bilişim teknolojilerinin yaygınlaşması ile birlikte getirdiği hukuksal sorunları da çözen yasal altyapının kurulması ile sağlanabilir. Bu nedenle bilişim teknolojisinin kullanıldığı ortamlardan doğan yarattığı bazı sorunların hukukla çözümlenmesi önem kazanmaktadır.

Özetle, bilişim teknolojisinin desteğini alan insanoğlu, yenilikçiliği ve buluşlarıyla bir yandan yeni çözümler üretmekte bir yandan da toplumsal yapısını yeniden şekillendirmektedir. Bilişim teknolojileri yaşamın her alanında, eğitim, sağlık, hukuk vb. kullanılması zorunlu olmuş ve yaşamın bir parçası olarak değerlendirilmeye başlanmış ise, toplumda yeni bir üstyapının oluşması başlamış demektir.

Günümüzdeki toplumsal değişimi başlatan bilişim teknolojileri, yaşamımızın tüm boyutlarını etkilemekte ve biçimlendirmektedir. Bilişim teknolojilerinin neden olduğu değişim sonucunda, zaman ve yer kavramları değişmeye başlamıştır. Bu değişimin sonucunda ulaşılabilecek aşama "*Bilişim Toplumu*"dur.

¹⁵ Ersin Töreci, "Yeni Binyıla Adım Atarken", *Türkiye Bilişim Dergisi*, s. 72.

Bilişim teknolojileri ülkelerin kaderlerini belirlemektedir. Ülkemizin bu günlerde sayısal uçurumun diğer kıyısında kal-maması için takvime bağlanmış bir plan içerisinde ve çok hızlı bir biçimde hareket etmesi gerekmektedir.¹⁶ “*Çağdaş bir Türkiye oluşturmak için, ülkemizin ekonomik ve toplumsal gelişmesini bilişim teknolojilerine ve bu teknolojilere uygun oluşturulmuş hukuki bir tabana dayandırmamız gerekmektedir.*”

3.4. Bilişim Çağı

Tarihte çağları, önemli olaylar değiştirir. Günümüzde, bilişim teknolojilerindeki inanılmaz gelişmeler çağ değiştir-miş, 1980’li yıllardan sonra “*bilişim çağı*” başlamıştır. Bilişim çağında toplumlar hızla değişmektedir. Eski Yunan uygarlı-ğundan günümüze değin geçen 2500 yılda nüfus yaklaşık 50 kat artarken, uygarlıkların kullandığı bilgi ?????? milyon kat artmıştır. Yani dünya nüfusundan iki yüz bin kat daha fazla bilgi artışı olmuştur. Bu nedenle içinde bulunduğumuz çağa, “*Bilişim Çağı*” denilmektedir.

Teknolojiyi yakından izleyenler, bilişim teknolojisinin salt bilgisayar uygulamaları sınırını çoktan aşarak, artık kolayca izlenir olmaktan çıktığını belirtmektedirler.¹⁷ Bilişin ağlarının giderek tüm dünyayı sarması nedeniyle yerküremiz küçülmüş-tür. Birçok sosyolog, “*Bilişim Çağı*”ndaki toplumsal değişmelere ilişkin yorum yaparken zorlandığını kabul etmektedir. “*Bilişim Çağı*”nın, “*bilişim sektörü*”nün etkisiyle birçok kurum ve kuru-luş çağa uygun yeni isimlerle anılmaktadır. Örneğin; e-ticaret, e-iş, e-okul, e- banka, e-devlet, e-insan, vb.

¹⁶ A.g.m.

¹⁷ A.g.m.

ALTYAPIDAKİ DEĞİŞMELERİN ÜSTYAPIYA YANSIMASI

İnsanoğlunun doğayı ve toplumu anlama çabaları bilgiyi oluşturdu. Bilgi, önce taşların yontulmasında, iş ve av aleti yapımında işe yaradı. İnsanoğlu madeni kullanmayı öğrenince, çeşitli aletler üretti. Zamanla aletler üzerindeki bilgisi arttı, aletleri bir dizge içinde düzenleyerek makineyi buldu. Makine önceleri insan ya da hayvanların beden gücüyle çalışıyordu. İnsanoğlu, beden gücü yerine buhar, benzin, elektrik gibi enerji kaynaklarını kullanarak özdevinimli (otomatik) makineleri kullanmaya başladı. Günümüzde ise, insanoğlu makinelerden daha çok yarar elde etmek için, makinelere insan aklının yerine, bazen insan aklından bile daha güçlü, daha hızlı, daha doğru çalışan bilgisayarı koydu. Bilgisayarın çalıştırılmasını ve yaşama uyartılmasını sağlayan yazılımların üretilmesi, toplumun yaşamında devrim niteliğinde değişiklik yapmaya başladı. Bu süreci özetle, altyapıdaki değişikliklerin üstyapıyı etkilemesi, değiştirmesi, geliştirmesi şeklinde de söyleyebiliriz.

Toplumun üstyapısı, dil, din, gelenekler, hukuk, siyasi ve idari örgütleniş, vb. öğelerden oluşur. Altyapıdaki değişiklikler bu üstyapı öğelerini etkiler, ama hepsini aynı nicelikte etkilemez. Kimini az, kimini çok etkiler. Üstyapı öğelerinin hepsi bu nedenle aynı oranda, aynı hızda ve aynı yönde değişmez. Bilişim teknolojileri nedeniyle değişen altyapının, üstyapı üzerinde yaptığı değişimin etkileri, hukuk, toplum ve devletten soyutlanamayacağı için, aşağıda önce toplum ve devlet yönünden, sonra da hukuk yönünden değerlendirilmiştir.

1. BİLİŞİM TOPLUMU, ÖZELLİKLERİ, AMAÇLARI

1.1. Bilişim Toplumu Kavramı

Elektronikteki olağanüstü gelişmeler bir çok etkinliğin bu ortamda işlenmesine ve kullanıma sunulmasına elverişli bir

ortam hazırlayınca, 20. yy'ın son yıllarında “*Bilişim Toplumu*” (Information Society) kavramı ortaya çıkmıştır. Şimdi artık, “*Bilişim Toplumu*” yaratmak tüm gelişmiş ülkelerin temel amacı olmuştur. 2000’li yıllar yeni bir yaşam biçiminin, yeni bir toplum yapısının öne çıkacağı bir dönem olacaktır.

Toplumsal, ekonomik, siyasi etkileri açısından sanayi devrimine eş tutulan yeni bir toplumsal dönüşüm çağına tanık olunmakta; sanayi toplumu bilişim toplumuna çevrilmektedir. Bu yeni toplumsal dönüşümde uygun tabanı yaratan, bilişim teknolojisindeki devrimdir. Çağımızı diğer çağlardan ayırt eden önemli nokta, bilişim teknolojisinde kaydedilen devrimsel sıçramadır ve bunun iş süreçlerine yansımadır.¹⁸ Çağımızda, bütün bir bilişim süreci, bilişim teknolojisi temelinde yeniden biçimlenmektedir. Altyapıdaki bu yeni biçimlenme, son çözümlemede, insan ve toplum yaşamıyla ilgili bütün süreçlerin ve özellikle de üretim sürecinin bu teknoloji tabanında yeniden biçimlenmesine neden olacaktır.

“*Bilişim toplumu*” kavramının en özgün ve kapsamlı tanımı şöyledir: Bilişim toplumu; bütün kamusal ve özel örgütlerin, kuruluşların ve kurumların, giderek bütün bireylerin, yaşamlarını sürdürürken ve görevlerini yaparken karşılaştıkları karar aşamalarında bilişim dizgeleri’nin hizmetlerinden yararlanabildikleri, gereksinim duydukları her türlü bilgiye bilişim dizgeleri, bilgi erişim dizgeleri ve bilgi tabanlı uzman dizgeler aracılığıyla erişebildikleri, bunu, iletişim ağlarından yararlanarak kendi kişisel ortamlarında olduğu gibi, içinde yaşadıkları toplumun yakın çevresini oluşturan yerel ortamlarda, ulusal, uluslararası, bölgesel ortamlarda ve yeryuvarın tümünü kapsayan küresel ortamda da yapabildikleri, bu hizmetlerin yanı sıra üretimde her türlü “*özdevim*” olanaklarını, süreç denetim tekniklerini yaygın biçimde kullandıkları “*endüstri-ötesi toplum*” düzenine verilen addır; insanoğlunun uygarlık geçmişinde gerçekleştirdiği “*tarım toplumu*” ve “*sanayi toplumu*” aşamalarından sonra 20. yy’ın

¹⁸ Aykut Göker, “Enformasyon Toplumu Üzerine Kavramsal Bir Yaklaşım Denemesi”, *Türkiye Bilişim Dergisi*, s. 72.

sonlarında ve 21. yy'ın başlarında eriştiği yeni bir ekin (kültür) örüntüsü ya da uygarlık aşamasıdır.¹⁹

En önemli kaynağın bilgi olduğu bilişim toplumunda kişi odakta yer alır. Bu toplumda insanların eğitilmesi, bilgi ve beceri düzeylerinin en üst düzeye çıkarılması temel gerekliliktir.

Bilişim toplumu aşamasında bilginin satılması önem kazanmaktadır. Bu aşamada, ilerleyen ileri teknolojiye sahip ülkeler sanayi malları üretimi ikinci derecede kalkınmış ülkelere devrederek; teknoloji, sermaye ve patent haklarında pay almak yoluyla kazanç yoluna gitmektedirler. Bu ülkeler nüfuslarını bireysel girişimlere, yaratıcı faaliyetlere, araştırmaya özendirerek, çalışma sürelerini kısaltarak, toplumlarının gönecen yararlanma olanaklarını arttırmaktadırlar. Bilişim toplumunda birey, bilgi ile yaşamayı öğrenme, demokrasi değerleri ile bütünleşme, araştırmacılık, girişimcilik, yaratıcılık gibi nitelikleri kazanmaktadır.

Bilgisayara yüklenmiş bilgiler “açık bilgi”dir. Yani bu bilgilerden herkes yararlanabilir. Bir de saklanan bilgi vardır ki buna da “Örtük bilgi” (Know-how) denir. Örtük bilgi’den herkes yararlanamaz. Bilişim toplumuna ilişkin çözümlenmelerde bu noktada yanılığa düşmemek gerekir. Bilişimde kolaylaşan, bilgisayara yüklenmiş açık bilgiye erişimdir. Ama, örtük bilgiye erişim, eskisinden çok daha zorlaşmıştır. Bilişim toplumunda ekonomideki rekabet üstünlüğü, örtük bilgiye egemen uluslara ait olacaktır.²⁰

Sanayi devrimini kaçıran Osmanlı İmparatorluğu’nun bu geç kalmışlığını devralan ve sanayileşme eşliğini henüz aşamamış bulunan Türkiye, şimdi, sanayi toplumları Bilişim Çağı’na evrilirken, hem bu tarihsel açığı kapatmak hem de teknolojiadaki bu çağ değişimini yakalayabilmek sorunu ile karşı karşıyadır.²¹ Bu noktada hukukçulara, toplumu bilinçlendirmek, yönlendirmek, şekillendirmek görevleri düşmektedir.

¹⁹ Aydın Köksal, www.tbd.org.tr S. 75 s. 3.

²⁰ Aykut Göker, “Enformasyon Toplumu Üzerine Kavramsal Bir Yaklaşım Denemesi”, *Türkiye Bilişim Dergisi*, s. 72.

²¹ A.g.m.

1.2. Bilişim Toplumunun Özellikleri

Toplumlar, çok farklı nedenlerle, ekonomik, siyasi, kültürel alanlarda, kimi zaman kendi iç dinamikleri, kimi zamanda dış etkiler nedeniyle değişime uğramışlardır. Toplumların değişmesinde, teknolojik yenilikler genellikle diğer unsurlara oranla daha büyük etkiye sahiptir. Teknoloji önce çevreyi değiştirmiş, sonra onu toplumsal değişiklikler izlemiştir. Değişim öncesi toplumun sahip olduğu bilgi, teknoloji, kültür düzeyi, yeni değişime ayak uydurmanın hızını ve yönünü de belirlemiştir.

Bilişim toplumu, ileri teknoloji üretiminin sanayi toplumunun sınırlarını zorlaması sonucunda ortaya çıkmıştır. Bilim ve teknolojide ileri düzeye ulaşan gelişmeler bilgi sektörü denilen yeni bir sektörün doğuşunu hazırlamıştır. Bu durum geleneksel sanayide önemli değişikliklere yol açmıştır. Söz konusu değişikliklerden biri de sanayinin şekillendirdiği toplumsal yapının temel birimi olan işçinin niteliğinin değişmesidir. Bedeniyle çalışan işçi, yerini bilgi işçilerine bırakmak üzeredir. Bilgi işçisi üst düzeyde eğitim görmüş, bağımsız çalışmaya yatkın bir nitelikte olacaktır. Bundan böyle işçi, artık üretim hattının sınırlı bir bölümünden sorumlu mekanik bir parça olmayacak; bir işi başından sonuna kadar hem düşünüp, hem uygulayan; aynı zamanda da yönetip sonuca ulaşan kişi olacaktır

20. yy'ın ikinci yarısından itibaren toplumlar arasındaki mal üretme yarışı bilgi üretme yarışına dönüşmüştür. Toplumların gelişmişlik düzeyi bir anlamda sahip olduğu ve kullandığı bilgi ile ölçülmeye başlanmıştır. Bilişim toplumunda; veri toplama ve işlemede gelişme sağlamıştır, eğitilmiş bireyler sivil toplum örgütleri aracılığıyla yönetim sürecine katılmışlardır, kitle iletişim araçlarının ve medyanın etkisi artmıştır, bilgi tabanlı ekonomi daha bir üst derecede farklılaşmıştır, toplumda her kesimde iletişim ve karşılıklı etkileşim çoğalmıştır. Küreselleşen ekonomiler birbirlerine daha çok bağımlı olmakta, birbirlerini daha çok etkilemektedirler. İletişim teknolojilerinin bugünkü düzeyi toplumların çok hızlı bir şekilde birbirlerini etkilemelerini sağlamaktadır. Her bireysel ve toplumsal değişimin ve gelişimin amacı bireyin ve toplumun gönenç düzeyini biraz daha yükseltmektir.

Avrupa Birliği, bilişim ağının temsil ettiği değişimin, sanayi devriminden daha önemli bir gelişmeyi yansıttığını resmi belgelerinde vurgulamıştır.

Bilişim çağı beraberinde bir çok yeni kavramı ve sorunu da beraberinde getirmiştir.

İçinde bulunduğumuz ve bilgi çağı olarak adlandırdığımız değişim sürecinin kendine özgü ve daha önceki tarım ve sanayi temel değişim süreçlerinden çok farklı bazı özellikleri vardır. Bu özelliklerin başında, bilişim teknolojilerinin dünyayı hem fiziksel olarak küçültmesi, hem de gerek üretim biçimlerinin, gerekse üretime girdi olarak katılan kaynakların niteliğinde yaptığı büyük değişiklikler gelmektedir.

Bilişim teknolojilerindeki değişimin toplumda refahı artırabilmesi için hukukun hakim olduğu planlı-programlı bir sürecin başlatılması ve yaşanması gerekmektedir. Bu da olaylara evrensel boyutta bakabilmeyi ve belli stratejiler geliştirmeyi gerektirmektedir. Bunun için hukukçular, yeni kurallar oluşma aşamasında olduğundan, değişimi engelleyen kuralları zorlamaları, yeni kuralların, örgütlerin, yapılanmaların oluşmasını sağlayacak koşulları yaratmaldırlar. Hukukçular hem kendilerini çağa uydurmaldırlar hem de gelişen bilişim teknolojilerine ayak direten değil, uyan bir hukuk yaratmak için çalışmaldırlar. Hukukçular ve hukuk yeniliğe ve bilişim çağının getireceklerine açık olmaldırlar.

Çağımız bilişim çağıdır. Tarihin hiçbir döneminde bilgi, çağımızda olduğu kadar değerli olmamıştır. Tarih boyunca geleneksel toplumlarda insanların bilgi üretme yeteneklerini toplumun anonim dokusu belirlemiştir. Bazen de birey ürettiği bilgi nedeniyle toplum tarafından suçlanmış, hatta canından olmuştur. Yine tarih boyunca, insanları boyunduruk altına almak isteyenler, öncelikle onların yararlanabilecekleri bilgi kaynaklarını ortadan kaldırma yolunu tutmuşlardır.

Oysa ki günümüzde, coğrafi sınırların bile adeta hiçe sayıldığı küreselleşen dünyada, bilgi, ekonomik bir güç ve kaynak niteliği kazanmış ve alınır satılır bir meta olmuştur.

Bilginin üretim hızı inanılmaz derecede artmıştır. Öyle ki son otuz yılda, önceki 5000 yıldan daha fazla bilgi üretilmiştir. Sözü edilen bu toplumsal değişim doğal olarak bu değişime ayak uydurabilen ve bu değişimin gerektirdiği niteliklere sahip bireyler olmamızı zorunlu kılmaktadır. Ama maalesef, toplumumuzun okuma alışkanlığına ilişkin eldeki istatistiki bilgiler hiç iç açıcı değildir.

1.3. Bilişim Toplumunda Sivil Toplum Örgütlerinin Rolü

Sivil toplum örgütleri bilişim toplumuna geçiş sürecinde ve geçiş sağlandıktan sonra üzerlerine düşen görevleri yapabilmeleri için, daha saydam, daha katılımcı, daha insancıl, daha paylaşımcı, daha üretken, daha dayanışmacı örgütler olmalıdırlar.

Bilişim toplumunda, sivil toplum örgütleri, kendi kuruluş amaçlarına ek olarak, gerek kendi aralarında ve gerek devletle birey arasında saydamlık, katılımcılık ilkelerinin işlerlik kazanmasını görev olarak üstlenmelidirler, çünkü, e-devlet en ideal biçimde kurulsun bile, bireylerle devlet arasında sivil toplum örgütleri aracılığı ile iletişim kurulamazsa, iletişimi sağlamak için yasa dışı kişi ve kuruluşlar ortaya çıkar.

Bilişim toplumunda, kamu kurum ve kuruluşlarının bireyler ve sivil toplum örgütleri ile ilişkisinde bilişim ağının kullanılması kaçınılmaz olacaktır. Ama, bilişim ağının arka planında yer alan örgüt yapısı ve iş süreçleri bilişim ve iletişim sistemlerine oturtulmadan, bilişim ağı fazla bir yarar sağlamayacaktır.

1.4. Bilişim Toplumunun Yönetime Etkisi

Bilişim toplumunda, küreselleşme, demokratikleşme, saydamlığın önemi artar. Bürokrasi ve gizlilik azalır. Ülkelerin sınırları zayıflar ve hatta kalkar.

ABD’de 1988 yılında yapılan ve üst yöneticilerin yeniden tanımlanmasını amaçlayan bir araştırmaya göre 21. yüzyılda “yöneticide” bulunması gerekli özelliklerden birisi de bilgisayar kullanmayı bilmesidir. Bilişim teknolojilerinin her düzeyde etkin ve verimli kullanımı özellikle de üst düzeyde önem kazanmaktadır. Gelecekte, ancak bilimsel yönetim teknikleriyle ve gelişmiş teknolojilerle donatılmış yöneticilerin başarılı olabileceği söylenebilir. Aynı şeyleri, geleceğin hukukçuları için de söyleyebiliriz.

2. E-DEVLET VE ÖZELLİKLERİ

2.1. E-Devlet

Bilişim teknolojileri toplumu etkilediği gibi, toplumun en geniş şekilde örgütlenmiş şekli olan devleti de etkiler. Ama, bilişim teknolojilerinin, toplumu etkileme oranı ile devleti etkileme oranı aynı olmaz. Toplum daha önce ve daha geniş kapsamlı bir şekilde etkilenir. Toplumun etkilenmesi, sonuçta devlete yansır ve devlette de değişme başlar. Bilişim toplumunun devlete yansımış şekline e-devlet (elektronik devlet) denir. E-devletin iki temel tabanı vardır. Birinci tabanı, e-devletin teknolojik tabanıdır, yani sahip olduğu teknolojik donanımdır. E-devlet bu teknolojik tabanı aracılığıyla kamu hizmeti üretir. İkinci tabanı ise, e-devletin hukuki yönüdür. Devlet bir hukuki yapıdır ve devletin yaptığı ve yapacağı her işlemin hukuka uygun olması gerekir. Devlet hukukla yönetilir. Bu durumda e-devletin de, teknolojik tabanına uygun bir hukuku olmalıdır. Bilişim teknolojilerine uygun donanım ve hukuki tabanı olan devlete, günümüzde e-devlet denilmektedir.

Devletin bilgisayarlaşma süreci, bilgisayarın tarihi kadar eskidir. Bu sürece bilişim ağının girmesi de, bilişim ağının tarihi ile koşut gelişti.²²

Bilişim teknolojilerinin kamu hizmetlerinde kullanılması e-devleti yaratacaktır. E-devlet; kamu hizmetlerinin tüm vatan-

²² Coşkun Dolanbay, “Devlet, Modern Devlet, E-Devlet”, *T. Bilişim Dergisi*, s. 76.

daşlara bilgi teknolojilerini kullanarak ulaşmalarını ve bundan yararlanmalarını sağlayan teknolojiye dayalı bir yapılanmadır. Altyapıyı oluşturan teknik değişimlerin, bir üstyapı kuruluşu olan “*devleti*” yeniden şekillendirmesidir. Devletin bu teknolojiye dayalı yeni şekillenmesinde, hem kamu hizmetlerinin üretim aşamalarında değişiklik olmakta, hem de vatandaşların bu hizmetlerden yararlanması yeniden biçimlenmektedir.

E-devlet, gerçek anlamda vatandaş-devlet bağlantısını kuran sade bir web sitesinden çok daha ileride olup, politik ve toplumsal gücün büyük bir devrim geçirerek tam anlamıyla demokratikleşmesini, devlet-vatandaş ilişkisinin yeni bir şekle dönüşmesini anlatmaktadır. E-devlet konusunda bir çok ülkede ilginç gelişmeler olmaktadır. Örneğin, ABD ve İngiltere’de yetkililer ülkelerinin en kısa zamanda e-devlet olma süreçlerini tamamlamaları konusunda tüm devlet kuruluşlarına emirler vermişlerdir. Amerika dışında başka devletlerde de bu gibi çalışmalar oldukça yoğun bir şekilde yürütülmektedir. Finlandiya ve Singapur Hükümetleri e-devlet konusunda aldıkları cesur kararlar sonucunda bürokrasiyi büyük oranda kaldırmışlardır.

Devletin modernize edilmesi, bilişim ağıyla birlikte daha sık anılmaya başlanan bir yönetim şekli olarak ortaya çıkmaktadır. Devletin modernize edilmesinin amacı, kamu hizmetlerinin yaygınlaştırılması, kalitesinin yükseltilmesi ve bunların sunumunda sürekliliğin ve standardizasyonun sağlanmasıdır.²³

Klasik devletten e-devlet’e geçiş yüzeysel bir reform değildir. Kamu hizmetlerinin üretilmesinde köklü bir değişim söz konusudur. Diğer bir deyişle, üretim yöntemleri değişeceği için, örgüt yapısının, çalışanların niteliğinin, iş akışının ve buna bağlı olarak üstyapının (hukukun) yeniden kurulması zorunluluğu doğacaktır.

²³ A.g.m.

2.2. E-Devletin Özellikleri

2.2.1. E-Devlette Saydamlık Vardır

Saydamlık kamu kurum ve kuruluşlarının eylemlerinin halk tarafından öğrenilmesine olanak sağlamaktır. "Saydamlık" kavramına uluslararası kuruluşlar tarafından özel bir anlam verilmektedir. Bu özel anlamı ile saydamlık, kamu yönetiminde yolsuzlukları önleme çabası ile eş anlamlı olarak kullanılmaktadır.

Bilişim, saydamlık konusunda vazgeçilemez bir duruma gelmiştir. Çünkü, kamu kurum ve kuruluşlarında biriken bilgiler, çeşitli kesimlerce aranılan değerler haline gelmiştir. Bilgiye duyulan bu isteklerin büyük kısmı, kuruluşların ve kişilerin doğrudan doğruya özel yararları ile ilgili bulunmaktadır. Zira kuruluşların veya bireylerin kendilerini ilgilendiren konularla ilgili olarak, kamu kurum ve kuruluşlarında ne gibi kararlar alındığını, ne gibi bilgiler üretilip derlendiğini bilmeleri hem gerekli hem de yararlı olmaktadır.²⁴

2.2.2. E-Devlette Hesap Verme Yükümlülüğü Vardır

Bilindiği üzere çağdaş demokrasinin olmazsa olmaz koşullarından birisi olan hesap verme yükümlülüğü saydamlık ile birlikte düşünülmelidir. Bu yükümlülük, kısaca, "kamu kaynaklarının verimli, etkin ve tutumlu bir biçimde ve yasalara uygun olarak harcandığı konusunda giderleri yapanların parlamentoya ve halka karşı sorumlu olmasıdır" şeklinde tanımlanabilir.

Hesap verme yükümlülüğünün tam olarak işlerlik kazanması, dönemsel olarak yapılan denetimlerle değil, ancak, hesap vermeye uygun bir bilgi akış sisteminin kurulması ile olası olur. Bu sistem, aslında yönetim bilişim sisteminden çok farklı değildir. Bu bilgi akış sistemine bilişim teknolojilerinin getirdiği hız, kolaylık, nesnellik, doğruluğun yararları yadsınamaz.²⁵ Hesap verme yükümlülüğünün sağlanması için değişik yöntemler bulunmaktadır.

²⁴ A.g.m.

²⁵ A.g.m.

2.2.3. E-Devlette Bireyler Katılımcıdır

E-devlette gerçekleştirilecek saydamlık, bireylerin ve toplumun kamu kurum ve kuruluşlarının çalışmaları hakkında güvenilir ve doğru bilgiler elde etmelerini sağlayacağı gibi, bu çalışmalara çeşitli yollarla katkı vermelerine de olanak verecektir. Bu katkılar; görüş bildirme, tepki gösterme, aday gösterme, referandum, vb. olabilir.

E-devlette bireyler, öncelikle daha katılımcı bir ruha, bilgi işlem araç ve yöntemlerini kullanma becerisine sahiptir. Öyle ki "*homo sapiens*"'in bu yeni altsoyuna, Bilişim Kurultayı'nda söylenen bir kavramla "*homo digitalus*" diyebiliriz.

2.2.4. E-Devlette Bürokrasi En Aza İner, Hizmetin Kalitesi Artar

E-devlet, bir "*devlet*"teki tüm birimlere aynen sahiptir. Fakat bu birimlerde bir başkalaşma söz konusudur. Bu başkalaşma önce iş süreçlerinde ve işlem aşamalarında başlar. Veriler, bilgiler, belgeler, işlemler kağıt ortamından manyetik ortama aktarılır, örgüt yapısı zorunlu olarak değişir, birimin işlevi yeni bir boyut kazanır, bürokrasi azalır, kağıt kullanılarak yapılan işlemler denetim altına alınır.

E-Devlette bilişim teknolojileri kullanıldığından, vatandaşın 365 gününün her saatinde belirli kamu hizmetlerinden yararlanma olanağına kavuşur. Bu olanak, vatandaşın devlete güvenini artırır. Ancak, e-devletten beklentilerin fazlaşması, bazı beklenmedik olaylar karşısında hızla güven kaybına neden olabilmektedir. Örneğin: Geçtiğimiz haftalarda ABD'de yaşanan elektrik kesintisi olayı e-devlet kavramının yeniden sorgulanmasına neden olmuştur.

2.2.5. E-Devlette Ekonomi Canlanır

E-devletin oluşumu ile birlikte, ülkeler arasındaki bilgi ve kültür değişiminin hızlanmasının yanısıra, fiziki sınırlarda

A. AKIN ALAN önemini yitirmeye başlar. Bu durum, ticaretin artmasına neden olur.

2.2.6. E-Devlet Açık Toplumdur

Bilişim toplumunda yöneticiler denetimsiz kalmaz, her yapılan izlenir, elde edilen sonuçlar irdelenir, uyarılar zamanında yapılır çünkü, bilişim toplumları açık toplumdur. Açık toplumlarda insanların yaşam kalitesi yükselir, olumlu geribildirimler ile beslenen iyi niyetli yönetimlere yol açılır. Bağımsız ve bağlantısız biçimde ortaya konan görüş ve düşüncelerin en iyisini düşünebilenler yönetimlerde söz sahibi olabilir, böylece toplumların gelişmesi daha da hızlanır ve toplam kalite artar.²⁶

2.2.7. E-Devlette Bilgiye Erişim Özgürlüğü Vardır

E-devlette, kamu kurum ve kuruluşlarınca üretilen ve derlenen bilgilerden, bireysel haklar ve özgürlükler için korunması, saklanması gerekli olanların dışında kalanlara ulaşım olanağı bulunmaktadır. Böylece, e-devlet, kendisi ile bağlantı kurmakta olan kişi ve kurumları biraraya getirerek tümleştirirken aynı zamanda merkezîyetçi olmayan bir işleyiş yapısını da gerçekleştirmektedir.

2.2.8. E-Devlette Giderlerde Tasarruf Sağlanır

Kamu hizmetlerinin vatandaşa ulaştırılması için yapılan giderler e-devlete geçilmesiyle azalır.

Yukarıdaki e-devletin özelliklerinden, saydamlık, hesap verme yükümlülüğü, bireylerin katılımı ve bilgiye erişim özgürlüğü için yeni yasal düzenlemelere gereksinim vardır. Bu yasal düzenlemelerin bir kısmının tasarıları hazır, yakında Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulacaktır.²⁷

²⁶ Ersin Töreci, "Yeni Binyıla Adım Atarken", *Türkiye Bilişim Dergisi*, s. 72.

²⁷ Maliye Bakanlığı'nca hazırlanan Kamu Mali Yönetimi ve Kontrolü Yasası Tasarısı'nda, saydamlık ve hesap verme yükümlülükleri düzenlenmiştir. Söz konusu tasarı Bakanlar Kurulu'na gönderilmiştir.

2.3. E-Devlete Geçiş Sürecinde Türkiye’de Yapılması Gerekenler

2.3.1. Genel Olarak Yapılması Gerekenler

E-devlete geçiş sürecinde ve geçildiğinde, kamu oyununun bilinçlenmesi ve bilişim ağı kullanımı artacağından, Devlet ile halk arasında sanal ortamdaki karşılıklı iletişim çoğalacağından, kamu kurum ve kuruluşlarında basitleştirilmiş ve standart hale getirilmiş hizmetler gittikçe daha büyük önem kazanacaktır. Bu nedenle kamuoyu, devlet daireleriyle sanal ortamdaki iletişime güven duymalı ve bireylere ilişkin bazı bilgilerin saklı tutulacağından emin olmalıdır. Bu konuları gözönünde tutarak;

- Bireylerin kamusal bilgi ve hizmetlere tek aşamada erişebilmelerini,
- Daha iyi, daha etkin kamu hizmeti üretilmesini,
- Hükümetin yurttaşlara hesap verme görevinin daha iyi yerine getirebilmesini,

Sağlamak amacıyla bütün kamu kurum ve kuruluşları, teknolojik ve hukuki yönden gereğini yapmalıdırlar.

Türkiye’de, son zamanlarda bütün kamu kurum ve kuruluşlarında bilişim ağı (internet sitesi, web) sayfası düzenlemek konusunda yoğun çalışmalar yapılmaktadır. E-Devlet konusundaki gelişmelerin bu çerçevede ilerlemesi sonucunda, orta vadede karşılaşılacak en kritik sorun, kurumların birbirinden bağımsız olarak geliştirdikleri çalışmaların, birbirleri ile etkileşiminin ve iletişiminin sağlanması olacaktır. Ayrıca şu anda, bir eşgüdüm kurumunun eksikliği, benzer hedeflere yönelik çalışmaların farklı kurumlarda münferit çabalarla yürütülmesine neden olmaktadır. Türkiye’nin e-devlet olma yolundaki başarısını, bu konuda yapacağı yasal düzenlemeler belirleyecektir.²⁸

²⁸ Ersin Töreci, “Yeni Binyıla Adım Atarken”, *Türkiye Bilişim Dergisi*, s. 72.

2.3.2. E-Devlete Geçiş İşlemlerini Yürütebilecek Bir Birim Kurulmalıdır

Başlangıçta sadece bir iletişim ortamı olarak ortaya çıkan bilişim ağı bugün üzerindeki milyonlarca web sitesi ile gelişirken yeni düzenleme gereksinimleri de gündeme getirmektedir. Bugün ülkemizde bilişim ağının sahipsizliği sıkıntısı yaşanmaktadır. Bu sıkıntı iki türlü kendini göstermektedir. Birincisi, ülkemizde bilişimi düzenleyecek bir üst kuruluşun olmaması, ikincisi, bürokraside bilişim sınıfının bulunmamasıdır. Bu iki eksikliğin ivedilikle giderilmesinde sayısız yararlar vardır. Bilişimle ilgili üst kuruluşun, ismi ne olursa olsun, hukuki statüsü nasıl düşünülürse düşünülün, bir an önce kurulması elzemdir. Önemli olan; söz konusu kurumun, ekonominin ve toplum beklentilerinin karşılanmasında son derece esnek ve aktif yapıda organize edilmesidir.²⁹ Bu kuruluş oluşturulduktan sonra günün koşullarına göre değişiklikler geçirebilir. Önemli olan öncelikle kurulmasıdır.

Bir yasanın uygulanmasında bilişim teknolojilerinden ne kadar çok yararlanma olanağı varsa, o yasa o kadar hızlı ve sağlıklı uygulanma şansına sahiptir. Bu nedenle yasalar çıkarılırken bilişimcilerin görüşü alınmasında ve çıkarılacak yasanın uygulanmasında bilişim teknolojilerinden en fazla yararlanılacak şekilde düzenleme yapılmasında büyük yarar vardır. Bilişimle ilgili kurulacak üst kuruluş, bu görevi kolaylıkla yerine getirebilir düşüncesindeyim.

Bilişim konusunda yetkilendirilecek bir kurumun eşgüdümünde belirlenen hedeflere daha çabuk ulaşılabilecek ve uygulamada yaygınlık ve birlik böylece sağlanmış olacaktır. Oluşturulması istenen bu kuruluşta, toplumun her kesiminin temsili, başarının sağlanması için gereklidir.³⁰

2.4. E-Devlet ve Birey

Bireydeki değişimler toplumu ve devleti, toplum ve devletteki gelişmeler ve değişimler bireyi etkileyecektir. Tarihsel süreçte

²⁹ A.g.m.

³⁰ Coşkun Dolanbay, "Devlet, Modern Devlet", E-Devlet, *T.Bilişim Dergisi*, s. 76.

baktığımızda devletin şekline göre bireyin sıfatının değiştiğini görmekteyiz: Birey, monarşik devlette “uyruk, teba, köle”; cumhuriyette, “yurttaş”, e-devlete geçmiş çoğulcu demokratik yönetimlerde ise “insan”dır ve devletin odağında yer alır. Bireyi insan kabul eden e-devlet’in, birey için, bugünkü temsili çoğulcu demokrasiden de ileri bir rejim olması umudu vardır. Çünkü e-devlet, daha saydam, daha katılımcı, daha insancıl bir devlet olma olanağına sahiptir. .

Bilişim toplumunda, “e-(kurumlar)”ın oluşması sonucunda kaçınılmaz olarak ortaya çıkacak olan “e-insan”, bilgiyi inanılmaz ölçüde kullanan, yararlanan nitelikte olacaktır. Bilişim çağını yaşayan “e-insan”, ürettiği bilgidan daha fazlasını etkileşim içinde bulunduğu “e-toplum”dan alabilecektir.³¹ E-Devletin bir üyesi olan “e-insan”ın özellikleri şunlardır:

- Bilgiyi kullanma ve yararlanmada beceri sahibidir.
- İsteddiği bilgi kaynaklarına ulaşabilir.
- Gelişmiş teknolojileri kullanabilir.
- Yaratıcıdır, üreticidir.
- Evrensel düşünür, tüm dünyaya uyum sağlayabilir.
- Kendisiyle yarışır, kendisini sürekli yeniler, sürekli değişim içindedir.

3. BİLİŞİMDE ABD-AVRUPA BİRLİĞİ YARIŞMASI VE TÜRKİYE’NİN DURUMU

3.1. Bilişimde ABD-Avrupa Birliği Yarışması

Bilişim devrimine uyum sağlamada ABD’nin çok gerisinde kalan Avrupa Birliği, geleceğin dünyasında söz sahibi olmak için bu açığı kapatmanın koşul olduğunu kavradı ve “2010 yılında dünyanın en rekabetçi ekonomisi” durumuna gelebilmek için Lizbon Zirvesi’nde “E-Avrupa Girişimi”ni başlattı.³²

³¹ Mustafa Kemal Akgül, “Büyünün Gücü E-İnsan”, *T. Bilişim Dergisi*, s. 75.

³² Osman Ulagay, “İnternet Devrimi Karşısında Avrupa ve Türkiye”, *T. Bilişim Dergisi*, s. ?

E-Avrupa Girişimi'nin temel hedefleri özetle şunlardır:

- Bilgi toplumunun gelişimi için gerekli iletişim altyapısının ve yasal çerçevenin oluşturulması,
- Başta eğitim olmak üzere her alanda bilişim ağı kullanımının yaygınlaştırılması,
- Daha ucuz ve daha hızlı bilişim ağı hizmeti sağlanması,
- Devlette, ticaretle, sağlık ve ulaşım gibi hizmetlerde bilişim ağının kullanımının yaygınlaştırılması,
- İnsan kaynağına yatırımın hızla artırılması.

Avrupa'nın bu yöndeki çabaları ilk olumlu sonuçlarını bir yıl içinde verdi ve 2000 yılında % 25 olan Avrupa'daki bilişim ağı yaygınlığı 2001 Temmuz'unda % 38'e yükseldi. Ne var ki aynı sürede ABD'deki yaygınlık oranı da % 52'den % 58'e çıkmıştı ve Avrupa ile ABD arasında hala büyük bir uçurum vardır.³³

Bilişim teknolojilerinin hızla gelişmesi ülkelerin bu gelişime ayak uydurabilmelerini zorlaştırmaktadır. Diğer yandan, bilişimin gelişimine uyum sağlamada da gelişmiş ülkeler, gelişmekte olanlara göre daha çabuklar ve bu açı küçüleceğine büyümektedir.

3.2.Bilişimde Avrupa Birliğindeki Gelişmeler

Avrupa Birliği'nin, ABD ve Japonya karşısında geri kalma endişesinden doğan E-Avrupa Girişimi, Avrupa'yı dünyadaki en dinamik ve rekabet gücü yüksek pazar haline getirme amacına yönelik olarak, özellikle bilişim ağı alanında yeni ekonomi için gerekli altyapıyı kurmayı amaçlıyor.³⁴

Girişim'in yukarıda belirtilen amaçları çerçevesinde, Avrupa Komisyonu tarafından üye ülkeler için 2002 yılına kadar sürecek bir eylem planı hazırlandı. Birlik kapsamında

³³ A.g.m.

³⁴ Namık Kemal Pak, "e-Avrupa + girişimi e-Türkiye", *Türkiye Bilişim Dergisi*, s. 78.

bu çalışmalar devam ederken, aday ülkelerde de benzer bir plan uygulaması yolunda çabalar oluştu. 11-12 Mayıs 2000 tarihlerinde Varşova’da düzenlenen Bilgi Toplumu Avrupa Bakanlar Konferansı’nda “Avrupa Birliği-Orta ve Doğu Avrupa Ülkeleri Bilgi Toplumu Üst Düzey Karma Komitesi’ne” (EU-CEEC JHLC), bu ülkeler için e-Avrupa benzeri bir Eylem Planı oluşturulması görevi verildi. Bu girişime e-Avrupa adı verildi.³⁵

3.3. Bilişimde Avrupa Birliği ve Türkiye İlişkileri

24 Ekim 2000 tarihinde yapılan 5. JHLC Toplantısı’nda, Türkiye’nin de davet edilmesi kararlaştırıldı. Davet üzerine, 13-14 Mart 2001 tarihlerindeki 6. JHLC Toplantısı’na, ülkemiz adına TÜBİTAK katıldı. Bu toplantıda taslak bir eylem planı hazırlandı. Taslak plan, 3 Mayıs 2001 tarihinde yapılan 7. JHLC Toplantısı’nda tartışılarak son şeklini aldı.³⁶ Bu plana göre aday ülkeler, 2003 yılı sonuna kadar 4 ana başlık altında toplanan 12 hedefe ulaşmak için siyasi kararlılık göstermeyi kabul ettiler.³⁷ Daha sonra, Avrupa Komisyonu tarafından hükümet başkanlarına onay için gönderilmek üzere bir plan hazırlandı, 15-16 Haziran 2001 tarihlerinde Götting’de yapılan Avrupa Birliği zirvesinde resmen açıklanması hedeflendi. Açıklama yapıldıktan sonra girişimin izlenmesi için Şubat/Mart, Aralık 2002 ve Aralık 2003 tarihlerinde 3 rapor hazırlanması ve ülkelerin yaptıklarının bu raporlarla değerlendirilmesi planlandı.³⁸

E-Avrupa Girişimi üyelik görüşmeleriyle doğrudan bir bağ içermiyor. Bu girişimin, Avrupa Birliği’ne aday ülkelerin kendilerinin belirledikleri bir zaman çerçevesi içerisinde, yasal yükümlülükler olmaksızın bazı hedeflere ulaşma yolundaki çabaları olarak değerlendirilmesi gerekiyor. Ancak, bu hedeflere ulaşmada gösterilecek siyasi kararlılık Avrupa Birliği ile siyasi ve mali uyumun yanında büyük önem taşıyor. Bu bağlamda, Türkiye’nin e-Avrupa Girişimi’ne katılımıyla ve bu katılımın

³⁵ Bu girişime başlangıçta “e-Europe-like Action Plan” deniliyordu.

³⁶ Namık Kemal Pak, “e-Avrupa + girişimi e-Türkiye”, *T. Bilişim Dergisi*, s. 78.

³⁷ A.g.m.

³⁸ A.g.m.

gereklerini yerine getirmeyi Ulusal Program'ın 17. bölümünde vurgulamasıyla, Türkiye, Avrupa Birliği'ne girmekteki siyasi kararlılığını bir kez daha açıkça ortaya koymuştur.³⁹ Sonuç olarak, özellikle teknolojik değişimin dayattığı yeni toplumsal ve yönetsel modellerin yaşama geçirilmesi için, bu girişimin bir başlangıç olarak görülmesi gerekmektedir.

Avrupa Birliği ile bütünleşme çabası içindeki Türkiye'de bilişim ağının öneminin yeterince anlaşıldığını söylemek olanaksız. "Internet Galaksisi" adlı kitabında Manuel Castelis şöyle diyor:

*"Bugünün dünyasında bilişim ağı olmaksızın kalkınmaya çalışmak sanayi çağında elektriksiz sanayileşmeye benzer. Üçüncü Dünya ülkelerinin sağlık, eğitim ve temiz su temini gibi gerçek sorunları dururken bilişim ağına öncelik vermeyi gereksiz görenler, günümüzün gerçeğini hiç anlamıyorlar. Bugünün dünyasında internet temelli bir ekonomiye ve yönetim sistemine sahip olmayan bir ülkenin kalkınmanın gereksindiği kaynakları yaratması ve sürdürülebilir büyümeyi yakalaması olanaksızdır."*⁴⁰

4. BİLİŞİM VE HUKUK

Bilişim toplumuna, dolayısıyla e-devlete geçiş sürecinde yürürlükteki mevzuatın birçok konuda yetersiz kalacağı açıktır. Bilişim toplumunun gereklerine uygun yeni hukuk kuralları koymada geçikilmesi, ileride giderilmesi zor sorunlar doğuracaktır.

4.1. Hukuki Düzenleme Yapmanın Gerekliliği

Kuşkusuz bilişim toplumu, yasaların geçerli olmadığı, bireylerin ve kuruluşların haklarının korunmadığı bir ortam olmayacak ve hukukun koruması altına alınacaktır. Bu açıdan bakıldığında, bilişime özgü, yeni bir takım hukuki düzenleme-

³⁹ A.g.m.

⁴⁰ Osman Ulagay, "İnternet devrimi karşısında Avrupa ve Türkiye", *T.Bilişim Dergisi*, s. 81.

lerin yapılması, var olan düzenlemelerin bir kısmının yeniden gözden geçirilmesi, bir gereksinme olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak, yeni hukuk kuralları konurken ya da mevzuatta değişiklik yapılırken, sorunlar gerçekçi bir şekilde saptanmalı, sorunların çözümleri evrensel aklın süzgecinden geçirilerek bulunmalıdır. Bir çok sorunun yürürlükteki mevzuatla çözülebileceği gözardı edilmemelidir.⁴¹ Bilişimi, hukukun şemsiyesi altına alırken, bilişimin bir ülke için öneminin ve kendine özgü yapısının kesinlikle göz önünde tutulması gereklidir. Bu nedenle yapılacak hukuki düzenlemelerde önceliğin, bilişimin gelişmesinin önünü açacak ve toplumda beliren somut gereksinimlere yanıt verebilecek türdeki düzenlemelere verilmesi gerekmektedir. Örneğin; sayısal imza, sayısal noterlik, tüketici haklarının korunması, kişisel bilgilerin korunması gibi konulara öncelik verilmelidir.⁴²

4.2. Tek Bir Yasa İle Hukuki Düzenleme Sağlanamaz

Günümüzde, hukukun hemen hemen tüm dallarına konu olan somut olaylar, bilişim ortamında da yaşanmaktadır. Bu durumun doğal sonucu olarak, bilişimin sadece tek bir yasa ile düzenlenebileceğini veya sadece belirli ve sınırlı bir takım hukuk dallarının kapsamına girdiğini ileri sürmek olanaksızdır. Artık bilişimin, hem kendine özgü bir hukuki alanı vardır, hem de birçok hukuk dallarının düzenlediği alanlarla kesişmektedir.

Bilişimin çok hızlı gelişmesi, uluslararası yapıya sahip olması, yaşamın hemen hemen her alanını etkilemesi ve teknik özellikleri gibi nedenlerle de, bilişimin bütününe yönelik olarak, her yönünü içeren tek bir ulusal hukuki düzenleme yapılabilmesi olası değildir. Bir yandan teknoloji gelişirken, diğer yandan uluslararası sözleşmelerin yapılması, yasaların çıkarılması gerekmektedir. Bunlar da yeterli olmayabilir; tek-

⁴¹ Mustafa K.Akgül, Hülya Pekşirin, "İnternet ve Hukuk", *Türkiye Bilişim Dergisi*, s. 79.

⁴² A.g.m.

nolojik gelişmeler, ekonomik ve toplumsal seçimler sonucunda çok farklı kavramlar ve modeller ortaya çıkabilir. Dolayısıyla, tek bir yasayla bilişimdeki tüm sorunları çözmek olası değildir.⁴³

4.3. Yapılacak Hukuki Düzenlemelerde Uluslararası Kuruluşların Çalışmaları ve Yaptıkları Düzenlemeler Gözönünde Tutulmalıdır

Yapılacak ulusal düzenlemelerin uygulanabilirliğini sağlayabilmek için, diğer ülkelerin düzenlemeleriyle olan uyum gözletilmek zorundadır. Bu nedenle, hukuki düzenlemeler yapılırken, diğer ülkelerin deneyimleri ve özellikle uluslararası kuruluşların yaptıkları çalışmalar ve hukuki düzenlemeler gözönünde tutulmalıdır.

5. BİLİŞİMDE BEKLENEN SORUNLAR VE ÇÖZÜMLERİ

5.1. Bilgisayarın Bilgilerinin Günlük Yaşamdaki Yeri ve Önemi

Günümüzde bilgisayarın yaşamın her alanına girmesi nedeniyle, birçok bireysel bilgi, bilgisayar ortamında saklanmaya ve gerektiği zaman bu ortamdan çağrılarak kullanılmaya başlanmıştır. Örneğin, nüfus bilgileri, adli sicil kayıtları, banka hesapları, vb.

Bilişim teknolojilerindeki bir başka ve önemli gelişme, bilgisayar dizgelerinin, iletişim ağı üzerinden birbirine bağlanabilmeleridir. Bu teknoloji, çok uzaktaki verilere erişme olanağını kullanıcılara sunmaktadır. Ancak bu bilgiler içinde, birey ve kurumlara özgü ve gizli kalması gereken bilgilerin olduğu unutulmamalıdır. Bazı yönetim biçimlerinde, birey ve kurumlara ilişkin bilgilerin kamu tarafından bilinmesi olağan sayılırken, günümüz, uygar toplumlarda, özel bilgilerin saklı olması ilkesi benimsenmektedir.⁴⁴

⁴³ A.g.m.

⁴⁴ A.g.m.

5.2. Bireysel Bilgiler

5.2.1. Bireysel Bilgilerin Gizliliği

Kurum ve kuruluşları da birer kişi olarak değerlendirdiğimizde, konuyu bireysel bilgilerin korunması biçiminde ortaya koyabiliriz. "*Bireysel bilgiler*", günümüzde çeşitli kuruluşlar tarafından toplanmakta, saklanmakta ve değerlendirilmektedir. Toplanan bilgilerin kamuya açılması konusunda ülkeler arasında farklı uygulamalar vardır. Örneğin; bugün ABD ve Kanada'da 911 acil yardım merkezini arayan bir kişinin adı adresi ve telefon numarası merkezde görülmektedir. Çok olağan ve gerekli görülen bu karar Almanya'da bireysel haklar tecavüz sayılarak reddedilmiştir. Türkiye'de ise, kimseye sormadan ve yasal bir düzenlemeye gitmeden, cep telefonu işleticileri, arayan numaranın görünmesini uygulamaya koymuşlardır. Bu da ülkemizde, bireysel haklara saygı bilincinin gelişmemiş olduğunu göstermektedir.

Şirketler, kredi kartı verirken anket niteliğinde soru formlarını müşterilerine doldurtmaktadırlar. Bu formlardaki bilgiler ticari şirketler için çok önemlidir, çünkü, müşterisi hakkında ticari açıdan önemli sayılabilecek bir çok bilgiyi de edinirler. Salt ticari beklentilerle toplanan bu bilgilerin amaç dışında kullanılması sakınca yaratabilir. Bu sakıncalı durumlar bireysel haklara tecavüz sayılabilir.

5.2.2. Kimlik Bilgilerinin Gizliliği

Birey ve kurumları, nüfus hareketleri, vergi kayıtları ve sosyal güvenlik açısından bir düzene sokabilmek için, çoğu ülkede, vatandaşlık numarası, vergi numarası veya sosyal güvenlik numarası gibi uygulamalar gözlenmektedir. Ülke düzeninin sağlanması ve iyileştirilmesi amacıyla başlatılan bu uygulamaların da korunması gerekmektedir. Özellikle, vatandaşlık numarasından yola çıkarak etnik kökene ulaşma, bazı toplumlarda sorun oluşturabilmektedir.⁴⁵

⁴⁵ A.g.m.

İçişleri Bakanlığının "Mernis Projesi"ni uygulamaya koymasıyla, Türkiye vatandaşı olan her bireye ilişkin bilgiler bilgisayar ortamında tutulmaktadır. Kişilere ilişkin bireysel bilgilerden yararlanılarak, bireylerin, etnik, sosyal ve kültürel sınıflanmaları olasılığı düşünülerek, vatandaşlık numarasının oluşturulması süreci bu olasılığı en aza indirecek biçimde geliştirilmiştir. Böylece, bireysel haklara saygılı olunmuştur.⁴⁶

5.2.3. İkamet Bilgileri

Türkiye'de, 1774 sayılı Kimlik Bildirme Yasası vardır. Bu Yasa uyarınca, bazı muhtarlıklar, mahallede yaşayanlara ilişkin ikamet bilgilerini bilgisayar ortamında tutmaktadırlar. Bu muhtarlar, bilgisayarlarını bilişim ortamına açarlar ve bilgileri koruma altına almazlarsa, mahalleliye ilişkin tüm bilgiler, herkesin ulaşabileceği bilgiler duruma dönüşecektir. Bu ise istenen bir durum değildir.⁴⁷

5.2.4. Emniyet Bilgileri

Ülkemizde, zabıta birimlerinde bilişim sistemleri kullanımı giderek yaygınlaşmaktadır. Emniyet birimlerindeki bilgisayarlarda tutulan bireysel bilgilerin, korunamaması durumunda, çok ciddi sonuçların doğabileceği açıktır. Kötü niyetli kişilerin bu tür bilgilere ulaşmaları önemli bir sakınca olmakla beraber, daha kötüsü, bu bilgilerin değiştirilmesidir.⁴⁸

5.3. Bireysel Bilgilerin Korunması

Toplumlarda bilgi teknolojileri kullanımının giderek artması, bilgisayar dizgelerine uzaktan erişimin olağan duruma gelmesi ve bilişimin yaygınlaşması, bilgi güvenliği konusunun önemini artırmıştır.⁴⁹

⁴⁶ A.g.m.

⁴⁷ A.g.m.

⁴⁸ A.g.m.

⁴⁹ A.g.m.

Klasik uygulamada, veriler, kilitli dolaplarda tutulurken, günümüzde, bilgisayar ortamında tutulmaktadır. Bilgilerin bilgisayar ortamında tutulması bilgiye erişimde büyük kolaylık sağlamasına karşın, kötü niyetli kişilerin saldırısına karşı zayıflık göstermektedir. Zayıflık, ağırlıklı olarak, bilişimden kaynaklanmaktadır.⁵⁰

Bazı kişiler, şu veya bu nedenle bilgisayarlara saldırmaktadır. Bilişim teknolojilerinin gelişmesi saldırganların sayısının artmasına büyük katkı sağlamıştır. Bu nedenle, ülkeler ciddi çalışmalar yapmaktadırlar. Bireylere ve kurumlara özgü bilgilerin korunması iki açıdan önemlidir:

Gizlilik: Görevi ya da işi gereği bilgileri toplayan kurum, topladığı bilgilerin amaç dışında kullanılmayacağını garanti etmelidir. Dolayısıyla, kişi bu bilgileri verirken, kullanım amacını açık biçimde bilmeli, başka amaçlar için kullanılmayacağından emin olmalıdır.⁵¹

Koruma: Kişisel bilgileri toplayan kurum, bu bilgilerin başka kişi ya da kurumlara aktarılmayacağını, ayrıca çalınmaya karşı korunacağını da garanti etmelidir.⁵²

Bu arada, toplumları ilgilendiren en önemli konu, hangi bilginin bireye özgü, dolayısıyla gizli tutulması ve korunması gerektiği konusudur. Bu alanda, tüm ülkelerin üzerinde anlaştığı tek bir doğru bulunmamaktadır. Bir ülke vatandaşlarının değerlendirmelerine göre açık olması gereken bir bilgi, diğer ülke vatandaşları tarafından gizlenmesi gereken bir bilgi olarak değerlendirilmektedir.⁵³

Avrupa Birliği, bireysel bilgilerin tanımı ve gizliliklerinin sağlanması konusunda önemli çalışmalar sürdürmekte ve toplum içi kurallarını belirlemektedir. Ülkemizde ise durum çok iç açıcı değildir. Her şeyden önce, konunun önemi üzerinde yeterince durulmadığı gözlenmektedir. Bu nedenle, Avrupa Birliği'ndeki çalışmaların yakından izlenmesinde yarar görülmektedir.

⁵⁰ A.g.m.

⁵¹ A.g.m.

⁵² A.g.m.

⁵³ A.g.m.

5.4. Bireysel Bilgilerin Korunmamasının Zararları

Bireylere ve kurumlara ilişkin bilgilerin korunmaması, gizli tutulmaması ne tür zararlara neden olabilir sorusunun yanıtı tek bir cümle ile verilemez.⁵⁴ Bu konudaki olasılıklar aşağıda irdelenmiştir

5.4.1. Gizliliğin Kaybolması

Birey ya da kuruma ilişkin, gizli tutulması gereken bir bilginin başkaları tarafından öğrenilmesi, ilk bakışta zarar verici gibi görülmeyebilir. Ancak zarar sanıldığından büyük olabilir. Örneğin, bir kişinin gizli tutulması gereken kredi kartı numarasının başkaları tarafından öğrenilerek kötü niyetle kullanılma olasılığı vardır.⁵⁵

5.4.2. Bilginin Başka Amaçlarla Kullanımı

Toplanan bilgilerin, başka amaçla kullanılması, bilginin sahibini rahatsız edecektir. Örneğin, ikamet bilgisi olarak toplanan bilgilerin, mağazalar zinciri sahibi bir firmaya verilmesi ve bunun sonucu olarak, satış elemanları tarafından sürekli aranma, bazı kişileri rahatsız edebilir.⁵⁶

5.4.3. Bilginin Değiştirilmesi

Bilgilere erişebilme, sonunda bilgileri değiştirebilmeyi de olası duruma getirmektedir. Bilginin değiştirilmesi, kişi ve kurumlara büyük zararlar verebilir. Örneğin; emniyetteki kayıtlara ulaşım, sabıkalı birini sabıkasız hale dönüştürmek ya da tersini yapmanın zararları açıktır.⁵⁷

⁵⁴ A.g.m.

⁵⁵ A.g.m.

⁵⁶ A.g.m.

⁵⁷ A.g.m.

5.4.4. Bilginin Kötü Niyetle Kullanılması

Bir kişi ve kuruma ilişkin gizli tutulması gereken bilgilerin açıklanması kişi ve kuruma zarar verecek nitelikte olabilir. Bu durumu bilen birinin bu tür bilgiyi açıklama tehdidi ile maddi ya da manevi çıkar isteyeceği açıktır.⁵⁸

5.5. Önlemler ve Öneriler

Yeni bir yaşam şekli olan, bilişim teknolojilerini kullanma, bireylere büyük kolaylık sağlamıştır. Ancak bu kolaylık bazı sorunlar da beraberinde getirmiştir. Bilgisayar ortamında saklanan bilgilerin gizliliğine ve korunmasına çok önem verilmelidir. Bilgisayar dizgelerinin yerleştirildiği ortamların güvenliği sağlanmalıdır. Daha sonra kullanıcıların güvenlik hakları, bilgisayar dizgesine uzaktan erişimin yöntemleri ile etik ve hukuki kuralları belirlenmeli ve alınan önlemlerin işlerliği belli aralıklarla denetlenmelidir.

Bilişim toplumu olmak isteyen Türkiye'nin, bireysel bilgilerin saklanması ve korunması konusunda yapması gereken pek çok şeyin olduğu görülmektedir. Türkiye açısından değerlendirdiğimizde, bu konuda yapılması gereken çalışmalar şöyle sıralanabilir:

- Bilişim teknolojilerinin gelişmesine koşut olarak, birey ve kurumlara özgü verilerin bilgisayar ortamında saklanması giderek artacağından, birey ve kurumlara özgü bilgilerden bazılarının gizlenmesi ve korunmasının gerektiği benimsenmelidir.

- Birey ve kurumlara özgü bilgilerden hangilerinin gizlenmesi ve korunmasının gerektiği yasalarla belirlenmelidir. Yasalar, bu tür bilgilerin hangi koşullarda kimlere açıklanabileceğini de belirlemelidir. Avrupa Birliği, insan haklarının ve bunların bir parçası olarak kişisel verilerin korunmasına büyük önem vermektedir. Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan "*Kişisel Verilerin Otomatik Olarak İşlenmesi Sırasında Bireylerin Korunmasına Dair Konvansiyon*" un⁵⁹ yayımlanmasından bu yana, birçok

⁵⁸ A.g.m.

⁵⁹ Strasbourg 1981, European Treaty series no. 108.

Avrupa ülkesinde veri koruma yasaları yürürlüğe girmişti. Günümüzde Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin tamamında veri koruma yasaları bulunmaktadır. Türk hukukunda, özel yaşam Anayasa'nın 20 ve 22. maddelerinde korunmakla beraber, kişisel veriler için yasalarımız hiçbir koruma sağlamamaktadır. Bu konunun ivedilikle çözümlenmesi, gerekli yasaların çıkarılması sağlanmalıdır. Çünkü, kişisel verilerin korunması, hem e-ticareti geliştirecek hem de e-tüketicilere güven verecektir.

- Gizli bilgilere ulaşan, değiştiren, kötü amaçla kullanan veya bu bilgileri açıklayanlar hakkında uygulanacak cezalar yasalarda gösterilmelidir.

- Benzer konuda, Avrupa Birliği'nin kural ve yasaları incelenmeli ve uyum sağlanmalıdır.

- Bilişim ağı (İnternet) hizmet sunucu kuruluşların sorumlulukları yasayla belirlenmelidir. Çünkü, bilişim ağı hizmet sunucu kuruluşların sunduğu hizmetler Borçlar Yasası'nın 99 ve 100. maddeleri kapsamına girmediği için bazı eylemlerinden dolayı sorumlu tutulamamaktadırlar. Ayrıca, hukuk sistemimizde, kusursuz sorumluluk halleri yasayla belirlendiğinden, bilişim ağı hizmet sunucularının bilgileri ve istençleri dışında yapılan eylemlerden sorumlu tutulmamaktadırlar. İşte bu nedenlerle bilişim ağı hizmet sunucularının sorumluluğunun yasayla belirlenmesi yararlı olacaktır.

Yukarıda sıraladığımız konulara gereken önem verilmezse, beklenen suçlar oluşacak ve bu suçlar karşısında önce şaşırıp sonra çözüm bulmaya çalışan bir toplum olacağız.⁶⁰ Bu nedenle, bu konuda hazırlanmış olan Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Yasa Tasarısı Taslağı bir an önce Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin gündemine getirilmelidir.

⁶⁰ Mustafa K. Akgül, Hülya Pekşirin, "İnternet ve Hukuk", *Türkiye Bilişim Dergisi*, s. 79.

6. YOLSUZLUKLARLA SAVAŞIMDA BİLİŞİM

6.1. Yolsuzluğun Tanımı ve Yolsuzluktan Zarar Gören Yan

6.1.1. Yolsuzluğun Tanımı

Yolsuzluk, “Yasal olmayan maddi-manevi özendirici yöntemler kullanarak, yasadışı bir iş veya işlem yapılmasını sağlamak” olarak tanımlanabilir. Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı da yolsuzluğu, “yetkinin, özel çıkar sağlanması amacıyla kötüye kullanılması” şeklinde tanımlamaktadır.⁶¹ Yolsuzluk, daima bir hukuk kuralının ihlali sonucu olur. Yolsuzluğa biraz yakından bakılınca, bunun, “birine emanet olarak verilen yetkinin kötüye kullanılmaması gerektiği” ilkesinden sapma olduğu görülür.

Yolsuzluk, küreselleşme süreci çerçevesinde bir taraftan mal, hizmet ve emek pazarlarının ulusal sınırların dışına taşması ve diğer taraftan yasadışı eylemlerin uluslararası bir nitelik kazanması nedeniyle, uluslararası bir nitelik kazanmış bulunmaktadır.⁶²

6.1.2. Yolsuzluktan Zarar Gören Yan

Bir yolsuzluk olayında, genellikle hem yolsuzluğa özendiren yanın, hem de yasa dışı iş veya işlemi yapan yanın parasal veya tinsel bir yararı bulunur. Yolsuzluk olaylarının çoğunda, devlet zarar gören olarak görünürse de asıl zarara uğrayan taraf halktır. Halkın uğradığı zarar, kazanan tarafların kazançları toplamından da fazladır.⁶³

6.1.3. Yolsuzluğun Nedenleri

Yolsuzluğun çıkış nedenleri ülkeden ülkeye farklılık göstermekle beraber temelde, insanların kendi çıkarlarını önde tutan bir yaradılışa sahip olmaları yatmaktadır. Diğer taraftan çağdaş batı kültürü, tüketime ve mal edinmeye aşırı önem verilmesine yol açmış, kişisel başarı ve saygınlık parasal varlıkla ölçülür ol-

⁶¹ A.g.m.

⁶² Necdet Kesmez, “Yolsuzlukla Savaşımada Bilişim”, *Türkiye Bilişim Dergisi*, s. 83.

⁶³ A.g.m.

muştur.⁶⁴ Yolsuzluğu yaratan, kültür yozlaşması, gelir dağılımının dengesizliği, kamudaki ücretlerin düşüklüğü, hayat pahalılığı gibi temel olumsuzluklardır.

6.1.4. Yolsuzluğun Zararları

Günümüzde yolsuzluk, toplumların güvenlik ve istikrarını tehlikeye düşürür, toplumsal, ekonomik ve siyasal gelişmeyi tehdit eder, demokrasi ve erdem özlemlerini çökertir, kamu kurumlarının saygınlığını azaltır, toplumdaki hak ve adalet duygusunu zayıflatır, etik değerleri aşındırır, yoksulluğu artırır, sürdürülebilir kalkınma konusunda olumsuzluklar yaratır, giderek rejimin yozlaşması sonucunu doğurur.

6.1.5. Yolsuzlukla Savaş

Bir işlemde yolsuzluk yapılması, bir suç işlenmesi demektir. Her suç, bir hukuk kuralının ihlalidir. Öyleyse, yolsuzlukla savaşım, hukuk ihlalleriyle savaşım anlamına da gelir.

Ne yazık ki, yolsuzluğun tümüyle ortadan kaldırılması hiç bir zaman olası olamayacaktır. Bu savaşımında kestirme yollar, kolay çözümler de bulunmamaktadır. Bununla beraber bilişim toplumu ve e-devlet konusundaki gelişmeler, hem toplumların bu alandaki beklentilerini yükseltmiş, hem de bu savaşımında yeni ümitler doğurmuştur.⁶⁵

Yolsuzluğun hem ulusal, hem de uluslararası alanda öncelikli bir konu haline gelmesi ile yolsuzlukla savaşım için ulusların birlikte çaba harcamaları, deneyimlerini paylaşmaları ve bir ölçüde ortak davranış standartları geliştirmeleri gereksinimi doğmuştur. Bu yüzden, yolsuzlukla savaşımın yöntemleri ve stratejileri ülkeden ülkeye farklılık göstermesine karşın, hesap verme yükümlülüğünün genişletilmesi, saydamlığın artırılması ve hukukun üstünlüğünün sağlanması için uluslararası işbirliği yolunda önemli adımlar atılmıştır.⁶⁶

⁶⁴ A.g.m.

⁶⁵ A.g.m.

⁶⁶ A.g.m.

Yolsuzluğu yaratan temel bozukluklar düzeltildiğinde, yolsuzluğu doğuran etmenler temizlendiğinde, yolsuzluklar önemli ölçüde önlenecektir. Diğer bir önleme yolu ise yolsuzluk suçunu işleyenleri hemen yakalayıp cezalandırarak, toplumda yolsuzluğa başvurmanın cezasız kalmayacağı görüşünü egemen kılmaktır.⁶⁷ Bu arada, güvenlik ve yargı birimlerinin uygulamalarının adil ve etkin olması için gereken yasal düzenlemeler yapılmalıdır.

Bilişim teknolojilerinin sunduğu olanaklar, özellikle saydamlık ve hesap verme yükümlülüğü, yolsuzlukla savaşımı biraz olsun kolaylaştırmış bulunmakla beraber, bu savaşım- da başarılı olabilmek için önce siyasi istencin yolsuzluğun üzerine kararlılıkla gitmesi, sonra da yazılı ve görsel basın, sivil toplum kuruluşlarının aynı yönde çaba göstermeleri gerekmektedir. Yolsuzlukla savaşım- da önde gelen sivil toplum örgütlerinden olan "*Transparency International*" tarafından söylendiği gibi, yolsuzlukla savaşım için toplumun bütün öğeleri topluca çaba göstermelidirler, aksi takdirde başarıya ulaşma olasılığı yoktur.

6.2. Yolsuzluk, Siyasi Rejim, Saydamlık, Hesap Verme İlişkisi

Siyasal gücün yalnızca sorumluluğu olmayan bir azınlığa bırakıldığı yönetimlerde, yolsuzluğun serpilip yayıldığını görürüz. Buna karşılık düşünce özgürlüğünün bulunduğu, hukukun egemen olduğu gerçek demokrasilerde, yolsuzluğun ortaya çıkarılması ve kökü kurutulmaması bile azaltılması daha kolay olabilmektedir. Ancak, siyasi rejim ne olursa olsun, nerede hukuksuzluk veya bilgi yetersizliği varsa orada yolsuzluk vardır ve demokrasiler bunun dışında değildir. Saydamlık, hesap verme yükümlülüğü ve katılımcılık, hukuk devleti, temel hak ve özgürlükler, demokrasi tanımının ana öğeleri sayılırsa, yolsuzlukların demokrasilerde de önlenebileceği görülür.⁶⁸

⁶⁷ A.g.m.

⁶⁸ A.g.m.

Kamuda alınan kararların ve üretilen veya derlenen bilgilerin bir kısmı bireyleri toplumsal, ekonomik veya kültürel bakımdan genel olarak ilgilendirmektedir. Devletin saydam olmasının istenmesinin temelinde bu ilgi yatmaktadır. Devletin saydam olması durumunda, yukarıda özetlenen yolsuzluk doğuran etmenlerin büyük bir kısmının etkisi azalacak ve hatta tamamen ortadan kalkması sonucu doğabilecektir.⁶⁹

İletişim ve bilişim teknolojilerinin, kamu kurum ve kuruluşlarında yaygınlaşması, daha açık bir anlatımla, e-devlet'in oluşumu, hem kamu kurum ve kuruluşlarındaki bilgilerin üretilmesini ve derlenmesini artırmış, hem de bu bilgilerin kamu oyuna sunulmasını kolaylaştırmıştır. Yalnız bu sunuşta, kamu güvenliği, genel ahlak, özel yaşamın gizliliği gibi bazı nedenlerle kısıtlamalar yapılmaktadır.⁷⁰

Özet olarak, bilişim toplumuna geçişin aynı zamanda temiz toplum idealine erişmek olduğu bilinci ile hareket edilmeli ve e-devlet oluşturulurken, bilgiye erişme özgürlüğü, kişisel verilerin korunması gibi kurumlar yanında yolsuzlukların önlenmesi, izlenmesi ve ortaya çıkarılması ile ilgili yasal düzenlemelere de işlerlik kazandıracak yöntemler özenle hukuk dizgesine yerleştirilmelidir.⁷¹

6.3. Yolsuzlukla Mücadelede Bilişimin Katkısı

Yolsuzluklarla mücadelede bilişimin katkısı, mücadele yöntemlerinin geliştirilmesinde ve kullanılmasında bilişimin rolü ve önemi ile bağlantılıdır.⁷² Bilişim teknolojileri, "*hesap verme yükümlülüğü*"nın yolsuzlukla savaşında daha iyi sonuç vermesini sağlar. Ancak, yolsuzlukla savaşım bağlamında, bilişimi her derde çare olarak görmemelidir. Aksine, iş süreçlerinin ve işlemlerin bilgisayar ortamına taşınmasının, gerekli önlemler alınmadığı takdirde, hesap verme yükümlülüğünü olumsuz yönde de etkilediği de görülmektedir.⁷³

⁶⁹ A.g.m.

⁷⁰ A.g.m.

⁷¹ A.g.m.

⁷² A.g.m.

⁷³ A.g.m.

Öncelikle bilmeliyiz ki, kamu kurum ve kuruluşlarında üretilen ve derlenen bilgiler, dijital ortama geçmesi dolayısı ile hem nicelik itibariyle büyümekte, hem de bu bilgilerle ilgili saklama, sınıflandırma, erişme, yayımlama, inceleme gibi işlemlere getirilen kolaylıklar açısından nitelik itibariyle daha değerli duruma gelmektedir. Bu gelişme yolsuzluklarla savaşında yeni olanaklar yaratırken, bilişimcilere de ek sorumluluklar getirmektedir. Özellikle sistem tasarımında saydamlık ve hesap verme yükümlülükleri dikkate alınmalı, uygulama sırasında da, denetim, güvenlik ve yargı görevlerinin yerine getirilmesine yardımcı olunmalıdır.⁷⁴

İyi kamu yönetimi, nitelikli kamu hizmeti, iletişim ve bilişim teknolojileri kullanılarak daha kolay elde edilebilmektedir. Bu teknolojiler, iyi yönetim ve nitelikli hizmetten sapmaları izleyecek veya önleyecek olanakları da sağlamaktadır. Bu noktada iletişim ve bilişim teknolojilerine önemli görevler düşmektedir. Ancak iş ve işlemlerin bilgisayar ortamına taşınması üzerine yeni yolsuzluk fırsatları yaratılabileceği de gözden uzak tutulmamalıdır.⁷⁵

7. BİLİŞİM SUÇLARI VE TÜRKİYEDEKİ DURUM

7.1. Bilişim Suçlarına Örnek

Bilişim ağının (internetin) sınırlı çevrelerden çıkıp herkesin kullanımına açılmasıyla şimdiye dek hiçbir ülkenin ceza yasalarında tanımlanmayan suç tipleri ortaya çıkmıştır. Aşağıda örnek niteliğinde iki olay özetle verilerek bilişim suçlarının önemi ortaya konulmaya çalışılmıştır.⁷⁶

- Kevin Mitnick 1982-1994 yılları arasında Kuzey Amerika Hava Savunma Komutanlığı bilgisayarına ve Kaliforniya'daki tüm telefon merkezlerine sızdı, Manhattan'daki üç adet merkezi telefon şirketinin geçici olarak kontrolünü ve Digital Equipment şirketinde çalışanlarının elektronik postalarını ele geçirdi,

⁷⁴ A.g.m.

⁷⁵ A.g.m.

⁷⁶ Av. Ali Osman Özdelek, "Bilişim Suçları Ne Kadar Ciddi", www.hukukrehberi.net

vb. eylemleri yaptı. Mitnick bu suçlardan dolayı hapse girdi çıktı ve verdiği toplam zarar yaklaşık 291.8 milyon dolardı.

• 1994 yılında, ABD Griffis Hava Üssü'ndeki bilgisayar dizgelerine İngiltere'de yaşayan iki hacker'ın giriş yaptığı, dosyaları indirdikleri, bilgisayarlara gizlice toplam 30 adet sniffer yerleştirdikleri saptandı. Soruşturma sonucunda hacker'lardan 16 yaşındaki Richard Pryce yakalandı. Hacker'ların bu eylemleri ABD Hava Kuvvetlerine 211.722 milyon dolar zarar vermiştir.⁷⁷

ABD'de Bilişim Suçları

SUÇ TİPİ	YILLIK KAYIPLAR (1\$= 1.000 \$)				
	1997	1988	1999	2000	TOPLAM
Bilgi Hırsızlığı	20.048	33.545	42.496	66.708	162.797
Sabotaj	4.285	2.142	4.421	27.148	37.996
Telekom Dinlemeleri	1.181	562	765	991	3.499
Dışarıdakilerin Sisteme Girişi	2.912	1.637	2.885	7.104	14.538
İçerdekilerin İnternet Suistimalleri	1.169	3.720	7.576	27.985	40.450
Dolandırıcılık	24.982	11.239	39.706	55.996	131.923
Servisin Yoksayılması	2.787	3.255	8.247	512	14.801
Virüs	12.498	7.874	5.274	29.172	54.818
İçerdekilerin Yetkisiz Girişi	3.992	50.565	3.567	22.555	80679
Telekom Dolandırıcılığı	22.660	17.256	773	4.028	44.717
Aktif Hat Dinlemeleri	000	245	20	5.000	5.265
Laptop Hırsızlığı	6.132	5.250	13.038	10.404	34.824
Toplam	100.120	136.822	123.779	265.568	626.307

Yukarıda anlatılan iki olay ve bu olaylara ilişkin bildirilen zarar miktarları bilişim suçlarının ne kadar önemli suçlar olduğunu göstermektedir. Bu kişilerin bu eylemleri yaparken sadece merak veya kendini kanıtlama gibi bir güdüyle hareket ettiklerini düşünmek büyük bir yanıldır. Bilişimin sınır tanımayan özelliği nedeniyle eylemler dünyanın herhangi bir yerinden, herhangi bir kişi tarafından gerçekleştirilebilir. Sorun ancak uluslararası işbirliği ile çözülebilir.⁷⁸

⁷⁷ A.g.m.

⁷⁸ A.g.m.

7.2. Bilişimde Suçu Önlemek İçin Düzenlenen Sözleşme ve Özellikleri

Sorunun uluslararası işbirliği ile çözülecek olması nedeniyle, uluslararası bir sözleşme düzenlenmiştir. Sözleşme'nin özellikleri aşağıdadır:

7.2.1. Siber-Uzay Kavramı

Bilişim ve iletişim teknolojilerinin birbiriyle bütünleşme sürecinin bir sonucu olarak, herkesin bütün elektronik bilgi merkezlerine, dünyanın neresinde olursa olsun kolayca erişebilmesine olanak sağlanmıştır. Bu suretle, bilişim ve iletişim teknolojileri çağdaş toplumun biçimlenmesinde birinci derecede rol oynar duruma gelmiş, bu teknolojilerin yarattığı olanaklar sayesinde birbirine elektronik olarak bağlanmış olan bilgisayar kullanıcıları, dünyadan ayrı bir bilişim ve iletişim dünyası yaratmıştır ki buna siber-uzay denilmektedir.⁷⁹

7.2.2. Siber-Uzay Suçları

Bu yeni dünyada, bilerek veya bilmeyerek gerçekleştirilen birçok kötü kullanımlar da ortaya çıkmaktadır. Daha da önemlisi, bu yeni dünyada, yeni bazı yasa dışı eylem türleri oluşmaya başlamış, var olan bazı yasa dışı eylem türleri de yeni görünümle karşımıza çıkmışlardır. Siber-uzayda işlenen yasadışı eylemler, çoğu kez sınır aşan bir niteliğe de bürünmektedir. Birçok yönden bu yasadışı eylemlere, mevcut yasal yollar uygulanamaz veya uygulansa bile etkili olamaz bir duruma gelinmiştir. Ceza hukukunun ilk ve en önemli ilkesi olan yasallık (kanunilik) ilkesi nedeniyle ceza yasalarında suç sayılan bir eylem, yeni bir biçimde siber-uzayda işlenmesi durumunda, eğer bu eylemin ceza yasalarında tanımı yoksa o eyleme ceza verilmemektedir.

⁷⁹ Necdet Kesmez, "Avrupa Konseyi ve Siber - Uzay Suçları", *Türkiye Bilişim Dergisi*, s. 79.

Ceza yasalarındaki ülkesellik ilkesi nedeniyle ceza yasaları, genelde ülke sınırları içinde uygulanmaktadır. Oysa siber-uzayda işlenen yasa dışı bir eylemin hangi ülkenin toprakları üstünde işlendiğinin belirlenebilmesi için, bazı yeni hukuksal tanımların ve bazı konularda uluslararası uzlaşmaların olması gerekmektedir.

Siber-uzayda işlenen suçlarda, bazen yasadışı eylemin yapıldığı ülke, sanığın ve mağdurun vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu ülke ile buldukları ülkeler farklı olabilmektedir. Bu durumda söz konusu eylemin hangi ülke yasasına göre değerlendirileceği, eylem suç sayıldığı takdirde adli kovuşturma ve cezalandırmanın hangi ülkede yapılacağı sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

7.2.3. Uluslararası Siber-Uzay Suçları Sözleşmesi

Avrupa Birliği Bakanlar Komitesi, Şubat 1997 tarihinde Siber-Uzay Suçları Uzmanlar Komitesi adıyla bir komite kurmuştur. Bu Komite bir taslak hazırlamış ve bu taslak 23.11.2001 tarihinde "*Bilgisayar Suçları Sözleşmesi*" (Convention On Cybercrime) adıyla imzalanmıştır.

Yeni hazırlanan Türk Ceza Yasası Taslağı'nda, bilişim suçları, söz konusu sözleşme çerçevesinde değerlendirilmiştir.

7.2.4. Siber-Uzay Suçları Sözleşmesi'nin Amaçları

Bu sözleşmenin önsözünde, konuyla ilgili insan haklarına ilişkin uluslararası belgelere, çeşitli sözleşmelere göndermede bulunduktan sonra, anlaşmanın başlıca amaçları belirtilmiştir. Anlaşmanın amaçları şunlardır:

- Siber suçlara ilişkin uluslararası işbirliğinin geliştirilmesi, ortak bir cezai politikanın benimsenmesi, maddi ceza hukukunun uyumlulaştırılması.
- Bilgisayar sistemlerine, ağlarına, verilerine, verilerin gizliliğine zarar verici eylemlerin, bunlara ilişkin elektronik kanıtların toplanması.

- Siber suçlara karşı etkin, ivedi, işlevsel bir işbirliğinin kurulması ve geliştirilmesi,
- Kovuşturma, soruşturmalarla ilgili yetki ve görevlerin ulusal iç hukukla belirlenmesi.

7.2.5. Siber-Uzay Suçları Sözleşmesi'nin Bölümleri

Bu sözleşme, dört ana bölüme ve her bölüm de alt bölümlere ayrılmış olup toplam 48 maddeden ibarettir.

Sözleşme'nin I. Bölüm'ü tanımlara ayrılmıştır. Sözleşme'nin siber-uzay suçları ile ilgili olarak ulusal düzeyde alınacak önlemleri düzenleyen ve üç alt bölüme ayrılmış olan II. Bölüm'ün birinci alt bölümünde (m. 2-13) maddi ceza hukuku ile ilgili konular yer almıştır. Bu bölüm incelendiğinde siber-uzay suçlarının geniş bir alana yayılmış olduğu görülecektir. II. Bölüm'ün ikinci alt bölümünde (m. 14-21) genel usul hukuku hükümleri, üçüncü alt bölümünde (m. 22) ise usul hukukunun özel bir konusu olan yargılamayla ilgili görev ve yetki alanı düzenlenmektedir.

II. Bölüm'ün, maddi ceza hukukuyla ilgili birinci alt bölümünde, bilişimle ilgili suçlar adı altında, yasa dışı eylemler için ortak asgari standartlar belirlenmiş, bu suçların önlenmesi veya kontrol altına alınması amacı güdülmüş, söz konusu yasa dışı eylemlerle ilgili ceza yasalarının uyumlaştırılması amaçlanmıştır. Böylece, bir ülkede ağır bir cezaya çarptırılması öngörülmuş suç sayılan bir eylemin, aynı eylem için daha hafif bir ceza öngören başka bir ülkeye kaydırılması yolu kapatılmıştır.

Sözleşme'nin III. Bölüm'ü uluslararası işbirliğine ilişkindir. Bu bölümde özetle, karşılıklılık esasına göre hazırlanmış ulusal yasalar çerçevesinde bilgisayarla ilgili yasadışı eylemlerin soruşturulması ve kovuşturulması amacıyla veya yasadışı bir eylemin elektronik ortamdaki kanıtlarının derlenmesi için işbirliği öngörülmektedir. Bu işbirliği, suçluların iadesi, karşılıklı yardım, kendiliğinden bilgi verme, depolanmış bilgisayar verilerinin ve depolanmış trafik verilerinin açıklanması gibi konuları içermektedir.⁸⁰

⁸⁰ A.g.m.

7.2.6. Sözleşmede Sıkça Geçen “Haksız ve Kasıtlı Olarak” İbaresinin Anlamı

Sözleşme'nin bir çok maddesinde, özellikle suç tanımlarına ilişkin 2-13. maddelerinde “*Haksız ve kasıtlı olarak*” ibaresi geçmektedir. Sözleşme'yi imzalayan her bir devlet, bu Sözleşmede tanımlanmış eylemler “*kasıtlı ve haksız olarak işlendiği takdirde*” bu eylemi kendi ulusal mevzuatında suç olarak belirlemek için gerekli yasal düzenlemeleri yapacak ve diğer önlemleri alacaktır.⁸¹

Bazı eylemler görünüşleri itibariyle suç ve dolayısıyla ceza gerektirmesine karşın, bu eylemler belli koşullar altında işlendiğinde, suç olmaktan çıkaran yasal düzenlemeler vardır. Örneğin; TCK madde 49 gibi. İşte, “*haksız ve kasıtlı olarak*” ibaresinin kullanılmasının nedeni, suç sayılan bir eylemi, suç olmaktan çıkaran başka bir hükmün kapsamına girmediğini vurgulamak içindir.

Ceza hukukunda bir eylemin suç sayılması ancak o eylemin kasıtlı olarak işlenmesine bağlı olduğundan ve “*kast*” unsuruna bazen kültürel unsurlarda etki edebileceğinden, Sözleşme, kasıt unsurunun belirlenmesini ulusal yasalara bırakmıştır.

7.2.7. Sözleşme ile Belirlenen Yasa Dışı Eylemler

Sözleşme'yle belirlenen yasa dışı eylemleri aşağıdaki şekilde beş gruba ayırabiliriz;

Bilgisayar verilerinin ve dizgelerinin gizliliğini, bütünlüğünü ve yararlanılabilirliğini önleyen, kısıtlayan yasadışı eylemler: Örneğin; bilgisayarlara yetkisiz erişim ve dinleme. Günümüzde bir çok iletişim artık bilgisayarlar üzerinden yapılmakta ve bazı önemli bilgiler bu ortamda iletilebilmektedir. Bu bilgilere ulaşmakta yine bilgisayar teknolojileri kullanılarak yapılmaktadır. İşte bu noktada gizlilik gerektiren bilgilere yetkilisi dışında yapılan erişimler bu suç tipine girmektedir.

Bilgisayarla ilişkili yasadışı eylemler: Örneğin; bilgisayar sabotajı. Bilgisayar sabotajı erişimden sonra elde edilen bilgile-

⁸¹ A.g.m.

rin silinmesini ve değiştirilmesini içerir. Buradaki eylemi mala karşı değil de, bilgisayarın içindeki bilgilere karşı yapılmış bir davranış olarak algılamak gerekmektedir.

İçerikle ilgili yasadışı eylemler: Örneğin; bilgisayar yoluyla dolandırıcılık. Klasik olarak bildiğimiz ve karşılaştığımız dolandırıcılık suçunun bilişim ağı üzerinden yapılmasıdır. Diğer bir suç, bilgisayar yoluyla sahtecilik; yine klasik olarak bilinen sahtecilik suçunun, yüksek teknoloji ürünü cihazlar kullanılarak yapılmasıdır.

Telif haklarının ve benzeri hakların ihlali ile ilgili yasadışı eylemler: Örneğin; yasayla korunmuş bir yazılımın izinsiz kullanımı. Fikir ve Sanat Eserleri Yasası'nda eser olarak kabul edilen bilgisayar yazılımlarının lisans haklarına aykırı olarak kullanılmasıdır. Diğer bir örnek; terör içerikli, pornografik görüntülü, hakaret ve sövme içerikli yasa dışı yayınlardır.

Yan Yükümlülük ve Yaptırımlar:⁸² Sözleşme'nin 11-13. maddelerinde, bu sözleşmede tanımlanan suçlara girişim (teşebbüs), suça katılma ya da kışkırtma ile bu eylemleri işleyenlere uygulanacak yaptırım ve önlemler sayılmıştır.

7.3. Bilişim Suçlarının Kapsamı, Sınıflandırılması

7.3.1. Bilişim Suçlarının Kapsamı

Bilişim suçlarının işlenmesi sırasında bilişim teknolojileri kullanılır. Bir bilgisayar, elektronik bir cihaz veya cep telefonu ile bu suçlar işlenebilmektedir. Bu nedenle bu suçların kapsamı çok geniştir ve tanımlamalar da bu yüzden hep değişik olmuştur.⁸³

Bilişim suçlarında, suç tipleri arasındaki farkı oluşturan temel etken suçun işlenmesindeki amaçtır. Bu tür suçlar han-

⁸² A.g.m.

⁸³ Bu suçların; bilgisayar suçları, siber suçlar, dijital suçlar, internet suçları, ileri teknoloji suçları, computer crimes, cyber crimes, IT crimes (Information Technologies), crime of networks vb. isimleri de vardır. Aslında tüm bunlar ile bu suçların bir kısmının tanımlanması yapılmaktadır. Bilişim teknolojileri suçları (IT Crime, Information Technologies) kavramı bu suçların anlatımı yönünden daha uygundur.

gi yöntemle işlenirse işlensin, suçun türünü belirlemek için, eylemin hangi amaca hizmet ettiğine bakmak gerekmektedir. Örneğin; bir bilgisayar dizgesine girmek için bir çok yöntem bulunabilir; bir virüs veya trojen kullanarak giriş yapılabilir. Ancak burada amacın "*sisteme girme eylemi*" olduğuna dikkat etmek gerekir.

7.3.2. Bilişim Suçlarının Sınıflandırılması

Hukuki açıdan bilişim suçlarını ikiye ayırabiliriz. Birincisi; geleneksel suçların bilgisayar yolu ile işlenmesi, ikincisi, yeni teknolojiler ile birlikte ortaya çıkan yeni suç tipleridir.

1991 yılında TCK'ya eklenen 525/ a, b, c, d maddeleri ile teknoloji ile işlenen bazı suçların tanımları yapılmıştır. Ancak, bu tanımlar günün gereksinimlerini karşılayamamaktadır. Bu nedenle üzerinde çalışılan ve yakında TBMM'ye sunulacak olan TCK Tasarısı'nda yeni tanımlamalar yapılmaya çalışılmaktadır. Ancak teknolojinin hızla ilerlemesiyle birlikte suçlarda hızla ilerleyecek ve yeni suç tipleri ile karşılaşılacaktır. Bu nedenle teknolojik suçlarla savaşta, her yeni suç tipi ortaya çıktığında ceza yasalarında gerekli değişikliklerin yapılması en uygun yöntemdir.

7.4. Yaşanan Problemler ve Çözüm Yolları

7.4.1. Elde Edilen Delillerin Hukuki Durumu

Suçluların bulunmasında ve cezalandırılmasında en etkin yöntem sağlıklı kanıtların bulunmasıdır. Bilgisayar suçlarında kanıt niteliği taşıyan bilgiler ise, yine bilgisayar ortamında tutulmuş olan kayıtlardır. Ancak bu kayıtlar, (kanıtlar) bilgisayarın kullanıcısı tarafından değiştirilebilme olasılığı taşımaktadır. Böyle olunca sağlam bir kanıt olmaktan çıkmaktadır.

7.4.2. Kanıtların Elde Edilmesi

Bilgisayar ile bir suç işlenmesi için, kullanılan bilgisayarın bir yerden bilişim ağına bağlı olması gerekmektedir. Böyle

olunca suçu işleyen kişiye ait bilgiler kullanılan bilgisayarda bulunabilir. Ancak ülkemizdeki bilişim servis sağlayıcıları ve özellikle de İnternet kafeler⁸⁴ düzenli kayıt tutmamaktadırlar. Bu nedenle yapılan bir soruşturma sırasında kayıtların elde edilmesinde sorun yaşamaktadır. Bu da suçların yaygınlaşmasında önemli bir rol oynamaktadır. Bu yüzden bu türden bilişim servisi veren yerlere en kısa zamanda devlet tarafından belli standartların getirilmesi ve bu konuda sorumluluklar verilmesi gerekmektedir.

7.4.3. Uluslararası İşbirliği

Bilişim yoluyla ülkeden ülkeye işlenen suçlarda, uluslararası işbirliğine gidilmeden sağlıklı bir sonuç elde edilmesi olası değildir. Çünkü; özellikle bilişim üzerinde işlenen suçlarda birden fazla ülke üzerinden geçen geçiş noktası bulunabilmektedir. Böyle olunca bir olayın soruşturması sırasında olayın yurt dışındaki bir servis sağlayıcı üzerinden yapıldığı anlaşılırsa ilgili ülke ile bağlantı kurup gerekli bilgilerin elde edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde olayın soruşturması bir noktadan sonra kesilmektedir. Bu amaçla devletler bu konuda işbirliğine gitmelidirler.

7.4.4. Uluslararası Suçun Tanımlanması

Eğer soruşturması yapılan bir suç, diğer bir ülkede suç değilse, yine sonuç alınamamaktadır. Bu amaçla, Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi'nde uluslararası suçun tanımının yapılmasına ilişkin çalışmalar yapılmaktadır. Ülkemizde de bu çalışmalar özenle izlenmeli, yasalarımızdaki eksiklikler giderilmeye çalışılmalıdır.

⁸⁴ İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü'nün 02.12.1998 gün ve 233 sayılı genelgesiyle internet kafeler buldukları yerin belediyesinden alınan ruhsatla açılabilirdi. Ancak, 30.12.1999 gün ve 23922 sayılı *Resmî Gazete'*de yayımlanan 99/13681 sayılı karar "Açılması İzne Bağlı Yerlere Uygulanacak İşlemler Hakkında Yönetmelik" ile, açılması mahallin en büyük mülki amirinin iznine bağlı yerler kapsamına alınmıştır. Bir internet kafenin açılabilmesinin koşulları il emniyet müdürlüklerinden öğrenilebilir.

Bilişim suçları, teknolojiyi kullanan tüm ülkelerin ortak sorunu olmuş, birçok ülkede bu alandaki hukuki ve yönetsel yapılanmaların düzenlenmesi çalışmaları başlatılmıştır. Bilişim teknolojilerindeki gelişmeler, bilgisayar ağları sayesinde ulusal sınırları aşmış, bu nedenle ulusal düzenlemeler ve ulusal hukuklar bilişim suçları ile mücadelede yetersiz kalmıştır. Teknolojik gelişmeler nedeniyle küçülen dünyamızda, tüm ülkelerin işbirliği ile bu tür suçlara karşı savaşma gereği ortaya çıkmıştır. Gerçek hayatta güncel olarak rastladığımız suç tiplerini artık dijital ortamda sıkça görmekteyiz. Ayrıca bilişim suçları bilinen suç tiplerinden farklılık arz etmektedir. Bu yüzden bu tip suçlara suçun kovuşturulması esnasında görevli olan herkes daha farklı yaklaşmalıdır. Çünkü elektronik cihazlar, bilgisayarlar ve diğer yüksek teknoloji ürünleri kullanılarak, daha kolay ve ucuz suç işlenebilmektedir. Bu da ileride bu suçlar ile daha çok karşılaşacağımız anlamına gelmektedir. Bu yüzden Türkiye'nin bilişim suçları üzerine ciddi olarak eğilmesi gerekmektedir. Ayrıca yasama organı da bu konuya eğilmeli ve caydırıcı yasal önlemler getirmelidir. Bu suçlara ilişkin caydırıcı yayımlar yapılarak bu tür eylemleri yapanlara, yaptıklarının veya yapacaklarının olası sonuçları anlatılmalıdır.

7.5. Türkiye'deki Durum

Görüldüğü kadarıyla bilgisayar suçları ülkemizde çok ciddi bir suç olarak değerlendirilmiyor. Yaygın kanı bu suçları, çocuk yaştaki veya genç yaştaki kişilerin merak güdüsüyle işlediği yönündedir. Medyada, suçun mağdurlarına ne kadar zarar verildiği, verilen zararların bireyler veya kuruluşlar üzerindeki etkileri, geri planda kullanılan teknikler, güdüler, hep göz ardı edilerek bilgisayar suçlarını işleyenler çok zeki, çok karizmatik insanlar olarak gösterilip, efsane haline getiriliyorlar.

8. HAZIRLANAN YASA TASARILARI VE BEKLENEN GELİŞMELER

8.1. Hazırlanan Yasa Tasarıları

E-Avrupa Girişimi'nin Haziran 2001 tarihinde açıklanmasının ardından, Türkiye'deki bilişim toplumu olma çalışmaları, yürütülen projeler yeni bir itici güç kazanmıştır. Halen sürdürülen ve toplumu, bilişim tabanlı ekonomi ve değer yaratan bireylerin bir bileşimine dönüştürmeyi amaçlayan çalışmalar, kamu, özel ve sivil toplum kuruluşlarınca benimsenmiştir. Tüm ilgili kurum ve kuruluşların yakın çalışması sonucu, uluslararası boyutu e-Avrupa Girişimi'nde şekillenen e-Türkiye Girişimi doğmuştur.

E-Türkiye için, Başbakanlığın yönlendirmesi ve eşgüdümü altında, kamu, özel sektör, sivil toplum örgütleri temsilcilerin bulunduğu 13 çalışma grubu oluşturulmuştur. Bu gruplardan üçüncüsü "*Hukuki Altyapı Çalışma Grubu*" Adalet Bakanlığı bünyesinde çalışmalarını sürdürmektedir.

Çalışma gruplarının temel amacı, ülkemizi bir an önce bilişim toplumu ve e-devlet olabilecek düzeye getirmektir. Bu amaç doğrultusunda, çalışma grupları gelecekte beklenen teknolojik gelişmeleri de gözönünde tutarak çalışmalarını yürütmektedirler. Örneğin; Elektronik Veri, Elektronik Sözleşme, Elektronik İmza Yasa Tasarısı Taslağı, Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Yasa Tasarısı Taslağı, Ulusal Bilgi Güvenliği Teşkilatı ve Görevleri Hakkında Yasa Tasarısı Taslağı gibi yasa tasarıları hazırlanmış ve görüşleri alınmak üzere ilgili kuruluşlara gönderilmiştir.

Hazırlanan yasa tasarılarından en önemlilerinden biri "*Elektronik İmza (e-imza) Yasa Tasarısı*"dır. E-imza'ya, "*sayısal imza*" da denilmektedir. E-imza, bir belgede gönderenin veya alanın kimliğinin saptanmasına yarayan sayısal biçimdeki imzadır. Sayısal imzanın geçerli olabilmesi için "*Sayısal İmza Onay Makamı*"nın onayı gerekmektedir. Hazırlanan tasarı, 13.12.1999'da son şeklini alan Avrupa Birliği Sayısal İmza Çerçevesi Direktifi'ne uygun düzenlenmiştir. Günümüzde kimin nasıl imza atacağını belirleyen Borçlar Hukuku hüküm-

leri, sayısal imza konusunda yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle sözkonusu tasarının ivedilikle yasalaşmasında büyük yarar bulunmaktadır. Tasarı'da imza taklitlerine ve aldatıcı imzalara karşı verilecek cezalarda gösterilmektedir. Bu tasarı yasalaştığında, buna bağlı olarak çıkarılacak e-sözleşmelerinde geçerliliği sağlanmış olacaktır. E-imza, ABD'de, Avrupa Birliği'ne üye devletlerde, Türkiye dışında diğer Avrupa Birliği'ne aday ülkelerde ve dünyanın diğer bir çok ülkesinde yürürlüktedir.

8.2. E-Ticaret (Elektronik Ticaret)

8.2.1. E-ticaretin tanımı

E-ticaret, en genel anlamıyla, ürünlerin bilgisayar ağları aracılığıyla üretilmesi, reklamının, satışının ve dağıtımının yapılması olarak tanımlanabilir. Yapılan işlemler, sayısal biçime dönüştürülmüş her türlü yazılı metin, ses ve video görüntülerinin işlenmesi ve iletilmesini içerir. Ayrıca, ticari sonuçlar doğuran ya da ticari faaliyetleri destekleyen eğitim, tanıtım-reklam, kamuoyunu bilgilendirme gibi amaçlar için elektronik ortamda yapılan işlemler de e-ticaret kapsamında değerlendirilmelidir.

Telefon, faks, televizyon, elektronik ödeme, para transfer sistemleri, Elektronik Veri Değişim Sistemi (EDI) ve bilişim ağı (internet), e-ticaretin yapılabilmesini sağlayan temel araçlardır. Bu araçlardan en etkilisi bilişim ağıdır.

8.2.2. E-ticaret Üzerine Araştırma Yapan Kuruluşlar

E-ticaretteki gelişmeler üzerine, birçok devlet, ulusal ve uluslararası kuruluş e-ticaretle ilgili konuları incelemeye, araştırmaya başlamıştır. E-ticareti araştıran uluslararası kuruluşların bazıları şunlardır: Dünya Ticaret Örgütü (WTO), İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD), Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı (UNCTAD), Uluslararası Ticaret Merkezi (ITC), Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL), Uluslararası Telekomünikasyon Birliği (ITU), Dünya Bankası, Avrupa Birliği.

8.2.3. E-Ticaretin Gelişmesi İçin Yapılması Gerekenler

E-ticaretin ekonomik yönü hızla gelişmektedir. Bir araştırmaya göre, 2007 yılında bireysel tüketici alımlarının % 26'sının elektronik olarak gerçekleşmesi beklenmektedir. E-ticarette bilişim ağının (internetin) üzerine düşeni yapabilmesi için bazı teknik ve hukuki önlemlerin alınması gerekmektedir. Teknik önlemlerle beraber alınması gereken hukuki önlemler şunlardır:

- Bilişim ağı işlemleri için yasal ve düzenleyici bir çerçeve oluşturulmalıdır. Bu bağlamda elektronik imza, elektronik sözleşmeler, fikri mülkiyet haklarının korunması, çocuk pornografisi gibi zararlı yayınların, bomba yapımının öğretilmesi gibi zarar verecek bilgilerin yayınının yasaklanması vb.
- İşlemlerin güvenlik ve gizliliğinin sağlanmasıdır.
- İşlemlerin vergilendirilmesine ilişkin hukuki düzenlemeler yapılmalıdır. E-ticaretin vergilendirilmesi konusunda, özellikle Gümrük Vergileri ve Katma Değer Vergisi yönünden eksiklikler bulunmaktadır. Bu eksikliklerin giderilmesi gerekmektedir.

Bu konularda uluslararası kuruluşların çalışmaları vardır. Onlardan yararlanmak olasıdır.

8.2.4. E-ticaret ve Türkiye'de Yürütülen Çalışmalar

Bilim ve Teknoloji Yüksek Kurulu'nun 25.08.1997 tarihinde yaptığı toplantıda, ülkemizde e-ticaretin geliştirilmesine ilişkin bir karar alınmış, bu karar uyarınca Elektronik Ticaret Koordinasyon Kurulu (ETKK) kurulmuştur. Kamu, özel sektör ve sivil toplum kuruluşlarının katılımı ile ETKK ilk toplantısını 16.02.1998 tarihinde yapmış, sonraki toplantılarında e-ticaret konusunda çalışmalarını sürdürmüştür. Çalışmalar kısmen olumlu sonuçlanarak 06.03.2003 gün ve 4822 sayılı "*Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Yasa*"

çıkarılmıştır.⁸⁵ ETKK, çalışmalarında e-ticaret ve e-ticaret kapsamında e-imza, e-sözleşme konularında mevzuat çalışmalarını sürdürmektedir.

8.3. Çıkarılması Gereken Yasalar

Hazırlanan yasa tasarıları dışında bilişim toplumuna ve e-devlete geçebilmek için genel olarak yasayla düzenlenmesi gerekli görülen bazı öncelikli ana konular şunlardır:

Bilişim işlerini yürütebilecek olan bir üst kuruluş yasayla kurulmalıdır. Ayrıca, yazılım üretiminin ve teknopark kurumunun desteklenmesi, elektronik noterlik, üçüncü güvenilir kişi ve onay kurumu, her tür resmi belge ve dosyanın CD ve DVD'lerde saklanması ve arşivlenmesi, usul hukukuna ilişkin düzenlemeler, servis sağlayıcıların sorumluluğu, elektronik ödeme, elektronik ortamda haksız rekabet, isimler, alan adları, markalar, kamu alımlarında elektronik ortamın kullanılması, elektronik ortamda ticari kimlik, konularında da hızla gerekli yasa tasarıları hazırlanmalıdır.

Türkiye'de hukuk yargılamasında kanıt serbestisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, bilgisayar kayıtlarının kanıt olup olmayacağı, olacak ise takdiri kanıt mı yoksa kesin kanıt mı olacağı yapılacak düzenlemelerde açıklığa kavuşturulmalıdır.

Ülkemizde yasa tasarısı hazır olan ve yasa tasarısı hazırlanması gereken konuların yaşama geçebilmesi için, çekici güç olarak siyasi istencin olması ve konuya duyarlı olunması durumunda ancak bu önemli değişimler gerçekleşebilecektir.

8.4. Beklenen Gelişmeler

8.4.1. Akıllı Kartlar Çıkarılacak

Çok yakın bir gelecekte çıkacak olan "Akıllı Kart" (Smart Card) teknolojisi ile noterlerin en çok yaptıkları işlem olan nüfus cüzdanı, diploma, sürücü belgesi suretleri gibi bir çok

⁸⁵ Resmi Gazete, 14.03.2003, S. 25048.

işlemin artık onaylanmasına gerek kalmayacaktır. Bu kartlara kişilerin vatandaşlık kimlik numarası, vergi numarası, sürücü belgesi numarası, ikametgah belgesi gibi bir çok bilgiler kart üzerindeki chiplere kaydedilebileceğinden, ilgili makamlar bu kartları okuyucu cihazları ile anında ve en sağlıklı bir şekilde okuyabileceklerdir.

8.4.2. Dijital Kameralar Gündeme Gelecek

Bugünkü klasik postanın yerine elektronik posta geçecektir. Web kameralarıyla çok önemli işlemler, örneğin, vasiyet-namede, vasiyetçinin beyanı; soruşturmalarda, hukuk ve ceza yargılamasında ihbarcının, şikayetçinin, tanık ve sanıkların ifadeleri vb. kendi seslerinden ve görüntülü olarak dijital ortama kayıt edilip yıllarca saklanabilecek, günü geldiğinde kanıt olarak kullanılacaklardır.

8.4.3. Bilgiler Bilişimle Elde Edilecek

Vatandaşla devlet arasındaki bilgi alışverişinde, vatandaştan ya da devletten herhangi bir iş nedeniyle istenilen birçok bilgi bilişim ağları aracılığıyla elde edilebilecektir.

8.4.4. Süren Projeler Sonuçlanacak

Elektronik devlet oluşumuna geçiş için sürdürülen bir çok resmi-özel proje vardır. Yakın bir gelecekte bu projelerin bir çoğu sonuçlanacaktır. Bunların sonuçlanmasıyla kısmen e-devlete geçilmiş olacaktır. Ama, sonuçlanan projelerin yerine, e-devlete geçebilmek için hemen bir başkasının başlatılması gerekmektedir.

9. BİLİŞİM TOPLUMUNDA EĞİTİM

20. yy'ın son çeyreğinde, gelişmiş ülkelerde eğitim kurumlarının verimlerini arttıran "*insan*" odaklı yöntemler geliştirilmiştir. Ülkemizde ise, eğitim hala medrese anlayışıyla

sürdürülmekte, düşünmeye ve araştırmaya gereken önem verilmemektedir. Bu nedenle, yaratıcı düşünce yeterince gelişmemektedir. Bilişim toplumunda eğitimin amacı, bireylere öğrenmeyi öğretmek ve yaratıcı kılmaktır. Bilişim toplumunda, klasik öğretimin aksine, bitmiş eğitim diye bir şey yoktur. Bilgi hızla değiştiğinden eğitim artık okulla sınırlı kalmamaktadır.

Gençlerimizi, bilişim toplumunun gereksinim duyduğu nitelikte ve yaratıcı ve araştırmacı olacak şekilde yetiştirmek için eğitim dizgemizde gerekli değişiklikler geciktirilmeden yapılmalıdır.

Hukuk, hukuk eğitiminden; hukuk eğitimi genel eğitimden ayrı düşünülemez. Bu nedenle, yukarıda belirtilenlerin yapılmasının yanısıra "*Hukuk Eğitimi*"de, bilişim teknolojilerindeki gelişmelerin getirdiği yabancı kaynaklı yeni hukuki kavramlara Türkçe karşılıklar bulunmalıdır. 21.yy hukuk uygulamalarında bilgisayar ön plana çıkacaktır. Bu nedenle günümüzde hukuk fakültelerinde bilgisayar kullanımı derslerine ağırlık verilmelidir. Ayrıca, bilişim yoluyla hukukçulara sürekli hizmet içi eğitim uygulanabilir. Hizmet içi eğitim sırasında, kişiler belirli bir olgunlukta oldukları için kendi istekleri ve gereksinimlerini genç öğrencilere oranla daha iyi tartabilirler. Bu husus ise aktif öğrenmeyi kolaylaştırır.

Bilişim toplumunun gereklerini yerine getirebilecek hukukçular yetiştirmemiz gerekmektedir. Bunu toplum olarak başaramazsak ülkemiz, bilişim toplumuna geçişte diğer ülkelerin gerisinde kalacaktır.

Sonuç

İnsanlık yeni bir çağa, "*Bilişim Çağı*"na girmiştir. Bu çağın en büyük özelliği, "*insan ve bilgi*"nin odakta olmasıdır.

Bilişim çağının getirdiği nimetleri, olanakları, her zaman olduğu gibi yine kötü niyetli kullananlar çıkacaktır, ama, yine her zaman olduğu gibi insan aklı, bu tür kötü niyetlilerin üstesinden gelecektir.

Osmanlı Devleti, sanayi devriminin önemini kavrayamadığından gereklerini yerine getirememiş, bu nedenle ekonomide geri kalarak tarihten silinmiştir. Osmanlı Devletinin geri kalmışlığı, bu Devletin topraklarının bir kısmı üzerinde kurulan genç Türkiye Cumhuriyetine de yansımıştır. Ama Türkiye Cumhuriyeti, kurucusunun gösterdiği yolda çok büyük atılımlarla bu geri kalmışlık çemberini kırmaya çalışmaktadır. Osmanlı aydını, sanayi devriminin önemini fark etmemiştir ama genç Türkiye Cumhuriyetinin aydını, bilişim çağına girildiğinin bilincindedir ve bu çağı yakalamak, bir kez daha çağın gerisinde kalmamak için üstün bir çaba ile çağı yakalamaya çalışmaktadır. Ülkemiz, gelişmiş ülkelerle eşzamanlı olarak teknolojide ve kültürde bilişim toplumun gereklerini yerine getirmeli ve bilişim çağını yaşamalıdır. Türk hukukçuları durumun bilincindedir ve bilişim çağının gerisinde kalmamak için üzerine düşenleri yapmaktadır ve yapacaktır. Türkiye Barolar Birliğinin 2003 yılında açtığı "*Bilişim ve Hukuk*" konulu yarışma bunun en güzel kanutlarından biridir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- Enver Bozkurt, *Hukukun Temel Kavramları*, s. 24, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 2001.
- Ernst Von Aster, *Bilgi Teorisi ve Mantık*.
- F. Ünal Erdal, *Bilgi - Bilginin Tanımı ve Kaynakları*.
- Gene Bellinger, "Data Information, Knowledge And Wisdom.
- Gjertsen Derek", *Bilim ve Felsefe*.
- Haluk Sicimoğlu, "Human Resource", *İnsan Kaynakları ve Yönetimi Dergisi İnceleme*; S. 5, s. 29-35. *Geleceğin İnsanı*, 1997.
- Howard Gardner, Harper Collins (1996). *Future Technologies*, December 1996. s. 86-88, "....Siz De 'Lider' Misiniz?", Çev.: M. Arat.
- Hüsni Göksel, *Doğa da Bilim de Yok Zaman da*.
- İbrahim Yasa, *Genel Toplum Bilimine Giriş*, Teksir Ders Notları, Ankara 1968.
- İsmail Doğan, *Değişen Türkiye'de Bilim Ve Kültür*, İmaj Yayınları Ankara 1997.
- James R., Beniger, R., *The Control Revolution: Technological and Economic Origins of the Information Society*, 1986.
- Jiddu Krishnamurti, *Öğrenme ve Bilgi Üzerine*.
- Keith Lehrer, *Theory Of Knowledge*.
- Macit Gökberk, *Felsefe Tarihi*, Remzi Kitabevi, İstanbul 1990.
- Mike Johnson, Buttenthorn Heinemann, (1995), *Future Technologies*, September 1996, s. 89-90. "Gelecekte Orkestra Şefleri Yönetici Olabilir Mi ?", Çev.: M. Arat.
- Peter Drucker, *Devlet ve Politika Alanında, Ekonomik Bilimi ve İş Dünyasında, Toplumda ve Dünya Görüşünde Yeni Gerçekler*, T. İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1991.
- Watson M. Craig (1994) *Frontiers Of Leadership An Essential Reader*, s. 25-27, "Leadership, Management and The Seven Keys".

Makaleler

- Ahmet Şimşek, "İnternete Dayalı Eğitimin Yararları, Sorunları", *T. Bilişim Dergisi*, s. 76.
- Ali O. Özdilek, "Bilişim Suçları Ne Kadar Ciddi", www.hukukrehberi.net
- Aydın Köksal, "Yaşanan Büyük Değişim Bilişim Toplumu", *T. Bilişim Dergisi*, s. 75.
- Aykut Göker, "Enformasyon Toplumu Üzerine Kavramsal Bir Yaklaşım Denemesi", *T. Bilişim Dergisi*, s. 78.
- Çoşkun Dolanbay, "Devlet, Modern Devlet, E-Devlet", *T. Bilişim Dergisi*, s. 76.
- Ersin Töreci, "Yeni Bin Yıla Adım Atarken", *T. Bilişim Dergisi*, s. 72.
- Eşref Adalı, "Bireysel Bilgilerin Korunması", *T. Bilişim Dergisi*, s. 82.
- İsmail Kayalı, "Toplumsal Yapılanmalarda Teknolojik Gelişimin Etkisi", *T. Bilişim Dergisi*, s. 72.
- Mustafa K. Akgül, "Büyünün Gücü, 'e-insan'", *T. Bilişim Dergisi*, s. 75.
- Mustafa K. Akgül, Hülya Pekşirin, "İnternet ve Hukuk", *T. Bilişim Dergisi*, s. 79.
- Namık K. Pak, "e-Avrupa Girişimi, e-Türkiye", *T. Bilişim Dergisi*, s. 78.
- Necdet Korkmaz, "Avrupa Konseyi ve Siber-Uzay Suçları", *T. Bilişim Dergisi*, s. 79.
- Necdet Korkmaz, "Yolsuzlukla Savaşmada Bilişim", *T. Bilişim Dergisi*, s. 83.
- Osman Ulagay, "İnternet Devrimi Karşısında Avrupa ve Türkiye", *T. Bilişim Dergisi*, s. 81.

Ansiklopediler

Ana Britannica Genel Kültür Ansiklopedisi, Anayayıncılık A. Ş., İstanbul 1989.

Meydan Larousse, Meydan Yayınevi, İstanbul 1972.

Sözlükler

Aydın Köksal, *Bilişim Terimleri Sözlüğü*, TDK Yayınları, 1981.

Bedia Akarsu, *Felsefe Terimleri Sözlüğü*, TDK Yayınları, 1975.

Hüseyin Özcan, *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, Ankara 1975.

Orhan Hançerlioğlu, *Türk Dili Sözlüğü*, Remzi Kitapevi, İst., 1992.

Orhan Hançerlioğlu, *Felsefe Ansiklopedisi Kavramlar ve Akımlar*, Remzi Kitapevi, İstanbul 1997.

Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük*, Ankara 1988.

Bilişim Siteleri

www.ankaraemniyet.gov.tr

www.basbakanlik.gov.tr

www.hukukrehberi.net

www.tbd.org.tr

www.tubisad.org.tr



12.000.000- TL
12.00- YTL

Karanfil Sokağı No: 5/62 06650 Kızılay-ANKARA
Tel: (+90.312) 425 30 11 - 425 36 19 - 418 13 46 Faks: (+90.312) 418 78 57
web: www.barobirlik.org.tr
e-mail: admin@barobirlik.org.tr • yayin@barobirlik.org.tr